

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Mestrado em Direito e Estado
Orientador: Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho

Odim Brandão Ferreira

**A idéia de proporcionalidade no direito:
uma análise sinépica**

Dissertação apresentada para obtenção do título de
Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.

Brasília - 2005

A Lucilia e Hiram, meus amados pais

Agradecimentos

Agradeço ao Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho – o paradigma da docência – pelo apoio intelectual e espiritual nesta jornada. Este trabalho somente existe, graças a seu vívido interesse e a sua orientação segura.

Registro meus agradecimentos ao Prof. Dr. Marcelo Neves, cujas gentis ponderações na banca examinadora permitiram-me aprimorar este escrito.

Expresso minha gratidão a meus pais, Lucilia Brandão Ferreira e Hiram Ferreira, o segundo leitor, e a minha esposa, Magnolia Silva da Gama e Souza, por tudo. E quanto nele se contém...

“O ser humano ‘ocidental’ está acostumado a contemplar qualquer problema que lhe diga respeito alternativamente sob dois pontos de vista; de um lado, o da causa e efeito e, de outro, o da livre decisão. Pensamentos causal e final dominam a cultura ‘ocidental’” – WOLFGANG FIKENTSCHER¹.

“O arqueiro que ultrapassa o alvo erra tanto quanto aquele que não o atinge” – MONTAIGNE².

¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 338: “Der ‘westliche’ Mensch ist gewohnt, jedes ihn betreffende Problem alternativ unter zwei Gesichtspunkten zu betrachten, einmal unter dem von Ursache und Wirkung und zum anderen unter dem Gesichtspunkt der freien Entscheidung. Kausales und finales Denken beherrschen den ‘abendländischen’ Kulturkreis”.

² MONTAIGNE, *Essais*, livro I, cap. xxx, “De la moderation”, p. 195: “L’archer qui outre passe le blanc faut, comme celui qui n’arrive pas”.

A idéia de proporcionalidade no direito: uma análise sinépica

1 – Introdução.....	15
2 – Noções preliminares	21
3 – Lacunas numa cartografia abundante.....	26
3.1 – Absolutismo ou relatividade da idéia de proporcionalidade no direito?	27
3.2 – Um vazio de 1537 anos?.....	30
4 – Por onde começar?.....	32
5 – O pensamento de Wolfgang Fikentscher.....	39
6 – Os modos de pensar e seus métodos do direito.....	42
6.1 – “Tabela periódica” das culturas	49
6.2 – Os quatro grandes períodos da história: Jaspers.....	51
. . – A pré-história e as sociedades “primitivas”	51
6.2.1.1 – As “antigas culturas superiores”	56
6.2.1.2 – A “Era Axial” (800-200 a. C.): a principal contribuição de JASPERS.....	59
. . – A pesquisa antropológica de LUDWIG HAMBURGER	67
. . – O conceito de “aspectiva” de EMMA BRUNNER-TRAUT.....	72
6.2.3.1 – A arte aspectiva <i>versus</i> a perspectiva.....	73
6.2.3.2 – A revolução na percepção humana do mundo	85
. . – As dicotomias antecedentes e a teoria de FIKENTSCHER	109
. . – FIKENTSCHER em diálogo com JASPERS	111
. . – FIKENTSCHER em diálogo com HAMBURGER: culturas “fragmentadas” versus “estruturadas”.....	116
. . – Culturas fragmentadas: definição	130
. . – Culturas estruturadas: definição	132
. . – Culturas fragmentadas e estruturadas: paralelos esquemáticos	142
. . – Tabela periódica das culturas	146
6.2.10.1 – Culturas fragmentadas: a espécie “amontoada”	147
6.2.10.2 – Culturas fragmentadas: a espécie “dispersa”	148

6.2.10.2.1 – Zoroastrismo	148
6.2.10.2.2 – Vedismo.....	149
6.2.10.2.3 – Budismo.....	154
6.2.10.2.4 – Taoísmo e Confucionismo.....	159
6.2.10.3 – Culturas fragmentadas: a espécie “reamontoadá”	163
6.2.10.3.1 – Islamismo	164
6.2.10.3.2 – Marxismo.....	170
6.2.10.4 – Cultura estruturada: a espécie da “extraposição trágica” do pensamento grego	173
6.2.10.5 – Culturas estruturadas: a “extraposição eleutérica” das religiões judaica e cristã	183
6.2.10.5.1 – Resumo da tabela periódica das culturas.....	194
6.3 – Elementos fundamentais dos modos de pensar.....	196
. . . – Perspectiva e aspectiva	197
. . . – Tempo e história.....	202
. . . – Sistema perspectivo versus enumerações aspectivas.....	211
. . . – Causalidade.....	218
. . . – Ética.....	223
. . . – FIKENTSCHER em diálogo com EMMA BRUNNER-TRAUT: definição do modo de pensar.....	229
7 – Sinépéia	237
8 – Resposta: relativismo <i>versus</i> absolutismo da proporcionalidade.....	244
9 – A proporcionalidade como resultado da combinação de duas extraposições éticas: a trágica helênica e a eleutérica judaico-cristã	246
10 – Prova histórica da proporcionalidade como harmonização da extraposição trágica e da eleutérica	253
11 – Antigüidade: suas sete fontes principais	257
11.1 – A primeira fonte: o <i>logos</i> , em especial a causalidade	258
. . . – A causalidade grega	265
11.2 – A segunda fonte: a “vinculação teleológica do direito”.....	272
. . . – As colônias gregas na origem da nova concepção de direito.....	274
. . . – SÓLON pensa o novo direito da polis.....	278
. . . – A Polis renascida no direito: a <i>dykaiosine</i>	285
. . . – A limitação teleológica do direito e a proporcionalidade.....	288

. . – Excurso: prova sinepéica da pertinência entre o direito estruturado e sua vinculação teleológica	292
11.3 – A terceira fonte: a justiça vindicativa	295
. . – A retribuição social: dos primórdios às ordens antigas	296
. . – A retribuição social na Grécia: dos primórdios à metempsicose....	299
. . – A retribuição social: de PITÁGORAS a PLATÃO.....	301
11.4 – A concepção geral de justiça em ARISTÓTELES e suas três modalidades	310
11.5 – A justiça corretiva aristotélica	313
11.6 – A quarta fonte: a justiça corretiva vindicativa aristotélica	314
11.7 – A quinta fonte: a justiça corretiva comutativa aristotélica.....	315
11.8 – A sexta fonte: justiça distributiva aristotélica	316
11.9 – A sétima fonte: o ser humano judaico-cristão	319
12 – Declínio da estruturação, em especial do <i>logos</i>.....	324
13 – Um enigma medieval?.....	326
13.1 – Os antecedentes do enigma medieval	326
13.2 – Uma explicação simples, mas nada convincente.....	330
13.3 – A formulação de enigma de múltiplas facetas.....	332
13.4 – A explicação oferecida para o enigma.....	333
. . – A formulação da hipótese de trabalho.....	333
. . – A chave do enigma	335
. . – Divergência quanto à causa preponderante da estruturação social inglesa adiantada	338
. . – Ganhos decorrentes da solução apresentada para a compreensão da proporcionalidade.....	339
14 – A comunhão de valores germânicos como causa da presença do devido processo legal na Europa continental e insular	342
14.1 – A divergência entre os direitos de matriz continental e o direito inglês	346
14.2 – O devido processo legal como resultado da precoce estruturação social anglo-americana	350

. . . – O direito inglês: das origens germânicas à conquista normanda.....	350
. . . – O “amalgama” inglês: a conquista dos anglo-saxões pelos normandos	358
. . . – A fragmentação normanda e sua causa	359
. . . – O common law: das origens judiciárias ao direito nacional	366
. . . – O método como identidade do common law	372
I 4.3 – A <i>rule of law</i> como fundamento da proporcionalidade à inglesa	379
I 4.4 – A proporcionalidade na discussão oficial inglesa.....	383
. . . – A proporcionalidade “subterrânea” inglesa	388
. . . – O questionável déficit britânico.....	394
. . . – Pressupostos americanos do devido processo legal substancial	398
I 4.5 – A evolução americana: o devido processo legal “material” ou “substancial” contra o legislativo.....	403
I 4.6 – Conclusões anglo-americanas	414
I 5 – Antecedentes continentais da proporcionalidade: a pessoa contra a fragmentação cultural.....	428
I 5.1 – Um princípio de estática social e a exceção precursora da proporcionalidade	429
I 5.2 – Roma desafiada por Jesus em pessoa	434
. . . – A memória romana	434
. . . – A rudimentar estruturação social germânica em apoio à liberdade	436
. . . – Nada pessoal contra o imperador?	437
I 5.3 – A pessoa substitui o <i>logos</i> em luta contra a fragmentação cultural	437
. . . – Antecedentes da pessoa na Antigüidade	440
. . . – A influência no direito romano por meio do Estoicismo	442
. . . – Os debates cristológicos da Antigüidade tardia.....	446
. . . – O direito natural no duelo das investiduras.....	449
I 5.3.4.1 – O direito natural reinventado.....	449
I 5.3.4.2 – O século XIII e a dignidade da pessoa	465
. . . – O humanismo: crítica em antigas bases.....	477
. . . – Do positivismo jusnaturalista ao jusracionalista	479
I 5.3.6.1 – Certezas científicas importadas para o direito.....	481
I 5.3.6.2 – A pessoa sistematizada ou o sistema persona-lizado	485

15.4 – Certezas iluministas sobre a pessoa e a sociedade: o contexto da formulação da proporcionalidade francesa	489
. . – A deusa razão, cujo coração tem razões que até ela desconhece ...	490
. . – A resistência pessoal	499
. . – A proporcionalidade revolucionária francesa.....	500
. . – A marcante influência de ROUSSEAU na proporcionalidade: o “contrato social” e suas partes	501
15.4.4.1 – A antropologia filosófica rousseuniana da pessoa natural.....	502
15.4.4.2 – O contrato social como solução	505
15.4.4.3 – A pessoa natural e seus atributos inalienáveis: uma das partes contratantes	508
15.4.4.4 – A pessoa ampliada: a sociedade como protagonista da história e do direito	510
15.4.4.5 – A formulação da proporcionalidade por ROUSSEAU	512
16 – A proporcionalidade francesa	514
. . – O oblívio de ROUSSEAU e do direito positivo	515
. . – A proporcionalidade esparsa do contencioso administrativo francês	516
. . – Manifestações ortodoxas e esparsas da proporcionalidade	521
. . – A proporcionalidade como “princípio jurídico”	522
. . – Três autores emblemáticos: BIENVENU, PHILIPPE e XYNOPOULOS	526
17 – A proporcionalidade universitária alemã.....	531
17.1 – <i>Wolff</i> e as cátedras dedicadas ao ente moral.....	532
17.2 – A ruptura teológica e a necessidade de nova ética secularizada.....	535
. . – Kant: o idealismo transcendental	537
17.2.1.1 – De um ser não se segue nenhum dever ser	538
17.2.1.2 – As condições de possibilidade da ética antropocêntrica	540
17.2.1.3 – Um homem exangue com inédita dignidade.....	544
17.2.1.4 – A liberdade e o direito kantianos.....	549
17.2.1.5 – Reflexos kantianos no direito alemão.....	557
17.2.1.6 – Balanço dos estímulos kantianos na proporcionalidade	558
. . – A limitação dos fins estatais e o adensamento do conceito de liberdade: duas criações coletivas na base da proporcionalidade centro- européia	561
. . – Da retomada da dinâmica pelo direito alemão até a adequação e a necessidade, por via do contratualismo	563
. . – A necessidade e a adequação.....	569
. . – A excepcional enunciação da proporcionalidade em sentido estrito por SVAREZ.....	573

17.2.5.1 – A construção da esfera privada autônoma	579
17.2.5.2 – Antecedentes precisos da proporcionalidade em sentido estrito no “princípio da independência das esferas”	583
17.2.5.3 – A proporcionalidade como condição legal implícita.....	589
17.2.5.4 – Mudanças sociais dotadas de conseqüências teóricas da proporcionalidade	595
18 – Três modelos contemporâneos de proporcionalidade ...	603
18.1 – A proporcionalidade francesa de XAVIER PHILIPPE	603
. . – As fontes da proporcionalidade.....	603
. . – A definição da proporcionalidade e a hierarquia das fontes normativas.....	613
. . – Os meios de controle da proporcionalidade.....	620
. . – Os métodos de controle da proporcionalidade.....	628
. . – Funções políticas da proporcionalidade.....	632
18.2 – A proporcionalidade constitucional alemã	634
18.3 – A proporcionalidade no Brasil	635
19 – Conclusões.....	637
19.1 – A proporcionalidade como o <i>Aleph</i> jurídico estruturado.....	637
19.2 – A estruturação como modo de pensar indispensável à idéia de proporcionalidade	642
. . – Tempo linear e aguçado sentido histórico	642
. . – Causalidade aguçada	644
. . – Sistema tridimensional.....	653
. . – Extraposição ética	656
19.3 – A proporcionalidade como a articulação entre ambas as modalidades de extraposição ética	660
20 – Zusammenfassung	662
21 – Abstract.....	663
22 – Bibliografia	664

I – Introdução³

“Mais um a escrever sobre o tema da moda – a proporcionalidade?!”. Essa será provavelmente a reação de muitos diante deste volume. O leitor terá mesmo bons motivos para se indagar da valia de mais esta iniciativa, pois a doutrina exhibe quantidade imensa de obras sobre o tema. A Faculdade à qual votado o presente estudo, melhor do que ninguém no Brasil, poderia dizer-se farta da proporcionalidade, por lhe ter dedicado atenção bastante, ao examinar cinco importantes dissertações de mestrado nos últimos anos⁴.

Os livros sobre a proporcionalidade, já bastante apertados em estantes vergadas por seu peso, anseiam e temem pelo advento de outro desses interlocutores, com quem presumivelmente conversam durante as intermináveis madrugadas ermas das bibliotecas. Ciciam animados em vésperas sobre quem está prestes a chegar, mas se preocupam com a compressão adicional que experimentarão. Ponderam, afinal de contas, se o sacrifício adicional valerá a pena. Cansados da monotonia dos velhos camaradas, querem uma contrapartida até bem modesta: ao menos uma fagulha de novidade, capaz de devolver interesse à conversa de sempre.

Malgrado a justiça da exigência, não asseguro originalidade nas páginas vindouras. Apenas juro fidelidade ao modelo de MONTAIGNE: “eis

³ O intuito de simplificar as notas de rodapé aconselhou deixar as referências bibliográficas completas apenas no final do trabalho – cf. o item 22. Os títulos são sempre citados abreviadamente, *em itálico*, segundo a convenção estabelecida na bibliografia. As traduções livres foram feitas pelo próprio autor.

⁴ Dedicadas integralmente ao tema, as dissertações de SUZANA BARROS, *Proporcionalidade*, de 1995; ALEXANDRE COSTA, *Razoabilidade*, de 1999; RUISTEMBERG PEREIRA, *Princípio*, de 2001; e ADILSON PUHL, *Proporcionalidade*, de 2002. Sobre ambas as diretivas do devido processo legal, ROSYNETE LIMA, *Devido processo*, de 1998.

aqui um livro de boa-fé, leitor”⁵. Livro de boa-fé, porque acredita transmitir alguma novidade, embora não a garanta.

A esperança numa originalidade mitigada advém do enfoque do trabalho: examina-se a proporcionalidade não apenas no âmbito do direito, mas no contexto mais amplo das culturas. Essa perspectiva de comparação cultural forneceu os objetivos centrais da pesquisa. Pretende-se, sobretudo, verificar a existência e a natureza das relações entre a proporcionalidade e as mentalidades predominantes em diversas culturas. Também se busca saber se há conexões entre a proporcionalidade e os demais objetos culturais vistos no todo orgânico de suas sociedades. Ambos os temas centrais da pesquisa implicam questões concretas. Trata-se, por um lado, de verificar se a proporcionalidade integra a consciência jurídica universal. Por outro, cuida-se de tentar encontrar alguma regularidade apta a explicar as sucessivas manifestações da proporcionalidade no curso da história.

Aspira-se aqui à realização de estudo jurídico fundado no pensamento de WOLFGANG FIKENTSCHER; nisso reside quase tudo do pouco de original talvez existente nas páginas seguintes. A escolha da teoria de FIKENTSCHER como pressuposto teórico decorre de sua pertinência com este projeto, na medida em que nela prevalece o entendimento do direito como fenômeno parcial do todo cultural. A primeira de suas conclusões principais afirma ser cada direito positivo um método *lato sensu*, isto é, um caminho informado por uma filosofia, em busca da realização da justiça. A segunda afirma que culturas diversas podem ter noções e meios díspares de concretizar o justo. Ambos os enunciados talvez soem como trivialidades do relativismo jurídico, porque agora submetidos a uma simplificação absoluta. A recapitulação do pensamento do autor aludido, acaso não o traia, evidenciará nada haver nele de obviedades relativistas.

⁵ MONTAIGNE, *Essais*, p. 9: “c’est icy un livre de bonne foy, lecteur”.

Supõe-se que a consciência das categorias da hermenêutica filosófica de HANS-GEORG GADAMER constitua a segunda característica a justificar este trabalho no quadro da nossa literatura, conquanto essa influência seja de menor grau do que a de FIKENTSCHER⁶. O estudo procura ter sempre presente a estrutura do processo de conhecimento descrita por GADAMER e hoje amplamente aceita nas ciências humanas. Existem, de resto, ligações entre o pensamento de FIKENTSCHER e GADAMER, a tornar compatível, para não dizer desejável, a integração de ambos, como no exemplo da “fusão de horizontes” para a compreensão dos diversos métodos do direito⁷. A despeito do peso dessas influências, haverá algum contentamento, se o leitor não destinar este escrito à seção dos “livros parasitários”⁸, cuja seiva extraem de outros.

O texto permitirá ao menos duas leituras, se bem-sucedido. A teoria das mentalidades de FIKENTSCHER funcionará como pressuposto adequado à compreensão da proporcionalidade. Esse primeiro modo de ver as coisas parte do geral para o particular e coincide com a cronologia dos fatos históricos destacados. A perspectiva contrária, e talvez mais afeita aos juristas, investiga se a proporcionalidade no direito é fenôme-

⁶ Esse segundo traço, a consideração das reflexões de GADAMER, parece compartilhado com a obra de HELENILSON PONTES, *Proporcionalidade*, p. 13-19. Mas há diferença fundamental entre ambas, na medida em que a monografia citada centra suas atenções no texto jurídico e a presente procura a cosmovisão a informar o nosso sistema, com o privilégio das categorias de FIKENTSCHER.

⁷ FIKENTSCHER faz menção expressa às reflexões de GADAMER tanto no que diz respeito aos fundamentos gerais de sua filosofia e metodologia do direito, quanto ao método específico com ajuda do qual os direitos de origem européia encontram a solução justa para os casos concretos. A propósito, *Methoden*, vol. 1, p. 76, onde se trata especificamente do círculo hermenêutico como substrato da construção geral dos “modos de pensar” e dos “métodos do direito”, a tese macroscópica da obra. GADAMER também está presente na construção da segunda tese fundamental, agora microscópica, da “norma do caso” – cf. *Methoden*, vol. 4, p. 194 e 202, em especial. Aliás, FIKENTSCHER, *Gerechtigkeit*, p. 48-49, assimila as categorias da hermenêutica filosófica, ao definir o etnocentrismo como a atitude do observador que avalia culturas alheias segundo os parâmetros da sua própria pré-compreensão.

⁸ BORGES, *Menard*, p. 446.

no universal. Opera-se, aí, do particular em direção ao geral e do presente rumo ao passado.

Prestou-se, assim, muita atenção à advertência de alguém inclinado a controvérsias – NIETZSCHE: “enquanto a ciência jurídica não se colocar em um novo solo, especialmente no da comparação histórica e etnográfica, permanecerá na luta inútil das abstrações totalmente falsas, que hoje se apresentam como ‘filosofia do direito’ e que se afastam por completo do ser humano contemporâneo”⁹.

Bem sabemos, todavia, que livros controvertidos muito importunam seus velhos colegas de prateleiras, sobretudo quando abarrotadas, como as da proporcionalidade. A prova disso está no fidedigno relato de SWIFT da batalha travada em 1710 entre os volumes de importante biblioteca londrina. Com sua dupla autoridade de literato e pároco anglicano, SWIFT notou que o distúrbio decorre remotamente do fato de que “um espírito inquieto vem assombrar do alto cada livro, até que o pó ou os vermes se apoderem dele”¹⁰. Aquelas incivildades, entretanto, teriam ocorrido, a seu ver, porque a modernidade teria negligenciado regra de ouro bibliotecária: “os livros de controvérsias, sendo assombrados mais do que os outros pelos espíritos mais desordeiros, sempre foram confinados num nicho à parte do resto; e os nossos antepassados, por medo de mútua violência entre eles, julgaram prudente sujeitá-los à paz com sólidas correntes de ferro”¹¹. Acaso a proposta de enfatizar os aspectos culturais da proporcionalidade, para assim entender-lhe a essência, soe muito controvertida, peço aos decanos e demais camaradas de biblioteca que não reavivem degredos e correntes, mas se compadeçam desta obra e de seus muitos erros.

⁹ NIETZSCHE, *Nachlaß*, p. 870-871: “... so lange die Rechtswissenschaft sich nicht auf einen neuen Boden, nämlich auf die Historien- und die Völker-Vergleichung, wird es bei dem unnützen Kampfe von grundfalschen Abstraktionen verbleiben, welche heute sich als ‘Philosophie des Rechts’ vorstellen und die sämtlich vom gegenwärtigen Menschen abgezogen sind”.

¹⁰ SWIFT, *Batalha*, p. 280.

¹¹ SWIFT, *Batalha*, p. 280.

Ao leitor, desejo que esta obra não lhe defraude a crença nos livros em geral, sintetizada por BORGES: “o livro pode estar cheio de erratas, podemos não estar de acordo com as opiniões do autor, mas ainda assim conserva algo de sagrado, algo divino, não com respeito supersticioso, mas sim com o desejo de encontrar felicidade, de encontrar sabedoria”¹². Enfim, se tudo falhar, restará apenas a mais módica das esperanças literárias, qual seja, a de que o leitor ainda concorde com PLÍNIO, O VELHO, ao fechar este volume: “nenhum livro é tão ruim que, sob algum aspecto, não tenha utilidade”.

¹² BORGES, *El libro*, p. 170.

2 – Noções preliminares

A imensidão da proporcionalidade assemelha o escrever a seu respeito à navegação em alto mar. Pode-se confiar no norte apontado pela bússola – a proporcionalidade *lato sensu* transpõe as categorias de meio e fim para o direito –, desde que não se percorram latitudes extremas¹³. Os três pontos cardeais restantes chamam-se adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*. O meio escolhido deve ser adequado, necessário e proporcional, em sentido estrito, ao fim visado. Simplificadamente, um meio é adequado, quando fomenta a obtenção de determinada finalidade; é necessário, se o mesmo resultado não puder ser atingido com menor intervenção na esfera jurídica individual; e se mostra proporcional em sentido estrito, sempre que a medida adotada seja

¹³ LERCHE, *Übermaß*, p. 19; HIRSCHBERG, *Verhältnismässigkeit*, p. 43, cf. a nota 32; DECHSLING, *Verhältnismäßigkeitsgebot*, p. 5; HAVERKATE, *Leistungsstaat*, p. 11-13; HOTZ, *Verhältnismässigkeit*, p. 11 e 16; JAKOBS, *Verhältnismässigkeit*, p. 16; LARENZ, *Methodenlehre*, p. 462, e *Richtiges Recht*, p. 131; LEISNER, *Abwägungsstaat*, p. 196; HARALD SCHNEIDER, *Güterabwägung*, p. 203; REMMERT, *Grundlagen*, p. 8; HANS SCHNEIDER, *Verhältnismässigkeit*, p. 392; WENDT, *Übermaßverbot*, p. 416-417; ALEXY, *Grundrechte*, p. 100 e segs; HEUSCH, *Verhältnismässigkeit*, p. 37 e segs; HANAU, *Verhältnismässigkeit*, p. 97; SUZANA BARROS, *Proporcionalidade*, p. 75; PAULO BUECHELE, *Proporcionalidade*, p. 119; RAQUEL STUMM, *Proporcionalidade*, p. 79; WILLIS GUERRA FILHO, *Proporcionalidade*, p. 75; BONAVIDES, *Curso*, p. 315; DANIEL SARMENTO, *Ponderação*, p. 87; GILMAR MENDES, *Direitos*, p. 87; HUMBERTO ÁVILA, *Proporcionalidade*, p. 172; LUÍS VIRGÍLIO SILVA, *Proporcional*, p. 34 e segs; HELENILSON PONTES, *Proporcionalidade*, p. 66, 68 e 69-70; LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação*, p. 209; WILSON STEINMETZ, *Colisão*, p. 149; ADILSON PUHL, *Proporcionalidade*, p. 76 e segs; GUSTAVO SANTOS, *Proporcionalidade*, p. 110 e segs; RICARDO CRETTON, *Proporcionalidade*, p. 58 e segs; FÁBIO CALCINI, *Razoabilidade*, p. 148 e segs; CHADE REZEK NETO, *Proporcionalidade*, p. 38 e segs; JARBAS SANTOS, *Proporcionalidade*, p. 24 e segs; VALESCHKA BRAGA, *Proporcionalidade*, p. 85 e segs; AMINI CAMPOS, *Processo*, p. 88 e segs; EDUARDO SLERCA, *Proporcionalidade*, p. 95 e segs; FRANCISCO ARAÚJO, p. 59 e segs; RAPHAEL DE QUEIROZ, *Proporcionalidade*, p. 47. Alguns autores brasileiros distinguem a proporcionalidade da razoabilidade, diferença irrelevante, para os fins desta nota.

aceitável, quando sopesada com sua finalidade. Para além disso, a vastidão oceânica...

Convém, então, tomar alguns cuidados para a viagem, pois PERESTRELLO lembra-nos: “os contentamentos do mundo não são de muita dura e principalmente os dos mareantes, por se estribarem na pouca constância do mar e do vento”¹⁴. Mencionem-se as precauções imprescindíveis à viagem para evitar que isto se transforme na nau de um insensato.

Os cuidados essenciais iniciam-se pela disparidade de nomenclatura do destino a atingir. Os trabalhos alemães menos recentes, por exemplo, tornaram a queixa do desencontro vocabular quase de bom tom; algo como um sinal de seriedade acadêmica do estudo. Já se observou com generosa dose de razão, no entanto, que a disparidade se confina a dois pontos residuais¹⁵. A literatura alemã inclina-se cada vez mais pela expressão “proporcionalidade em sentido amplo”, em detrimento do termo “proibição de excesso”¹⁶, criado por PETER LERCHE em monografia clássica¹⁷. A segunda oscilação terminológica resume-se ao fato de certos autores denominarem a idéia geral de proporcionalidade de *Verhältnismäßigkeit* e dedicarem o galicismo *Proportionalität* ao sentido estrito¹⁸. A nomenclatura alemã, todavia, estabilizou-se nas seguintes

¹⁴ PERESTRELLO, *Relação*, p. 28.

¹⁵ SCHNEIDER, *Verhältnismässigkeit*, p. 392-393; JAKOBS, *Verhältnismäßigkeit*, p. II.

¹⁶ *Übermaßverbot*.

¹⁷ LERCHE, “*Excesso e Direito Constitucional*” – “*Übermaß und Verfassungsrecht*”.

¹⁸ Pede-se desculpa ao leitor pela excepcional intromissão de palavras estrangeiras no texto. A dificuldade na tradução da nomenclatura de DECHSLING, *Verhältnismäßigkeitsgebot*, p. 5; HAVERKATE, *Leistungsstaat*, p. II, nota 38; e JAKOBS, *Verhältnismäßigkeit*, p. II; reside na circunstância de o idioma alemão dispor de duas palavras igualmente tradutíveis em Português por proporcionalidade: *Verhältnismäßigkeit* e *Proportionalität*, este um derivado evidente do francês *proportionalité*. O vocábulo genuinamente teutônico, *Verhältnis-mäßigkeit*, resulta da aglutinação das palavras *Verhältnis* (relação) e *Mäßigkeit* (moderação), de modo a significar a relação moderada, adequada entre duas coisas. *Mäßigkeit* remonta ao radical *Maß* (medida, padrão), por intermédio do adjetivo *mäßig* (moderado), ao qual agregado o

bases: a proporcionalidade em sentido amplo desdobra-se em adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁹. Austríacos²⁰ e suíços²¹ parecem comungar dessa nomenclatura. Logo, o incômodo causado pelas divergências terminológicas parece resultar muito mais da proverbial irritação teutônica até com as naturais oscilações do navegar do que de verdadeiras dificuldades decorrentes dessa modesta flutuação lingüística²². Os países neolatinos europeus não registram grandes disparidades terminológicas. Parece haver consenso em torno do étimo comum à “proporcionalidade” entre os autores portugueses²³ e franceses²⁴;

sufixo *keit* de substantivação. Cf. JAKOBS, *Verhältnismäßigkeit*, p. 12, sobre a etimologia tedesca desses termos.

¹⁹ Não é preciso discutir, por ora, a afirmação de LERCHE, *Übermaßverbot*, p. 21 e nota 5, segundo a qual a proporcionalidade em sentido amplo é apenas “denominação” genérica a abarcar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, e não uma diretiva jurídica superior, capaz de unificar as três outras, de alcance menos vasto. Vale o alerta de que LERCHE, *Übermaßverbot*, p. 19, apenas confere autonomia à proporcionalidade em sentido estrito e à necessidade, pois já inclui nesta última o exame da adequação do meio em relação ao fim desejado. Ele cunhou o termo geral “proibição de excesso” para unificar os três aspectos. Donde o equívoco de HELENILSON PONTES, *Proporcionalidade*, p. 62, ao imputar a LERCHE a idéia da “proibição de excesso” como “superconceito” – *rectius*, gênero – compreensivo dos três princípios aludidos. Ao menos para LERCHE, cuida-se de simples denominação abrangente.

²⁰ STELZER, *Verhältnismäßigkeit*, p. 170.

²¹ HOTZ, *Verhältnismässigkeit*, p. 12.

²² A censura de HANS SCHNEIDER, *Verhältnismässigkeit*, p. 392, por exemplo, é típica dessa exasperação incompatível com a dimensão do problema: “os esforços sagazes da literatura para possibilitar [...] a escorreita construção de conceitos não deram [...] frutos na jurisprudência do TCF alemão” (Die scharfsinnigen Versuche in der Literatur, hier eine saubere Begriffsbildung zu ermöglichen, haben bisher in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts keine Früchte getragen”).

²³ CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, vol. I, p 170.

²⁴ Isso já se vê pelos títulos das duas monografias mais relevantes sobre a matéria em língua francesa, devidas a XAVIER PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, e XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité*.

os italianos dividem-se entre razoabilidade e proporcionalidade²⁵. O tema tornou-se conhecido no direito norte-americano por “devido processo legal substancial” ou “material”²⁶, dois oxímoros apenas em aparência; a denominação alternativa de princípio da “razoabilidade” também é praticada com frequência²⁷. A tradição argentina segue as pegadas americanas nos três aspectos²⁸. Os títulos das monografias nacionais dedicadas ao tema espelham fielmente a parcela da tradição que mais as influenciou, em prova de que o mundo do homem é em grande parte lingüístico. Os trabalhos de perfil mais marcadamente alemão preferem o termo proporcionalidade²⁹. As obras fundadas no direito anglo-americano privilegiam a expressão “devido processo legal material” ou “substancial”³⁰. Registra-se, não raro, entre nós até o emprego legislativo do termo “razoabilidade”. O art. 2º da Lei 9.784/1999, que “regula o processo administrativo federal”, por exemplo, impõe à União o respeito aos “princípios da proporcionalidade e razoabilidade”. O presente estudo adota os termos proporcionalidade em sentido amplo, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sem prejuízo do aprofundamento ulterior da discussão terminológica em função do conteúdo dessas idéias. A menção à proporcionalidade, sem outra qualificação, refere-se ao termo em sentido amplo.

²⁵ *Ragionevolezza, passim*. Considere-se, entretanto, o maior distanciamento do modelo italiano, que inclui as relações entre meio e fim, como se vê, por exemplo, em ZAGREBELSKY, *Ragionevolezza*, p. 180.

²⁶ *Substantial* ou *material due process of law*.

²⁷ *Reasonableness*.

²⁸ Cf., por todos, LINARES, já no título da obra, a fornecer ambos os termos praticados no seu país: “*Razonabilidad de las leyes : El ‘debido proceso’ como garantía innominada en la Constitución Argentina*”. Talvez esse estado de coisas se altere com a recente tese de doutoramento de LAURA CLÉRICO na Alemanha, *Verhältnismäßigkeit*.

²⁹ Constituem exemplos da orientação preponderantemente tedesca: WILLIS SANTIAGO, GILMAR MENDES, SUZANA BARROS, DENIZE STUMM, inventariados na bibliografia.

³⁰ Entre os autores guiados pelo direito anglo-americano, contam-se SANTIAGO DANTAS, ORLANDO BITTAR, SAMPAIO DÓRIA, SIQUEIRA CASTRO e ROSYNETE LIMA, listados na bibliografia.

A segunda e, de longe, mais importante precaução na abordagem da proporcionalidade consiste em se desconfiar da cartografia tradicional, ao se traçar o curso da exploração do tema. Impõe-se a cautela de verificar se as loas e queixas à superabundância da bibliografia não encobrem, em parceria insuspeita, lacunas no assunto pesquisado. Esse parece ser o caso. De um lado, os levantamentos disponíveis em geral fornecem escassas informações sobre a maior parte do trajeto a se percorrer. De outro, divergem muito quanto ao local de partida da proporcionalidade e às escalas fundamentais por onde passou ao longo de sua história.

3 – Lacunas numa cartografia abundante

O estudo da proporcionalidade apoiado na vasta bibliografia monográfica disponível lembra a observação de LIMOJON DE SAINT-DIDIER, para quem “nossa prática é um caminho nas areias, onde devemos conduzir-nos preferentemente pela Estrela Polar do que pelos vestígios que ali vemos impressos. A confusão dos traços que um número quase infinito de pessoas nelas deixou é tão grande, [...] que é quase impossível não se apartar da verdadeira via [...]”³¹. De fato, quem não se libertar do efeito hipnótico produzido pelos inumeráveis traços deixados na bibliografia notará a existência de tópicos à espera de reflexão nesse conjunto de obras.

A cartografia tradicional da proporcionalidade apresenta duas zonas extremamente díspares: um espaço branco gigantesco nos mapas é sucedido, a partir de certa altura, pelo esquadrinamento daquela idéia no direito. A quantidade exorbitante de obras sobre os problemas atuais da proporcionalidade oculta o desamparo quase completo de quem a estuda em outras perspectivas.

Dois aspectos fundamentais da proporcionalidade parecem permanecer como “mares ignotos” no vasto acervo de monografias sobre o tema. Um deles refere-se ao aspecto cultural do problema; o outro relaciona-se a sua história.

³¹ *Apud* PHILIPPE SOLLERS, *Passion*, p. 9: “Notre pratique est un chemin dans les sables, où l’on doit se conduire par l’étoile du Nord plutôt que par les vestiges qu’on y voit imprimés. La confusion des traces qu’un nombre presque infini de personnes y ont laissées est si grande, et on y trouve tant des différents sentiers que mènent presque tous dans des déserts affreux, qu’il est presque impossible de ne pas s’égarer de la véritable voie que les seuls sages favorisés du Ciel ont heureusement su démêler et reconnaître”.

3.1 – Absolutismo ou relatividade da idéia de proporcionalidade no direito?

A primeira indagação visa a determinar se há correlação entre a proporcionalidade e certas culturas ou se se trata de idéia jurídica universal, à semelhança do que existiria na matemática ou na física. Em termos sintéticos: deve-se falar em absolutismo ou em relatividade na idéia de proporcionalidade jurídica?

A busca por dados ponderáveis sobre o caráter absoluto ou relativo da proporcionalidade não parece render bons resultados, acaso empreendida no âmbito das monografias disponíveis. O pesquisador em vão tentará saber, a partir delas, se a proporcionalidade é construção específica de umas poucas culturas ou se, ao reverso, representa uma constante jurídica universal, à semelhança da função matemática de mesmo nome.

HIRSCHBERG, um dos poucos a se defrontar com o problema, defende o absolutismo da proporcionalidade com base nos seguintes argumentos:

“O pensar em fins e meios, que projeta no futuro a relação de causa (meio) e de efeito (fim), é uma categoria fundamental do pensamento humano. Ele serve tanto para a orientação do agir do indivíduo na vida cotidiana (o que eu quero? – o que eu preciso fazer?), quanto como modelo de esforços mentais mais elevados e abstratos, como o demonstra o discurso de ‘um fim último’ ou, no domínio jurídico/jusfilosófico, o ‘fim do Estado’. Assim, não se admira que a idéia de fim/meio se encontre em todas as disciplinas que se ocupam com ações e decisões humanas, seja a filosofia, em especial a ética, a teoria econômica pública ou empresarial, a sociologia etc. Conhecimentos profícuos dessas disciplinas serão por isso ocasionalmente empregados. Tampouco pode surpreender que os mais diversos comportamentos de pessoas ou grupos possam ser considerados como orientados a fins: o tiro, o aborto, a construção de uma casa, a luta sindical, a injúria, a guerra, a publi-

ção de uma sentença, de um ato administrativo ou de uma lei”³².

A admissão de ponderações tão genéricas em prol do absolutismo da proporcionalidade forçaria a aceitação de argumentos de mesma índole em sentido contrário. O desdém clássico de PASCAL pelas convenções jurídicas equilibraria, então, a contenda: “três graus de latitude reverterem toda a jurisprudência”; “verdade aquém dos Pirineus, erro além deles”; enfim, “justiça ridícula que um rio limita”³³.

A quem dar ouvidos? Ao filósofo genial ou ao respeitado especialista lastreado em sua notável tese de cátedra? Ao relativista empedernido ou ao jurista, cuja ciência sonha transcender o insular direito positivo onde vive?

³² HIRSCHBERG, *Verhältnismäßigkeit*, p. 43: “Das Denken in Zwecken und Mitteln, das das Kausalverhältnis von Ursache (Mittel) und Wirkung (Zweck) in die Zukunft projiziert, ist eine Grundkategorie menschlichen Denkens. Es dient sowohl der Handlungsorientierung des einzelnen im alltäglichen Leben (was will ich? – was muß ich tun?) als auch als Muster höchster und abstraktester Denkbemühungen, wie die Rede von einem ‘letzten Zweck’ oder – im rechtlichen/rechtsphilosophischen Bereich – vom ‘Staatszweck’ zeigt. So wundert es nicht, daß das Zweck/Mittel-Denken in allen Disziplinen anzutreffen ist, die sich mit menschlichen Handlungen und Entscheidungen befassen, sei es die Philosophie, insbesondere die Ethik, die Betriebs- oder Volkswirtschaftslehre, die Soziologie u. a. m. Förderliche Erkenntnisse aus diesen Disziplinen werden deshalb gelegentlich verwendet werden. Ebenso wenig kann es verwundern, daß die unterschiedlichsten Handlungen von Menschen oder Gruppen als an Zwecken orientiert betrachtet werden können: der einzelne Schuß, der Schwangerschaftsabbruch, der Bau eines Hauses, der Arbeitskampf, die Beleidigung, der Krieg, der Erlaß eines Urteils, Verwaltungsaktes oder auch eines Gesetzes”.

³³ PASCAL, *Pensées*, n° 230, p. 1149: “três graus de latitude reverterem toda a jurisprudência; um meridiano decide a verdade; em poucos anos de ocupação, leis fundamentais mudam, o direito tem suas épocas; a entrada de Saturno em Leão assinala para nós a origem de um tal crime. Justiça ridícula que um rio limita! Verdade do lado de cá dos Pirineus; erro do lado de lá” (“trois degrés d’élévation du pôle renversent toute la jurisprudence; un méridien décide de la vérité; en peu d’années de possession les lois fondamentales changent; le droit a ses époques, l’entrée de Saturne au Lion nous marque l’origine d’un tel crime. Plaisante justice qu’une rivière borne! Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà”).

Eis aí a primeira lacuna denunciada: não existem monografias dedicadas à solução dessa dúvida. Talvez, porque a maior parte das pessoas presume ser, a proporcionalidade, componente quase natural de todas as ordens jurídicas. Justamente esse entendimento prévio há de ser questionado.

Este não é o momento adequado para levar adiante a discussão indicada, mas de lhe expor o objeto. Tomem-se por ora dados simples bem à mão para instigar o raciocínio. A vista panorâmica da literatura sobre a proporcionalidade suscita a curiosidade do leitor, logo seguida por certa perplexidade. O direito comparado revela o intrigante dado de que a nacionalidade do autor quase determina não apenas a admissão da existência da proporcionalidade, mas também influi vigorosamente na indicação do momento histórico em que sua apareceu. Assim, não se contam aparentemente obras indianas, chinesas ou árabes na bibliografia do assunto. Ademais, o nascimento da proporcionalidade oscila em nada menos do que meio milênio, para ficar apenas nas divergências entre brasileiros e alemães³⁴. Ora, o fato de a bibliografia da proporcionalidade ser produzida apenas em países cujas origens remontam ao oeste da Europa põe em xeque seu suposto caráter multicultural. Essa constatação desafia, ademais, a tese segundo a qual a proporcionalidade seria a versão jurídica da racionalidade em geral, de modo que todos os direitos a conteriam em maior ou menor grau. Mesmo elementos singelos como os apresentados indicam a necessidade de se investigarem melhor muitas das características espontaneamente associadas à proporcionalidade.

Considerações genéricas como as precedentes não resolvem a contento a questão do caráter absoluto ou relativo da proporcionalidade no direito. A discussão entre o jurista e o filósofo conduzida em termos tão idiossincráticos decepciona os pragmatistas, com seu resultado de nula utilidade, e desagrada quem tenha pendor teórico, porque não se funda em argumentos, mas em meras opiniões. O debate assim conduzido redundará num *non liquet* científico, dado seu manifesto equívoco meto-

dológico. A afirmação ou negação da proporcionalidade como categoria universal há de ser embasada na pesquisa sobre verdadeiros objetos ideais e concretos, e não sobre meras possibilidades intelectivas.

3.2 - Um vazio de 1537 anos?

A segunda lacuna na respeitável bibliografia da proporcionalidade, relativa ao instante de sua gênese, é menor do que a antecedente, embora mais visível, porque pode ser representada por um número: 1537.

A omissão pode, de fato, ser quantificada em termos históricos. A doutrina dos países que lidam com a proporcionalidade se divide basicamente entre dois limiares³⁵. Brasileiros e americanos, por exemplo, exibem a Magna Carta como a certidão de batismo da idéia. A maioria dos autores alemães aponta o início da proporcionalidade no Racionalismo do final do Século XVIII, talvez por se interessar pela idéia apenas quando condensada em fórmula jurídica. Vozes isoladas recuam os pressupostos filosóficos da proporcionalidade à Antigüidade Clássica, mais precisamente a ARISTÓTELES ou mesmo a pensadores anteriores³⁶.

Operação algébrica elementar demonstra existirem 1537 anos entre ambos os marcos iniciais mais comumente sugeridos para a proporcionalidade. ARISTÓTELES terá escrito a *Ética a Nicômacos* entre 335 e 323 a. C.³⁷; a Magna Carta foi pactuada em 1215 d. C. Suponha-se então que a

³⁴ Cf. o item 3.2, para os dados imprescindíveis a respeito.

³⁵ Isso ainda será visto com o devido vagar e com as necessárias indicações bibliográficas, no item 14.2.

³⁶ Assim, WIEACKER, *Wurzeln, passim*, que ainda recua sua análise aquém de ARISTÓTELES; ERIK WOLF, *Maß, passim*, e *Rechtsdenken*, vol. 1, p. 189 e segs, recorda SÓLON; XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 1; e JARBAS SANTOS, *Proporcionalidade*, p. 44 e segs.

³⁷ MARIO KURY, na introdução à *Ética a Nicômacos*, p. 8-9, esclarece que ARISTÓTELES regressou a Atenas em 335, onde permaneceu até 323. Seu filho, NICÔMACOS, a quem dedicada a obra, nasceu durante esse período.

Ética pertença ao último ano da estada ateniense. Mais de um milênio e meio separarão a obra filosófica grega do documento jurídico inglês. Donde as indagações: será que, de fato, não existe nada digno de nota nesse imenso intervalo? E nada há de interesse aquém do marco inicial aristotélico?

A ordem de formulação de ambas as questões parece a mais adequada para a busca das respostas, porque o panorama intercultural fornece elementos mais seguros para se opinar sobre a aparente lacuna mais particular.

4 – Por onde começar?

A ênfase cultural, mas também histórica, deste ensaio recomenda o uso das categorias fundamentais da “hermenêutica filosófica”³⁸ – o “círculo hermenêutico”³⁹, a “pré-compreensão”⁴⁰ e o “princípio da reper-

³⁸ Este trabalho renuncia ao intento de discorrer sobre essas categorias e se limita a empregá-las, na tentativa de esclarecer seu objeto monográfico. Bibliotecas inteiras dedicam-se a explicar a ontologia do processo do conhecimento descrita por HEIDEGGER e tornada fecunda para a hermenêutica por GADAMER, ao discorrer sobre a “pré-compreensão”, o “círculo hermenêutico” e o “princípio da história da repercussão” das idéias. Cf. na hermenêutica geral, sobretudo, GADAMER, *Wahrheit*, em especial p. 270 e segs, mas também as exposições de PALMER, *Hermenêutica, passim*, CORETH, *Questões, passim*, e BLEICHER, *Hermenêutica, passim*. A aplicação da hermenêutica filosófica contemporânea no direito brasileiro encontra-se em INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *Hermenêutica*, cap. 4, e *Interpretação*, cap. 3, 4 e 5. No campo da proporcionalidade, cf. HELENILSON PONTES, *Proporcionalidade*, p. 13-19.

³⁹ Nada seria tão equívoco quanto supor que esses três tópicos desenvolvidos por GADAMER constituam a essência de determinado método, isto é, de procedimento racionalizado buscar um objeto com a conseqüência de, ao menos em tese, existir modo alternativo de fazê-lo à disposição do sujeito do conhecimento. A filosofia de HEIDEGGER e a hermenêutica de GADAMER, ao contrário, fundam-se em categorias essenciais do processo de conhecimento e, portanto, inexoráveis naquela atividade humana. Cf. a propósito, GADAMER, *Wahrheit*, vol. I, p. 1 e 270 e, em especial, p. 298-299 e 300. GADAMER, p. 298-299, afirma: “o círculo da compreensão não é, de modo algum, um círculo ‘metodológico’, mas descreve um momento estrutural ontológico do conhecimento” (“Der Zirkel des Verstehens ist also überhaupt nicht ein ‘methodischer’ Zirkel, sondern beschreibt ein ontologischer Strukturmoment des Verstehens”). A última passagem, mais uma vez, é taxativa: “essas condições [da compreensão] não são em absoluto da espécie de um ‘procedimento’ ou de um método, de forma que alguém, como sujeito cognoscente, tenha de as aplicar a partir de si – ao contrário, elas devem estar presentes” (“Diese Bedingungen [des Verstehens] sind aber durchaus nicht alle von der Art eines ‘Verfahrens’ oder einer Methode, so daß man als der Verstehende sie von sich aus zur Anwendung zu bringen vermöchte – sie müssen vielmehr gegeben sein”).

⁴⁰ A propósito, GADAMER, *Wahrheit*, vol. I, p. 270-290. A pré-compreensão é a plataforma pessoal de conhecimentos de onde alguém se lança ao entendimento do inédito. JORGE LUIS BORGES, *Credo*, p. 122, observou com poesia: “as palavras são símbolos para memórias partilhadas”. E desdobrou-nos a idéia: “se uso uma palavra, então vocês devem ter alguma experiência do que essa palavra representa. Senão a palavra não significa nada para vocês”. A pré-compreensão consiste, pois, na memó-

cussão das idéias”⁴¹ –, na busca dos pressupostos da noção contemporânea de proporcionalidade. Tais instrumentos parecem adequados à superação do impasse entre os defensores do absolutismo e os partidários do relativismo daquela noção no direito, assim como poderão preencher um pouco do espaço histórico entre ARISTÓTELES e a Magna Carta.

Postular mas não explicar o motivo do emprego dos conceitos de GADAMER dará mais munição ao aficcionado leitor de PASCAL: “o direito tem suas épocas”⁴²; “ontem foi o direito romano; hoje, a hermenêutica está na moda”. Pior, se lhe fizer companhia alguém que se lembre de DUBAY: “a autoridade da moda nos força a ser ridículos, sob pena de parecê-lo”⁴³.

ria do que sabemos e vivemos, a partir da qual entendemos o que ainda nos é desconhecido, malgrado eventualmente até sabido por outrem.

⁴¹ “Prinzip der Wirkungsgeschichte”, *Wahrheit*, vol. 1, p. 305 e segs Trata-se, resumidamente, da consciência de que o objeto interpretado não nos chega sozinho, isto é, a apreensão de seu sentido se dá também com o sentido que a tradição lhe tem atribuído ao longo de tempo. Esse princípio afirma que a história da coisa a ser interpretada “determina de antemão o que se nos mostra como digno de indagação e como objeto de pesquisa, e esquecemos a metade do que verdadeiramente é; mais até, esquecemo-nos de toda a verdade desse fenômeno, ao tomarmos sua manifestação imediata em si como a verdade integral” (“Sie bestimmt im voraus, was sich uns als fragwürdig und als Gegenstand der Erforschung zeigt, und wir vergessen gleichsam die Hälfte dessen, was wirklich ist, ja mehr noch, wir vergessen die ganze Wahrheit dieser Erscheinung, wenn wir die unmittelbare Erscheinung selber als die ganze Wahrheit nehmen”).

A expressão alemã parece rebelar-se contra o equivalente entre nós difundido – “princípio da história da efetividade” das idéias – mas evitado neste texto. Talvez fosse mais adequado verter o original como “princípio do impacto histórico” de determinadas idéias, fórmula que atinge o cerne do conceito sem demandar malabarismos mentais por parte do leitor brasileiro. O inconveniente dessa alternativa consiste em sublinhar o caráter instantâneo do impacto, em detrimento da continuidade de determinada idéia ao longo da história. A alternativa “princípio da história da influência” das idéias transmite a noção de continuidade; em contrapartida, carece da naturalidade lingüística em Português da solução anterior.

⁴² Cf. a nota 33.

⁴³ DUBAY, *Pensées sur l’homme*.

Precisamente a moda, claro que em tom sério, justifica o apego aos critérios mencionados. “Conhecemos o poder e a coação mostruosos representados pela moda”, notou GADAMER. E aqui sua reflexão decisiva: “ora, a palavra ‘moda’ soa terrivelmente mal na ciência. Obviamente, nossa pretensão é a de estar acima do exigido apenas pela moda”. O filósofo mencionado indagou-se:

“Mas, a questão é exatamente se a existência da moda na ciência não está na essência da coisa. Se o modo pelo qual reconhecemos a verdade implica necessariamente que cada passo adiante se distancia dos pressupostos da partida, permite imergi-los de volta na escuridão da obviedade e, assim, torna infinitamente mais difícil ultrapassar esses pressupostos, testar outros pressupostos e, com isso, obter novos conhecimentos verdadeiramente novos. Há algo como uma burocratização não apenas da vida, mas também das ciências. Indagamos: isso se encontra na essência da ciência ou isso é apenas uma espécie de doença cultural da ciência [...]? Talvez, isso resida realmente na essência da verdade mesma, tal como os gregos a conceberam pela primeira vez e, assim, também na essência de nossas possibilidades de conhecimento do modo como a ciência grega inicialmente as estabeleceu. A ciência moderna apenas radicalizou [...] pressupostos da ciência grega, reitores dos conceitos de *logos*, de enunciado, de juízo”⁴⁴.

⁴⁴ GADAMER, *Was ist Wahrheit?*, p. 51: “Wir wissen, welche ungeheure Macht und Zwangsgewalt die Mode darstellt. Nun klingt das Wort ‘Mode’ in der Wissenschaft furchtbar schlecht. Selbstverständlich ist es unser Anspruch, dem, was nur die Mode fordert, überlegen zu sein. Aber die Frage ist gerade, ob es nicht im Wesen der Sache liegt, daß es auch in der Wissenschaft Mode gibt. Ob die Weise, in der wir Wahrheit erkennen, notwendig mit sich bringt, daß jeder Schritt vorwärts von den Voraussetzungen weiter entfernt, von denen wir ausgegangen sind, sie in das Dunkel der Selbstverständlichkeit zurücksinken läßt und eben damit es unendlich schwer macht, über diese Voraussetzungen hinauszukommen, neue Voraussetzungen zu erproben und damit wirklich neue Erkenntnisse zu gewinnen. Es gibt so etwas wie eine Bürokratisierung nicht nur des Lebens, sondern auch der Wissenschaften. Wir fragen: liegt das im Wesen der Wissenschaft oder ist das nur eine Art Kulturkrankheit der Wissenschaft [...]? Vielleicht liegt es wirklich im Wesen der Wahrheit selbst, so wie sie die Griechen zuerst gedacht haben, und damit auch im Wesen unserer Erkenntnismöglichkeiten, wie sie die griechische

O recurso à filosofia de GADAMER parece justificar-se no quadro deste ensaio como o meio de se evitar o esquecimento dos pressupostos culturais da proporcionalidade, seja ela decorrência natural do nosso modelo grego de saber, seja ela uma enfermidade cultural dos estudos sobre o tema. A descoberta da causa do oblívio importa menos do que lhe evitar a ocorrência. Afinal de contas, “as coordenadas de nossas vidas” e não somente as da proporcionalidade, são “assimiladas tão incontestemente e evidentemente, que parecem fazer parte [...] de nossa própria imagem e compreensão do mundo”⁴⁵. Elas até parecem integrar o mundo natural; mas são, na verdade, frutos de opções culturais conscientes ou inconscientes. Logo, a discussão de tais pressupostos esquecidos ensejará, eventualmente, a aquisição de conhecimentos novos. Mergulhar em busca dessa matéria constitui o melhor antídoto contra idéias equivocadas que em nós se petrificaram sob o disfarce de dados naturais, quando não passam de convenções culturais.

Supõe-se que até espectadores do século XXI, testemunhas de alterações técnicas sucessivas em velocidade exponencialmente crescente, se espantem com certas relíquias culturais libertas do pó de eras recuadas. GADAMER advertiu, há mais de quatro décadas, que “vivemos numa constante superexcitação de nossa consciência histórica”: “o que se modifica impõe-se incomparavelmente mais à atenção do que aquilo que permanece em bases antigas. Isso é uma lei geral de nossa vida intelectual. Daí por que as perspectivas resultantes da experiência da mudança histórica correm sempre o risco de ser deformidades, pois se esquecem

Wissenschaft zuerst geschaffen hat. Die moderne Wissenschaft hat ja nur [...] die Voraussetzungen der griechischen Wissenschaft radikalisiert, die in den Begriffen des logos, der Aussage, des Urteiles leitend sind”.

⁴⁵ CORETH, *Grundfragen*, p. 77: “Vieles [...] davon haben wir so fraglos und selbsterständlich in unser eigenes Wissen assimiliert, daß es unser eigenes Weltbild und Weltverständnis prägt, also mitbestimmend eingegangen ist in das Ganze unserer Welt”. Tradução do mesmo trecho, levemente modificada aqui, pode ser vista em *Questões*, p. 65.

do caráter oculto das coisas persistentes”⁴⁶. As características essenciais de nosso mundo devem ser recordadas hoje mais do que nunca, por se manterem intocadas sob mudanças tecnológicas vertiginosas, mas quase sempre restritas às aparências. O ensaio de compreender a repercussão histórica da idéia de proporcionalidade tem mais oportunidades de vingar, ao se trazerem seus pressupostos culturais das coxias silenciosas da pré-compreensão para o proscênio de nossas atenções. É difícil, de resto, supor que alguém se habilite a interferir na tradição, se lhe desconhece a origem e o percurso. GADAMER mostra que a tradição não é apenas o “pressuposto” no qual sempre estamos imersos; nós a criamos, participamos do seu acontecer e, por esse motivo, “co-determinamos” seu futuro, no processo de compreensão⁴⁷.

A capacidade de distinguir a proporcionalidade contemporânea de outros conceitos que se lhe associam, apenas porque assentados sobre base comum, é outra das vantagens decorrentes do estudo de sua pré-compreensão cultural. A interação de características elementares de certas ordens jurídicas no interior da proporcionalidade confunde esse instituto contemporâneo com idéias afins e o torna impropriamente ubíquo nas discussões jurídicas atuais.

A necessidade de retroceder o exame da proporcionalidade aos elementos de sua silenciosa pré-compreensão é afirmação demasiado vaga. Em qual de suas camadas se deve fazer o “corte epistemológico”? Determina-se a profundidade da escavação pelo critério hermenêutico sintetizado por CORETH:

⁴⁶ GADAMER, *Wahrheit*, vol. I, p. 3 e 4: “Was sich verändert, drängt sich der Aufmerksamkeit unvergleichlich viel mehr auf, als was beim alten bleibt. Das ist ein allgemein Gesetz unseres geistigen Lebens. Die Perspektiven, die sich von der Erfahrung des geschichtlichen Wandeln her ergeben, sind daher immer in der Gefahr, Verzerrungen zu sein, weil die Verborgenheit des Beharrenden vergessen. Wir leben, wie mir scheint, in einer beständigen Überreizung unseres historischen Bewußtseins”.

⁴⁷ GADAMER, *Wahrheit*, vol. I, p. 298.

“Ao mundo do homem pertence, entretanto, mais um elemento que amiúde é omitido ou suprimido, mas que merece ser levado em consideração: a *cosmovisão* valorativa, mormente quando fundada na crença religiosa. [...]. Assim sendo, a concepção do mundo é essencialmente mais que uma imagem do mundo, que significa apenas a síntese dos conhecimentos que a ciência positiva tem do mundo. Na verdade, a concepção do mundo ou cosmovisão não é o mesmo que religião e fé religiosa, mas toda fé, enquanto crê em certo conteúdo que corresponde a uma significação final da existência humana no mundo, contém essencialmente um momento de concepção do mundo”⁴⁸.

Logo, o mergulho na pré-compreensão há de ser suficientemente profundo, para atingir a cosmovisão em que se baseia o mundo intelectual onde criada e praticada a proporcionalidade. CORETH parece fornecer a justificativa do esforço adicional de trazer aquela noção de tão longe: “justamente a *distância* torna possível e necessário refletir sobre as condições históricas, exprimir de maneira explícita o que se pensou implicitamente, mas não se disse, o que para o autor era tão evidente que nem sequer ele o pronunciava, e que talvez nem lhe chegara à consciência, penetrando irrefletidamente em seu pensamento”⁴⁹.

⁴⁸ CORETH, *Questões*, 66-67, a tradução brasileira do original, *Grundfragen*, p. 78: “Zur Welt des Menschen gehört jedoch ein weiteres Element, das oft übersehen oder unterdrückt wird, aber der Beachtung verlangt: die *weltanschauliche*, besonders im religiösen Glauben begründete Sicht und Bewertung der Welt. Ohne hier auf den Begriff und das Problem der ‘Weltanschauung’ näher einzugehen, sei nur soviel vermerkt, daß wir darunter die Gesamtheit der verstehenden und bewertenden Auffassung der Welt und des menschlichen Daseins in der Welt meinen. Insofern ist Weltanschauung wesentlich mehr als ein Weltbild, das nur die Synthese positiv wissenschaftlicher Welt erkenntnis meint. Zwar ist die Weltanschauung nicht dasselbe wie Religion und religiöser Glaube, sofern er an bestimmte Inhalte glaubt, die ihm eine letzte Sinnggebung des menschlichen Daseins in der Welt bedeuten, enthält wesentlich ein weltanschauliches Moment”.

⁴⁹ CORETH, *Questões*, p. 121, a tradução brasileira do original, *Grundfragen*, p. 136-137: “Gerade die *Distanz* macht es möglich und notwendig, auf die geschichtlichen Bedingungen zu reflektieren, das Mitgemeinte, aber Ungesagte ausdrücklich zu machen, was dem Verfasser so selbstverständlich war, daß er gar

Um corte epistemológico dessa dimensão pode ser executado com o auxílio do pensamento de FIKENTSCHER, cujas idéias serão logo a seguir recapituladas.

nicht ausgesprochen hat, daß ihm vielleicht gar nicht zum Bewußtsein kam aber unreflektiert in sein Denken eingegangen ist”.

5 – O pensamento de Wolfgang Fikentscher

O pensamento de WOLFGANG FIKENTSCHER parece o mais adequado à tarefa de compreender as raízes culturais da proporcionalidade. Sua teoria demonstra, de um lado, que os pressupostos essenciais das culturas se tornaram invisíveis aos olhos de seus membros. Mas, de outro, revela que, nem por isso, deixaram de moldar a pré-compreensão das pessoas e, assim, de determinar o conteúdo de seu pensamento e até mesmo de sua percepção sensorial do mundo. Segue-se daí a relevância desses referenciais para a gênese, desenvolvimento e limites da proporcionalidade como objeto cultural. Ora, se é da essência do processo cognitivo⁵⁰ e do conceito de pré-compreensão⁵¹ que cada pessoa recorra a um só patrimônio prévio de conhecimentos na busca de compreender, reelaborar e criar qualquer coisa, então se afigura muito provável que as características basilares desse saber estocado interfiram na atividade jurídica. Logo, elas também devem desempenhar alguma função relevante na proporcionalidade. Eis a hipótese a se testar aqui.

A profundidade da pesquisa conduzida pelo autor citado implica, por certo, o esforço adicional de buscar respostas para questões presentes em lugares muito distantes. Esse prazeroso trabalho suplementar parece, entretanto, mais do que contrabalançado pelo interesse, pela variedade de temas e pelo estímulo intelectual advindos do estudo do conjunto da obra daquele autor. Verifica-se nos eruditos estudos de FIKENTSCHER, por exemplo, a correlação estreita entre os mais variados objetos culturais de determinado gênero de sociedades, ainda que à primeira vista se apresentem apenas remotamente interligados. Pense-se na identidade de princípios a perpassar o direito, o urbanismo, a arquitetura, a culinária, as artes plásticas, o modo de produção de conheci-

⁵⁰ Cf. o item 32, especialmente, nota 39.

⁵¹ Cf. o item 32, especialmente, nota 40.

mento, a organização familiar, o sistema político, a música praticados em cada cultura ⁵².

A possibilidade de elaboração de estratégias jurídicas a partir das idéias de FIKENTSCHER também lhes incentiva o estudo⁵³. O emprego do saber em atos tendentes a dirigir o futuro deve agradar de modo particular ao jurista, comumente defrontado com obras limitadas à catalogação de eventos passados⁵⁴. Essa abertura para o amanhã advém da inter-relação entre certos pressupostos culturais e suas conseqüências sociais. Sabe-se, desse modo, o que esperar de certo modelo e o que ele não terá condições de oferecer⁵⁵.

Similar programa de pesquisa parece audacioso e, talvez, impossível. O contrário, no entanto, parece resultar da leitura dos estudos de FIKENTSCHER, cuja essência se sumaria adiante. O pensamento de FIKENTSCHER assenta-se sobre três proposições básicas. O referido autor criou três conceitos conexos para expressá-las: os “modos de pensar”⁵⁶, a “sinepéia”⁵⁷ e os “métodos do direito”⁵⁸. Os modos de pensar, só grosseiramente equiparáveis a mentalidades, são “unidades”⁵⁹ ou “ferramen-

⁵² Cf. a bibliografia para as obras do referido autor, no domínio do saber aqui estudado.

⁵³ Cf. especialmente FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 681 e segs.

⁵⁴ Tal vantagem parece especialmente cara à literatura jurídica, cujas obras se esparramam em milhares de páginas sobre o passado e o presente, mas dedicam, com sorte, uns poucos parágrafos sobre o futuro. Aqui vai, naturalmente, uma auto-crítica a esta dissertação, cujos limites, já excedidos, não permitem senão uma abordagem periférica desse aspecto da proporcionalidade. A observação arguta sobre essa deficiência da literatura jurídica deve-se a PETER GILLES, em conferência proferida em Brasília, durante o encontro anual da “Associação de Juristas Brasil-Alemanha”, em 1999.

⁵⁵ Cf. o item 7, para mais pormenores a respeito.

⁵⁶ *Denkarten*, FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 11 e segs, por exemplo.

⁵⁷ FIKENTSCHER, *Synepeik*, constante já do título de estudo publicado em obra coletiva especificada na bibliografia.

⁵⁸ Este é o título de sua obra capital.

⁵⁹ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 71-72.

tas analíticas”⁶⁰ da sinepéia, uma “metateoria das ciências sociais”⁶¹. Já os métodos do direito são os meios de concretização da justiça, em correspondência com os diversos modos de pensar.

As características dos vários modos de pensar pretéritos e presentes e de seus instrumentos jurídicos encontram-se expostos na obra “*Métodos do Direito*”, publicada entre 1975 e 1977. A metateoria criada para a produção dessa obra-prima foi apresentada organicamente ao grande público no estudo “*Sinepéia e um Conceito Sinepéico de Direito*”, de 1980⁶².

⁶⁰ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 74.

⁶¹ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 86.

⁶² Tal postergação decorreu da dúvida metódica, afinal superada, sobre a correção de se generalizar a metateoria jurídica às outras ciências sociais e à filosofia. Essa indagação encontra-se registrada na FIKENTSCHER, *Synepeik mimeografada*, p. VI: “como jurista, não estou em absoluto seguro se minha sugestão de uma metateoria geral – em paralelo ao direito comparado –, precisamente a ‘sinepéia’, mereça atenção séria, como possível fundamento de um filosofar ‘mundial’” (“Als Jurist bin ich mir keineswegs sicher, ob mein Vorschlag einer allgemeinen Metatheorie als mögliche Grundlage ‘weltweiten’ Philosophierens – in Parallele zur Rechtsvergleichung – eben die ‘Synepeik’, ernsthafte Beachtung verdient”). O prefácio dessa versão preliminar, de junho de 1979, p. VI, afirma ter sido ela oferecida a amigos e colegas do autor, em busca de críticas. “Sem reações críticas às duas publicações parciais [anteriores, de 1978] ou ao presente texto integral”, lê-se ainda na versão mimeografada, “não se deverá ousar uma publicação de livro” (“Ohne kritischen Reaktionen auf die beiden vorgenannten Teilveröffentlichungen oder auf den gegenwärtigen vollen Text sollte eine Buchveröffentlichung nicht gewagt werden”). O livro coletivo contendo o estudo *Synepeik* foi publicado em 1980; cf. a bibliografia. O autor debita a demora também à suposta impropriedade da abordagem de temas epistemológicos em trabalho votado à metodologia jurídica comparada – cf. FIKENTSCHER, *Synepeik mimeografada*, p. IV.

6 – Os modos de pensar e seus métodos do direito

FIKENTSCHER tem o mérito de demonstrar, na “monumental”⁶³ obra “*Métodos do Direito*”, como as diversas respostas éticas à “questão do sofrimento humano” geraram os “modos de pensar” ainda hoje vigentes no planeta. Os modos de pensar podem ser, por ora, definidos como mentalidades ou fórmulas culturais totais, de que decorrem as características básicas dos objetos culturais de determinada sociedade, aí incluído, por óbvio, seu direito. Os métodos do direito, a que se refere o título daquele livro, são os meios pelos quais se realiza a concepção de justiça própria de cada um dos vários modos de pensar. Cada direito positivo representa, portanto, um método em busca da concretização da justiça.

LARENZ observou que FIKENTSCHER “toma a expressão ‘métodos’ muito amplamente. Ele a compreende como os modos diversos de pensar o ‘direito’ como tal e de realizá-lo. Com isso, sua indagação se espalha quase que a uma filosofia jurídica universal”⁶⁴. A descrição da teoria seria exata, não fosse o eufemístico “quase”. De qualquer modo, LARENZ acerta de novo, ao defini-la como uma “espécie de teoria do co-

⁶³ O adjetivo “monumental” foi empregado por ninguém menos do que LARENZ, *Methodenlehre*, p. 137, e, em especial, *Methodenlehre 4. Aufl.*, p. 492 e segs, e CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia*, p. 13. Elogios semelhantes também se lêem, por exemplo, em LARENZ, *Richtiges Recht*, p. 31; PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 150, nm. 279; BYDLINSKI, *Methodenlehre*, p. 8, nota 9, e ARTHUR KAUFMANN, *Rechtsgewinnung*, p. 4, para ficar apenas em poucas e autorizadas vozes da metodologia jurídica contemporânea. O título completo da obra é “*Métodos do Direito: em exposição comparada*”, embora seja comumente referida na literatura especializada e por seu próprio autor de modo abreviado. Para a concordância de PAWLOWSKI com as categorias básicas de FIKENTSCHER, sem excluir a possibilidade de integrá-las a outras, cf. a nota 306. Para a questão do sofrimento humano (*Leidfrage*), cf. *Methoden*, vol. 4, p. 414 e 417, entre tantas outras passagens. Para os modos de pensar (*Denkarten*), cf. *Methoden*, vol. 4, p. 11 e segs, por exemplo.

⁶⁴ LARENZ, *Methodenlehre 4. Aufl.*, p. 476: “Den Ausdruck ‘Methoden’ faßt FIKENTSCHER sehr weit. Er versteht darunter verschiedene Weisen, ‘Recht’ als solches zu denken und dementsprechend zu verwirklichen. Damit weitet sich seine Fragestellung fast zu der einer universalen Rechtsphilosophie aus”.

nhecimento do direito das mais diversas culturas e das famílias jurídicas, exposta na mais larga base de uma metodologia comparada”⁶⁵. “Não se pode conceber direito e justiça no sentido de dois pólos entre os quais o conhecimento vai e vem”, observa FIKENTSCHER. “Se se quiser mesmo utilizar uma imagem, ela deve ser a de uma visão que traspassa o direito rumo à justiça. A relação entre justiça e direito é, por isso, um caso particular da relação geral entre filosofia e método e somente pode ser determinada nesse quadro mais genérico”⁶⁶.

Mas, a justiça, um valor encerrado no íntimo de cada pessoa, não está em condição de oferecer muito às sociedades. Essa e as demais pautas axiológicas carecem de meios para se transformar em realidade. O direito, a linguagem e os comportamentos são veículos para se obter a vigência de valores contra certo estado de coisas⁶⁷. “O ponto de partida sinepéico impõe seja o direito compreendido como imposições de valores para modificar a realidade [...]. Sanção não é senão essa modificação da realidade”⁶⁸. O autor referido pondera:

⁶⁵ LARENZ, *Methodenlehre*, p. 137: “Aus seinem monumentalen Werk, das eine Art universaler Rechts-Erkenntnistheorie der verschiedensten Kulturen und Rechtskreise, eine vergleichende Methodenlehre auf breitest Basis darstellt, kann hier nur wenig herausgegriffen werden”.

⁶⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 188-189: “... daß man sich Recht und Gerechtigkeit nicht im Sinne von zwei Polen vorstellen darf, zwischen denen die Erkenntnis hin und her schreitet. Wenn man überhaupt ein Bild verwenden will, so sollte es dies eines Durchblicks durch das Recht auf die Gerechtigkeit hin sein. Das Verhältnis von Gerechtigkeit und Recht ist dabei nur ein Sonderfall des Verhältnis von Philosophie und Methode im allgemein und kann nur in diesem allgemeineren Rahmen bestimmt werden”. PAWLOWSKI, *Einführung*, p. v, nota em contexto semelhante ser a metodologia jurídica o local onde a ciência jurídica encontra a filosofia do direito.

⁶⁷ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 112-113.

⁶⁸ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 114: “O ponto de partida sinepéico impõe seja o direito compreendido como imposições de valores para modificar a realidade, com maior ou menor consciência histórica, a depender de cada ‘modo de pensar’ empregado. Sanção não é senão essa modificação da realidade” (“Der synepeische Ausgangspunkt bedingt, daß Recht verstanden wird als Setzungen von Werten, um die Wirklichkeit zu verändern, mit mehr oder weniger historischem Bewußtsein, je

“O método jurídico nasce no momento em que a busca pela justiça se serve do pensamento e, com isso, da linguagem. A justiça necessita, para ser aplicável a fins humanos, da possibilidade de formulação. Esta acontece por meio da linguagem, que expressa os pensamentos. No sentido de metódica, Direito (escrito com maiúscula) surge, pois, da necessidade de tornar a justiça exprimível. Uma vez que a busca de soluções justas se serve da linguagem como veículo do entendimento humano sobre idéias, existe o Direito. [...]. O objeto versado é a justiça, mas o objeto encontra sua expressão no direito. Como tal, a coisa permanece incompreensível. Diante de nós, o direito é o produto da busca da justiça e da expressão lingüística. Nisso se encerram sua filosofia e seu método”⁶⁹.

Donde a definição sintética de direito como “justiça pensada e comunicada de acordo com o conteúdo do pensamento”⁷⁰. Analiticamente, entretanto, FIKENTSCHER distingue o direito dos demais meios de imposição de valores:

“Direito é, sinepeicamente considerado, um 1) dever 2) atributivo de autoridade, 3) sancionado e fundado numa 4) valoração,

nach dem eingeschlagenen ‘Denkart’. Sanktion ist nicht anderes als diese Veränderung der Wirklichkeit”).

⁶⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 25: “Rechtsmethode entsteht mithin in dem Augenblick, in dem sich die Suche nach der Gerechtigkeit des Denkens und damit der Sprache sich bedient. Gerechtigkeit bedarf, um für menschliche Zwecke praktisch anwendbar zu sein, der Formulierbarkeit. Dies geschieht durch die Sprache, die Denken zum Ausdruck bringt. Recht (groß geschrieben) im Sinn von Methodik entsteht also durch die Notwendigkeit, die Gerechtigkeit ausdrückbar zu machen. Weil die Suche nach gerechten Lösungen sich der Sprache als Vehikel menschlicher Verständigung über Gedanken bedient, gibt es Recht. [...]. Der Sache nach geht es um Gerechtigkeit, aber die Sache findet ihren Ausdruck im Recht. Als solche bleibt die Sache unverständlich. Das Recht, wenn es vor uns liegt, ist das Produkt aus Gerechtigkeitssuche und sprachlichem Ausdruck. Darin liegt seine Philosophie und seine Methode beschlossen”.

⁷⁰ FIKENTSCHER, FRANKE e KÖHLER, *Rechtsanthropologie*, p. 36: “Kann man Recht als gedachte und entsprechend dem Denkinhalt kommunizierte Gerechtigkeit definieren?”.

que se aperfeiçoa 5) metodicamente em 6) sistema e 7) tempo, considerando-se que o peso dos quatro últimos fatores pode ser maior ou menor, a depender de cada modo de pensar. As características da atribuição de autoridade, da sanção e do dever definem o que sinepeicamente *é* direito. A justiça visada pelo dever (sinepéico) define para quê o direito deve *servir*. E as quatro características da valoração, do método, do sistema e tempo definem de quê o direito *surge*⁷¹.

Os direitos positivos são, portanto, os instrumentos de realização da justiça por meio da linguagem, qualificados pelos atributos do dever, da autoridade e da sanção⁷². Ao lado dessas constantes, as valorações, a técnica, o sistema e o tempo variam.

Os métodos do direito *lato sensu* diferenciam-se das meras regras de exegese jurídica e dos diversos direitos positivos. Suas características gerais, derivadas de seu modo de pensar, repercutem, por exemplo, nas constituições ocidentais, de que defluem postulados técnico-jurídicos⁷³.

⁷¹ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 118: “Zusammengefaßt: Recht ist, synepeisch betrachtet, ein 1) autorisierendes, 2) sanktioniertes 3) Sollen, gestützt auf eine 4) Wertung, die 5) methodisch in 6) System und 7) Zeit vollzogen wird, wobei das Gewicht der vier zuletzt genannten Faktoren je nach Denkart größer oder geringer sein kann. Die Merkmale des Autorisierens, der Sanktion und des Sollens definieren, was Recht (synepeisch) *ist*. Die im (synepeischen) Sollen intendierte Gerechtigkeit definiert, wozu Recht *dienen* soll. Und die vier Merkmale der Wertung, der Methode, des Systems, und Zeit definieren, woraus Recht entsteht”. Há ordens jurídicas em que a concepção de tempo ou de sistema pode chegar até um ponto nulo, como se vê em *Synepeik*, p. 112.

⁷² A amplitude de seu conceito de métodos levou FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 53, a concluir: “a tese [...] aqui defendida afirma que métodos diferentes também conduzem a resultados diversos, pois ‘método’ e ‘filosofia’ do direito, ainda que separáveis, condicionam-se reciprocamente, de modo que métodos diversos produzem filosofias diversas e, nessa medida, resultados diversos (“Die hier vertretene Gegenthese lautet, daß unterschiedliche Methoden auch zu anderen Ergebnissen führen, weil ‘Methode’ und ‘Philosophie’ des Rechts, wiewohl trennbar, einander bedingen, so daß andere Methoden anderen Philosophien, und damit insoweit andere Ergebnisse bewirken”).

⁷³ Nesse sentido restrito a um direito positivo, confira-se, por exemplo, a elaborada concepção de FRIEDRICH MÜLLER, *Methodik*, p. 240, nm. 351: “interpretação

Não há, todavia, identidade entre essas regras técnicas e os métodos do direito em sentido amplo; entre ambas há relação entre o geral e o particular. Os métodos hão de ser entendidos como grandes tipos ideais de direito positivo⁷⁴.

O estudo comparado de culturas levou FIKENTSCHER a concluir que os modos de pensar geraram concepções filosóficas díspares de justiça, que, por sua vez, produziram diferentes métodos do direito para sua realização, com evidentes reflexos nos inúmeros direitos positivos espalhados pelo planeta. Aquele autor concorda, pois, com os relativistas em que a variação histórica e geográfica do direito desmistifica a existência de uma idéia universal de justiça. Nada até aí se afirma que não tenha sido dito há séculos.

A inovadora tese central do pensamento de FIKENTSCHER, contudo, vai muito além do mero relativismo, ao afirmar a existência de correlações definidas entre cada um dos dois modos de pensar elementares da humanidade e todos os demais objetos culturais produzidos nas sociedades. Cada modo de pensar básico é um princípio de coerência cultural, contraposto ao outro e dotado das mais variadas conseqüências:

“Isso significa que, no interior de um determinado modo de pensar como unidade sinépica, são dados uma compreensão específica de tempo, um determinado conceito de história, uma determinada concepção de causalidade e, com isso, de planejamento, uma determinada espécie de exposição tópica, sistemática ou de

gramatical, sistemática e genética não são elementos de concretização que primeiro se apresentam por uma razão ‘substancial’ que lhes seja imanente; eles o são apenas funcionalmente, numa ordem jurídica deste tipo [dotada de direito constitucional e ordinário codificados]” (“Grammatische, systematische und genetische Auslegung sind nicht aus einem ihnen ‘substantiell’ innewohnenden Grund die am nächsten liegenden Konkretisierungselemente; sie sind es nur funktionell in einer Rechtsordnung dieses Typs [scl. “mit kodifizierten Verfassungsrecht, das – ebenso wie die unterverfassungsrechtlichen Normen – in bestimmten gesetzgeberischen Verfahren inhaltlich festgelegt, beschlossen, ausgefertigt und verkündet wird”]).

⁷⁴ Cf. a nota 77.

outra forma literária, apenas determinadas possibilidades de música e artes plásticas, sintaxe gramatical, concepções jurídicas, capacidade de organização da sociedade humana, desenvolvimentos econômicos etc, e daí um respectivo feixe conexo de conseqüências se constrói”⁷⁵.

A conclusão central do pensamento do autor aludido aponta, ademais, para a possibilidade de predeterminação da gama de conseqüências culturais observáveis em determinada sociedade, como resultado daquela opção primacial por um ou outro modo de pensar. FIKENTSCHER exemplifica com o direito sua conclusão básica⁷⁶: em que pese o ideal de justiça seja uma “constante em todos os tempos e lugares”, “seus conteúdos e métodos do direito constituem, em linguagem matemática, uma função de determinada cultura e civilização e, assim, posições definíveis numa prévia ‘tabela periódica’ das culturas e civilizações”⁷⁷. A sistematização de dois grandes modos de pensar e de seis espécies de fórmulas culturais compõe a “tabela periódica das culturas”, que permite se com-

⁷⁵ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 72: “Das bedeutet, daß innerhalb einer bestimmten Denkart, als synepeische Einheit ein spezifisches Zeitverständnis, ein bestimmter Geschichtsbegriff, eine besondere Vorstellung von Kausalität, ein bestimmte Art topischer, systematischer oder anderer literarischer Darstellung, ferner nur bestimmte Möglichkeiten von Musik, bildender Kunst, sprachlicher Syntax, rechtlicher Anschauungen, Organisationsfähigkeit der menschlichen Gesellschaft, wirtschaftlicher Entwicklungen usw. gegeben sind und ein jeweils zusammenhängenden Bündel von Konsequenzen bilden”.

⁷⁶ Não se suponha com isso ser FIKENTSCHER partidário de uma concepção objetivista do mundo, nem mesmo na matemática ou nas ciências naturais. Resumidamente e com alusão expressa ao empréstimo da imagem da química, cf. FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 11. Sobre a crítica filosófica contemporânea, especialmente de HEIDEGGER, a esse mito das ciências naturais, cf, por exemplo, GADAMER, *Wahrheit*, vol. 1, p. 263, e PALMER, *Hermenêutica*, p. 141, na demonstração de que mesmo essas ciências se fundam em camada ontologicamente hermenêutica.

⁷⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 53: “Während zu allen Zeiten und an allen Orten das Ideal der Gerechtigkeit unter den Menschen – als solche – konstante bleibt, bilden sowohl die Inhalte wie auch die Methoden des Rechts, mathematisch gesprochen, eine Funktion der jeweiligen Kultur und Zivilisation, und damit definierbare Posten in einem vorgestellten ‘Periodischen System’ der Kulturen und Zivilisationen”.

preendam os diversos “métodos do direito”, a partir de seus próprios pressupostos.

O mérito e a originalidade das conclusões de FIKENTSCHER sobre os modos de pensar e os métodos do direito decorrem, em grande parte, da origem de seu metamétodo: “aparentemente, a observação das culturas ‘primitivas’ *in loco* ensina bem mais do que o ilustrado pensamento de braço de cadeira”⁷⁸. A teoria aludida respeita o pressuposto de estudar o direito além dos tratados jurídicos, especialmente na antropologia cultural⁷⁹, em todas as espécies de cultura que sistematiza.

⁷⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 77: “Anscheinend lehrt die Beobachtung ‘primitiver’ Kulturen ‘vor Ort’ doch mehr als aufgeklärtes Armstuhldenken”.

⁷⁹ WOLFGANG FIKENTSCHER e KAI FIKENTSCHER, *Kulturanthropologie, passim* e especialmente, p. 11-18, classificam a 1) antropologia em: 1.1) empírica, subdividida em 1.1.1) cultural e 1.1.2) física, e 1.2) especulativa, bipartida em 1.2.1) antropologia filosófica secular e 1.2.2) antropologia filosófica religiosa. Ambos os autores definem a antropologia cultural como ciência cultural e empírica. A antropologia cultural, perdoe-se a redundância, é cultural, por se dedicar a objetos pertencentes ao “cosmos imaterial”. É ciência social, já que se vale do método empírico. O objeto imaterial da antropologia cultural a distingue da antropologia física, que se ocupa de temas materiais, como na antropologia biológica, por exemplo. Já o seu método a diferencia da antropologia especulativa, pois esta última renuncia a provas empíricas, quer por não mais delas dispor, quer por se dedicar a eventos ideais do futuro. A antropologia cultural pode enfatizar tanto o ser humano considerado individualmente em relação ao seu ambiente, quanto a totalidade da sociedade, entendida como o complexo de saber, crença, arte, moral, direito, costumes e outros comportamentos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade. As características autorizadas da classificação exposta iniciam-se pela contraposição das ciências naturais (voltadas para o “cosmos material”, suas forças e as propriedades de seus processos) às culturais (ocupadas com o “cosmos imaterial”). Prefere-se esse critério à dicotomia explicar *versus* compreender, pois experimentos das ciências naturais, como o armazenamento de informações no cérebro, demandam explicações, mas também a compreensão do que ali se guardou; por outro lado, os sistemas científicos não de ser compreendidos, mas suas categorias devem ser explicadas, para que possam ser apreendidos. Do ponto de vista metodológico, as ciências naturais caracterizam-se pelo empirismo, isto é, pelo questionamento probante dos dados de fato abrangidos pela observação, ao passo que as ciências humanas especulativas isentam suas conclusões desse teste. A antropologia filosófica, sempre especulativa, se divide em secular e religiosa, a depender de que seu característico ponto de vista do ser humano individual se informe por manifestações e projetos de mundo dotados ou carentes de base gnóstica. Os recentes conhecimentos adquiridos com a epigenética

6.1 – “Tabela periódica” das culturas

O plano original da investigação de FIKENTSCHER visava a objetivo bem mais modesto do que o afinal alcançado⁸⁰. Sua pesquisa inicial limitava-se, como tantas outras, à comparação de institutos jurídicos fundamentais, em diversos direitos positivos. O desenvolvimento dos estudos, no entanto, ampliou-lhes o objeto, a ponto de desembocar numa proposta de metateoria das ciências sociais. A alteração de curso decorreu do fato de aquele autor se ter confrontado com um panorama de demasiadas congruências, que desafiava a hipótese do mero acaso cultural. As coincidências então observadas tornavam interessante saber se sua origem se devia a algo mais do que o capricho da análise combinatória histórica.

O panorama surgiu da comparação de dados próprios com a periodização histórica de JASPERS, sobretudo com as diferenças antropológicas entre as culturas ocidentais e a orientais apontadas por LUDWIG HAMBURGER e com os estudos de EMMA BRUNNER-TRAUT sobre a arte egípcia antiga.

A periodização de JASPERS distingue-se das demais, por identificar um breve ciclo histórico de mudança drástica na mentalidade de uns poucos povos. Tal verdadeira revolução no pensamento teve conteúdos assemelhados, ocorreu sincrônica, mas isoladamente em diversas partes do globo. Esse intervalo comparativamente curto⁸¹ respondeu pela formação das mentalidades ainda hoje predominantes em escala planetária. A teoria de JASPERS sobre a capital repercussão desses fatos na história de toda a humanidade, acaso procedente, haveria de se conectar de algum

– cf. o item 6.3.6 – sugerem a existência de uma terceira especialidade da antropologia empírica (I.I), dedicada às relações entre os campos cultural (I.I.I) e físico (I.I.2)

⁸⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, posfácio.

⁸¹ A brevidade resulta de sua comparação com a pré-história e a vigência das culturas superiores; cf. o item 6.2.I.I, para a pormenorização desses dados.

modo às grandes divergências entre as sociedades ocidentais e as orientais, assinaladas por LUDWIG HAMBURGER.

Mais do que explicar essas disparidades, mostrava-se necessário esclarecer eventuais motivos de demasiadas congruências nas observações antropológicas de HAMBURGER. Incluem-se nelas as evidentes simetrias quer nas culturas orientais, quer nas ocidentais, talvez provocadas por algo mais do que a mera proximidade geográfica. Era, todavia, superlativamente importante verificar se algo ocorrido no período demarcado por JASPERS teria transformado cada um dos grandes gêneros tipológicos “Ocidente” e “Oriente” no inverso cultural do outro, em muitos sentidos. O fato de o ciclo histórico ressaltado por JASPERS haver configurado tantas culturas atuais sugeria que também se conectasse de modo mais próximo ao paralelismo de HAMBURGER. Muitos dados indicavam, pois, a presença de uma causa de envergadura excepcional para a dicotomia.

A natureza ímpar da razão dessas disparidades hemisféricas parecia relacionada ainda aos estudos de BRUNNER-TRAUT sobre a arte do Egito antigo. As diferenças entre a arte egípcia e a ocidental explicar-se-iam pelas divergências de elaboração mental dos objetos a serem representados.

FIKENTSCHER elaborou a hipótese de que fenômeno ocorrido num curto período histórico teria causado uma revolução no pensamento, com repercussões cruciais até hoje, como se vê, por exemplo, nas diferenças culturais entre o Ocidente e o Oriente.

Tenta-se a seguir acompanhar os passos de FIKENTSCHER na correlação desse conjunto de informações alheias com as reflexões próprias com o objetivo de descrever os pressupostos culturais dos diversos modos de pensar e de seus métodos do direito. Tudo isso, naturalmente, servirá de etapa preliminar de obtenção de dados seguros para a discussão da idéia ampla de proporcionalidade no direito – de suas origens até a atualidade.

6.2 – Os quatro grandes períodos da história: Jaspers

A periodização da história por meio da descoberta dos nexos entre os acontecimentos pretéritos consiste, ao ver de JASPERS, no modo de se impedir o apequenamento da história numa compilação de dados cronológicos⁸². Os liames capazes de garantir inteligibilidade à história possuem variada monta; vão das conseqüências sociais de inventos técnicos às conexões globais da humanidade no tempo.

A consideração dos eventos de maior repercussão na história da humanidade levou JASPERS a seccioná-la em quatro períodos fundamentais: a pré-história, as “antigas culturas superiores”, a “Era Axial” e a modernidade⁸³.

. . – *A pré-história e as sociedades “primitivas”*

FIKENTSCHER traçou a evolução, especialmente jurídica, das outras chamadas sociedades “primitivas”⁸⁴, com base em estudos antropológicos aprofundados⁸⁵.

Os agrupamentos humanos primitivos, à semelhança dos bandos animais, se comportavam segundo certos usos, despidos de caráter normativo. Sua violação não gerava sentimento de culpa, mas dava lugar a

⁸² JASPERS, *Iniciação*, p. 108; cf. a nota 41.

⁸³ JASPERS, *Ursprung*, p. 44, e *Iniciação*, p. 109. A obra *Ursprung* possui tradução espanhola de título – “*Origen y Meta de la História*”.

⁸⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 60 e esquematicamente, p. 90. Continua-se a falar, aqui, em sociedades “primitivas”, apenas em prol da clareza e por que não parece haver ainda termo capaz de designar inequivocamente tais culturas. Nisso, claro, não vai nenhuma conotação pejorativa.

⁸⁵ Utilizam-se aqui preponderantemente os dados antropológicos invocados por FIKENTSCHER para ilustrar o período demarcado como crucial por JASPERS, em virtude de maior atualidade das pesquisas que os fundamentam.

sanções muito difusas, como dificuldades no relacionamento social, mas principalmente a exclusão do grupo⁸⁶.

A naturalidade desses usos, num certo momento, cede lugar a preceitos morais; das regularidades da esfera do ser, passa-se ao dever ser. “O animal *é* regra, o ser humano *tem* regras”⁸⁷. O ser humano dotado dos atributos culturais que o caracterizam data desse momento bastante recuado no tempo⁸⁸. O homem passa a sentir-se responsável perante a moral, que mais tarde gerará dois outros foros – o jurídico e o religioso⁸⁹. O foro moral se constitui a partir da descoberta da “alternativa etológica”, isto é, da liberdade de se comportar de mais de um modo⁹⁰. A consciência da diversidade de comportamentos possíveis abre ao ser humano o horizonte axiológico. O sofrimento impele o ser humano a se rebelar contra muitos fatos, origina a vontade de impedir determinados comportamentos, gera as oposições entre bem e mal, certo e errado e cria as normas morais⁹¹. O homem não mais se conforma com certos

⁸⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 63 e segs

⁸⁷ FIKENTSCHER, FRANKE e KÖHLER, *Rechtsanthropologie*, p. 73: “Das Tier ist Regel, der Mensch hat Regel”.

⁸⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 71.

⁸⁹ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 105 e 114, estabelece as diferenças entre as normas dos foros moral, jurídico e religioso. As normas morais podem até conter sanções, mas não investem ninguém de autoridade para implementá-las, ao inverso das normas religiosas, que atribuem autoridade, diversa da jurídica, a certas pessoas, muito embora sejam desprovidas de sanção. Normas religiosas dotadas de sanção, mesmo que de ordem sobrenatural, pertencem ao direito eclesiástico. Já as normas jurídicas possuem ambas as coisas: sanção e autoridade que as aplique.

⁹⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 77. Cf., ainda, os diversos estudos constantes do volume organizado por USERI, *Gene, passim*, para as perspectivas abertas nesse campo pelas pesquisas da epigenética sobre o determinismo animal e o livre-arbítrio humano. Os primeiros resultados desse campo parecem mostrar que os animais são bem mais livres do que supomos e o livre-arbítrio dos seres humanos, por outro lado, não possui a dimensão que também lhe atribuímos. Veja-se, na coletânea referida, o estudo de FIKENTSCHER, *Epigenetik, passim* e especialmente p. 27, 30-31 e 36, para as implicações jurídicas decorrentes das pesquisas epigenéticas. Sobre a epigenética, cf. o item 6.3.6.

⁹¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 73.

estados de coisas⁹²; ele se lhes opõe, para criar um mundo mais adequado, justo ou santificado, enfim, melhor⁹³. A comparação de condutas opostas, com a depreciação de uma e a valorização de outra, gera padrões axiológicos, socialmente transformados em normativos. Quem age da forma tida como nociva e divergente da alternativa etológica comunitariamente aceita, passa a sentir culpa e a se sujeitar a sanções específicas.

A unidade do clã, em grande parte definida pela comunhão de suas normas, torna-se visível e palpável num símbolo, o totem, a “quem” agradam as condutas conforme as normas e repugnam as que o contrariam⁹⁴. Criam-se as proibições normativas, denominadas tabus⁹⁵.

O homem primitivo, agora consciente de suas regras morais, deseja erguer-se sobre a natureza adversa e temida. Necessita, para tanto, de compreendê-la. Sua primeira explicação dos fenômenos naturais pressupõe serem eles regulados por normas similares às disciplinadoras da sociedade⁹⁶. Eis aqui a origem da idéia de direito natural, que acompanhará o ser humano durante milênios⁹⁷. A representação da suposta ordem

⁹² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 73.

⁹³ Já no berço da cultura, FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 77, ressalta a importância do círculo hermenêutico. Quem conhece mais alternativas etológicas capacita-se para decidir melhor qualquer assunto do que aquele cuja pré-compreensão se reduza a umas poucas opções de comportamento. Daí o perigo de juristas isolados da sociedade: como ignoram alternativas etológicas ao comportamento apreciado no caso, quase sempre julgam mal, pois valoram a vida com pré-compreensão acanhada.

⁹⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 74.

⁹⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 75.

⁹⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 158.

⁹⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 158. O direito romano, por estar mais próximo dessa origem, gravou logo no pórtico do *Digesto*, 1, 1, 1, 3: “direito natural é aquele que a natureza ensinou a todos os animais, pois este direito não é próprio do gênero humano, mas comum a todos os animais da terra e do mar, também é comum às aves. Daí deriva a união do macho com a fêmea, que nós denominamos de matrimônio; daí a procriação dos filhos e daí sua educação: pois vemos que também os outros animais, inclusive os selvagens, parecem ter conhecimento deste direito”.

normativa regente da natureza é expressa no ídolo, geralmente um animal de características excepcionais⁹⁸. O ídolo merece, de início, honrarias semelhantes ao totem, que corporifica o conjunto de regras sociais⁹⁹.

O totem, o ídolo ou ambos passam posteriormente a ser utilizados na “relação de causalidade mágica” com a natureza, por meio da qual o homem se supõe capaz de dominá-la¹⁰⁰. KELSEN designa o pressuposto da relação de causalidade mágica de “interpretação social da natureza”¹⁰¹. A atração da caça é um desses empregos¹⁰². A burla praticada contra a neve excessiva e o pisoteamento da água da chuva demasiada são outros exemplos dessa idéia colhidos na lastimavelmente pouco conhecida pesquisa antropológica de KELSEN¹⁰³.

Muito ao contrário do que diz o surrado brocardo jurídico *ubi societas, ibi jus*, a antropologia prova que nem todas as sociedades conheceram e conhecem o direito, apesar de todas possuírem formas de controle social¹⁰⁴. A pesquisa de campo sempre tem mais a ensinar aqui do que o pomposo braço das cadeiras dos juristas¹⁰⁵. A invenção do direito também há de ser aferida segundo a “visão dos participantes” de cada comunidade, sobretudo nesse contexto primitivo de moralidade difusa, totem, ídolo e magia. Um segundo foro de responsabilidade – o jurídi-

⁹⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 85-86.

⁹⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 86-87. Por isso, KELSEN, *Sociedad*, p. 76, afirma que a interpretação social da natureza se torna patente no totemismo.

¹⁰⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 87.

¹⁰¹ KELSEN, *Sociedad*, p. 61.

¹⁰² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 87.

¹⁰³ KELSEN, *Sociedad*, p. 62, narra que certa tribo indígena considerava a neve hostil; no entanto, quando se defrontava com seu excesso, pedia à própria neve que continuasse a cair, para que, assim, espantasse a caça do alto das montanhas para os vales. Tal procedimento combina a personalização do clima como um inimigo com uma burla ou esperteza: pedir ajuda a um desafeto é a melhor maneira de se obter dele o contrário, isto é, a cessação das neves prejudiciais. Outro povo, lê-se em *Sociedad*, p. 63, realizava cerimônias em que espantavam, brigavam e pisoteavam a água da chuva demasiada, para que cessasse.

¹⁰⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 99-100.

¹⁰⁵ Cf. a nota 78.

co – se destacou do primitivo fundo moral indiviso¹⁰⁶. As normas jurídicas diferenciam-se das morais, por estabelecerem padrões de comportamento formalizados em alguma medida, isto é, não mais se identificam a uma repulsa difusa de certa alternativa etológica¹⁰⁷. O direito material nasce em conjunto com os rudimentos processuais destinados à sua aplicação¹⁰⁸. O sentimento jurídico difuso na sociedade era estabelecido no curso do processo de decisão, por meio de algum aparato. Suspeita-se de que o *forum* jurídico tenha nascido quando certas pessoas passaram a administrar a moral, que, assim, se formalizou¹⁰⁹.

O terceiro foro perante o qual o ser humano se sentiu responsável resultou da transformação da idolatria em magia instrumentada pela causalidade sobrenatural e, posteriormente, em religião. FREUD exemplifica perfeitamente essa transição em três etapas ao observar que os “deuses [egípcios]” ainda guardavam parcialmente a “forma de animais, como se ainda não tivessem completado sua evolução a partir dos antigos animais totêmicos”¹¹⁰. A magia refere-se à ordem sobrepairante à natureza, mas, em verdade, transposta para o cosmos, a partir da ordenação humana. A idolatria caminha em direção ao animismo e, depois, ao panteísmo, ou seja, a suposição da ubiquidade de espíritos individualizados espalhados por toda a natureza. Ambos, por sua vez, deságuam

¹⁰⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 101. Parece útil registrar que esse segundo *forum* pode ter-se desprendido do fundo moral anterior, ao mesmo tempo ou posteriormente à magia e ao terceiro foro – o religioso; cf. o texto abaixo para esta última instância aludida.

¹⁰⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 101 e 158; cf., no entanto, mais pormenorizadamente da distinção das normas relativas aos foros moral, jurídico e religioso na nota 89.

¹⁰⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 102.

¹⁰⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 101 e 157, com o apoio da Escola de Antropologia de Leiden. Somente milênios depois o preconceito iluminista imporia a artificial idéia de que o legislador estaria em condições de criar todo o direito, depois meramente aplicado pelo juiz.

¹¹⁰ FREUD, *Moisés*, p. 32.

nos politeísmos e seus panteões, moldados no período histórico seguinte, das “antigas culturas superiores”¹¹¹.

Colhem-se dados úteis ao entendimento da proporcionalidade já nesses tempos primordiais. A causalidade natural originou-se da causalidade mágica, um derivado, por sua vez, das normas morais. A causalidade, em última análise, descende da transposição de regras humanas para a natureza, e não o contrário, como amiúde se crê. O transplante de categorias morais para o mundo inanimado ainda ecoa entre nós quando falamos em “lei da causalidade” ou das “leis da gravitação universal”. A lei moral antecedeu intelectual e cronologicamente a lei causal. A causalidade científica moderna, descendente longínqua da causalidade mágica, resulta, portanto, de decalque de normas morais. Encontra-se nisso um dos motivos por que o cerne da proporcionalidade – adaptação das modernas categorias científicas de causa (meio) e efeito (fim) – nos soa tão evidente e de suposto reconhecimento universal¹¹²: as relações de causalidade moral, mágica e científica têm origem comum nas noções mais antigas das civilizações. Não deixa de ser curioso que, após milênios, certos direitos invertam o sentido do transplante da relação entre causa e efeito. A tradição de tempos imemoriais buscou na moral a causalidade mágica e, depois, a científica, ao passo que a proporcionalidade jurídica ressuscitou as categorias de meio e fim a partir das ciências exatas modernas¹¹³.

6.2.1.1 – As “antigas culturas superiores”

Parcela da humanidade deixou gradualmente a pré-história, ao fundar as quatro “antigas culturas superiores”, estabelecidas no Egito, Mesopotâmia, Índia e China¹¹⁴, a partir de cerca de 4.000 a. C.. Já se

¹¹¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 90.

¹¹² Cf. o item 3.1, especialmente a nota 32.

¹¹³ Cf. o item 15.4.

¹¹⁴ JASPERS, *Ursprung*, p. 44, e *Iniciação*, p. 109.

especulou que a identidade de tarefas impostas à agricultura pelo regime dos grandes cursos fluviais, notadamente a irrigação e a contenção de enchentes, terá sido a causa das semelhanças dessas civilizações, já que todas elas floresceram às margens de grandes rios: o Nilo, Tigre e Eufrates, Indo e Amarelo¹¹⁵. O imperativo de organizar trabalho similar teria originado civilizações semelhantes até mesmo na aparência, como sua impávida arquitetura o testemunha em silêncio até hoje. JARED DIAMOND nota, ao contrário, que as mais recentes pesquisas arqueológicas indicariam que a organização estatal nas antigas culturas superiores terá antecedido a irrigação dos vales férteis por onde fluem os rios mencionados¹¹⁶. Aos fins aqui cogitados importa menos determinar essa cronologia do que reconhecer características comuns dessas sociedades.

JASPERS fala na “pasmaceira singular do estilo extraordinário das expressões artísticas, em especial da construção e das artes plásticas”¹¹⁷. Os estudos de BRUNNER-TRAUT extraíram conclusões notáveis sobre a mentalidade das antigas culturas superiores, precisamente do estilo ímpar de sua arte¹¹⁸. Por isso, as aparências bem refletem o espírito daquelas culturas: a centralização, o autoritarismo e o monopólio da escrita

¹¹⁵ JASPERS, *Ursprung*, p. 34, e MICHAEL WOODS, *Vermächtnis*, p. 14-17.

¹¹⁶ *Armas*, p. 23: “estudos arqueológicos detalhados mostraram, contudo, que os complexos sistemas de irrigação não *acompanharam* o surgimento de burocracias centralizadas, mas surgiram *após* um período considerável. Isto é, a centralização política foi decorrência de alguma outra causa e, então, permitiu a construção de complexo sistema de irrigação. Nenhum dos acontecimentos decisivos que antecederam a centralização política nessas partes do mundo esteve associado a vales ou a complexos sistemas de irrigação. A produção de alimentos e a vida em vilarejos no Crescente Fértil, por exemplo, tiveram origem nas montanhas, não nos vales. A região do rio Nilo permaneceu sem manifestações culturais por aproximadamente 3.000, depois de iniciada a produção de alimentos nos vilarejos das montanhas do Crescente Fértil”.

¹¹⁷ JASPERS, *Ursprung*, p. 33: “... eine eigentümliche Dumpfheit bei außerordentlichem Stil in den Leistungen der Kunst, bei mehreren von ihnen insbesondere des Bauens und der Plastik”. Espera-se que o interesse da menção às artes plásticas se justifique no curso da exposição de suas relações com a concepção jurídica que sinepeicamente lhes corresponde no interior de um modo de pensar.

¹¹⁸ Cf. o item 6.2.3.

por uma casta eram os instrumentos imprescindíveis à administração de complexas sociedades capazes de prover a subsistência de seus membros¹¹⁹. A convivência entre “uma racionalização técnica específica” e o “adormecimento, carente de verdadeira reflexão” não é, pois, fenômeno de nossos dias¹²⁰. Reinava a “religião mágica sem esclarecimento filosófico, sem ímpeto redentor, sem desembocar na liberdade perante situações-limites”¹²¹. Tudo isso redundava num mundo onde as pessoas repetiam e “obedeciam sem questionar” à máxima de que “as coisas são assim mesmo”¹²², ainda de alguma atualidade. Por certo que as antigas culturas superiores conheceram mudanças, crises e interregnos de caos; porém, as notas a distingui-las dos períodos históricos posteriores são a extrema lentidão dos progressos e o empenho na restauração dos velhos e imutáveis padrões sociais, uma vez superadas as dificuldades, como, por exemplo, as decorrentes de invasões¹²³. Esse horizonte existencial foi definido como “calmaria atemporal”¹²⁴. Os gregos antigos, não por acaso, já consideravam o Egito o país onde o “tempo está parado”; visitá-lo era uma “viagem no tempo”, conhecer o “tetravô do passado”¹²⁵.

¹¹⁹ JASPERS, *Ursprung*, p. 33, 44 e 69.

¹²⁰ JASPERS, *Ursprung*, p. 73: “Eine spezifische technische Rationalisierung entspricht dem Unerwachtsein ohne eigentliche Reflexion”. Eis aí nova prova do acerto da lei geral de GADAMER, para quem damos muito mais atenção ao superficial que se altera do que ao profundo que silenciosamente não se modifica – cf. a nota 46.

¹²¹ JASPERS, *Ursprung*, p. 33: “Gemeinsam ist ferner eine magische Religion ohne philosophische Erhellung, ohne Erlösungsdrang, ohne Durchbruch in die Freiheit vor den Grenzsituationen...”.

¹²² JASPERS, *Ursprung*, p. 73, fala literalmente no “não-problemático ser assim” – “Es ist ein unproblematisch Sosein”.

¹²³ JASPERS, *Ursprung*, p. 23 e 33; a propósito, cf. a nota 696 e segs

¹²⁴ MICHAEL WOODS, *Vermächtnis*, p. 128: “zeitlose Windstille”.

¹²⁵ ASSMANN, *Ägypten*, p. 25: “Ägypten galt schon den alten Griechen als das Land, in dem die Zeit stillsteht, und eine Reise nach Ägypten war für sie eine Zeitreise, eine Reise in die Ururvergangenheit”.

6.2.1.2 – A “Era Axial” (800–200 a. C.): a principal contribuição de JASPERS

Essa “calmaria atemporal” foi varrida pelos ventos da “Era Axial” ou “Era do Eixo”¹²⁶, cujos limites e identidade de substrato espiritual foram destacados por JASPERS¹²⁷ e nisso reside o grande mérito de sua periodização da história mundial.

As sociedades primitivas e as antigas culturas superiores não examinaram com a mesma profundidade os problemas ínsitos à condição humana e, por isso, não se sentiram compelidas a meditar sobre soluções para a questão do sofrimento humano transcendentemente à idolatria, magia, totemismo, animismo, panteísmo ou politeísmo. As culturas primitivas continuaram a resolver o problema com o auxílio de referências naturalísticas, pois as soluções éticas, ao menos idealmente, adviriam do ídolo ou de outro objeto natural¹²⁸. As antigas culturas superiores procuraram proteger-se das indagações axiais, por meio da negação do tempo e das mudanças¹²⁹.

Uns poucos pensadores da Era Axial, entretanto, romperam a quietude decorrente do apego tribal aos totens e da ficção da inexistência de novidades nas antigas culturas superiores. Alguns expoentes intelectuais na Pérsia, Grécia, China, Índia e Palestina compartilharam a consciência das misérias da condição humana e a necessidade de se elaborarem instrumentos para transcendê-las. Tais pensadores puseram em xeque os “falsos deuses” e transitaram do mito para as diversas formas

¹²⁶ *Achsenzeit*; a propósito, JASPERS, *Ursprung*, p. 19 e segs, e *Iniciação*, cap. 9, p. 107 e segs; FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 117 e 168 e segs, e ABBAGNANO, *Dicionário*, verbete “época”, p. 418.

¹²⁷ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 72, nota 28, observa que, anteriormente, ERWIN ROHDE, *Psyche*, já havia designado essa era histórica de “era da viragem” (“Wendezeit”).

¹²⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 338.

¹²⁹ Cf. o item 6.3.2.

de gnose, isto é, de racionalidade comum às várias soluções axiais¹³⁰. Criaram-se àquela altura sociedades muito conscientes da condição humana, justapostas, todavia, às antigas culturas superiores e às sociedades primitivas. O contraste entre a Era Axial e sua antecedente repercute até hoje. A denominação daquele período alude ao eixo em cuja volta girou parte então diminuta da humanidade¹³¹. As idéias axiais geraram ilhas culturais, em tudo diversas das sociedades antecedentes e das circunstâncias.

JASPERS não soube explicar a que se deveu essa mudança radical no pensamento humano, assim como tampouco há explicações definitivas para o surgimento das antigas culturas superiores¹³². Descartou várias teorias sugeridas na tentativa de justificar a sincronia e a essência comum da Era Axial, por desconhecerem o fato claro de não ter sido a humanidade inteira, mas apenas poucas, relativamente muito poucas, as pessoas que deram o passo decisivo, em cinco regiões do planeta – Pérsia, China, Índia, Grécia e Palestina¹³³. O filósofo apenas reporta a tese de ALFRED WEBER, para quem a revolução axial decorreu do impacto causado pelos povos da Ásia central, que se abateram sobre as antigas culturas superiores, graças aos cavalos e aos carros de guerra. A facilidade de locomoção proporcionada pelos cavalos ter-lhes-ia ampliado o horizonte e mostrado a grandeza do mundo; com suas conquistas, traduzidas nas

¹³⁰ Prefere-se falar aqui em gnose ao invés de *logos*, com apoio em FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 170-171 e em especial nota 44. A expressão *logos* parece hoje associada ao modelo racional grego, posteriormente característico do Ocidente, ao passo que a palavra gnose se refere, literalmente, a toda a forma de conhecimento; já no vocabulário especial da filosofia religiosa, gnose assume a conotação de modalidade de saber voltada para a libertação do ser humano, mediante a ascensão a níveis elevados de entendimento do mundo, em decorrência de esforço pessoal. Emprega-se no texto a palavra gnose para designar o gênero composto pelas várias espécies de racionalidade comuns às filosofias axiais e suas derivadas. Reserva-se, por outro lado, o termo *logos* à filosofia grega, de aguçado sentido para a causalidade, mas, sem dúvida, uma das espécies de gnose ou propostas de enfrentamento da questão do sofrimento humano.

¹³¹ Cf. JASPERS, *Ursprung*, p. 22-23, 24 e 26-27, por exemplo.

¹³² JASPERS, *Ursprung*, p. 33-34.

epopéias, experimentaram a questionabilidade da existência¹³⁴. “A história tornou-se o confronto desses dois poderes, do matriarcado antigo, estável, unido e adormecido com as tendências novas, dinâmicas, libertárias e conscientizadoras dos povos eqüestres”¹³⁵. JASPERS reconhece na tese de A. WEBER a vantagem de fornecer explicação causal para os eventos da Era do Eixo, inclusive para sua concentração em poucos pontos do continente eurasiático, mas observa que outras invasões não ocasionaram mudanças no pensamento das velhas culturas superiores. Ademais, a China desconhecia, então, as epopéias e a Palestina não caiu perante povos eqüestres daquele período¹³⁶. JASPERS tampouco aderiu à tese da remota origem comum dessa onda de indagações numa hipotética cultura eurasiática central; ao contrário, preferiu destacar as “condições sociológicas” geradoras da Era Axial: muitos pequenos Estados e cidades diminutas; uma época de luta de todos contra todos num cenário político estilhaçado; o perigo causado por lutas e sublevações convivendo com prosperidade simultânea, dada a inexistência de destruição ubíqua da civilização, e o questionamento da situação vigente¹³⁷. BRUNNER-TRAUT levanta a hipótese de que as mudanças ocorridas na Grécia durante a Era do Eixo estariam ligadas ao funcionamento do cérebro. Aponta dados interessantes nesse sentido, compatíveis com elementos obtidos noutras fontes¹³⁸.

JASPERS notou que a história humana se desenvolve até hoje em torno das idéias elaboradas na Era Axial, impropriamente confundida pela filosofia ocidental, de AGOSTINHO a HEGEL, ao nascimento de JE-

¹³³ JASPERS, *Ursprung*, p. 36 e 41, entre outras.

¹³⁴ JASPERS, *Ursprung*, p. 37.

¹³⁵ JASPERS, *Ursprung*, p. 37: “Die Geschichte wird zur Auseinandersetzung dieser beiden Mächte, der alten stabilen, gebundenen, unerwachten des Mutterrechts mit den neuen bewegten, befreienden, bewußt werdenden Tendenzen der Reitervölker”.

¹³⁶ JASPERS, *Ursprung*, p. 38.

¹³⁷ JASPERS, *Ursprung*, p. 39.

¹³⁸ Cf. o item 6.2.3.2.

SUS¹³⁹. O erro decorre da limitação hemisférica, se tanto, do paradigma revelado por JESUS¹⁴⁰. Donde a defesa da substituição do referencial religioso por critério empírico, não-escatológico, de repercussão histórica das idéias, como meio de se encontrar o eixo capaz de assegurar a compreensão da história universal.

O eixo, em cujo redor a história da humanidade gira, compõe-se da sucessão de acontecimentos registrados entre os anos 800 e 200 a. C., mais especificamente por volta de 500 a. C.¹⁴¹. JASPERS detectou eclosões isoladas – mas sincrônicas – das mesmas idéias e inquietudes em alguns poucos expoentes, distribuídos por sociedades alheias umas às outras. “O ser humano com o qual vivemos até hoje” surgiu dessas reflexões simultâneas e de conteúdo assemelhado, embora insuladas¹⁴². Eis o quadro dos acontecimentos palpáveis da Era do Eixo:

“Na China, viveram CONFÚCIO e LAO-TSÉ. Surgiram todas as correntes da filosofia chinesa, MO-TI, TCHUANG-TSÉ, LIÉ-TSI e incontáveis outros formularam seus pensamentos; na Índia, surgiram os Upanissades, viveu BUDA e desenvolveram-se, tal como na China, todas as possibilidades filosóficas, desde o ceticismo ao materialismo, desde a sofística ao niilismo; no Irã, ZARATUSTRA ensinou a exigente imagem do universo de luta entre o bem e o mal;

¹³⁹ JASPERS, *Ursprung*, p. 19.

¹⁴⁰ Cf. o pensamento de JASPERS na obra *Menschen, passim*, que analisa a vida e a doutrina de JESUS, ao lado daqueles que, ao seu ver, seriam os outros três maiores filósofos da humanidade: SÓCRATES, BUDA e CONFÚCIO; cf., ainda, a nota 1588.

¹⁴¹ JASPERS, *Ursprung*, p. 19, e *Menschen*, p. 47.

¹⁴² JASPERS, *Ursprung*, p. 19: “Es entstand der Mensch mit dem wir bis heute leben”. A respeito de antecedentes observações assistemáticas de historiadores, da objetividade, da simultaneidade e da espécie inédita de paralelismo da Era Axial, cf. JASPERS, *Ursprung*, p. 20-40.

Cf., por exemplo, RAM ADAR MALL, *Philosophie*, p. 43, 68 e 160, que demarca o início simultâneo da *filosofia perennis* na Grécia, na China e na Índia durante a Era Axial. O apoio de ADAR MALL à periodização de JASPERS parece sobretudo interessante para os fins do presente trabalho, ao se recordar que o mencionado autor é versado tanto na filosofia da Índia, onde nasceu, quanto na filosofia ocidental, já que é professor universitário na Alemanha.

na Palestina, ergueram-se os profetas, de ELIAS a ISAÍAS, de JEREMIAS a DÊUTERO-ISAÍAS; a Grécia teve HOMERO, os filósofos PARMÊNIDES, HERÁCLITO, PLATÃO, os poetas trágicos, TUCÍDIDES e ARQUIMEDES. Tudo o que por meio desses nomes apenas se sugere desenvolveu-se nesses poucos séculos, quase ao mesmo tempo, na China na Índia e no Ocidente sem que uns tivessem notícia dos outros”¹⁴³.

NIETZSCHE, não por acaso em *Assim Falou Zaratustra*, captou com precisão a essência do ser humano que viveu entre o surgimento da cultura e a Era Axial: “o ser humano é uma corda ligando o animal ao super-homem – uma corda sobre um precipício”¹⁴⁴. Um novo ser humano nasceu na Era do Eixo, como esclarece JASPERS:

“A novidade dessa época é que, em todos os três mundos, o ser humano se tornou consciente do ser na totalidade, de si mesmo e de suas limitações. Ele experimenta o temor do mundo e a própria impotência. Formula questões radicais. Arrisca-se ao abismo, em busca de libertação e salvação. À medida que apreende suas limita-

¹⁴³ JASPERS, *Ursprung*, p. 20: “In China lebten KONFUZIUS und LAOTSE, entstanden alle Richtungen der chinesischen Philosophie, dachten MO-TI, TSCHUANG-TSE, LIE-TSE und ungezählte andere, – in Indien entstanden die Upanischaden, lebte BUDDHA, wurden alle philosophischen Möglichkeiten bis zur Skepsis und bis zum Materialismus, bis zur Sophistik und zum Nihilismus, wie in China, entwickelt, – in Iran lehrte das fordernde Weltbild des Kampfes zwischen Gut und Böse, – in Palästina traten die Propheten auf von Elias über Jesaias und Jeremias bis zu Deuterjesaias, – Griechenland sah HOMER, die Philosophen – PARMENIDES, HERAKLIT, PLATO – und die Tragiker, THUKYDIDES und ARCHIMEDES. Alles was durch solche Namen nur angedeutet ist, erwuchs in diesen wenigen Jahrhunderten annähernd gleichzeitig in China, Indien und dem Abendland, ohne daß sie gegenseitig voneinander wußten”. A mesma passagem, embora em tradução diversa, pode ser lida na *Iniciação*, p. III.

¹⁴⁴ NIETZSCHE, *Zarathustra*, p. 281: “Der Mensch ist ein Seil, geknüpft zwischen Tier und Übermensch – ein Seil über einem Abgrund”. NIETZSCHE, por certo, afirma “que Deus está morto” (*Zarathustra*, p. 279) e, assim, seu ponto de vista ateu não se concilia com muitas das soluções da Era do Eixo, exceto a grega. A parábola repete, de qualquer modo, a intenção dos expoentes da Era Axial de transcender a condição humana até então existente, para gerar um homem melhor, um super-homem, nesse sentido.

ções com a consciência, propõe-se os mais elevados objetivos. Experimenta o absoluto nas profundezas do seu próprio ser e na clareza da transcendência”¹⁴⁵.

A Era do Eixo pôs fim à “idade mítica, com sua tranqüilidade e naturalidade”, quando as antigas culturas superiores já contavam com cerca de três mil anos¹⁴⁶. Eis aí um período de quietude de que não podemos ter a mínima idéia, considerados os conturbados dois mil anos de nossa era e sua exponencial aceleração das mudanças tecnológicas¹⁴⁷. Apesar dessa imensa tradição contrária, gregos, persas, indianos, chineses e israelitas pensaram o mundo de forma não-mítica; iniciou-se a luta entre o mito e a gnose¹⁴⁸. Deu-se o fenômeno da “espiritualização”¹⁴⁹, por meio do qual também se procurou ordenar racionalmente o mundo, inclusive o domínio teológico. O impulso desse movimento era a “indignação ética” de uns poucos pensadores¹⁵⁰. Eis as palavras atribuídas a ZARATUSTRA: “recuso-me a seguir a regra e a autoridade dos falsos deuses, maus, malfeitores, hábeis a infligir os danos mais perniciosos de toda a existência. Denuncio a magia e todas as outras práticas do artifício negro. Com toda a sinceridade dos meus pensamentos, palavras, atos e testemunhos, denuncio a dominação dos falsos deuses e daqueles que

¹⁴⁵ JASPERS, *Ursprung*, p. 20: “Das Neue dieses Zeitalters ist in allen drei Welten, daß der Mensch sich des Seins im Ganzen, seiner selbst und seiner Grenzen bewußt wird. Er erfährt die Furchtbarkeit der Welt und die eigene Ohnmacht. Er stellt radikale Frage. Er drängt vor dem Abgrund auf Befreiung und Erlösung. Indem er mit Bewußtsein seine Grenzen erfaßt, steckt er sich die höchsten Ziele. Er erfährt die Unbedingtheit in der Tiefe des Selbstseins und in der Klarheit der Transzendenz”. A mesma passagem, embora em tradução diversa, pode ser lida em JASPERS, *Iniciação*, p. 112.

¹⁴⁶ JASPERS, *Ursprung*, p. 21: “Das mytische Zeitalter war in seiner Ruhe und Selbstverständlichkeit zu Ende”.

¹⁴⁷ JASPERS, *Ursprung*, p. 32.

¹⁴⁸ Entendido de forma bem mais ampla do que o racionalismo grego - cf. a nota 130.

¹⁴⁹ JASPERS, *Ursprung*, p. 21: “Vergeistigung”.

¹⁵⁰ JASPERS, *Ursprung*, p. 21: “ethische Empörung”.

neles crêm”¹⁵¹. “Nessa época”, acentua JASPERS, “elaboraram-se as categorias fundamentais com as quais ainda hoje pensamos e criaram-se as religiões universais com as quais os homens vivem até hoje. Em todos os sentidos, deu-se o passo em direção ao universal”¹⁵².

A característica essencial das diversas correntes de pensamento axiais consistia na crítica ao estado de coisas existente nas sociedades primitivas e nas antigas culturas superiores. A “indignação ética” produziu não apenas objeções às sociedades de então, mas principalmente gerou projetos para a transcendência da condição humana.

As diversas respostas axiais para as ansiedades humanas possuem a mesma estrutura espiritualizante, embora prescrevam métodos diferentes para a libertação e redenção do homem: a elevação à idéia; o abandono à ataraxia; o mergulho na meditação sobre si mesmo e o mundo, como o *atman* hinduísta; a experiência do nirvana; a harmonia com o *tao* ou a entrega à vontade de Deus¹⁵³. “Certamente são disparidades extraordinárias de mentalidade e dos conteúdos das crenças”, notou JASPERS, “mas lhes é comum o fato de o ser humano transcender-se, à medida que se torna consciente da totalidade do seu ser e toma caminhos que há de percorrer como indivíduo. Na Era Axial, ocorre a manifestação daquilo que posteriormente se chama de razão e personalidade”¹⁵⁴.

¹⁵¹ *Apud* MASANI, *Zoroastrisme*, p. 44: “je me refuse à suivre la règle et l'autorité des faux dieux, mauvais, malfaisants, habiles à infliger des dommages, les plus pernicioeux de toute l'existence. Je dénonce la sorcellerie et toutes autres pratiques du noir artifice. Avec toute la sincérité des mes pensées, paroles, actes et témoignages, je dénonce la domination des faux dieux et de celui qui croient en eux”.

¹⁵² JASPERS, *Ursprung*, p. 20: “In diesem Zeitalter wurden die Grundkategorien hervorgebracht in denen wir bis heute denken, und es wurden die Ansätze der Weltreligionen geschaffen, an denen die Menschen bis heute leben. In jedem Sinne wurde der Schritt ins Universale getan”. Cf. a observação de CORETH transcrita na nota 48.

¹⁵³ JASPERS, *Ursprung*, p. 22.

¹⁵⁴ JASPERS, *Ursprung*, p. 22: “Es sind wohl außerordentliche Sinnverschiedenheiten in der Gesinnung und in den Glaubensinhalten, ober gemeinsam ist, daß der Mensch über sich hinausgreift, indem er sich seiner im Ganzen des Seins

O instrumento empregado nessa revolução era igualmente inédito: a reflexão e a transmissão de idéias com o intuito de convencer – não mais de vencer – o outro. “O *verdadeiro ser humano* anseia por libertação e salvação e a pode alcançar neste mundo”, malgrado esteja “apenas nebulosamente consciente de si mesmo” e se mantenha “ligado a seu corpo e acorrentado aos seus impulsos...”¹⁵⁵. Daí por que, “pela primeira vez, houve filósofos”. “As pessoas, como indivíduos, ousaram ficar de pé por si mesmos”¹⁵⁶. Pensadores peregrinos e viandantes na China, ascetas na Índia, filósofos na Grécia e profetas em Israel constituíram manifestações de aparência diversa da mesma inquietude¹⁵⁷. O homem conseguiu contrapor-se internamente ao mundo¹⁵⁸. Assistiu-se à radicalização da consciência da “alternativa etológica”, que se pode denominar livre arbítrio¹⁵⁹.

As novas idéias não se confinaram ao íntimo dos seres humanos. O homem, consciente de si, desejou alterar também as sociedades onde vivia. Os expoentes da humanidade evitaram catástrofes que presenciaram, em especial as guerras cíclicas, por meio do conhecimento, da educação e de reformas. Os sábios passaram a viajar pelos pequenos Estados, ocuparam postos de conselheiros e professores; enfim, “pensou-se de que maneira os seres humanos poderiam melhor conviver, adminis-

bewußt wird, und daß er Wege beschreitet, die er als je Einzelner zu gehen hat. [...]. Es geschah in der Achsenzeit das Offenbarwerden dessen, was später Vernunft und Persönlichkeit hieß”.

¹⁵⁵ JASPERS, *Ursprung*, p. 22: “Es ist der *eigentliche Mensch*, der im Leibe gebunden und verschleiert, durch Triebe gefesselt, seiner selbst nur in dunkel bewußt, nach Befreiung und Erlösung sich sehnt, und sie in der Welt schon erreichen kann [...]”.

¹⁵⁶ JASPERS, *Ursprung*, p. 22: “Zum erstenmal gab es Philosophen. Menschen wagten es, als Einzelne sich auf sich selbst zu stellen”.

¹⁵⁷ JASPERS, *Ursprung*, p. 22.

¹⁵⁸ JASPERS, *Ursprung*, p. 22.

¹⁵⁹ Cf. o item 6.2.1.

trar e ser regidos”¹⁶⁰. O direito produzido na Era Axial, instrumento dessas mudanças, foi moldado às várias cosmovisões então estabelecidas.

A importância da Era Axial mede-se por sua repercussão na história: nela se criaram os dois grandes modos de pensar em vigor na maior parte das culturas do planeta. São eles projetos muito conscientes de superação da única mentalidade até então registrada tanto entre os povos primitivos, quanto as antigas culturas superiores. A força da crítica e dos projetos de reforma do ser humano e da sociedade pensados naquele período garantiu-lhes o oligopólio das concepções de mundo ainda hoje em vigor. A amplidão dos efeitos históricos da Era do Eixo espelha-se claramente no fato de a filosofia grega e o monoteísmo judaico-cristão dominarem o Ocidente e as doutrinas budista e confucionista, por exemplo, reinarem no Oriente.

JASPERS preocupou-se com a existência, causas e características da Era Axial. FIKENTSCHER foi adiante e correlacionou os eventos então ocorridos com o presente. O jurista empregou a Era do Eixo como meio para explicar as mentalidades contemporâneas, suas concepções de justiça e respectivos métodos jurídicos.

. . . – *A pesquisa antropológica de Ludwig Hamburger*

O passo seguinte do raciocínio de FIKENTSCHER consistiu em pôr a teoria da Era Axial em contato com o “fundo”¹⁶¹ de idéias nascido de

¹⁶⁰ JASPERS, *Ursprung*, p. 24: “Man erdenkt, auf welche Weise die Menschen am besten zusammen leben, verwalten und regiert werden”.

¹⁶¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, p. 20, narra ter dialogado com LUDWIG HAMBURGER sobre culturas comparadas durante oito dos quinze anos tomados pela elaboração dos *Métodos do Direito*: “uma vez que LUDWIG HAMBURGER manteve um intercâmbio de idéias com o autor desde 1962, durante o qual cada um comunicava sem demora ao outro as mais recentes observações e reflexões, surgiu um fundo de idéias, no qual logo a seguir não havia como separar o que pertencia a um e ao outro” (“Da LUDWIG HAMBURGER mit dem Verfasser seit 1962 in einem engen Gedankenaustausch stand, in dem jeder dem anderen sogleich die neuesten Beobach-

seu diálogo com LUDWIG HAMBURGER sobre as diferenças culturais entre o Ocidente e o Oriente¹⁶². Se a Era do Eixo teria configurado as sociedades atuais, nela se haveria de encontrar a explicação das divergências entre ambos os hemisférios.

As diferenças entre as culturas ocidentais e orientais têm sido anotadas de parte a parte desde sempre. Basta lembrar que constituíram o grande tema de HERÓDOTO, cujas histórias narradas não seriam certamente remuneradas, acaso versassem sobre viagens a destinos triviais aos ouvidos de seus compatriotas pagantes¹⁶³. A superabundância de fontes acumuladas no decorrer de milênios não gerou, contudo, clareza. Os inúmeros ensaios de apontar as diferenças fundamentais entre ambos os gêneros de cultura têm esbarrado na indefinição de contornos, na subjetividade quase impressionista ou na incapacidade de formar um quadro com os traços essenciais de qualquer dos dois lados.

A pesquisa antropológica de LUDWIG HAMBURGER oferece precisão na complexa tarefa de determinar as divergências fundamentais dos mais amplos horizontes hermenêuticos dos seres humanos. Seus estudos de campo realizados na Tailândia, Laos, Camboja, Birmânia e Índia permitem-lhe apontar com precisão as disparidades entre, de um lado, os

tungen und Überlegungen mitteilte, entstand ein Fundus von Ideen, bei dem sich alsbald nicht mehr trennen ließ, was von dem einen, was von den anderen stammte”). O crédito das idéias de um e de outro autor encontra-se em FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, p. 21-27. O balanço realizado por FIKENTSCHER parece relevante, porque HAMBURGER faleceu deixando escassa bibliografia publicada sobre essa teoria.

¹⁶² A ordem cronológica das etapas do raciocínio foi aqui alterada, em prol de alguma clareza na exposição. O ponto de partida das investigações parece estar nos resultados da pesquisa antropológica de HAMBURGER adiante sumariadas. A diversidade entre Oriente e Ocidente e os motivos que a informaram fizeram com que FIKENTSCHER recuasse até a Era Axial, para ali encontrar a origem das disparidades.

¹⁶³ GIEBEL, *Reisen*, p. 62: “Em Atenas, ele [HERÓDOTO] fazia conferências sobre sua obra, supostamente em troca de honorários fantasticamente caros, o que despertou alguma inveja de seus colegas escritores” (“In Athen trug er [HERODOT] sein Werk vor, angeblich gegen ein traumhaft hohes Honorar, was bei den Schriftstellerkollegen einigen Neid erregt hat”).

traços essenciais dessas culturas e, de outro, das características básicas das sociedades ocidentais¹⁶⁴. HAMBURGER defendeu a existência de dois princípios contrapostos a informar cada um desses gêneros de sociedades: as sociedades judaico-cristãs da Europa ocidental, América do Norte e Austrália, em confronto com o mundo hindu-budista¹⁶⁵. O antropólogo mencionado observou basicamente que muitos dos vínculos interpessoais estabelecidos nas sociedades ocidentais carecem de homólogos nas orientais, assim como laços subjetivos presentes em ambos os campos se mostram mais tênues e soltos no Oriente do que no Ocidente. HAMBURGER reconheceu, ainda, nas sociedades islâmicas os mesmos traços encontrados nas culturas orientais¹⁶⁶.

Esse pesquisador notou que o Oriente privilegiava o isolamento: “não se cuida, em absoluto, do isolamento externo das pessoas umas das outras. Ao inverso, as pessoas vivem e agem, de modo justaposto, naquela cultura minimamente organizada e freqüentemente o fazem em grupos ou mesmo grandes massas. Decisiva é a separação *interna* das pessoas umas das outras, como meta religioso-social”¹⁶⁷. Daí advêm as características individuais marcantes como o “egoísmo”, a falta de disponibilidade para a cooperação, pequena ou nenhuma divisão de trabalho, pouco sentimento de vizinhança, escassas ligações de fidelidade a outras pessoas, falta de habilidade para lidar com máquinas e desconsideração dos animais¹⁶⁸. Essa diretiva formaria sociedades cujos laços interpessoais

¹⁶⁴ *Apud* FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 198-199, nota 125.

¹⁶⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, p. 21-24.

¹⁶⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, p. 23. HAMBURGER, todavia, absteve-se de se pronunciar sobre a China e os países por ela influenciados, como o Vietnã, por exemplo, em razão da falta de conhecimentos a respeito – cf. FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, p. 23.

¹⁶⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, p. 21: “Bei dieser Vereinzelung geht es, nach HAMBURGER, keineswegs um die äußerliche Isolierung von Menschen voneinander [...]. Vielmehr leben und handeln die Menschen in jener minimal-organisierten Kultur häufig in Gruppen oder auch großen Massen nebeneinander. Entscheidend dabei ist die *innere* Trennung der Menschen als religiös-gesellschaftliches Ziel”.

¹⁶⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, p. 21.

são mais frouxos, especialmente entre cônjuges, entre pais e filhos, nas relações entre os membros da aldeia e na atitude perante a coletividade. Os vínculos jurídicos teriam curta duração¹⁶⁹. Semelhantes características refletem-se nas mais diversas manifestações dessa cultura. Citem-se algumas para ilustração. Os mosteiros budistas são fins em si mesmos, isto é, não se dedicam ao tratamento de enfermos, aos cuidados de doentes mentais e crianças ou à instrução de utilidade comunitária ou geral¹⁷⁰. O casamento budista e o islâmico são facilmente rompíveis¹⁷¹. Comunidades, clubes, sociedades, organizações comerciais, associações, delegação de vontade e empresas com divisão de trabalho não ocorrem, em princípio, nessas sociedades. A ditadura é a forma de governo socialmente adequada; donde a impropriedade de se lhes aplicarem conceitos como corrupção ou falta de confiança nas relações¹⁷². Tampouco nelas existem direitos individuais, pois pressupõem vínculos, principiologicamente contrários ao princípio básico dessas gnosés¹⁷³. O Budismo nega o tempo, enquanto outros povos postavam-se de costas para o futuro¹⁷⁴.

HAMBURGER, por outro lado, concordou com a descrição de OTTO VON GIERKE das sociedades ocidentais, cujo foco está na idéia de organização, com base na idéia de comunidade, que valora positivamente os vínculos intersubjetivos¹⁷⁵. O princípio cultural reitor dessas sociedades é a concepção de que “o todo é mais do que a soma de suas partes”¹⁷⁶. Ambas as idéias relacionam-se de perto, pois os vínculos, logo se vê, são o instrumento de construção do todo.

¹⁶⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, p. 21-22.

¹⁷⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, p. 22.

¹⁷¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, p. 22.

¹⁷² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, p. 22.

¹⁷³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, p. 22.

¹⁷⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, p. 23-24. A imagem de civilizações de costas para o futuro deve-se a HELLMUT BRUNNER.

¹⁷⁵ HAMBURGER afirmou que OTTO VON GIERKE, sem se dar conta disso, teria descrito uma família cultural, ao analisar, na obra *Genossenschaftsrecht*, as sociedades da Europa ocidental, EUA, Canadá, Austrália e Nova Zelândia.

¹⁷⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, p. 23, nota 29.

As diferenças sociais registradas por HAMBURGER, sublinhe-se, vão além dos objetos culturais resultantes de processos intelectuais conduzidos pela idéia da objetividade, como se vê nas ciências e nas técnicas. Também o campo da subjetividade e das artes se rege quer pelo princípio da fragmentação social, quer por seu oposto. O campo do subjetivismo, em rigor, parece mais próximo dessas diretivas culturais, porque liberto das amarras conceituais¹⁷⁷: o contato entre as artes, por exemplo, e o princípio cultural é menos filtrado por uma pré-compreensão de natureza racionalizante. “Em monumentos, nas artes visuais e nos trabalhos de laca, HAMBURGER demonstra que a espécie fragmentada de representação artística conduz à justaposição, à repetição de figuras e modelos de mesma forma, à dispersão inorgânica e ao enfileiramento e, de modo geral, ao ponto e à linha. Falta-lhe a ‘ligação transversal’ entre as linhas, que dá a estrutura pluridimensional e a essência da organização e da harmonia, no sentido ocidental”¹⁷⁸. A diretiva isolacionista repete-se na música das sociedades desestruturadas, domínio no qual LUDWIG HAMBURGER cunhou o termo “fragmentação”. “A música daquelas culturas enfileira linearmente notas melódico-vocais ou tonais-instrumentais sem ligações transversais. Consigne-se também o desenvolvimento, pelos gregos, da harmonia na música como princípio filosófico da unidade da sobre-soma”¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Essa é a opinião expressa da especialista em arte, BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 4; cf., ainda, a nota 44, a respeito da distância progressivamente aberta entre as premissas de determinado saber e suas conclusões mais recentes. O registro dessa lei do espírito parece valer não apenas para as culturas ocidentais, mas também para as orientais.

¹⁷⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, p. 22: “An Baudenkmalern, künstlerischen Darstellung und Lackarbeiten wies HAMBURGER nach, daß die fragmentierte Art der künstlerischen Darstellung zum Nebeneinander, zur Wiederholung gleichförmiger Figuren und Muster, zu unorganischer Streuung und Reihung und allgemein Punkt und Linie führe. Es fehle die ‘Querverbindung’ zwischen den Linien, die mehrdimensionale Struktur, die das Wesen der Organisation und der Harmonie im westlichen Sinne ausmache”.

¹⁷⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. III: “Fragmentierte Musik ist Musik, die entweder melodisch-vokal oder klanglich-instrumental Töne ohne

Se o diálogo com JASPERS rendeu a FIKENTSCHER o esclarecimento do eixo ao redor do qual a humanidade ainda gira, a interação com as idéias de HAMBURGER ofereceu-lhe uma dicotomia entre os hemisférios planetários resultante das opções realizadas naquele período histórico.

BRUNNER-TRAUT já havia, àquela altura, apontou as características fragmentadas na arte egípcia clássica¹⁸⁰. O ineditismo da observação impôs-lhe a criação do neologismo “arte aspectiva” para designar o fenômeno, a que posteriormente HAMBURGER e FIKENTSCHER deram assentimento¹⁸¹.

. . . – O conceito de “aspectiva” de Emma Brunner-Traut

BRUNNER-TRAUT criou o conceito de “aspectiva” a partir da arte do Egito antigo¹⁸². O isolamento do Egito durante período inédito tornou-o modelo ideal para a exploração do conceito de aspectiva, pois ali ele se apresentou da maneira mais pura¹⁸³. O fenômeno também foi observado em minorias ocidentais contemporâneas, nos povos primitivos e

Querverbindung linear aneinanderreicht. Hinzuweisen ist auch auf die Entwicklung der Harmonie in der Musik als philosophisches Prinzip der Übersummeneinheit durch die Griechen”.

¹⁸⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, p. 22.

¹⁸¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, p. 22.

¹⁸² Sua ótica artística, aliás, influenciou de modo importante o pensamento de FIKENTSCHER – cf. *Methoden*, vol. 1, p. III e 167; vol. 2, p. 302; vol. 4, p. 12, 36, 65, 100, 443 e 514. BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 4, por sua vez, assim expressa as afinidades de seu trabalho com o de FIKENTSCHER: “uma primeira concordância decisiva com sua interpretação própria, a autora encontrou no jurista WOLFGANG FIKENTSCHER, em sua obra [...] ‘Métodos do Direito’, onde se acolheram, entre outros, estímulos da autora” (“Eine erste entscheidende Überseinstimmung mit ihrer eigenen Interpretation fand die Verfasserin bei dem Juristen WOLFGANG FIKENTSCHER in seinen fünfbändigen Werk ‘Methoden des Rechts’, wo u. a. Anstöße der Verfasserin aufgenommen sind”).

¹⁸³ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 1.

nas sociedades pré-axiais¹⁸⁴, como os sumérios, acádios, assírios, hititas, fenícios, etruscos, creto-micênicos e gregos arcaicos¹⁸⁵.

6.2.3.1 – A arte aspectiva *versus* a perspectiva

EMMA BRUNNER-TRAUT explica a idéia de aspectiva tomando como ponto de partida nossa estranheza diante das obras plásticas do Egito antigo. Nota-se-lhes, em murais e relevos, que as figuras parecem chapadas, duras, estranhamente contorcidas, em posturas laterais anatomicamente impossíveis¹⁸⁶.

As ilustrações seguintes, de temas semelhantes, patenteiam melhor do que qualquer palavra o caráter incomum da arte egípcia, notadamente quando comparada à ocidental barroca¹⁸⁷:

¹⁸⁴ A egiptóloga também assentiu tanto às categorias de FIKENTSCHER, quanto à periodização de JASPERS, incorporada a sua obra – cf. *Erkennen*, p. 4, 92-93 e 107. As pesquisas de BRUNNER-TRAUT no campo da arte a levaram a concluir que o Século XX constituiria marco histórico semelhante ao da Era Axial, pois nele se fundiriam as concepções perspectivistas e as aspectivistas em diversos campos da atividade humana, como, por exemplo, a ciência e a arte – cf. *Erkennen*, p. 4. FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 65, sugere a existência de duas espécies do gênero aspectiva, segundo seja a cultura anterior ou posterior à Era do Eixo.

¹⁸⁵ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 1.

¹⁸⁶ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 1-2.

¹⁸⁷ Imagens extraídas de BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 14 e 15. A figura 2 é a obra de VELÁZQUEZ intitulada “Retrato equestre do Príncipe Baltazar Carlos”, de 1634-1635.



Fig. 1



Fig. 2

A perspectiva, logo se vê, produz a diferença capital entre ambas as representações. Ver-se-á mais adiante que a técnica da perspectiva e sua oposta, a aspectiva, constituem afloramentos opostos de fenômeno bem mais profundo e extenso do que simples regras de composição de obras artísticas. De qualquer modo, a arte egípcia era aspectiva e a ocidental é perspectiva.

Nascemos e vivemos num mundo perspectivo, em mais de um sentido. Talvez por isso nem nos damos conta dos pressupostos e implicações da perspectiva. Vemos o mundo por meio da perspectiva e, por isso, não a vemos. A dedicação de alguns instantes aos dados elementares da perspectiva pode, também pelo contraste com a aspectiva, ajudar a esclarecer o sentido da arte egípcia e, especialmente, a diferença entre a mentalidade que a criou e nosso próprio modo de ver o mundo. Perspectiva, nessa acepção mais restrita, define HOUAISS, é “técnica de representação tridimensional que possibilita a ilusão de espessura e profundidade das figuras, a partir da projeção das linhas paralelas ao primeiro plano para o ponto de fuga, de maneira que haja uma diminuição das figuras que ocupam o segundo plano da obra”¹⁸⁸.

“A perspectiva”, sublinha BRUNNER-TRAUT, “é ligada a uma apreensão orgânico-unitária do objeto, na totalidade dos aspectos funcionais de suas partes reciprocamente consideradas”¹⁸⁹. Nela, “nenhum membro de um corpo (vivo) pode mover-se, sem que os membros correlacionados também sejam atingidos, pois todos se conectam a todos e formam uma totalidade unitária”¹⁹⁰. O todo uno visto com o auxílio da perspec-

¹⁸⁸ HOUAISS, *Dicionário*, p. 2197. BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 8: “Mais precisamente: chama-se de perspectiva a representação de um objeto com a intenção de causar a ilusão de profundidade (tridimensional) numa superfície de desenho plana (bidimensional). A redução do objeto com a crescente distância pertence às regras da perspectiva; as linhas que correm ao fundo tornam-se mais afiladas. Com o ponto de vista produtor da imagem, os objetos distanciam-se (opticamente) e se alteram os ângulos das partes coligadas num todo” (“Genauer: Perspektive nennt man die Darstellung eines Gegenstandes mit der Absicht, auf der ebenen (zweidimensionalen) Zeichenfläche (dreidimensionale) Raumtiefe zu illusionieren. Zu den Regeln der Perspektive gehört die Verkürzung eines Gegenstandes mit zunehmender Entfernung; die in die Tiefe laufenden Linien werden dünner. Mit dem Standpunkt des Bildproduzenten verschieben sich (optisch) die Objekte und verändern sich die Winkel der miteinander verknüpfenden Teil eines Ganzen”).

¹⁸⁹ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 8: “Denn Perspektive ist gebunden an eine organisch-einheitliche Auffassung des in seinen Teilen allseitig funktional miteinander in Beziehung stehenden Objektes”.

¹⁹⁰ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 8: “Bei perspektivischer Darstellung kann kein Glied eines (lebenden) Körpers bewegt werden, ohne, daß die zugehörigen

tiva resulta, segundo a autora, do princípio de que “o todo é mais do que a soma das partes; isso é o que se chama de ‘sobre-soma’ [denominação de FIKENTSCHER¹⁹¹]. A sobre-soma somente surge à vista do produtor ou do admirador, quando ele toma suficiente distância de um objeto, isto é, quando ele se eleva acima do todo”¹⁹². Ora, a noção perspectivista de a totalidade transcender a reunião de suas porções é exatamente o princípio que LUDWIG HAMBURGER aponta como sendo a característica geral da mentalidade ocidental¹⁹³.

BRUNNER-TRAUT, com razão, qualifica a perspectiva como técnica de representação “egocêntrica”¹⁹⁴, pois baseada no “ponto de vista do produtor da imagem”¹⁹⁵. Essa maneira de figuração “apenas limitada-mente faz justiça às partes internas, isto é, apenas na medida em que essas se subordinam ao todo; as partes individuais são deformadas ou encurtadas; em contrapartida, a imagem total mostra-se à visão como aparece opticamente”¹⁹⁶. A perspectiva faz, portanto, com que o quadro barroco dê a falsa impressão de profundidade (fig. 2).

Glieder mitbetroffen werden, da alle mit allen zusammenhängen und miteinander ein einheitliches Ganzes, ein Beziehungsgefüge, bilden”.

¹⁹¹ Cf. a nota 352 e seguintes.

¹⁹² BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 8: “Das Ganze ist mehr als die Summe seiner Teile, es ist das, was man ‘Übersumme’ nennt. Die Übersumme kommt dem Hersteller bzw. Betrachter erst in den Blick, wenn er von einem Gegenstand genügend Abstand hat, d. h., wenn er sich über das Ganze erhebt”.

¹⁹³ Cf. a nota 176.

¹⁹⁴ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 8: “Die perspektivistische–tiefenräumliche (egozentrische) Darstellweise zeigt andere Bilder als die aspektivistische...”.

¹⁹⁵ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 8: “Mit dem Standpunkt des Bildproduzenten verschieben sich (optisch) die Objekte und verändern sich die Winkel der miteinander verknüpfenden Teil eines Ganzen.

¹⁹⁶ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 8: “Die perspektivistische–tiefenräumliche (egozentrische) Darstellweise zeigt andere Bilder als die aspektivistische: Sie wird dem Binnenteil nur bedingt gerecht, d. h. nur insoweit, wie dieser sich dem Ganzen unterordnet, die einzelnen Teile sind dabei verzerrt oder verkürzt; dagegen kommt das Bildganze als Einheit in den Blick, so wie es optisch erscheint”.

A arte aspectiva revela concepção inversa da egocêntrica; ela faz recair seu interesse no objeto enfocado. Os resultados obtidos com essa idéia-mestra são bastante diferentes. O mural egípcio (fig. 1), à semelhança de outras obras dessa cultura, apresenta a realidade de forma “desdobrada” e “espalhada” sobre um só plano¹⁹⁷. Essa característica chapada da arte egípcia, que conhece a noção de lugar, mas não de espaço¹⁹⁸, pode ser vista na ilustração superior da página seguinte, que retrata o cotidiano de um templo. As portas, janelas, escadarias e estatuária do edifício encontram-se “penduradas” nas quatro divisões da planta do prédio; as pessoas também se encontram de perfil no interior do prédio, em posições incompatíveis com a realidade. O modo aspectivo de ver o mundo “não consegue o conhecimento do todo, quando olha somente para a direita ou a esquerda, para cima ou para baixo; portanto, para um lado da superfície. Ao contrário é necessário abarcar as variadas direções unitariamente com a vista; olhar também do chão para o alto. Orienta-se, assim, não apenas no plano, mas também no espaço”¹⁹⁹. Já

¹⁹⁷ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 6.

¹⁹⁸ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 16: “Na pintura egípcia, a paisagem é apenas insinuada por meio de plantas dispersas e, assim, caracterizada como um lugar (não um espaço!)” (“In der ägyptischen Malerei ist die Landschaft nur angedeutet durch eingestreute Pflanzen und damit gekennzeichnet als ein Ort (nicht Raum!)”). A mesma autora, *Erkennen*, p. 25, nota outra decorrência dessa noção de espaço: “à concepção de espaço, como uma construção resultante da justaposição de suas superfícies, corresponde o fato de que os templos egípcios – ao contrário dos gregos, entendidos como organismo – podiam ser expandidos de soberano em soberano, por meio de continuações frontais, traseiras e laterais. A forma do templo (não dos templos!) é aberta” (“Der Auffassung von Raum als einem aus seinen Flächen zusammengesetzten Bau entspricht es, daß ägyptische Tempel – anders denn die als Organismus verstandenen griechischen – von Herrscher zu Herrscher erweitert werden konnten durch vorn, hinten und seitlich angefügte Fortsetzungen. Die Form des Tempels (nicht der Tempel!) ist offen”).

¹⁹⁹ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 9: “Es gelingt das Erkennen des Ganzen nicht, wenn er nur nach rechts oder links, nach vorn oder hinten schaut, also nach einer Seite auf Fläche, vielmehr ist es nötig, sämtliche Richtungen einheitlich mit dem Blick zu umfassen, auch vom Boden nach oben zu schauen. Damit orientiert man sich nicht allein in der Ebene, sondern *auch* im Raum”.

na figura inferior da página seguinte, vê-se a planta baixa do mesmo edifício²⁰⁰:

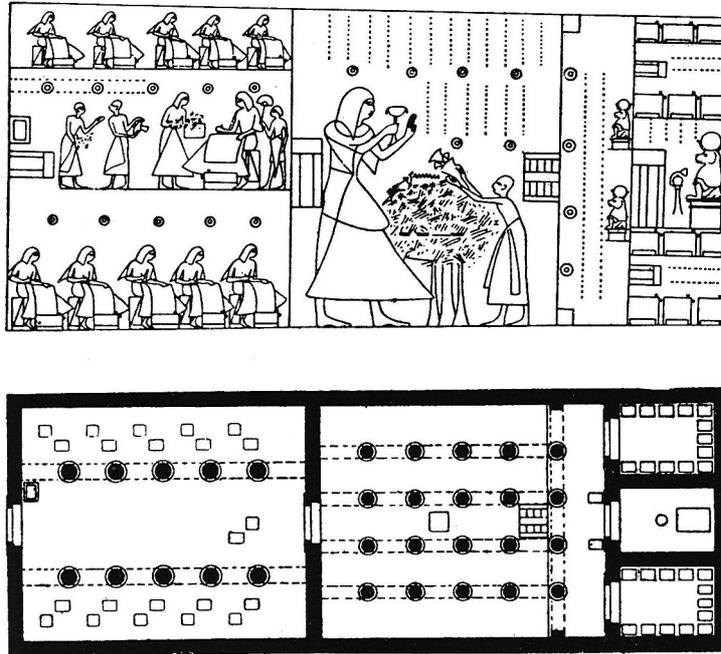


Fig. 3

A diferença entre ambas as técnicas de representação da realidade está na concepção que as rege. A perspectiva parte de um ponto de fuga, vale dizer, de um local idealmente externo ao objeto retratado que, assim, pode ser visto e apreendido como um todo, apesar de as partes mais distantes da realidade serem indevidamente diminuídas na representação. A perspectiva preza a fidelidade ótica ao conjunto. A escolha da denominação “aspectiva” revela-lhe a essência: “uma vez que o todo é lido aspecto por aspecto”, esclarece BRUNNER-TRAUT: “denominei esse modo de representação de *aspectivista* [...]”²⁰¹. “A totalidade da imagem”, completa a autora, “é apreendida (corretamente) parte a parte, isto é, essas partes são adicionadas a um todo agradável, ao invés de uma

²⁰⁰ Imagens extraídas de BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 24.

imagem de mosaico. Basta trazer ao quadro tantas partes, quantas necessárias à compreensão do todo”²⁰². O fundamental na perspectiva parece ser a idéia de que não se divisa um todo, mas a representação é concebida como a justaposição de várias partes. Daí a infidelidade da representação artística à ótica ocidental. “Os antigos egípcios apreendiam as formas passo a passo (aditivamente) e apenas as colocavam em relação bilateral”²⁰³. A composição obedece ao princípio da adição, “evidentemente ligada, no Egito, à posição condicionada pelos sentidos; a vizinhança é apreendida como relação; lugar e massa são apenas ajustados ao todo tal como imposto pela direção [segundo convenções preestabelecidas, como da direita para a esquerda, por exemplo]”²⁰⁴. Daí por que “as formas parciais são incluídas na ordem do todo, mas – diferentemente da perspectiva – como unidades relativamente autônomas, cuja característica é ser entendida como um elemento de forma constante”²⁰⁵.

²⁰¹ BRUNNER–TRAUT, *Erkennen*, p. 8: “Da das Ganze Aspekt um Aspekt gelesen ist, habe ich diese Darstellweise die aspektivische genannt, in Abhebung von der perspektivischen”.

²⁰² BRUNNER–TRAUT, *Erkennen*, p. 7-8: “Das Bildganze ist Teil um Teil (richtig) er-faßt, bzw. diese Teile sind addiert zu einem gefälligen Ganzen. Nicht etwa zu einem Mosaikbild; es genügt, so viele Teile ins Bild zu bringen, wie zum Verständnis des Ganzen nötig sind”.

²⁰³ BRUNNER–TRAUT, *Erkennen*, p. 2: “Es wird sich zeigen, daß die Alten die Erscheinungsformen schrittweise (additiv) erfaßt und sie nur bilateral in Beziehung gebracht haben”.

²⁰⁴ BRUNNER–TRAUT, *Erkennen*, p. 8: “Addition ist in Ägypten freilich an sinnbedingte Position gebunden, das Benachbartsein ist als Relation er-faßt, Lage und Maße, aber nur bedingt die Richtung sind dem Ganzen angepaßt”.

²⁰⁵ BRUNNER–TRAUT, *Erkennen*, p. 8: “Ein Auge sitzt nicht am Knie (wie bewußt etwa bei PICASSO), die Teilformen sind in die Ordnung des Ganzen einbezogen, aber – im Unterschied zur Perspektive – als relativ selbständige Einheiten, deren Sosein für sich be-griffen ist als formkonstantes Element”.

Duas ilustrações de móveis esclarecem melhor o conceito de “arte aditiva”²⁰⁶:

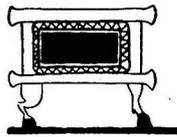


Fig. 4

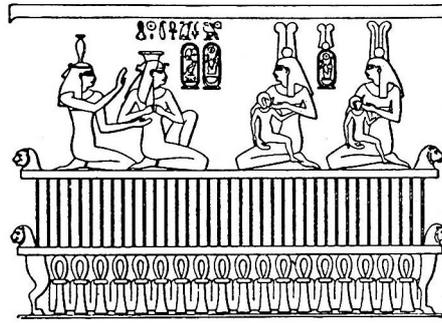


Fig. 5

BRUNNER-TRAUT esclarece que “se estendem tantas vistas laterais justapostas de um determinado objeto, quantas necessárias a sua designação; assim acontece com o banco [da fig. 4], por meio da vista lateral com as pernas de cabra e a vista superior do assento”²⁰⁷. Por isso, “ambas as faces não se apresentam encurtadas, mas, sim, lado a lado, em sua extensão completa, sem distorções e fiéis a suas medidas; mais precisamente, estão sobrepostas; ambos os lados estão adicionados e apenas unilateralmente correlacionados”²⁰⁸. “Exatamente desse modo se representou a face lateral da cama da fig. 5, acima da qual se encontra completamente estendida a “grelha”, sobre a qual (na qual) se assenta o grupo de mulheres; sobre elas, como símbolo de um ato religioso (o nascimento do rei), o céu”²⁰⁹. O princípio da adição das imagens determina, pois, que

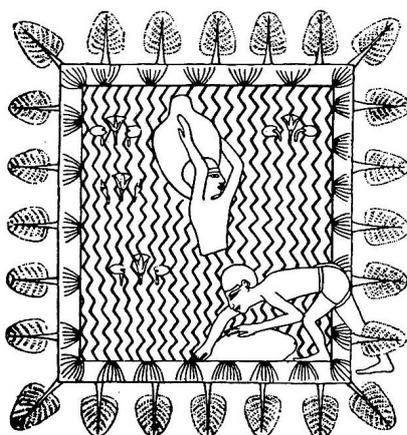
²⁰⁶ Imagens extraídas de BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 19.

²⁰⁷ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 19: “Von einem differenzierten Gegenstand werden so viele Ansichtsseiten nebeneinander ausgebreitet, wie zu seiner Bezeichnung notwendig sind, so von dem Hocker die Seitenansicht mit den Stierbeinen und die Aufsicht auf den Sitz”.

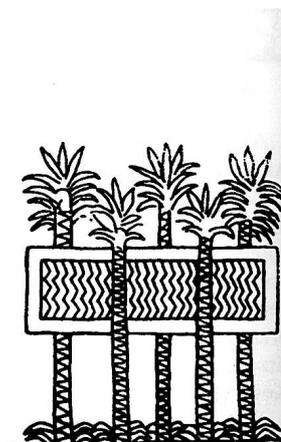
²⁰⁸ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 19: “Beide Seiten stehen unverkürzt, in ihrer vollen, unverzerrten Ausdehnung maßstabgerecht nebeneinander, genauer: übereinander, beide Seiten addiert und nur einseitig aufeinander bezogen”.

²⁰⁹ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 19: “Ganz entsprechend sind von dem Bett die Seitenlade, darüber voll ausgebreitet der Rost und darauf die Gruppe der Frauen, die auf dem (im) Bett sitzen, dargestellt; über ihnen als Symbol eines religiösen Aktes (Geburt des Königs) der Himmel”.

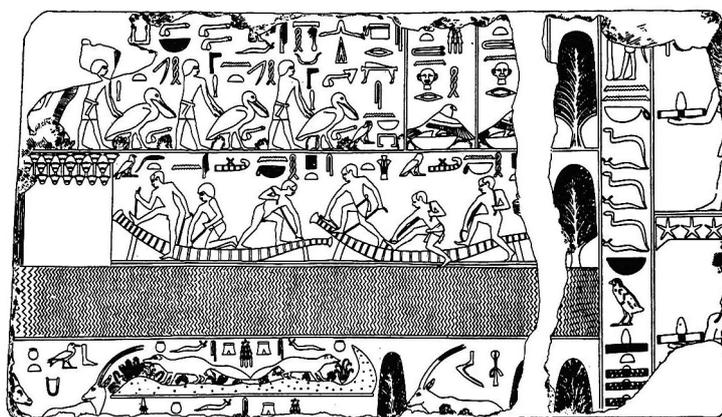
suas diversas partes sejam acrescentadas, uma de cada vez, ao desenho e somente se relacionem com as partes vizinhas. Precisamente o desejo de fidelidade às dimensões reais das partes da imagem impede a perspectiva. A correlação se dá entre as partes da imagem e a realidade; não se cogita da congruência da realidade total e o objeto igualmente global, tal como o fazem as pessoas habituadas à perspectiva. Outras imagens substituem incontáveis palavras²¹⁰:



(Fig. 6)



(Fig. 7)



(Fig. 8)

²¹⁰ Imagens extraídas de BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 20 (fig. 6 e 7) e 39 (fig. 8).

As obras reproduzem fielmente cada um de seus elementos, que, contudo, não interagem; o todo, porém, encontra-se distorcido aos olhos de quem se acostumou à perspectiva. Nessa ótica apenas, todas as figuras representam impossibilidades materiais. A figura 6 reproduz um tanque, cuja água é perpendicular ao solo, como um muro. A figura 7 ilustra um rio, que ao mesmo tempo se encontra de perfil, aos pés das palmeiras, mas, curiosamente, ressurge, no alto delas, desfraldado como uma bandeira. Algo semelhante pode ser visto na figura 8, que reproduz as margens de um rio. O curso d'água parece-nos apoiado sobre a margem inferior, como se o conjunto se compusesse, ao nosso olhar, de três andares, e não situado no mesmo plano.

As imagens são, de fato, intrigantes, mas a apreensão do verdadeiro sentido de um objeto cultural, notou GADAMER, depende de que o intérprete esteja receptivo a seu sentido, ao invés, de querer impor-lhe seus preconceitos²¹¹. As objeções às três figuras, fundadas em sua impossibilidade material, oprimem a arte aspectivista com conceitos perspectivistas²¹². Daí o impasse e o caráter de inconclusividade da resposta que reduz a arte antiga a um amontoado de enganos e a priva de sentido mais profundo. BRUNNER-TRAUT, ao contrário, ofereceu a chave para o entendimento da arte egípcia, porque retificou sua pré-compreensão perspectivista, diante de evidências das obras de arte como as reproduzidas. Mais especificamente, a estudiosa notou haver uma coerência particular entre o modo pelo qual os egípcios viam o mundo e como o representavam. Eles privilegiam o mundo em frações, parte a parte, e não o todo. Por isso, a leitura de sua arte há de respeitar o princípio de que as “imagens aspectivas não desejam ser vistas panoramicamente, mas elemento a elemento, como uma espécie de texto de imagens. Os ele-

²¹¹ GADAMER, *Wahrheit*, vol. I, p. 272-274.

²¹² Cf. BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 67, sobre esse erro, em geral.

mentos somente são relacionados à sua vizinhança próxima, e não globalmente interligados”²¹³.

As intenções de ambas as linguagens são diversas: “enquanto a perspectiva reproduz como se vê algo, a aspectiva é mais fortemente orientada pelo saber as coisas”²¹⁴. O intuito de informar algo sobre a realidade, ao invés de retratá-la, torna-se claro nos seguintes exemplos, inexistentes na realidade, tal como representados²¹⁵:

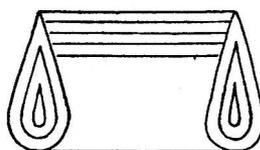


Fig 9

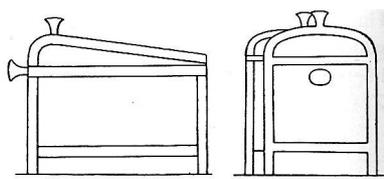


Fig 10

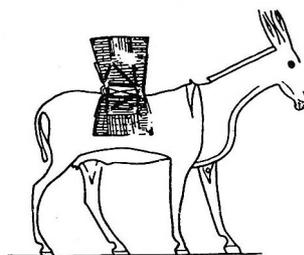


Fig. 11

²¹³ “Aspektivische Bilder wollen nicht simultan überblickt werden, sondern Element für Element wie eine Art Bildersprache gelesen werden. Die Elemente sind nur auf die nächste Nachbarschaft, bezogen, nicht allseitig verknüpft”.

²¹⁴ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 69: “Während Perspektive wiedergibt, wie man sieht, ist Aspektive stärker orientiert am Wissen von den Dingen”.

²¹⁵ Imagens extraídas de BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 20 (fig. 9 e 10), 22 (fig. 11, 12 e 14) e 44 (fig. 13).

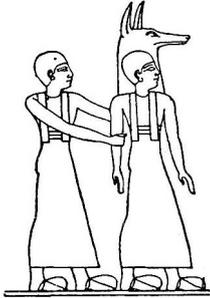


Fig. 12

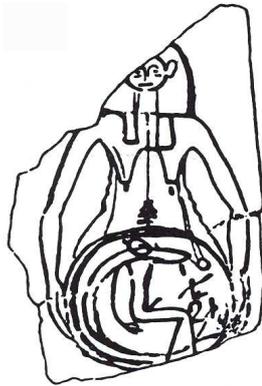


Fig. 13

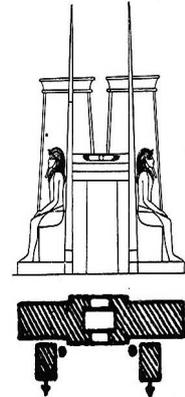


Fig. 14

A figura 9 representa três vistas de um mesmo saco de compras. A figura 10 mostra a mesma arca, vista sob dois aspectos. A figura 11 ilustra animalia a que se ataram duas cestas de carga: uma delas – a invisível aos olhos do espectador – “flutua”, para que se saiba que a besta leva duas cestas. A figura 12 apresenta dois sacerdotes em cerimônia religiosa; a visão de Raio-X da cabeça de um deles visa a esclarecer que o deus não comparecera à cerimônia, mas nela tinha sido representado por pessoa portando máscara com suas feições. A idéia de Raio-X reaparece na fig. 13, a representar a mãe do sol, que traz seu filho no útero também representado em forma solar. A figura 14 mostra duas estátuas de perfil a adornar um prédio; sucede que, na realidade, ambas estão de costas para o edifício e de frente para o leitor, como indicado pelas setas na planta baixa sob o desenho. A alteração da realidade serve para mostrar a real forma das estátuas. Todas essas imagens obedecem, portanto, ao princípio aspectivo de apreensão da realidade parte a parte, com a ilustração de tantas vistas, quantas necessárias ao esclarecimento do sentido do objeto reproduzido.

“A aspectiva e a perspectiva diferem, em suma, por meio da relação das partes internas com o todo”²¹⁶. Essa razão levou certos autores a contrapô-las como o “realismo intelectual *versus* o visual”²¹⁷. BRUNNER-TRAUT conclui:

“Os egípcios e seus semelhantes espirituais obtinham seu objeto por meio da apreensão sucessiva, passo a passo, das partes; os gregos descobriram a visão global (ótica) do todo. A visão global abrange as partes, de que o todo se compõe, como um ‘organismo’ unitário, cujas partes se encontram num contexto funcional. Um organismo é composto pelo todo unitário de uma pluralidade de órgãos ou membros, isto é, é um todo dinamicamente ordenado, e não uma soma obtida por meio da apreensão sucessiva”²¹⁸.

6.2.3.2 – A revolução na percepção humana do mundo

Até um leitor interessado em artes se indagará, a esta altura, da correlação entre baixos-relevos egípcios e o tema deste trabalho. O interesse em referir dados tão aparentemente descontraídos sobre domínios exóticos aos olhos de juristas deriva das causas da aspectiva e da

²¹⁶ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 8: “Aspektive und Perspektive unterscheiden sich, kurz gesagt, durch die Beziehung der Binnenteile zum Ganzen”.

²¹⁷ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 8: “Uma vez que [...] nas imagens aspectivas o saber das coisas possui um alta participação, ambos os modos de representação também foram contrapostos por outros autores sob o ponto de vista do realismo intelectual *versus* visual” (“Da, wie noch auszuführen sein wird, bei aspektivischen Bildern das Wissen von den Dingen einen erheblichen Anteil hat, wurden die beiden diskutierten Darstellweisen von anderen Autoren auch unter dem Gesichtspunkt von intellektuellen bzw. visuellem Realismus gegenübergestellt”).

²¹⁸ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 13: “Die Ägypter und ihre Geistesverwandten gewinnen ihren Gegenstand im schrittweisen Nacheinander-Erfassen der Teile; die Griechen entdeckten die (optische) Zusammenschau des Ganzen. Die Zusammenschau überblickt die Teile, aus denen ein Ganzes Besteht, als einen einheitlichen ‘Organismus’, dessen Einzelteile in funktionellen Zusammenhang stehen. Ein Organismus besteht als das Einheitlich-Ganze einer Mannigfaltigkeit von Organen bzw. Gliedern, d. h., er ist eine dynamische geordnete Ganzheit und nicht eine durch das Nacheinander-Erfassen gewonnene Summe”.

perspectiva. E, naturalmente, de suas diferenças e repercussões em campos diversos das artes, como o direito. BRUNNER-TRAUT nota serem três as causas imagináveis da diferença notada.

A primeira hipótese apontaria para uma diferença orgânica – visual – entre os seres humanos. “Os desenhistas [aspectivistas] poderiam captar [objetos] de modo diverso dos [perspectivistas], quer dizer, o órgão sensorial, o olho, [poderia ver] de maneira diversa”²¹⁹. BRUNNER-TRAUT descarta essa alternativa com argumento simples e evidente: “que os seres humanos [da Antigüidade e outras pessoas aspectivistas] podiam captar dados opticamente de modo igual [ao nosso] é algo fora de questão, já pelo fato de que *aprenderam*, em todas as épocas, a se mover livremente no espaço e a atirar com a ajuda da experiência (do movimento e do tato)”²²⁰.

A segunda hipótese imputa a diferença entre a aspectiva e a perspectiva à suposta inabilidade dos artistas. “Eles [os aspectivistas] poderiam fracassar na reprodução adequada do quadro imaginado, isto é, falhar na técnica da reprodução perspectivística”²²¹.

A hipótese do déficit técnico na raiz da arte aspectiva também foi repudiada por BRUNNER-TRAUT. O raciocínio embasador da conclusão é, no entanto, mais complexo do que o usado para eliminar a suposta causa orgânica. O primeiro dos argumentos afirma que os egípcios não viviam aspectivamente apenas a arte. Todas as suas manifestações cultu-

²¹⁹ “BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 68: “Die Bildner könnten: 1. räumlich verschieden wahrnehmen, d. h. mit dem Sinnesorgan Auge räumlich verschieden sehen”.

²²⁰ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 12: “Daß die Menschen optisch gleich wahrnehmen konnten, steht allein dadurch außer Frage, daß sie mit Hilfe von Erfahrung (Bewegung, Er tasten) zu allen Zeiten gelernt haben, sich frei im Raum zu bewegen und zu schießen [...]. Meine Behauptung ist aber die, daß sich die kognitiv-psychische Wahrnehmung, die zur Gewinnung des Gegenstandes führt, die Apperzeption, generell gewandelt hat”.

²²¹ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 68: “Die Bildner könnten: [...] 2. daran scheitern, das Vorstellungsbild adäquat wiederzugeben, d. h. bei der Technik perspektivistischer Wiedergabe versagen [...]”.

rais se orientavam por esse norte²²². BRUNNER-TRAUT pondera: “a atitude ‘aspectiva’, como eu a designo, deve ser exposta na observação da arte integradamente na sociedade, em diversos ramos da (prática) científica – como a medicina, a matemática, o direito –, na imagem da história, na concepção dos deuses, na construção dos mitos, e, não menos importante, na literatura e na língua”²²³. Um maneirismo ou estilo artístico careceria da envergadura e da duração imprescindíveis a explicar a hegemonia aspectiva nas mais diversas atividades humanas, durante todo o Egito antigo. A forma da arte é consequência – e não causa – do fenômeno aqui referido.

A comparação do antigo Egito com o universo grego também desabona a idéia de que a representação das antigas culturas superiores seja deficitária, em relação à perspectiva. Apenas o confronto das mentalidades subjacentes a ambas as técnicas parece em condição de dimensionar a índole da mudança verificada na Grécia. Um exemplo da especialidade de BRUNNER-TRAUT, a arqueologia, pode servir de boa introdução às diferenças aludidas. A autora relata a existência de documento, em que mestre ceramista de um templo afirma ter recebido do sacerdote chamado ESPERNUB certa quantia, por haver modelado 401 figuras de faiança – 365 trabalhadores, um para cada dia do ano, e seus 36 supervisores²²⁴. Tais estatuetas haveriam de trabalhar na eternidade para o falecido pai do sacerdote, em cujo túmulo foram depositadas. Poder-se-ia pensar num caráter meramente simbólico ou alegórico da atitude, não fosse o

²²² A demonstração disso, com dados comparados sobretudo com a cultura grega, consome cerca de metade do estudo *Erkennen* de BRUNNER-TRAUT, p. 71-152. FIKENTSCHER também empreendeu pesquisa comparada desses e de outros fenômenos, em número maior de culturas. Os itens 6.3.1 a 6.3.5 tentam condensar o fundamental desses estudos.

²²³ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 2: “Das ‘aspektivistische’ Verhalten, wie ich es bezeichne, soll in Anschluß an die Kunstbetrachtung aufgezeigt werden in der Gesellschaftsform, in verschiedenen Zweigen der Wissenschaft (praxis) – wie Medizin, Mathematik, Rechtswesen –, im Geschichtsbild wie auch in der Göttervorstellung und Mythenbildung und nicht zuletzt in Literatur und Sprache”. Cf., ainda, esses desdobramentos nos itens 6.3.1 a 6.3.5.

²²⁴ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 60-61.

seguinte trecho do documento: “você, *uchabits* [estatuetas], em nome de Osíris (do deus do mundo inferior), vão logo ao trabalho para o fulano de tal (nome do pai de ESPERNUB). Digam ‘nós o faremos’, sempre que ele (o pai de ESPERNUB) os chamar para o trabalho do dia. Eu recebi dele o pagamento em seu nome”²²⁵. O *Livro dos Mortos*, aliás, indica a fórmula sacramental para fazer com que semelhantes trabalhadores laborem em favor de outrem na vida posterior à morte²²⁶. Esse livro e o fato de o dinheiro ter sido pago por sacerdote, um especialista em temas de além-túmulo, impedem que se veja no documento a prova do mais velho estelionato do planeta. Aos olhos de ESPERNUB e das testemunhas arroladas no recibo, seguramente não havia ali nenhum golpe. A atitude egípcia ainda permanece saturada de imaginação sobrenatural, que impede a delimitação do mundo real e do místico. Suas categorias são fluidas e funcionam por associações. Até suas categorias relativas ao mundo inanimado mostram-se dependentes da axiologia e das circunstâncias²²⁷.

²²⁵ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 61: “Ihr Uschebitis geht um des Osiris (des Unterweltgottes) willen schnell an die Arbeit für den sowieso (Name von Espernubsvater). Sprecht ‘Wir tun es’, wann immer er (Espernubs Vater) euch anruft zur Arbeit des Tages. Ich habe von ihm die Bezahlung für euch erhalten”.

²²⁶ BUDGE, *Livro*, cap. 6, p. 155.

²²⁷ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 62: “Os fenômenos, malgrado sejam trazidos à luz por meio de delimitação e denominação, permanecem saturados de conteúdo espiritual. O verdadeiro e o imaginado, o designado e o silenciado permanecem em troca viva e dinâmica nos povos animados por imaginação mítica, embora não em mesma medida quando se pensa no ‘pensamento mágico’. Onde quer que amadureçam, as idéias alcançam forma definida, ao invés de se associarem umas às outras ou permanecerem em correspondência oculta ou em analogia. Os fenômenos sustentam-se uns aos outros por meio do fluido, sua ordem se constrói de acordo com concepções axiológicas; esta é hierárquica, embora não seja fixa, pois dependente de circunstâncias” (“Die Phänomene, obwohl durch Begrenzung und Bezeichnung ans Licht gehoben, bleiben duchsättigt mit seelischen Gehalt. Wirkliches und Vorgestelltes, Bannantes und Verschwiegenges stehen, zwar nicht in eben dem Maße, das man für ‘magisches Denkens’ in Anspruch kommt, aber doch bei den von mythischer Imagination angefüllten Völkern in lebendigem, dynamischem Austausch. Wo Vorstellungen gereift sind, erreichen sie zwar klar umgrenzte Gestalt, aber die Dinge assoziieren einander und stehen in geheimer Korrespondenz oder Analogie. Die Phänomene halten einander durch Fluidum, ihre Ordnung baut

Os povos antigos raramente atingiam conceitos puros ou enunciados gerais; sua formulação ampla remontava apenas até os paradigmas²²⁸. O exame da idéia de sujeito-objeto-relação mostra-se, por igual, muito elucidativa. Não havia objetos no sentido em que hoje damos ao termo, pois sua essência não era dissecada, de forma, por exemplo, a sempre permitir associações, como a do peixe à água, do harpista à cegueira e do macaco à dança²²⁹.

Já com os gregos as coisas se passam de modo diferente. “Por volta do Século VI a. C., os gregos descobriram a perspectiva corporal, isto é, a representação de figuras com reduções e vistas oblíquas. Nos Séculos V e IV, deram os primeiros passos rumo à perspectiva espacial, que denominaram de ‘*skenographia*’. A decoração de palcos pode ter sido, de fato, o começo da representação dotada de perspectiva espacial”²³⁰. BRUNNER-TRAUT sublinhou: “apenas aos gregos ocorreu abranger totalmente com a vista, sobre uma base ampla, o entrelaçamento multilateral dos objetos, a partir de um ponto de vista situado fora dos objetos, de uma distância, de um ponto quase arquimédico”²³¹. As datas da invenção helênica da perspectiva não poderiam ser mais indicativas de uma mudança de mentalidade transcendente à simples invenção técnica.

sich gemäß jeweiliger Wertvorstellung auf; sie ist ein hierarchische, aber keine starre, sondern konstelationsabhängige Ordnung”).

²²⁸ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 60.

²²⁹ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 60.

²³⁰ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 9: “Gegen Ende des 6. vorchristlichen Jh. Entdeckten die Griechen die Körperperspektive, d. h. die Darstellung von Figuren in Verkürzungen und Schrägansichten. Im 5. und 4. Jh machten sie Ansätzen zur Raumperspektive, die sie ‘Skenographia’ nannten. Tatsächlich dürfte die Bühnendekoration der sachlich Ansatz für raumperspektivische Darstellung gewesen sein”. A autora, *Erkennen*, p. 9, esclarece, ainda, que os gregos nunca usaram a perspectiva central, que reúne todas as linhas de fuga num único ponto, pois essa modalidade é saber do Renascimento.

²³¹ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 2: “Erst den Griechen fiel es zu, auf breiter Basis die multilaterale Verflechtung der Dinge von einem Standpunkt außerhalb der Dinge, aus einer Distanz, von einem quasi archimedischen Punkt aus ganzheitlich zu überschauen”.

Essas invenções ocorreram em plena Era Axial, um “dos pontos de viragem”, em que “se aperfeiçoou algo como uma mutação espiritual, pois a espécie de percepção acoplada ao modo de representação não prosseguiu continuamente; ao contrário, deu um salto de determinada contraposição do homem ao objeto observado para uma postura diferente”²³². A mudança espalhou-se para além da arte: “essa atitude ‘distanciada’ dos gregos em relação aos fenômenos produziu um posicionamento completamente diverso no mundo e um tratamento radicalmente mudado dele”²³³. Já o distanciamento do sujeito em relação ao objeto, imaginado pelos helênicos, gerou o pensamento antitético, do tudo ou nada, das categorias dicotômicas entre as quais não se admite a interposição de um terceiro termo²³⁴. Tal mentalidade desenvolveu a

²³² BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 4: “An diesen drei genannten Wendepunkten vollzieht sich so etwas wie eine geistige Mutation, weil die mit der Darstellungsweise gekoppelte Wahrnehmungsweise des Menschen nicht kontinuierlich weitergegangen ist, vielmehr einen Sprung gemacht hat von einem bestimmten Gegenüber des Menschen in bezug auf das beobachtete Objekt zu einem andersartigen Verhalten”. “Um semelhante salto”, nota a autora, não precisa, evidentemente, ser algo diverso do que o repentino transbordamento visível do que até ali estava represado” (“Ein solcher Sprung braucht freilich nichts anderes zu sein als das plötzlich in Erscheinung tretende Überborden eines bis dahin verdeckt gewachsenen Staus”).

²³³ Dieses ‘abständige’ Verhalten der Griechen gegenüber den Phänomenen zeitigt eine durchweg andere Befindlichkeit in der Welt bzw. einen radikal veränderten Umgang mit ihr”.

²³⁴ Essa diferença entre o pensamento aspectivista e o perspectivista ainda parece válido, apesar de GADAMER, *Wahrheit*, p. 463, dizer que a filosofia grega entendia a possibilidade do conhecimento “como um momento do próprio ser e não como um comportamento do sujeito”. Apenas a participação da alma no ser infinito garantiria o saber. O distanciamento entre o sujeito e o objeto visto no pensamento e na ciência gregos, qualquer que seja o motivo a permiti-lo – quer a participação no ser infinito, quer um esforço intelectual do sujeito – não parece apagar as diferenças de entendimento do mundo retratadas por BRUNNER-TRAUT. Eis aí lições que a história da arte dá ao direito sobre o sentido mais profundo de elementos básicos de nossa mentalidade. Identifica-se, assim, a raiz verdadeira das inúmeras e intrigantes contraposições jurídicas: direito subjetivo e objetivo; causas subjetivas e objetivas de invalidade dos negócios jurídicos; direitos absolutos e relativos; direito material e processual; direito público e privado; direito cogente e dispositivo; aspectos formais e materiais; direito interno e internacional etc. Talvez mais importante do que isso seja a contribuição que daí se pode extrair para a nova teoria dos princípios jurídicos, da proporcionalidade, dos conceitos jurídicos indeterminados, da

axiomática da matemática e da lógica, as demais ciências²³⁵ e passou a informar os mais variados campos da atividade humana:

“Também se contemplou essa viragem [da Era Axial na Grécia] sob o ponto de vista da libertação do ser humano de sua unidade com a natureza e os eventos mundanos, por meio da qual ele alcançou um patamar mais elevado de consciência subjetiva. O procedimento pode ser lido em muitos domínios da cultura. Assim, no lugar do culto aos mistérios, entrou a tragédia, em que o ser humano (subjetiva, não ritualisticamente) se espelha agindo e sofrendo em confronto com os deuses. Os pré-socráticos marcaram o começo das ciências naturais, por meio de cuja atividade o ho-

criação judicial do direito, das súmulas de jurisprudência. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *Interpretação*, p. 59, assim capta o traço essencial e comum a essas figuras metodológicas: “E a tal ponto chegaram essas exigências de motivação, de resto plenamente compreensíveis no contexto de aprimoramento do Estado de Direito, que já não basta apresentar razões *normativas* – reputadas necessárias, mas *não suficientes* – para justificar as decisões jurídicas ou quaisquer outras de repercussão social. Torna-se necessário *justificar a própria justificação*, oferecer uma justificação última e *profunda*, que se baseie em outras razões – tais como *justiça, razoabilidade, oportunidade e correção* –, razões que não derivam diretamente das normas e princípios do ordenamento jurídico, mas que nem por isso deixam de ser objetivas e compreensíveis por todos quantos possam ser afetados, direta ou indiretamente, pelas decisões dos aplicadores do direito”. Todos esses instrumentos, que requerem o “justificar a própria justificação”, hão de ser interpretados como manifestações jurídicas do fenômeno mais amplo da índole complementar do caráter contemporâneo, que une os modos de ver aspectivo e perspectivo numa metavisão, por assim dizer. Tais figuras metodológicas devem ser compreendidas no contexto da nova ciência natural (cf. as notas 766 e 767), mas, sobretudo, no da arte moderna (cf. a nota 269). O direito não se contenta mais com os estereótipos necessariamente duros e esquemáticos da perspectiva, das dicotomias inexoráveis. O direito ocidental, à semelhança dos artistas, quer ver o que vai dentro de cada pessoa, quais suas condições personalíssimas, ao invés de se nortear por mero esquema perspectivístico abstrato, carente de graduações entre o sujeito e o objeto. À semelhança dos pintores modernos, deseja fugir dos esquemas rígidos do academicismo, da ótica do tudo ou nada, como se vê hoje na teoria dos princípios, contrapostos às regras jurídicas não mais como normas mais gerais e abstratas, mas como não mais sujeitas a uma aplicação do tipo tudo ou nada. Isso deve valer com intensidade crescente, em domínios de segurança jurídica como o do direito penal, também em atenção a valores humanos.

²³⁵ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 62.

mem se mostrou subjetivamente consciente e subordinou a natureza à pesquisa objetiva. Somente então a constituição democrática da polis, da cidade-Estado grega, tornou o ser humano individual visível no Estado. Esses fenômenos são vistos analogicamente à descoberta da perspectiva, que pressupõe um ângulo de visão subjetivo, a partir do qual a objetividade da imagem é vista e representada”²³⁶.

A aspectiva não pode ser considerada déficit de técnica pictórica, por se tratar de um desdobramento de princípios mais gerais de informação de certas sociedades. A aspectiva egípcia e a aspectiva grega eram manifestações de fenômeno mais amplo do que certo padrão artístico em voga.

BRUNNER-TRAUT deixou, porém, de explorar uma observação contida em sua própria obra, contra a hipótese da aspectiva como mero déficit técnico na arte. Juristas qualificariam o argumento de *a contrario sensu*. O Egito conheceu avanços rumo à perspectiva, precisamente quando um de seus pilares culturais – o politeísmo – foi derrubado pelo breve interregno monoteísta de AQUENATON²³⁷. Essa informação reforça a hipótese de que relações mais profundas do que uma técnica artística presidiriam a distinção entre aspectiva e perspectiva.

²³⁶ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 60: “Man hat diese Wende [Achsenzeit] auch unter dem Gesichtspunkt der Loslösung der Menschen aus seiner Einheit mit Natur- und Weltgeschehen betrachtet, durch die er eine Stufe höheren subjektiven Bewußtseins betreten habe. Der Vorgang ist in veilen Bereichen der Kultur ablesbar. So tritt anstelle der Mysterienspiele die Tragödie, in der der Mensch (subjektiv, nicht rituell) handelnd und leidend den Götter gegenübertritt und sich selbst bespiegelt. Die Vorsokratiker markieren den Beginn der Naturwissenschaft, durch deren Betreiben sich der Mensch subjektbewußt aufmacht, die Natur objektivem Nachforschen zu unterstellen. Erst recht macht die demokratische Verfassung der Polis, des griechischen Stadtstaates, die Heranshebung des Einzelmenschen im Staat erkennbar. Diese Phänomene werden analog gesehen zur Entdeckung der Perspektive, die einen subjektiven Gesichtswinkel voraussetzt, aus dem die Bildobjektive gesehen und dargestellt werden”.

²³⁷ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 112.

A comparação da arte egípcia com a de outros grupos de pessoas parece reprová-la, igualmente, a hipótese da perspectiva como representação artística de pessoas inábeis na perspectiva. Recordem-se os seis paradigmas da pesquisa de BRUNNER-TRAUT: “a arte plana [do Egito] chama a atenção – de início, talvez, chocantemente – para o fato de que o modo de representação dos antigos (egípcios), em certos limites, coincide com o de crianças, adultos ingênuos, povos primitivos, de artistas modernos e também com um grupo de doentes mentais”²³⁸. “Os seis mencionados grupos de pessoas desenham de forma a reproduzir as partes (internas) individuais de um objeto (ao máximo) sem redução, mas apenas trazem gradualmente tais partes ao todo da imagem”²³⁹. “Qualidades mentais outras que não as conceituais – é isso que podemos explorar com singular clareza na mente dos deficientes mentais (como também podemos fazer com a mente das crianças e dos ‘selvagens’)”, observa o neurologista inglês radicado nos Estados Unidos, OLIVER SACKS²⁴⁰. Frisa ele, contudo, que “essas categorias nunca devam ser equiparadas: os ‘selvagens’ não são deficientes mentais nem crianças, estas não têm uma cultura selvagem e os deficientes mentais não são selvagens nem crianças”²⁴¹. Nem se pode, muito menos, tachar essas pessoas de inferiores a qualquer outras. Recapitem-se, então, as informações relevantes, obtidas no estudo de cada um desses grupos aspectivistas.

²³⁸ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 2: “Die Flachkunst macht – zunächst vielleicht schockierend – darauf aufmerksam, daß sich die Darstellweise der Alten (Ägypter) innerhalb bestimmter Grenzen trifft mit jener von Kindern, naiven Erwachsenen, Ethnien, mit jener von modernen Künstler und auch einer Gruppe von Geisteskranken”.

²³⁹ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 7: “Die sechs genannten Gruppen von Darstellenden zeichnen in der Weise, daß sie einzelne (Binnen-)Teile eines Gegenstandes (möglichst) unverkürzt wiedergeben, aber diese Teile nur gradweise zum Bildganzen in Beziehung bringen”.

²⁴⁰ *Homem*, p. 193-194.

²⁴¹ *Homem*, p. 194.

O desenvolvimento mental de crianças pequenas ainda não lhes basta para compor a unidade do todo de uma imagem²⁴². Elas aprendem a desenhar o todo a partir da junção das partes, à semelhança do que ocorre com a leitura. Por isso, o contexto é gradualmente inserido em seus desenhos. A criança aprende a perspectiva com os adultos. A perspectiva é capacidade espontânea, ao passo que a perspectiva há de ser ensinada, tal como se instruem as crianças a ler. As crianças entre os oito e nove anos, adquirem, no entanto, espontaneamente, uma noção espacial, com vagas idéias de distância, massa, proporção e redução²⁴³. Leva tempo, até os doze anos, contudo, para que o ser humano se assenhere das operações técnicas e de medida indispensáveis à produção de imagens perspectivas. A evolução filogenética das crianças das sociedades industrializadas também se completa por volta dos doze anos. “O desenho infantil”, nota BRUNNER-TRAUT, “é uma documentação sucessiva de procedimentos de concepção, de saber e de pensamento, uma espécie de texto imagético, que não comunica o fenômeno sensorial, mas sente, apalpa, conceitua e imageticamente classifica o ser-assim das coisas”²⁴⁴.

²⁴² BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 57-58.

²⁴³ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 59.

²⁴⁴ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 59: “Das kindliche Zeichen ist eine sukzessive Dokumentation von Vorstellungs-, Wissens- und Denkvorgängen, eine Art bildlichen Textes, der nicht die sinnliche Erscheinung, sondern das So-Sein der Dinge mitteilt, in ihren konstitutiven Teilen er-fühlt, er-tastet, be-griffen, bildnerisch sortiert”.

Os desenhos infantis abaixo ilustram duas de suas muitas características em comum com a arte egípcia, a saber, a impossibilidade material da representação de uma aula de natação e a pintura como um “texto imagético” a explicar que um peixe se alimenta de outro²⁴⁵:

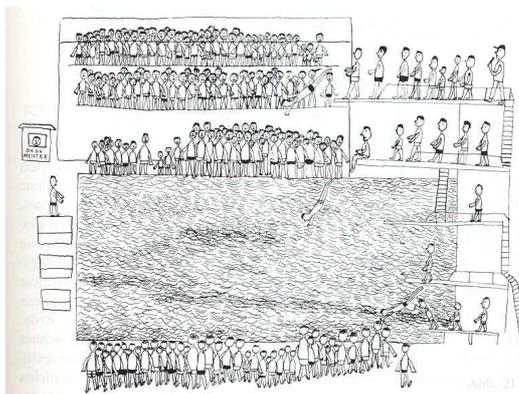


Fig 15

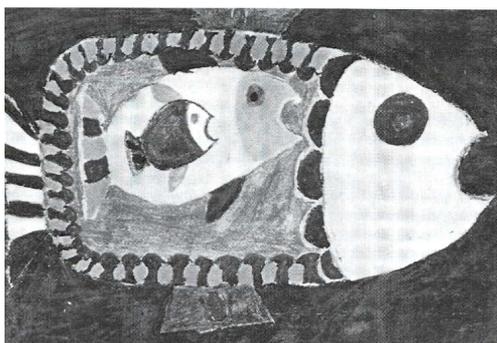


Fig. 16

Tais pesquisas permitem afirmar que o processo perspectivo não é espontâneo: carece de aprendizado e pressupõe um certo estágio de maturidade intelectual. Isso, em absoluto, não quer dizer que pessoas as-
pectivistas não tenham atingido tal estado. Significa apenas que o treino adequado não basta à obtenção da perspectiva, como o afirma a tese do déficit de técnica. A perspectiva não é compatível com todas as idades

²⁴⁵ Figuras extraídas de BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 31 (fig. 15) e 44 (fig. 16).

do ser humano. Sua ausência em certos grupos de pessoas parece decorrer de preparo cerebral diverso do verificado no curso natural do desenvolvimento do homem. A maturidade intelectual aponta para processos de formação mental prévios ao aprendizado de uma técnica.

A demonstração da tese ganha maior força com as pesquisas sobre arte e doença mental, especialmente as de autoria de HELMUT RENNERT, que examinou mais de vinte mil desenhos, produzidos durante um século, por doentes psiquiátricos²⁴⁶. A lista de dez características que aponta nessas ilustrações coincide com as particularidades da arte egípcia. Citem-se apenas a falta de perspectiva em desenhos chapados, a negligência com relações espaciais e desenhos cujo sentido também é esclarecido com a escrita, típico dos “textos imagéticos”²⁴⁷:



Fig. 17

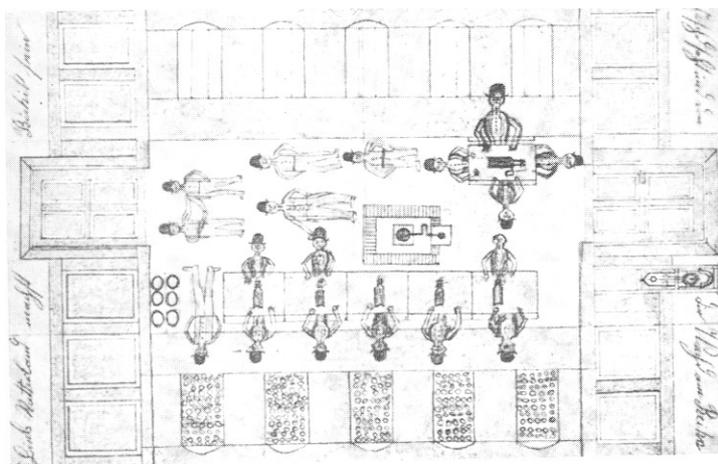


Fig 18

²⁴⁶ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 63-64.

²⁴⁷ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 46 (fig. 17) e 49 (fig. 18).

Pacientes esquizofrênicos, neuróticos, escleróticos e pessoas com cérebro lesado por drogas – mesmo quando dominavam a técnica perspectiva – passavam a produzir ilustrações aspectivas. A perda de capacidades mentais adquiridas implica o retorno à aspectiva. Os desenhos produzidos durante surtos psicóticos interessam sobretudo à demonstração da origem cerebral dos fenômenos discutidos²⁴⁸. A intensidade do surto e do retorno do paciente ao estado normal se refletem no caráter aspectivo da arte então produzida. A variação da capacidade de representação ligada à normalidade mental de pacientes, a quem se ensinou a perspectiva, mostra-se eloqüente em prol da tese de BRUNNER–TRAUT. A diferença não parece ser de mera técnica, mas de características cerebrais.

Fato similar reforça essa conclusão. Cegos congênitos quando operados em adulto jamais adquirem noção espacial perfeita, a demonstrar que os pressupostos da representação perspectiva não dependem apenas de instrução ou de capacidade visual²⁴⁹; ligam-se a características cerebrais. Mencione-se nesse contexto caso clínico estudado pelo neurologista OLIVER SACKS, que mostra, ademais, a similaridade entre a situação de seu paciente, VIRGIL, e pessoas que, desde 1728, recobram a vista, em cirurgias de catarata realizadas na idade adulta. VIRGIL, embora tenha nascido com visão normal, tornou-se cego aos seis anos e somente recobrou a visão 45 anos mais tarde²⁵⁰. A remoção do obstáculo físico não lhe devolveu a visão normal da infância, ao contrário do que se pode supor. Aprende-se a ver desde o berço, por meio de complexos processos mentais. “O mundo não nos é dado: construímos nosso mundo através da experiência, classificação, memória e reconhecimento incessantes”²⁵¹. Por isso, pessoas que apenas tardiamente perderam a visão a recobram sem grandes problemas após a intervenção cirúrgica. Tudo é

²⁴⁸ BRUNNER–TRAUT, *Erkennen*, p. 64.

²⁴⁹ BRUNNER–TRAUT, *Erkennen*, p. 68.

²⁵⁰ SACKS, *Marte*, cap. “Ver e não ver”, p. 123–164.

²⁵¹ SACKS, *Marte*, p. 129.

diferente com quem jamais enxergou ou se tornou cego muito antes da cirurgia. Esses pacientes narram que a remoção dos curativos após a operação não possui as notas que a cinematografia romântica lhes atribui, pois narram ter visto borrões de luz e cor, e não rosto do cirurgião²⁵². Tudo depende de um lento e imperfeito aprendizado. O paciente aludido não lia palavras inteiras, malgrado tenha aprendido Braile e tenha sido, ainda cego, ensinado a reconhecer a forma das letras, em moldes metálicos tridimensionais²⁵³. Mais tarde, quando tentou aprender a escrever, muitas de suas letras foram grafadas espelhadamente, tal como as de crianças²⁵⁴. SACKS descreve: “VIRGIL simplesmente não tinha o menor senso de distância”, pois se assustava com os pássaros, quando se aproximaria demasiadamente, mas isso nunca acontecia; era produto de ilusão ótica, esclarece o médico²⁵⁵. Observou-se também que certo paciente operado ainda no século XVIII “se confundia estranhamente com desenhos e pinturas, pela *idéia* de uma representação bidimensional da realidade”²⁵⁶. VIRGIL também não entendia as figuras ou imagens: “era na representação bidimensional, pictórica ou televisiva, da realidade que ele continuava completamente à deriva”, mesmo depois de meses de operado²⁵⁷. Daí por que “apreciava paisagens ordenadas, dizia, de montes verdes e grama [...], embora lhe fosse difícil, segundo AMY [sua esposa], conectar as formas visuais dos montes com os montes de grama reais em que caminhava, e não tivesse senso algum de tamanho ou perspectiva”²⁵⁸. O paciente tinha dificuldades em distinguir visualmente seu cão de seu gato. “Por vezes, disse AMY, ela o via examinando o gato cuidadosamente, olhando para sua cabeça, suas orelhas, patas, seu rabo, e tocando ao mesmo tempo cada parte. Observei a mesma coisa no

²⁵² SACKS, *Marte*, p. 133.

²⁵³ SACKS, *Marte*, p. 133.

²⁵⁴ SACKS, *Marte*, p. 137.

²⁵⁵ SACKS, *Marte*, p. 133.

²⁵⁶ SACKS, *Marte*, p. 125.

²⁵⁷ SACKS, *Marte*, p. 143-144.

²⁵⁸ SACKS, *Marte*, p. 134.

dia seguinte – VIRGIL tocando e olhando para Tibbles com extraordinária concentração, correlacionando o gato com o gato”²⁵⁹. Outra paciente narra que, “segurando cachorros com frequência, ‘não fazia a menor idéia de como a cabeça, as patas e as orelhas eram conectadas ao animal’”²⁶⁰. “VIRGIL pinçava detalhes incessantemente – um ângulo, uma quina, uma cor, um movimento –, mas não era capaz de sintetizá-los, de formar uma percepção complexa com uma passada de olhos. Essa era uma das razões por que o gato, visualmente, era tão enigmático: via a pata, o focinho, o rabo, uma orelha, mas não conseguia ver tudo junto, o gato como um todo”²⁶¹. “Pareceu-nos que, no geral, se conseguia identificar um animal, era ou por seu movimento ou através de um único dado específico – [...] uma zebra por suas listras – mas não podia formar uma impressão de conjunto do animal”²⁶². Não é de se estranhar, portanto, que VIRGIL desenhasse com muita dificuldade e com os seguintes resultados: “desenhou um carro (muito alto e antigo); um avião (sem a cauda: teria sido complicado fazê-lo voar; e uma casa (plana e grosseira, como o desenho de uma criança de três anos de idade)”²⁶³. Em síntese, VIRGIL ainda era aspectivo, em muitas de suas relações com o mundo visual, apesar de não o ser, quando empregava o tato, o olfato e audição.

Membros de povos ditos primitivos, cujas representações se assemelham às infantis, conforme pesquisa extensa de CHRISTOPHER ROBERT HALLPIKE²⁶⁴, não percebem o caráter tridimensional de objetos representados em desenho, mesmo quando inseridos em contextos de formação profissional de sociedades perspectivistas²⁶⁵. Tais pessoas tam-

²⁵⁹ SACKS, *Marte*, p. 135-136.

²⁶⁰ SACKS, *Marte*, p. 138.

²⁶¹ SACKS, *Marte*, p. 137.

²⁶² SACKS, *Marte*, p. 146.

²⁶³ SACKS, *Marte*, p. 145.

²⁶⁴ *Apud* BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 58-59.

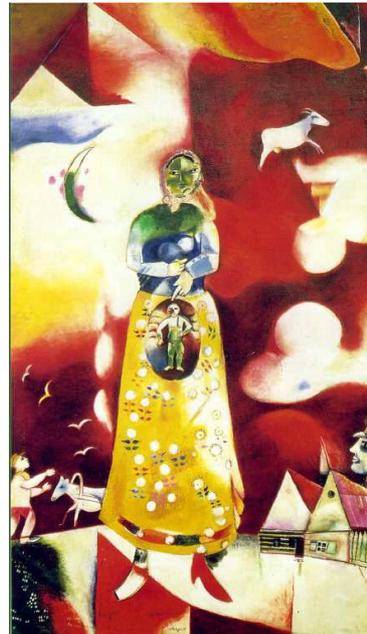
²⁶⁵ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 65.

bém apresentaram dificuldades na apreensão da diferença de tamanho entre os objetos reais e suas figurações²⁶⁶.

A perspectiva, por fim, caracteriza, de igual modo, a pintura moderna. Vejam-se, de novo, a impossibilidade anatômica da pessoa retratada por PICASSO e a visão de Raio-X na *Maternidade* de CHAGALL²⁶⁷:



PICASSO



CHAGALL

“O modo de representação aperspectivo ou antiperspectivo” de PICASSO, KLEE, CHAGALL e DALI “tem como fundamento condições e procedimentos diversos daqueles dos doentes mentais e das crianças. Estes *se sujeitam* a ser assim; aqueles *querem* ser assim”²⁶⁸. De fato, os artistas modernos, evidentemente mestres também nas técnicas perspecti-

²⁶⁶ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 65.

²⁶⁷ A obra de CHAGALL também foi reproduzida em BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 44. Note-se a semelhança do quadro de CHAGALL tanto no que diz com a forma, quanto ao tema da representação egípcia da fig. 13.

²⁶⁸ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 66: “Ihre [PICASSOS, KLEES, CHAGALS oder DALIS] a- oder antiperspektivistische Darstellweise hat andere Bedingungen und Vorgänge zur Grundlage als die von Geisteskranken oder Infatilen. Diese *müssen*, jene *wollen*”.

vistas, anteciparam-se a outros domínios, em busca de nova forma de apreender o mundo. E daí sua importância para as conclusões de BRUNNER-TRAUT:

“Para melhor se compreenderem os modernos desde seus fundamentos, é incontornável vê-los em panorama com a poesia, música, filosofia e ciências coetâneas e até com a nova ordem social, cuja lei interna eles inconscientemente seguiam, embora o fizessem com determinação consciente.

Aos modernos subjaz [...] a reflexão filosófica de que, por trás da aparência variável, existe um ser dotado de leis próprias. Um ser que não pode ser subsumido a um todo supraordenado; ao contrário, que tem seu próprio valor e dignidade em si mesmo. [...]. O mundo visual da aparência não mais interessa ao artista, que até ali seguiu o princípio da sobre-soma da perspectiva; ele exprime de novo a parte individual – sem encurtamento – ou também (como Expressionismo) sua verdade interior e imaterial, tal como sua fantasia o concebe”²⁶⁹.

Também essa reflexão espontânea sobre a realidade parece advir de camada bem mais profunda do que a opção por técnica de expressão aprendida em escolas de belas-artes. Não se trata de mudar de estilo artístico, mas de trocar o modo de ver o mundo, após meio milênio de perspectiva, redescoberta na Renascença.

²⁶⁹ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 66: “Um die Modernen von Grund auf besser zu verstehen, ist es unumgänglich, sie in der Zusammenschau mit gleichzeitiger Dichtung und Musik, mit der Philosophie und der Wissenschaft ihrer Zeit, já auch mit neuer Gesellschaftsordnung zu sehen, und es zeigt sich, daß sie mit jedem bewußten Entscheid folgen, das der modernen Erkenntnisweise entspricht.

Diesen Modernen liegt [...] zugrunde die philosophierende Reflexion, daß hinterder variablen Erscheinung ein eigengesetzliches Wesen existiert. Ein Wesen, das nicht subsumiert werden darf unter ein übergeordnetes Ganzes, viel mehr seine eigene Geltung und Würde in sich hat. [...]. Nicht mehr die sehbildliche Scheinwelt interessiert den Künstler, der bis dahin dem Übersummenprinzip der Perspektive folgte; es bringt aufs neue das Einzelteil – unverkürzt – oder auch (so im Expressionismus) dessen ungegenständliche innere Wahrheit zum Ausdruck, wie sie sich seine Phantasie vorstellt”.

A hipótese de a arte moderna relacionar-se à mudança de percepção do mundo com eventual preferência pelos parâmetros de sensibilidade e concretude do hemisfério cerebral direito parece contar com o apoio de outro caso clínico narrado por OLIVER SACKS. O neurologista informa ter tratado de um professor de música, cujo comportamento se alterou visivelmente aos olhos dos circunstantes. Ele passou a não mais reconhecer o rosto de seus alunos e “afagava hidrantes e parquímetros pensando que eram cabeças de crianças”²⁷⁰. Durante consulta, não pôde diferenciar seu pé do calçado que usava²⁷¹ e, ao final dela “estendeu a mão e agarrou a cabeça de sua mulher, tentou erguê-la e tirá-la para pôr em sua cabeça. Parecia que tinha confundido sua mulher com um chapéu!”²⁷². O paciente, visitado pelo médico em casa, não conseguiu identificar fotografias de si mesmo e de seus familiares, nem compreender o sentido de cenas banais de filme exibido na televisão²⁷³. Tampouco reconheceu uma rosa, que descreveu como objeto de “uns quinze centímetros de comprimento”, “uma forma vermelha em espiral, com anexo espiral verde”²⁷⁴. O músico somente compreendeu tratar-se de uma flor ao cheirá-la²⁷⁵. Todas as suas capacidades cognitivas abstratas estavam preservadas, como se nota pela sua descrição da rosa. O paciente reconheceu imediatamente diversos poliedros²⁷⁶, assim como venceu com facilidade seu médico em partida de xadrez mental²⁷⁷. “Ele não via coisa alguma como familiar. Visualmente ele estava perdido em um mundo de abstrações sem vida”²⁷⁸. O professor de música também era pintor e exibia em casa diversos de seus quadros, lado a lado e em ordem cronológica. Documentava-se neles a perda da capacidade concreta, mas a

²⁷⁰ SACKS, *Homem*, p. 22.

²⁷¹ SACKS, *Homem*, p. 24.

²⁷² SACKS, *Homem*, p. 25.

²⁷³ SACKS, *Homem*, p. 24 e 25.

²⁷⁴ SACKS, *Homem*, p. 27.

²⁷⁵ SACKS, *Homem*, p. 28.

²⁷⁶ SACKS, *Homem*, p. 26.

²⁷⁷ SACKS, *Homem*, p. 30.

²⁷⁸ SACKS, *Homem*, p. 29.

preservação da abstrata. “Todas as suas obras iniciais eram naturalistas e realistas, vívidas em espírito e atmosfera, mas finamente detalhadas e concretas. Anos depois, tornaram-se menos vívidas, menos concretas, menos realistas e naturalistas e muito mais abstratas, até mesmo geométricas e cubistas”, nota SACKS²⁷⁹. “Por fim”, prossegue o médico, “nas últimas pinturas, as telas eram absurdas, ou absurdas para mim: meras linhas caóticas e manchas de tinta”²⁸⁰. Donde sua conclusão: aquela parede de quadros era uma trágica exposição patológica, que pertencia à neurologia e não à arte”²⁸¹. Apesar disso, SACKS refletiu depois que uma parte do que ali se via era mesmo arte: “talvez, no período cubista do dr. P., tenha havido o desenvolvimento artístico tanto quanto o patológico, combinando-se para engendrar uma forma original; pois, à medida que ele foi perdendo o concreto, talvez também tivesse ganhado o abstrato, desenvolvendo uma sensibilidade maior para todos os elementos estruturais de linhas, limites, contornos – um poder quase como o de PICASSO para ver, e igualmente representar, as organizações abstratas embutidas, e normalmente perdidas, no concreto. Embora eu receasse que nas últimas pinturas houvesse apenas caos e agnosia”²⁸². A arte do paciente talvez pudesse ser descrita também como a gradual transição entre a perspectivística e a aspectivística, em que importam mais os traços das partes do conjunto, como nos pintores modernos, do que o todo do figurativo da fase inicial. De qualquer modo, a fase similar às obras de PICASSO coincide involuntária e patologicamente com as imagens que o artista espanhol deliberadamente queria produzir com a mistura da linguagem perspectivista da academia com sua intuição aspectivista²⁸³.

Esse conjunto de informações sobre, de um lado, os egípcios e os cinco grupos aspectivistas e, de outro, sobre a perspectiva grega impli-

²⁷⁹ SACKS, *Homem*, p. 31.

²⁸⁰ SACKS, *Homem*, p. 31.

²⁸¹ SACKS, *Homem*, p. 32.

²⁸² SACKS, *Homem*, p. 33.

cou a rejeição da hipótese de que as diferenças aludidas decorreriam de déficit no domínio da técnica, por parte dos aspectivistas. Tais dados trouxeram à cena a terceira alternativa: a existência de diferenças mentais como causa da disparidade aludida. “Os desenhistas poderiam elaborar de modo diverso o apreendido sensorialmente, vale dizer, a impressão visual na retina poderia, sensitiva, cognitiva ou volitivamente, levar a concepções diferentes de espaço, ser percebida diversamente”²⁸⁴.

Eis a conclusão de BRUNNER-TRAUT: “minha assertiva é que a apreensão *cognitivo-psíquica* de dados da realidade, conducente à obtenção do objeto, à percepção, se alterou de modo geral”²⁸⁵. BRUNNER-TRAUT defende, pois, a tese de que a origem e as disparidades entre ambos os fenômenos artísticos constituem duas entre inúmeras conseqüências de um processo cerebral, cujo antecedente é a captação da realidade pelos órgãos sensoriais. O processo consiste na seleção e organização de tais dados pelo cérebro e pode originar as mais variadas respostas motoras, entre as quais se inclui a arte. “Percepção” tem sido o nome usado para designar essa filtragem cognitiva ou transformação não meramente fotográfica da realidade em conteúdos da consciência humana²⁸⁶. A autora citada pormenoriza a gama de fases implicadas nessa atividade cognitiva:

“A apreensão de objetos tem como pressuposto os níveis mais elementares do registro de impressões por meio de órgãos sensoriais, também chamado de ‘sensação’. Para que tais impressões se tornem operacionais, isto é, disponíveis para a representação, precisam ser selecionadas, organizadas, juntadas, ordenadas; em suma,

²⁸³ Cf. a nota 268.

²⁸⁴ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 68: “Die Bildner könnten: [...] 3. das sinnlich Wahrgenommene verschieden verarbeiten, d. h. der Seheindruck auf der Netzhaut könnte gefühls-, erkenntnis- und willensmäßig zu verschiedenen Raumvorstellungen führen, verschieden apperzipiert werden”.

²⁸⁵ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 12: Meine Behauptung ist aber die, daß sich die kognitiv-psychische Wahrnehmung, die zur Gewinnung des Gegenstandes führt, die Apperzeption, generell gewandelt hat”.

²⁸⁶ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 13.

avaliadas. Esse processo psíquico, intelectual e voluntário conducente ao conceito ‘deste objeto’ é um produto do sistema corrente de significados e da atividade senso-motora. E é isso o que nos interessa, como apreensão de objetos. O comportamento mental e cognitivo relativo a conteúdos novos chegados à consciência, a espécie de ordenação de novas sensações e experiências, a colheita e ordenação do dado, o modo de internalização, tudo isso, que promove a ligação no contexto de sentidos e conhecimento, chamamos de ‘percepção’. E ela está aqui em discussão”²⁸⁷.

Recapitule-se o essencial das premissas conducentes à conclusão mencionada. BRUNNER-TRAUT raciocinou que uma estrutura cerebral corresponde a cada atividade humana²⁸⁸. Como a cultura é uma dessas atividades, alguma estrutura do cérebro deve dizer-lhe respeito. “*E esta se me mostrou, pois, como a preferência de hemisfério cerebral*”²⁸⁹.

²⁸⁷ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 12-13: “Die Gegenstandsgewinnung hat zur Voraussetzung die niedere Stufe der acuh ‘Perzeption’ gennanten Aufnahme von Eindrücken, die über die Sinnesorgane gewonnen warden. Damit diese Eindrücke operationell, d. h. für eine Darstellung verfügbar warden, müssen sie selektiert, organisiert, gegliedert, geordnet, kurz: beurteilt warden. Dieser psychisch-intellektuell-willensmäßig Prozeß, der zu dem Konzept ‘dieser Gegenstand’ führt, ist eine die Bedeutungssysteme durchlaufende, auf sensomotorischer Aktivität beruhende Leistung und ist das, was uns hier interessiert. Das seelische, erkennende Verhalten gegenüber neu afutretenden Bewußtseinsinhalten, die Art der Einordnung neuer Wahrnehmungen und Erfahrungen, die Auslese und Ordnung des Gegebenen, die Weise der Verinnerlichung, kurz: die Einbindung in den Empfindungs- und Kenntnizusammenhang nennen wir ‘Aperzeption’, und diese steht hier zur Diskussion”. A sensação é o registro de impressões pelos órgãos sensoriais; um fenômeno neurológico. Percepção é o reconhecimento do objeto. Já a avaliação é etapa subsequente, que nos informa as qualidades do objeto. Para todos esses conceitos, cf., por exemplo, ANTONIO VALLEJO NÁGERA, *Tratado*, p. 67 e segs, e POROT, *Manuel*, p. 419.

²⁸⁸ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 159. SACKS, *Marte*, p. 153, afirma que se registra nítida expansão do córtex cerebral de surdos, cegos, etc. em certas áreas, como a correspondente à do tato do dedo indicador nos cegos, como compensação dos sentidos faltantes.

²⁸⁹ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 159: “Und diese zeigt sich mir nun in der unterschiedlichen Hemisphärpräferenz des Gehirns”.

Funções cerebrais mais antigas localizam-se no interior do cérebro, ao passo que as mais novas se encontram na massa sujeita a impressões e cujo desenvolvimento termina aos dez anos de idade²⁹⁰. OLIVER SACKS assente à afirmação, ao notar a diferença entre “as duas formas de pensamento e mente totalmente diferentes, separadas, a ‘paradigmática’ e a ‘narrativa’ [...]”:

E, embora igualmente naturais e inatas na mente humana em desenvolvimento, a narrativa vem em primeiro lugar, tem prioridade espiritual. Crianças muito pequenas apreciam e pedem histórias, são capazes de entender assuntos complexos apresentados em forma de histórias, quando suas capacidades de entender conceitos gerais são quase inexistentes. É esse poder narrativo ou simbólico que proporciona um *sensu do mundo* – uma realidade concreta na forma imaginativa de símbolos e histórias – quando o pensamento abstrato nada pode fornecer. Uma criança entende a Bíblia antes de entender Euclides. Não porque a Bíblia seja simples (pode-se afirmar o contrário), mas porque ela é apresentada de maneira simbólica e narrativa²⁹¹.

O cérebro compõe-se de dois hemisférios de tamanhos e funções díspares²⁹². Cada um deles controla seu lado inverso do corpo. Lesões cerebrais provocam problemas diversos, a depender do hemisfério atingido. Nas pessoas destras, o hemisfério esquerdo responde pelas atividades lingüísticas, como a escrita, a leitura e o cálculo, pela capacidade analítica, pelo pensamento lógico-causal e crítico, ao passo que o hemisfério direito se ocupa da apreensão tátil e visual, da visão espacial, de tudo relacionado a música, artes visuais, intuição, imaginação e à criatividade em geral²⁹³. Pesquisas com pessoas cuja ligação entre ambos os hemisférios foi seccionada mostram que o esquerdo se submete ao direi-

²⁹⁰ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 159.

²⁹¹ SACKS, *Homem*, p. 18 e 201, entre inúmeros outros trechos; cf., ainda, as notas 240 e 241, pertinentes ao autor e à informação.

²⁹² BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 159-160.

²⁹³ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 160.

to, no desenho e na capacidade de reconhecer padrões visuais, ornamentos e figuras geométricas, assim como paradigmas míticos ou literários²⁹⁴. Tudo isso, malgrado atividades cerebrais complexas, como elaboração de pensamento, orientação espacial, fatos ligados à consciência e à psiquê demandem a interação dos hemisférios²⁹⁵. O cérebro é potencialmente igual em todos os seres humanos. As variações nele verificadas resultam de seu desenvolvimento, como resposta às tarefas com as quais se defronta²⁹⁶. O cérebro também funciona de modo igual, independentemente de profissão, classe social ou cultura. Logo, é morfologicamente igual na apreensão e percepção.

Várias pesquisas demonstraram, contudo, que certas diferenças interculturais se devem ao uso diferenciado dos hemisférios cerebrais²⁹⁷. Estudos realizados com povos primitivos revelaram que tais pessoas assentam seu pensamento no hemisfério direito em maior medida do que os europeus²⁹⁸. O mesmo acontece, quando falantes de língua inglesa de origem européia se servem de línguas indígenas. O contrário se passa, se usam o inglês. Ambos os hemisférios podem ser trazidos ao mesmo estado, acaso estimulados. A falta de formação escolar põe o hemisfério esquerdo em desvantagem²⁹⁹. Pesquisas com pacientes provaram também que lesões na parte direita do cérebro geraram déficit na elaboração de sonhos, e de espaço, em símbolos e na fantasia de um modo geral. Eles carecem de criatividade; suas fantasias são utilitaristas e presas à realidade; sua capacidade simbólica é concretista, discursiva e rígida. BRUNNER-TRAUT resume:

“Ao hemisfério esquerdo, hábil para retratar a realidade logicamente e se comunicar com o mundo exterior, raciocinar, ler, escrever, calcular e elaborar a vivência de tempo, contrapõe-se o di-

²⁹⁴ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 160-161.

²⁹⁵ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 161.

²⁹⁶ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 161.

²⁹⁷ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 161.

²⁹⁸ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 161.

reito, dedicado à compreensão de modelos e para aquelas relações insuscetíveis de definição precisa e que, talvez, nem sejam lógicas”³⁰⁰.

Em citação de CARL SAGAN, pondera, ainda, que somente sabemos se um padrão identificado pelo hemisfério direito é real, se o submetemos ao esquerdo, mas, em contrapartida, um pensamento crítico desprovido de criatividade é estéril. O povos modernos paulatinamente reprimem a atividade do hemisfério cerebral direito com a estrutura do esquerdo, ao passo que os povos primitivos fazem o contrário.

E aqui a autora retorna à Era Axial, para explicar o nascimento da perspectiva: a dominância do hemisfério cerebral esquerdo ter-se-ia imposto entre os gregos, como se vê na alteração da posição das figuras das letras e na direção da escrita³⁰¹. BRUNNER-TRAUT recorda em abono de sua tese estudo fundado em cinqüenta mil objetos elaborados por destros e cuja orientação lhes era imanente, como retratos, moedas, gemas e desenhos em vasos. Os perfis dos rostos em tais trabalhos eram predominantemente orientados para a direita antes da Era do Eixo; depois dela, 80% voltavam-se para a esquerda³⁰². Isso não derivaria de mera convenção, mas de condicionante cerebral.

Esses dados já permitem explicar como se reúnem os demais grupos aspectivos. A posterior maturidade do hemisfério esquerdo, em relação ao direito, explicaria a aspectiva em crianças como fenômeno bio-

²⁹⁹ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 162.

³⁰⁰ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 162: “Der linken Hirnhälfte, die befähigt ist, die Wirklichkeit logisch abzubilden und mit der Außenwelt zu kommunizieren, Denken, Lesen, Schreiben, Rechnen und Zeiterlebnis zu verarbeiten, steht die rechte Hirnhälfte gegenüber, die zuständig ist für das Verständnis von Mustern und für jene Beziehungen, die nicht präzise definiert werden können und vielleincht gar nicht logisch sind”.

³⁰¹ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 163.

³⁰² BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 163.

lógico³⁰³. O mesmo, aproximadamente, vale para os povos primitivos e parcelas da população carentes de instrução formal, se e enquanto seu hemisfério esquerdo não for estimulado. Doentes mentais cuja arte se assemelha à dessas pessoas tiveram o hemisfério esquerdo lesado ou regredido a um estágio anterior ao adulto.

Daí a conclusão: “acaso se confirme que se manteve uma preferência destra da função cerebral nos povos antigos e intelectualmente assemelhados, ainda que por motivos diversos e escalonados, enquanto nos gregos surgiu uma preferência sinistra, abrir-se-ia uma nova porta; mas por que motivo a fagulha da Era Axial se incendiou, isto permanecerá um segredo”³⁰⁴.

. . . – *As dicotomias antecedentes e a teoria de Fikentscher*

Eis que nos vemos diante de massa de informações a rugir exigindo uma explicação capaz de lhe dar algum sentido de conjunto ou, ao menos, de mostrar que sua leitura não foi desperdício de tempo.

A teoria de FIKENTSCHER apresenta-se precisamente como a unificação dessas indagações numa metateoria das ciências sociais e das culturas, sob a forma de tabela periódica das civilizações. A tese mostra como as soluções encontradas na Era Axial repercutem com a máxima intensidade até hoje, ao ponto de dominarem as mentalidades atuais. A obra do referido autor demonstra, ainda, como as alternativas então elaboradas

³⁰³ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 163.

³⁰⁴ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 164: “Wenn es sich bewahrheiten sollte, daß bei den vorantiken Völkern und ihren Geistesverwandten eine Rechtspräferenz der Hirnfunktion – wenn auch aus unterschiedlichen Gründen in abgestuftem Maße – bestanden, während mit den Griechen die Linkspräferenz ans Licht trat, so wäre damit zwar eine neue Tür aufgegangen, doch aus welchen Grund der Funke in der Achsenzeit gezündet hat, das wird ein Geheimnis bleiben”.

BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 164, diz que épocas de viragem ocorrem, em regra, durante situações de conflito e dos seus desafios – possivelmente como ocorrido no século XX.

das se relacionam com os objetos culturais de cada sociedade, aí incluindo o direito. Nada seria tão enganoso quanto supor que o mérito das conclusões de FIKENTSCHER se esgote no estabelecimento de correlações entre a periodização da história de JASPERS, as pesquisas antropológicas de LUDWIG HAMBURGER e os estudos da arte de BRUNNER-TRAUT. A metateoria de FIKENTSCHER unificou as observações esparsas anotadas pelos estudiosos referidos às suas próprias e as transcendeu, na medida em que identificou o princípio das mentalidades em voga ainda hoje – o conceito de modo de pensar. Vejam-se os passos dados nesse sentido.

O sentido comum aos dados referidos, o leitor certamente já o terá notado, está na insistente dicotomia entre culturas, conquanto expostas sob diferentes pontos de vista. A coincidência em larga medida registrada entre os três autores parecerá indisfarçável a esta altura. Assim, JASPERS distingue as culturas animadas pelas reflexões da Era Axial das que a ignoraram. Tem-se aí uma dicotomia idealista entre, de um lado, mensagens de transcendência de condição humana inadequada à expansão de todas as potencialidades humanas e, de outro, culturas não despertas para essa questão. HAMBURGER também apresenta um esquema dicotômico, ao acentuar as diferenças entre as sociedades ocidentais e as orientais da contemporaneidade. O Ocidente preza vínculos entre pessoas e as contrapõe a um todo social, que é mais do que a soma das partes. O Oriente deprecia vínculos, louva a individualidade e reduz a idéia do todo ao indispensável. BRUNNER-TRAUT também opera com a dualidade. Causas cerebrais de mesma estrutura, mas contrapostas, geram as percepções aspectiva e perspectiva. A aspectiva obtém seu mundo mediante processo de adição, passo a passo, de seus componentes. A perspectiva, ao contrário, percebe os objetos como totalidade que suplanta a soma de suas partes. As dicotomias assim resumidas têm evidente conexão.

. . – *Fikentscher em diálogo com Jaspers*

O marco inicial da teoria de FIKENTSCHER parece estar no aprofundamento de dois aspectos centrais da Era Axial. A essência da Era do Eixo estaria, segundo JASPERS, na “indignação ética” de uns poucos expoentes do pensamento contra um estado de coisas imemorialmente consolidado. O filósofo demonstrou, ademais, que o levante ético se deu em poucas ilhas culturais, de modo sincrônico, mas independente.

FIKENTSCHER examinou, de início, a característica indignação ética da Era do Eixo. A indignação há de possuir um objeto; o verbo indignar-se é transitivo indireto. Afinal de contas, os pensadores axiais indignaram-se com o quê? “É comum ao Iluminismo da Era Axial”, responde o autor citado, “a crítica aos deuses³⁰⁵. HANS-MARTIN PAWLOWSKI recapitula esse ponto crucial do pensamento de FIKENTSCHER:

“O motivo desses projetos era então [na Era Axial] a experiência de que, apesar de todos os esforços, a obediência às normas e regras de vida expressas nos ídolos e deuses (‘interpretações do mundo’) não podia garantir ao ser humano a vida ‘justa’ na Terra – uma experiência que a comovente queixa do Velho Testamento a respeito do ‘sofrimento do justo em face da bem-aventurança do pecador’ ainda nos transmite uma impressão incisiva”³⁰⁶.

³⁰⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 169: “gemeinsam ist der Achsenzeit-Aufklärung die Götterkritik. Die Frage nach dem Leiden des Menschen wird rational beantwortet”.

³⁰⁶ PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 150, nm. 279: “Anlaß dieser Entwürfe war dabei die Erfahrung, daß die Befolgung der in Idolen, Göttern *etc.* ausgedrückten Lebensregeln und Normen (‘Auslegungen der Welt’) den Menschen trotz aller Bemühungen kein ‘richtiges’ Leben in der Welt garantieren konnte – eine Erfahrung, von der uns noch heute die beweglich Klagen des Alten Testaments über das ‘Leid des Gerechten angesichts des Wohllebens der Sünder’ einen ergreifenden Eindruck vermitteln”.

Pela primeira vez, “a questão do sofrimento do ser humano é racionalmente respondida”³⁰⁷. As sociedades primitivas continuavam a remeter as soluções de conflitos a instâncias naturalísticas, enquanto as antigas culturas superiores permaneceram com seus deuses³⁰⁸. Os povos axiais, ao contrário, iniciaram “pensamento implicado pela crítica aos deuses e que tenta empregar juízos éticos autônomos, como, por exemplo, o homem como medida de todas as coisas etc.. Resulta desse nível de pensamento o problema do livre arbítrio e, com isso, o da causalidade. [...]. Somente pode falar em decisão livre quem, intelectualmente, percebeu o contraste da observação a partir da vontade e da causa e efeito”³⁰⁹. A primeira e importante conclusão de FIKENTSCHER afirma que o problema filosófico do sofrimento humano impulsionou a crítica dos velhos deuses e, assim, iniciou a Era Axial³¹⁰.

³⁰⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 169: “Gemeinsam ist der Achsenzeit-Aufklärung die Götterkritik. Die Frage nach dem Leiden des Menschen wird rational beantwortet”; cf. ainda as páginas 238, 244, 248, 260, 276, 292, 338 e 389, do vol. 1.

³⁰⁸ Cf. a nota 128.

³⁰⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 338: “Anders verfährt das Denken, das mit der Götterkritik einhergeht und das versucht, autonome ethische Beurteilungen zu verwenden, etwa den Mensch als Maß aller Dinge usw. Es ergibt sich auf dieser Denkstufe das Problem des freien Willens und damit das der Kausalität. [...]. Von freier Entscheidung kann nur reden, wer den Kontrast der Betrachtung vom Willen her und von Ursache und Wirkung her gedanklich erfahren hat”.

³¹⁰ Por certo que a denominação usada por FIKENTSCHER para designar o estímulo existencial dos projetos da Era do Eixo – a “questão do sofrimento” – soa mal aos ouvidos de muitos. Para nós, a “questão do sofrimento” assume os tons da “ciência da vida com a terrível certeza de que o mal é necessário e fatalíssimo. Esta ciência que nos vem por morgadio herdado, obra, não sabemos se divina, ou diabólica da serpente do paraíso”, na beleza trágica da linguagem de CAMILO CASTELO BRANCO, *Livro*, p. 143. A “questão do sofrimento” sugere pano de fundo filosófico talvez pouco ajustado à atitude otimista perante a vida. Poder-se-ia cogitar, à primeira vista, que o sofrimento humano, como impulso básico das civilizações, parece tese algo refém da condição existencial dos filósofos alemães posteriores à Segunda Guerra Mundial, nomeadamente, HEIDEGGER, JASPERS e o próprio FIKENTSCHER. ROBERT MISRAHI, *Felicidade*, p. 43, sublinha: “SØREN KIERKEGAARD inaugura a modernidade, MARTIN HEIDEGGER centra suas análises ‘existenciais’ no cuidado e no ser-para-a-morte, e KARL JASPERS (de humanidade nobre e admirável) abre por cer-

to a existência à comunidade mas fecha-se sobre a culpa”. Portanto, a noção básica subjacente à Era Axial e, por conseqüência, à “tabela periódica das culturas” seria descalibrada, por exemplo, em relação às sociedades alheias a esse modo negativo de conceber o mundo. De modo grosseiro, ele calharia bem à sociedade germânica de FIKENTSCHER, mas não a outras. Apesar de todos esses empecos, a idéia parece continuar operativa, mesmo em latitudes tidas por otimistas. Em primeiro lugar, parece correta a afirmação de que os projetos axiais se baseiam no sofrimento humano, tornado agudo nas guerras cíclicas da Era do Eixo. Se, embora “felizes”, os homens contemporâneos seguem aqueles ensinamentos construídos na idéia de sofrimento, trata-se de suposta incongruência filosófica. Contudo, do ponto de vista do cânone hermenêutico da “repercussão histórica” das idéias, a pesquisa dos “modos de pensar” diz respeito ao que, de fato, tem vigência social, não ao que eventualmente seja a escorreita derivação de premissas de determinada concepção filosófica. Assim, ao menos para tomar o pulso da tradição, importa saber qual a idéia nela imperante, ainda que se postule, depois, sua substituição. Para usar eufemismo, é duvidoso que o sofrimento humano, tal como entendido na Era Axial, tenha sido afastado do horizonte contemporâneo. Em verdade, é plausível que os suplícios inspiradores da “indignação ética” da Era Axial – fome, doença, miséria, ignorância e violência – tenham-se tornado estatisticamente desprezíveis ou toleráveis para diminuta parcela da população planetária aninhada nas nações industrializadas e no cume gelado de abastança dos países pobres. Por isso, a menção ao sofrimento humano como ponto de partida do pensar possa chocar privilegiados que talvez leiam estas reflexões. Mas, aqueles problemas humanos não foram, em absoluto, superados pela massa da população mundial. Portanto, faz sentido – faz todo sentido – que os modos de pensar praticados em escala planetária se relacionem aos conselhos axiais de libertação do sofrimento, não obstante se registrem oposições insulares a tanto nesse oceano demográfico. Admitindo, então, apenas para argumentar que o postulado do sofrimento humano como impulso primordial para os projetos axiais pareça particularidade do modo de pensar centro e norte europeus, como explicar a adoção parcial dessa visão em porções austrais do globo, como o Brasil? MISRAHI, *Felicidade*, p. 43-44, oferece-nos resposta capaz de sustentar mesmo a “questão do sofrimento” nos trópicos: “... ao ocultarem o lado solar e dinâmico do pensamento, os filósofos trágicos tornaram-se incapazes de dizer por que (e para que) é conveniente combater a violência, a opressão, a humilhação, a miséria e a doença [...]. É aqui que intervêm a reflexão sobre a felicidade e a ação para sua realização. Constatemos primeiramente que todos os *humilhados* e *ofendidos* buscam uma saída: uma liberação e uma alegria de viver. [...]. A ação é portanto forçosamente iluminada, orientada por *valores* e *critérios* (referências) que vêm do futuro para nós. Podemos assim nos render à evidência: é a felicidade que constitui o *horizonte* e o *orientado* de toda ação, e, mais profundamente, de toda existência”. Talvez o aparente pessimismo germânico e o otimismo da filosofia da felicidade divirjam na denominação de impulso existencial ou traduzam ênfase. Ambas as óticas, de resto, parecem evidentemente complementares, pois a consciência do sofrimento não se esgota no estéril exercício de maso-

Aqui entra a segunda característica da Era Axial apontada por JASPERS. A inquietação filosófica então registrada ocorreu isoladamente em sociedades umas alheias às outras, ainda que em sincronia. Um poucas culturas – Índia, Pérsia, China, Palestina e Grécia – diagnosticaram o problema do sofrimento humano. Os meios de enfrentá-lo variaram entre essas culturas³¹¹.

Assim, deveria haver nexos entre o núcleo do pensamento axial e a configuração das sociedades do presente, dado que estas vivem nas coordenadas traçadas durante a Era do Eixo. Seria ilógico que as correntes de pensamento fundadas naquele período – o Budismo, o Confucionismo, o monoteísmo judaico e a filosofia grega – repercutam até hoje, mas nada tenham que ver com o tema central da Era do Eixo: o problema do sofrimento humano. Alguma ligação há entre o predomínio atual dessas cosmovisões e o que nelas se disse sobre o sofrimento humano. Aliás, se o conteúdo do pensamento de então não se refletisse hoje, a Era do Eixo da humanidade não seria a apontada por JASPERS, mas aquela durante a qual se originaram as idéias modeladoras das sociedades atuais. FIKENTSCHER notou que a importância superlativa da Era Axial se encontra nas respostas então fornecidas para o problema do sofrimento humano. Elas determinam a atual configuração das culturas e lhes guiam o pensamento até a contemporaneidade.

Se, na imagem de BORGES, a história é a crônica do “jardim de caminhos que se bifurcam”, em cuja “trama” os “tempos se aproxi-

quismo existencial. Ela está reciprocamente implicada com o livre arbítrio, de tal forma que o ser humano não se limita a tomar consciência do sofrimento; todos os projetos axiais e conexos hão de ser compreendidos como tentativas de minoração dos males do mundo, em busca de algo. Ora, esse algo é a felicidade. Por certo que em várias versões. O decisivo, contudo, consiste no fato de que a superação ou mitigação do mal ruma, também, à felicidade. Portanto, a expressão “questão do sofrimento” parece merecer interpretação ampla, que a faça transcender os aspectos negativos da existência.

³¹¹ Cf. as notas 153 e 154.

mam, se bifurcam, se cortam ou secularmente se ignoram”³¹², então a Era Axial representou o tempo em que os seres humanos se defrontaram com duas ramificações capitais de sua existência.

A primeira opção separou as sociedades primitivas e as antigas culturas superiores dos povos que submeteram os velhos deuses à crítica típica da Era Axial. As culturas totêmicas, animistas, idólatro-mágicas e politeístas³¹³ prosseguiram no velho caminho de valorar as condutas humanas segundo instâncias caracterizadas como naturais, tais como totems, ídolos e oráculos³¹⁴. Já as sociedades que divisaram no sofrimento humano um problema filosófico abriram um novo caminho, consistente na elaboração de projetos para sua superação.

As diversas culturas autoras das críticas aos deuses de outrora viveram-se, no momento seguinte, diante da segunda bifurcação capital da humanidade: como o homem deve comportar-se em face da imperfeição de todas as soluções encontráveis para os sofrimentos experimentados pelo ser humano. Tudo depende, pois, da atitude a se manter diante dos fatos de que todas as pessoas sofrem e de que todas as ações empreendidas no sentido de evitar aquela dor são imperfeitas e podem produzir conseqüências negativas³¹⁵. As respostas axiais para o sofrimento humano ponderam, assim, a teleologia das ações humanas e seus desdobramentos causais.

Eis aqui o dado fundamental do pensamento de FIKENTSCHER:

“Há tantos modos de pensar culturais, quantas são as respostas à questão do sofrimento humano (‘donde advém o mal deste mundo e o que se deve fazer com ele’)³¹⁶.

³¹² BORGES, *Jardín*, p. 479.

³¹³ Cf. os itens 6.2.1 e 6.2.1.1.

³¹⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 338.

³¹⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 339.

³¹⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 12: “Und es gibt so viele kulturelle Denkweise, wie Antworten auf die Leidfrage (‘woher kommt das Böse in der Welt und was soll man damit tun’”).

Chega-se, assim, ao coração da “tabela periódica das civilizações”³¹⁷.

. . . – *Fikentscher em diálogo com Hamburger: culturas “fragmentadas” versus “estruturadas”*

A compreensão das sociedades orientais, especialmente as budistas, constitui o foco da atenção de LUDWIG HAMBURGER, que as explica em contraponto com as culturas da Europa ocidental. Denominou-as de fragmentadas, pois nela prevalecem o princípio do isolamento interno das pessoas e a conseqüente redução dos vínculos interpessoais ao indispensável. HAMBURGER ocupou-se basicamente de esclarecer o conceito de desvinculação, no âmbito de sua teoria da fragmentação. A identificação do princípio regente das sociedades budistas como sendo o desligamento dos seres humanos uns dos outros mostrou-se capaz de apontar os reflexos desse insulamento em todas as manifestações culturais daqueles povos.

A teoria aludida preocupou-se em menor escala com o Ocidente. Ela o compõe de sociedades cujos membros se dispõem à colaboração, porque nelas vige a mentalidade de que o todo suplanta a soma das partes. A idéia de totalidade orgânica como algo mais do que a mera adição de suas partes explica o funcionamento, isto é, o princípio reitor dessas culturas. Ela, contudo, ainda não esclarece o motivo pelo qual se optar por esse modelo de ordenação social. Apesar de seus enormes avanços, a

³¹⁷ A tabela periódica, entretanto, sistematiza culturas concretas ao longo de toda a história com base nos tipos ideais denominados “modos de pensar”. A circunstância de esse problema filosófico ter sido enfrentado com profundidade pela primeira vez durante a Era Axial não significa que a tábua se limite às culturas então estabelecidas. A sistematização considera tanto o único modo de pensar vigente antes daquele período, quanto os criados posteriormente, pois seu critério é a atitude diante do sofrimento humano. A tabela compreende, assim, as culturas que passaram e passam ao largo desse tema filosófico e as criadoras de soluções para tal impasse, durante ou posteriormente à Era do Eixo.

tese de HAMBURGER não identifica, nas sociedades européias, um projeto filosófico em sentido inverso ao oriental e apto a explicar o sentido mais profundo de suas opções. Sua teoria apresenta, assim, um desequilíbrio, pois apenas as sociedades orientais mereceram uma explicação completa; as ocidentais, não. A filosofia budista e as religiões orientais, que pregam o isolamento dos indivíduos, funcionam como a causa da fragmentação social, caracterizada pela escassez de vínculos interpessoais e pela desconsideração do todo. Algo semelhante não ocorreu em relação às culturas ocidentais. HAMBURGER identificou o fator da disponibilidade cooperativa das pessoas como reflexo do predomínio da idéia de a totalidade orgânica ser mais do que a adição de suas partes. O projeto filosófico que a inspirava permaneceu obscuro.

“A necessidade de encontrar um fundamento plausível para a *pistis* grega, a *fides* romana, a *emuna* hebraica e para a fidelidade comunitária germano-eslávica guiou” FIKENTSCHER “ao estabelecimento do conceito de extraposição, e de lá, pela via da classificação, ao trágico, característico da *polis* e da comunidade [bárbara], de um lado, e, de outro, ao eleuterismo profético-judaico e cristão”³¹⁸.

³¹⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 26: “Die Notwendigkeit, für die griechische *pistis*, die römische *fides*, die hebraische *emuna* und die germanisch-slawisch genossenschaftliche Treue einen gemeinsamen, plausibel Grund zu finden, leitete den Verfasser zur Fixierung des Begriffs Extraposition, und von dort, im Wege der Einteilung, zur genossenschaftlich-poliseigenen Tragik einerseits und zur prophetisch-jüdischen und christlichen Eleuterik andererseits”. Os desdobramentos disso são sumariados pelo próprio autor: “daqui foi fácil encontrar o caminho para o projeto de democracia majoritária grega e comunitária e para a democracia de direitos fundamentais cristã-reformada. Quem ler os escritores do Século XVI, ocupados desses temas, reconhece logo as conexões entre, de um lado, o princípio da sobre-soma da filosofia socrática cristã-reformada e, de outro, a justaposição aristotélico-jusnaturalista (fragmentada). A moderna teoria do Estado, especialmente a contraposição de ‘governo’ (*government*) ao ‘Estado’, desenvolve-se então por si mesma” (“Von hier aus war der Weg zu Entwurf der griechisch-genossenschaftlichen Mehrheitsdemokratie und zur reformiert-christlichen Grundrechstdemokratie leicht zu finden. Wer die Schriftsteller des 16. Jahrhunderts liest, die sich mit diesen Dingen beschäftigten, erkennt sofort die Zusammenhänge zwischen Übersummensprinzip und reformiert-christlicher Sokratik einerseits und aristotelisch-naturrechtlicher (fragmentierter) Aneinanderreihung andererseits. Die moderne Staatstheorie,

FIKENTSCHER encontrou, também na Era Axial, o projeto existencial do Ocidente e, com isso, pôde construir uma teoria geral equilibrada, em que se nota a contraposição de ambas as modalidades de sociedade, segundo princípios simétricos, mas opostos. FIKENTSCHER preocupou-se em acentuar as condições do surgimento do conceito ocidental de fidelidade ou de vinculação, enquanto HAMBURGER ressaltou o caráter fragmentário de sociedades orientais concretas, com base na redução dos vínculos interpessoais³¹⁹. Ademais, a identificação de ambos os princípios permitiu a FIKENTSCHER correlacionar em sua tabela periódica as culturas segundo os princípios mais abstratos que as regem, ao invés de se restringir ao contraste dos tipos mais concretos das culturas ocidentais e orientais vistas por HAMBURGER. Por isso, a tabela ressalta a importância da Era do Eixo, mas se estende também a soluções históricas posteriores para a questão do sofrimento humano, o tema axial.

FIKENTSCHER anota sobre seus diálogos com HAMBURGER:

“Em continuação ao tema da Era Axial, o autor [FIKENTSCHER] costumava acentuar que, essencialmente, a questão religiosa decidiria, afinal, sobre a possibilidade de organização do ser humano. O conceito-chave seria a questão do sofrimento, que, respondido de modo diferente nas diversas religiões, criaria concepções díspares e até divergentes da vinculação”³²⁰.

Qual atitude a se tomar diante do fato inexorável de que todos os seres humanos sofrem? “As soluções realistas [para o problema do sofrimento humano]”, esclarece FIKENTSCHER, “resignam-se com o fato de

besonders der Gegensatz von ‘Regierung’ (government) und ‘Staat’ entfaltet sich dann wie von selbst”).

³¹⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, p. 25.

³²⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, p. 25: “In Fortführung des achsenzeitlichen Themas pflegte der Verfasser [scil. FIKENTSCHER] zu betonen, daß es wesentlich um eine religiöse Frage gehe, die letztlich über die Organisierbarkeit des Menschen entscheide. Der Schlüsselbegriff sei die Leifrage, die in den verschiedenen

que o querer traz desgraça. Aqui, bifurcam-se ‘Ocidente e Oriente’, como simplificarmente se costuma falar”³²¹.

Eis o cerne de uma das duas mais importantes alternativas ao dilema:

“Bramanismo, Hinduísmo, Budismo, Confucionismo e semelhantes orientações negam por princípio o querer. O ‘vazio’, o *non-attachment* [não se apegar], o agir desconectado do resultado são os lemas dessa negação do mundo. Vincular-se gera sofrimento; o mergulho em si mesmo traz, pois, salvação”³²².

Tal solução do problema do sofrimento desabona a intervenção humana no curso dos acontecimentos, por sua ineficácia, quer dizer, por sempre produzir resíduo de efeitos indesejáveis. Donde o postulado da não-ação. Essa alternativa de absentismo, de afastamento do mundo e do mergulho de cada ser humano em si mesmo traduz a essência do modo de pensar “fragmentado”. E, assim, FIKENTSCHER esclarece o princípio do projeto existencial do Oriente, como se lê em PAWLOWSKI:

“FIKENTSCHER expôs que, cada qual a seu modo, as diversas culturas reagiram com três respostas ou grupo de respostas a essa experiência [do sofrimento humano]: as religiões e filosofia orientais reagiram a essa insuficiência de todo o esforço humano no mundo com a recomendação de se desligar – internamente – deste mundo. Somente se pode contrapor ao mal quem se retirar do mundo

Religionen unterschiedlich beantwortet werde und damit abweichende und sogar divergierende Bindungsvorstellungen schaffe”. Cf., ainda, a nota 161.

³²¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 338: “Die realistische Lösungen finden sich damit ab, daß Wollen Unheil bringt. Nun gabelt sich, wie man vereinfachend sagen möchte, ‘Ost und West’”.

³²² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 338: “Brahmanismus, Hinduismus, Buddhismus, Konfuzianismus und verwandte Richtungen verneinen im Prinzip das Wollen. Die ‘Leerheit’, das non-attachment, das vom Erfolg abgelöste Handeln sind die Kennworte dieser Weltverneinung. Sich-binden schafft Leid, also bringt Selbversenkung Erlösung”.

e renunciar à roda (ao círculo) da reencarnação. E é compreensível que, também no seu pensamento sobre o direito, as culturas adeptas desse objetivo religioso do desligamento (interno) do mundo não emprestem valor especial aos vínculos – sejam eles estatais ou matrimoniais ou ainda em contratos de trato sucessivo etc: pelo contrário, apegar-se ao mundo (a coisas ou pessoas) é falso, pecaminoso”³²³.

Mas, também se pode defender postura inversa da antecedente, como o afirma FIKENTSCHER:

“A atitude contrária encontra-se diante do problema de se ser compelido a agir com a consciência do desfecho trágico, a dizer sim a um querer, cujos resultados não são moralmente controláveis. Isso é a essência do trágico grego; sua condução organizada, o sentido da *polis*. Presumivelmente, pode-se dizer o mesmo da comunidade [bárbara]. A confissão de que sempre se comete injustiça no contexto do querer-resultado retira a instância diferenciadora do justo e do injusto do alcance dos seres humanos (‘extraposição’).

O Cristianismo entrega essa extraposição, personalizada – em continuação à tradição judaica –, a uma instância situada acima do justo e do injusto, a um Deus-Pai fiel a suas criaturas, ‘crianças’. Isso retira o componente trágico do querer. Ele não necessita de uma negação do mundo para evitar o sofrimento. O sofrimento é encarado como expressão desse mundo, que passa. Os seres hu-

³²³ PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 150-151, nm. 279: “FIKENTSCHER legt nun dar, daß die verschiedenen Kulturen auf diese Erfahrung gewissermaßen mit drei Antworten oder Gruppen von Antworten reagieren: Die östlichen Religionen und Philosophien reagieren auf diese Unzulänglichkeit allen menschlichen Strebens in der Welt mit der Empfehlung, sich – innerlich – von dieser Welt zu lösen. Man kann dem Unheil nur entgehen, wenn man sich von der Welt zurückzieht, wenn man dem Rad (dem Kreislauf) der Wiedergeburt entsagt. Und es ist verständlich, daß Kulturen, die dieses religiöses Ziel der (innerlichen) Lösung von der Welt anerkennen, auch in ihrem Denken über das Recht Bindungen keinen besonderen Wert beimessen – seien es nun staatliche oder eheliche Bindungen oder seien es

manos devem repartir o peso dos ônus; o injusto é afastado do sofrimento; o sofrimento é, por esse meio – testemunhalmente – redimido”³²⁴.

Mostra-se, portanto, igualmente plausível entender que a intervenção humana no curso da história produz frutos capazes de fazer aceitar os riscos e as conseqüências injustas residuais decorrentes da opção de agir. Essa opção ativa, interventiva, de busca cooperativa de diminuição do sofrimento humano constitui o âmago do modo de pensar estruturado, identificado por FIKENTSCHER como a segunda grande modalidade de projeto axial. PAWLOWSKI, de novo, auxilia na tradução resumida de ambas as modalidades de estruturação social:

“O projeto das ‘culturas trágicas’, tal como as conhecemos em especial na *polis* grega clássica, diferencia-se dessas respostas fragmentadoras, que remetem os indivíduos a si mesmos: também esse projeto parte da insuficiência de todos os esforços humanos; mas, a ‘*polis*’ é uma tentativa de suavizar as conseqüências dessa insuficiência com a ajuda de uma união solidária dos cidadãos: o mundo é assim mesmo; se nós não o podemos mudar, ao menos, tentemos

Bindungen an Dauerverträge etc.: Sich an die Welt (an Sachen oder Menschen) zu binden, ist vielmehr falsch, sündhaft”.

³²⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 338: “Die gegenseitige Haltung steht vor dem Problem, im Bewußtsein tragischen Ausgangs handeln zu müssen, ja zu sagen zu einem Willen, dessen Handlungserfolge moralisch nicht steuerbarer sind. Dies ist das Wesen der griechischen Tragik, ihre organisierte Tragung der Sinn der Polis. Vermutlich wird man die Genossenschaft danebenstellen dürfen. Das Eingeständnis, daß man gegenüber dem Wollen-Erfolg-Zusammenhang immer im Unrecht ist, verlagert die Recht und Unrecht unterscheidende Instanz aus dem Zugriffsbereich des Menschens hinaus (‘Extrapolation’). Das Christentum beläßt es bei dieser Extrapolation, personalisiert aber – in Fortsetzung prophetisch-jüdischer Tradition – jene über Recht und Unrecht befindende Instanz zu einem Vater-Gott, der seinen Geschöpfen, ‘Kindern’, treu ist. Das nimmt den freien Willen die Tragik. Einer Weltverneinung bedarf es nicht, um Leid zu vermeiden. Das Leid wird als Ausdruck dieser Welt betrachtet, die vergeht. In die Tragung der Lasten sollen sich die Menschen teilen, das Unrecht wird aus dem Leid entfernt, das Leid dadurch – zeugnishaft – geheilt”. Cf. os itens 6.2.10.4 e 6.2.10.5, para a subdivisão do gênero das culturas estruturadas nas espécies “trágica” e “eleutérica”.

fazer dele o melhor possível. Essa tentativa não garante segurança ao indivíduo; ao contrário, ela o submete incondicionalmente às possíveis decisões equívocas da *polis* – algo tornado claro pela decisão e o destino de SÓCRATES: quando a *polis* é o único garante a permitir uma vida ‘justa’, suas decisões devem ser aceitas, ainda que não sejam corretas.

Uma [outra] resposta [estruturada, à semelhança da trágica antecedente] se encontra no pensamento judaico-cristão desde *Dêutero-Isaiás*, portanto, desde o Século IV a. C. [...]. De acordo com ele, os seres humanos são contrapostos a um ‘Deus extraposto’, diante de quem todos estão em injustiça, mas que, por meio da promessa de perdão, os liberta para a ação no mundo. Essa estrutura de pensamento funda, simultaneamente, a igualdade e a comunidade entre os seres humanos. Por outro lado, funda também – e isso é a novidade em relação aos projetos das culturas trágicas – a possibilidade do pensamento em ‘direitos inalienáveis’. Esses são ‘preservados em Deus’, que liberta as pessoas em igual modo (isonomicamente) para a ação. Esse pensamento encontra sua expressão organizatória na democracia dotada de direitos fundamentais³²⁵.

³²⁵ PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 150-151, nm. 280-281: “Von diesen fragmetierenden Antworten, die den einzelnen auf sich selbst zurückweisen, unterscheidet sich dann einmal der Entwurf der ‘tragischen Kulturen’, wie er uns insbesondere aus der klassischen griechischen ‘Polis’ erkannt ist: Auch dieser Entwurf geht von der Unzulänglichkeit allen menschlichen Strebens aus; die Polis ist aber ein Versuch, die Folge dieser Unzulänglichkeit mit Hilfe einer solidarischen Vereingung der Bürger abzumildern: So ist die Welt; wir können dies nicht ändern, aber laßt uns versuchen, das Beste daraus zu machen. Dieser Versuch verspricht dem einzelnen jedoch nicht nur Schutz; er unterwirft ihn vielmehr auch bedingungslos den möglicherweise fehlerhaften Entscheidungen der Polis – was die Entscheidung und das Schicksal des SOKRATES eindrücklich deutlich macht: Wenn die Polis der einzige Garant ist, der ein ‘richtiges’ Leben in der Welt ermöglicht, dann muß man ihre Entscheidungen auch hinnehmen, wenn sie nicht richtig sind. Eine dritte Antwort findet sich dann in dem jüdisch-christlichen Denken seit *Deutero-Jesaja*, also seit dem 4. Jahrhundert vor Christus, das nach *Fikentscher* insbesondere in den Diskussionen der CALVIN-Kritiker um WILHELM DEM SCHWEIGER seinen konsequenten Ausdruck gefunden hat. Danach stehen die Menschen einem ‘extraponierten Gott’ gegenüber, vor dem alle im Unrecht sind,

“Essas indicações” – nota PAWLOWSKI – “já permitem reconhecer que as pessoas são remetidas a valores e ordens de valores completamente diversos, a depender da resposta pela qual se inclinam: onde quer que se considere confiança e vinculação como pecados, o valor dos vínculos humanos será apreciado de modo diverso daquele onde a comunidade represente a *única* proteção contra a derruição do destino e assim por diante”³²⁶.

Veja-se uma confrontação propositalmente genérica das manifestações culturais criadas pelos dois modos de pensar descritos por FIKENTSCHER:

“Sociedades fragmentadas são marcadas pelo uso reticente ou pela total ausência de direitos subjetivos; sociedades organizadas desenvolvem direitos subjetivos e os empregam em sua estruturação. Ou: a idéia de pessoa jurídica é uma característica do modo de pensar organizado; em ambiente fragmentado, a concepção de uma assembléia de indivíduos delegante em confiança e de um órgão investido de poderes e obrigado a prestar contas pela confiança depositada não é exequível. Ou: contratos de longo prazo, endereçados a se adaptarem aos riscos cambiantes, em correspondência à concepção de boa-fé, são característicos das sociedades organizadas; ao contrário, o pensamento fragmentado opera com o

der sie aber durch die Zusage der Vergebung zum Handeln in der Welt befreit. Diese Denkstruktur stiftet einmal die Gleichheit und Gemeinsamkeit der Menschen. Sie begründet zum anderen aber auch – und das ist das Neue gegenüber den Entwürfen der tragischen Kulturen – die Möglichkeit des Denkens von ‘unentziehbaren Rechten’. Diese sind gewissermaßen ‘bei Gott aufbewahrt’, der die Menschen in gleicher Weise (gleichberechtigt) zum Handeln befreit. Dieses Denken findet dann nach FIKENTSCHER seinen organisatorischen Ausdruck in der Grundrechtsdemokratie”.

³²⁶ PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 151, nm. 281: “Schon diese Hinweise lassen erkennen, daß man jeweils auf völlig andere Werte und Wertordnungen verwiesen wird, je nachdem welcher dieser drei Antworten man selbst zuneigt: Wo man Vertrauen und Bindung an andere als sündhaft ansieht, wird der Wert menschlicher Bindungen anders beurteilt werden als dort, wo die Gemeinschaft der – einzige – Schutz gegen die Unbilden des Schicksals ist usf.”.

meticuloso cumprimento de condições contratuais estipuladas, acaso a vinculação seja desejada. O pensamento fragmentado prefere editar preceitos jurídicos topicamente alinhados na forma de exemplos, que se prestam a uma aplicação em processo analógico. Sociedades organizadas preferem dispor seu direito como um sistema de regras, normas e máximas, na forma do ‘*si ... quis*’. O pensamento fragmentado tende a acentuar o correto, o justo, o útil, o prescrito, no caso específico. As sociedades organizadas dão muito peso aos procedimentos e competências. O modo de pensar fragmentado pesquisa topicamente. As sociedades organizadas transpõem sua categoria perspectivista para compor música em melodias e harmonias e, em coerência com isso, para atuar perspectivisticamente nas artes plásticas, na ciência, cujo resultado se chama ‘sistema’. A *urbs* organizada e a *polis* organizada compõem-se de famílias e clãs, que remetem poder para níveis mais elevados. Sociedades fragmentadas constróem uma combinação de anarquia entre os membros de um determinado agrupamento e autoridade sobreposta, que se exerce por meio de um chefe, um faraó, um rei ou semelhante. Uma sociedade ordenada não precisa, por isso, ser necessariamente organizada; ela também pode ser fragmentariamente ordenada, especialmente por intermédio do comando do ‘faraó’. O Egito dos faraós era altamente ordenado, mas não-organizado. Não havia órgãos que atuavam *pelo* povo ou grupos do povo sujeitos a prestação de contas. Os arcontes da *polis* grega, por outro lado, eram órgãos dos cidadãos da *polis*. A *polis* é a forma cidadina de sociedade organizada; a cooperativa, a rural”³²⁷.

³²⁷ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 76-77: “Fragmentierte Gesellschaften sind gekennzeichnet durch den zurückhaltenden Gebrauch oder das völlig Fehlen des Begriffs subjektiver Recht; organisierte Gesellschaften entwickeln subjektiver Recht und setzen sie zu ihrer Strukturierung ein. Oder: Die Idee der Körperschaft ist ein Charakteristikum für die organisierte Denkart; in fragmentierter Umgebung ist die Vorstellung einer delegierenden und Vertrauen setzenden Mitgliedsversammlung und eines ermächtigten und für gewährtes vertrauenshaftspflichtigen Organs dieser Mitgliedsversammlung nicht vollziehbar. Oder: Längerfristige Verträge, die auf eine dementsprechende Vorstellung von Treu und Glauben bei der Anpassung an sich wandelnde Risiken angewiesen sind, sind kennzeichnend für organisierte Gesellschaften, hingegen arbeitet fragmentiertes Denken mit metikulöser

Assim, a dicotomia capital da “tabela periódica das culturas e civilizações”³²⁸ contrasta as sociedades “estruturadas” com as “fragmentadas”³²⁹.

Einhaltung sorgfältig stipulierter Vertragsbedingungen, falls überhaupt Bindung gewünscht wird. Fragmentiertes Denken zieht es vor, Rechtsvorschriften in der Gestalt von Beispielen, topisch aneinandergereiht, zu geben, die sich für die Anwendung im Analogverfahren eignen. Organisierte Gesellschaften ziehen es vor, sich das Recht als System allgemeiner Regeln, Normen und Maximen vorzustellen, die in der Form des ‘si ... quis’, gestaltet sind. Fragmentiertes Denken neigt dazu, das Richtige, das Gerechte, das Nützliche, das Gebotene im besonderen Fall zu betonen. Organisierte Gesellschaften legen großes Gewicht auf Verfahren und Zuständigkeiten. Die fragmentierte Denkart forscht topisch. Organisierte Gesellschaften übertragen ihre perspektivistische Art, Musik in Melodien *und* Harmonien zu machen und entsprechend perspektivisch in der bildenden Kunst zu verfahren, auf Wissenschaft und nennen das Ergebnis ‘System’. Die organisierte urbs und die organisierte polis bestehen aus Familien und Klans, die politische Gewalt nach oben fördern. Fragmentierte Gesellschaften bilden eine Kombination von Anarchie zwischen den Mitgliedern einer gegebenen Gruppierung und Autorität von oben, die durch ein Hauptling, einen Pharaon, einen König und dergl. über die Gruppe ausgeübt wird. Eine geordnete Gesellschaft muß daher nicht notwendig organisiert sein, sie kann aus fragmentiert geordnet sein, nämlich durch den Befehl des ‘Pharaon’. Das Ägypten der Pharaonen war hochgradig geordnet, aber nicht organisiert. Es gab keine Organe, die *für* Volk oder Gruppen des Volkes in rechenschaftspflichtiger Weise tätig waren. Die Archonten der griechischen Poleis, auf der anderen Seite, waren Organe der Polis-Bürger. Die Polis ist die städtische, die Genossenschaft die ländliche Frühform organisierter Gesellschaft”.

³²⁸ Para o esclarecimento dessa idéia, cf. o tópico 6.1.

³²⁹ Ao elaborar estudos antropológicos sobre sociedades orientais, em especial a tailandesa, LUDWIG HAMBURGER criou o termo “fragmentação”, no sentido empregado por FIKENTSCHER e aqui também adotado – cf. FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 106, nota 133, e p. 193. No mesmo sentido, possivelmente, JOHN F. EMBREE e MICHAEL MOERMAN, embora com alcance limitado a certos aspectos das sociedades fragmentadas, que denominam, respectivamente, de “loosely structured social system” e “loosely structured legal system”, conforme se vê em *Synepeik*, p. 73. EMBREE qualificou a cultura tailandesa como derivada de uma “*losely structured society*”, *apud* FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 193. Ao contrário de outros termos da nomenclatura, cuja origem adiante se explica, espera-se que o curso desta exposição, por si só, patenteie o motivo pelo qual ambos os autores escolheram o termo fragmentação. BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 82 e 188, nota 1, prefere denominar tais sociedades de aspectivas, para evitar a suposição de que a fragmentação tenha resultado de ação externa de separação das pessoas outrora enredadas em teias de relações transversais.

Apesar de nossa pré-compreensão sugerir o contrário, porque entendemos o mundo a partir do modo estruturado de pensar, FIKENTSCHER nega, com ênfase, que qualquer dos dois gêneros de culturas – o fragmentado ou o estruturado – seja melhor do que o outro³³⁰. Trata-se “simplesmente”³³¹ de maneiras diferentes de o homem conceber a si mesmo e o mundo que o cerca. Por isso, constituiria erro grave associar qualquer idéia pejorativa, como a de subdesenvolvimento, a determinada espécie de sociedade, notadamente àquelas ditas fragmentadas. O autor mencionado exemplifica a inexistência da correlação negativa aludida com as sociedades budistas contemporâneas e pretéritas, inscritas no grupo das mais avançadas civilizações do globo. Na Idade Média, os séculos de liderança científica e filosófica dos povos muçulmanos também poderiam ser lembrados. De igual forma, a “dispersa” civilização chinesa liderou por séculos a corrida tecnológica³³². BRUNNER-TRAUT afirma não poder imaginar uma civilização “mais nobre” e “grandiosa” do que a egípcia³³³. Nem é preciso viajar tão longe no tempo e no espaço para evocar qualidades das culturas fragmentadas, como as impropriamente chamadas comunidades “primitivas”. A se crer nos testemunhos de antropólogos e mesmo de leigos em contato com indígenas brasilei-

³³⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 110, entre outras tantas passagens.

³³¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 110.

³³² Eis os exemplos do avanço chinês colhidos por PAUL THEROUX, *China*, p. 67-68, na “*Science and Civilization in China* do Prof. NEEDHAM”, que “terá cerca de vinte e cinco volumes” quando completa: relógio mecânico (Dinastia TANG), moldes e arados de ferro, aço, balestra (Séc. IV a. C.), observação de que todos os flocos de neve têm seis lados, guarda-chuva, sismógrafo, pintura fosforescente, roda de fiar, compasso, porcelana, lanterna mágica, bomba de esgoto, bomba de roda (Séc. I d. C.), papagaio de papel dois mil anos antes do Ocidente, o primeiro livro impresso – um texto budista – (868 d. C.), jornal diário (Século XII d. C.), primeira ponte suspensa (610 d. C., ainda em uso), a primeira ponte com arco segmentado, cartas de jogar, uísque, molinetes de pesca, pára-quedas (ano de 1192, antecedido por experiências que remontam ao Séc. II a. C.), asa-delta primitiva (550-559), imprensa, papel (Séc. III a. C., i. e., 1500 anos antes do Ocidente), papel-moeda, cortina de papel, papel de parede, couraças de papel impenetráveis às flechas, leme, fogos de artifício, laca, carrinho de mão etc.

³³³ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. IX.

ros, poucas culturas assegurarão a seus membros a normalidade psicológica, sensação de pertença e, enfim, felicidade do que essas culturas brasileiras. Por sermos ocidentais, a expressão “sociedade fragmentada” parece denotar algo ruim. Puro engano. A consciência hermenêutica deve impedir que a pré-compreensão se avinagre em similares preconceitos³³⁴.

Ainda no campo terminológico, convém esclarecer que a dualidade de sociedades estruturadas–fragmentadas não tacha as sociedades fragmentadas de desorganizadas, de caóticas, nem de carentes de ordem ou coerência interna. Todas as sociedades são ordenadas, isto é, possuem princípios que lhes conferem coerência e disciplina. Tampouco há sociedades isentas de estruturas *lato sensu*, ou seja, de padrões, moldes ou figurinos onde exteriorizados seus princípios ordenadores. Contudo, no contexto ora estudado, organização e estrutura designam coisas diversas, ao assumirem significados mais estritos. Quando dispõe de “estrutura”, a sociedade é “organizada, isto é, dotada de órgãos”³³⁵. A estrutura consiste em forma particular de construir a sociedade. Nesse contexto, órgão tem aproximadamente o sentido na origem da concepção do nosso direito público atual, sem perder suas ligações com a acepção biológica, também originária da sociedade estruturada grega³³⁶.

Uma vez que a classificação aqui empregada compara as sociedades fragmentadas às estruturadas, parece conveniente uma advertência, em relação ao estruturalismo de SAUSSURE e LÉVY-STRAUSS. À semelhança do que ocorre com o conjunto da obra de FIKENTSCHER, aqui somente se pode dar diminuta idéia da discussão travada³³⁷. A análise estruturalista postula a comparação de dados antropológicos, segundo os critérios sincrônico e diacrônico, respectivamente, sistemático e temporal. Contudo, o autor alemão objeta que tal procedimento estruturalista transpõe

³³⁴ A propósito da pré-compreensão, cf. a nota 40.

³³⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 105, nota 131: “... und schließlich Struktur im engsten Sinn, d. h. mit Organen ausgestatteten menschlichen Gesellschaften”.

³³⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 112.

categorias das sociedades estruturadas para as fragmentadas. “O estruturalismo” – objeta FIKENTSCHER – “encontra dificuldades principiológicas em sociedades que negam as estruturas e, por isso, são atemporais”³³⁸. Por desconhecer a categoria da fragmentação como tal, apesar de intuí-la, LÉVY-STRAUSS rotulou de “inconscientes” as dificuldades decorrentes do fato de que as categorias fragmentadas relutam em entrar nos modelos teóricos elaborados pela pré-compreensão estruturada. As culturas fragmentadas não se deixam compreender a partir de critérios estruturados, como ocorre com as acentuadas noções ocidentais de tempo e sistema³³⁹. Assim, o estruturalismo falharia já no princípio da tarefa comparativa, ao passar ao largo do seguinte: conquanto representem idéias abrangentes e fundamentais de todas as civilizações, as noções de tempo e história, a presença ou ausência de sistema e o grau modo de ver a causalidade ainda representam aspectos parciais dos dois horizontes existenciais básicos – a fragmentação e a estruturação. Donde a necessidade de se subir um grau na generalização, de sorte a poder comparar sociedades.

FIKENTSCHER preconiza a inversão completa da análise para resolver o problema resultante da universalização dos padrões ocidentais ou estruturados. Tenta compreender as categorias de um “modo de pensar” a partir de noções díspares ou apenas vagamente assemelhadas do outro “modo de pensar”. Cada sociedade há de ser observada com o auxílio do método da escola antropológica de Leiden – a “visão dos participantes” – que enfatiza a maneira pela qual cada cultura define a si mesma³⁴⁰. Dado que o horizonte total de cada cultura se forma pela adoção do modelo fragmentado ou do estruturado, cumpre estudar as

³³⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 134 e segs.

³³⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 138-139: “Der Strukturalismus kommt in grundsätzliche Schwierigkeiten bei Gesellschaften, die Strukturen verneinen und darum zeitlos sind”.

³³⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 139; cf., ainda, BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 92, para endosso à crítica de FIKENTSCHER, no ponto.

sociedades a partir desses dois “modos de pensar” primordiais, a camada mais profunda de ambas as pré-compreensões³⁴¹. A “sinepéia” constitui o metamétodo pensado por FIKENTSCHER para superar os problemas da comparação cultural³⁴².

Para prevenir outros mal-entendidos, registre-se que os dois gêneros – culturas fragmentadas *versus* estruturadas – e as várias espécies da classificação aludida são “tipos puros”, somente verificados em casos raros³⁴³. Seriam, nas palavras de Max Weber, “construções ideais”³⁴⁴, reunidos com base na ênfase unilateral de características isoladas de certo fenômeno ou do conjunto deles. Tais tipos puros servem à pesquisa, na medida em que se lhes comparam os fatos concretos híbridos. Nunca se pode esquecer, pois, que se trata de criações intelectuais para fins de estudo e, em especial, comparação. Isso deve ser pressuposto sempre que aqui se falar, por exemplo, em sociedades atemporais. Em rigor, muitas delas se fundam em noções tão tênues dessa idéia, como as estações do ano, que, em comparação com a nossa idéia de eternidade, quase desconhecem a noção de tempo. Frise-se a advertência anterior: as concepções comparadas não se hierarquizam, apenas diferem.

Para evitar que se qualifique determinada cultura como inteiramente fragmentada ou organizada, FIKENTSCHER prefere falar em modos de pensar organizados ou estruturados, até para “permitir” a designação do “fenômeno das misturas e camadas de pensamento fragmentador e estruturador, numa dada cultura”³⁴⁵. “Modos de pensar podem decair

³⁴⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 60 e 139: “visie der participanten”.

³⁴¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 139.

³⁴² Cf. o item 7.

³⁴³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 94 e 148, entre outras.

³⁴⁴ *Apud* LARENZ, *Methodenlehre*, p. 445: “Gedankengebilde”.

³⁴⁵ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 74: “... um das Phänomen der Mischungen und Schichtungen fragmentierten oder organisierenden Denkens in einer gegebenen Kultur zu ermöglichen”.

com culturas, mas isso não há de acontecer sempre. Há culturas em que diversos modos de pensar se entretecem”³⁴⁶. “Que pontes, linhas de ligação, influências de um modo de pensar em outro e, sobretudo, camadas e sobreposições são possíveis, já se sublinhou em muitas passagens”³⁴⁷. “Que não se pode apor o carimbo de fragmentação ou organização a uma sociedade como um todo, mas que se trata, antes, de ferramentas analíticas, pode, em parte, responder à crítica à dicotomia”³⁴⁸.

. . – *Culturas fragmentadas: definição*

FIKENTSCHER define: “uma sociedade é fragmentada, se seus membros vivem lado a lado somente de modo individual ou em agrupamentos não muito extensamente articulados”³⁴⁹. A fragmentação social é, pois, a forma de ordenação das sociedades em que os vínculos interpessoais transversais são naturalmente escassos, como nos povos primitivos, ou são deliberadamente repudiados, em decorrência de opção filosófica de negação da valia de tais liames.

Aquele autor sublinha a necessidade de não se confundir a extensão dos grupos internos de cada sociedade com a dimensão do todo social: o caráter fragmentário de determinada sociedade não se relaciona

³⁴⁶ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 74: “Denkarten können mit Kulturen zusammenfallen, doch muß dies nicht der Fall sein. Es gibt Kulturen, in denen sich viele Denkarten miteinander verweben”. Assim, com exemplos, cf. a p. 83-84.

³⁴⁷ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 74-75: “Daß Brücken, Verbindungslinien, Einflüsse der einen Denkarten auf die andere, und vor allem Schichtungen und Überlagerungen möglich sind, ist bereits an vielen Stellen hervorgehoben worden”.

³⁴⁸ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 74: “Daß also nicht ganze Gesellschaften mit dem Stempel der Fragmentation bzw. Organisation versehen werden sollen, sondern es darum geht, analytische Werkzeuge für das Studium kultureller Phänomene zu schaffen, mag z. T. die Kritik an der Dichotomie schon beantworten”.

³⁴⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 108: “Fragmentiert ist eine Gesellschaft, wenn ihre Mitglieder nur jeweils einzeln oder in nicht weiter gegliederten Ansammlungen nebeneinander leben”.

com o tamanho da sua população total³⁵⁰. Grandes Estados do passado, como o Egito³⁵¹ e o império mongol, assim como os dois mais populosos países contemporâneos, China e Índia, têm base cultural fragmentada. Por outro lado, é certo que as sociedades fragmentadas conhecem associações intermédias, como o exército e mosteiros budistas e, assim, as pessoas se encontram agrupadas, ordenadas. Ao conceito interessa a “separação interior das pessoas”³⁵². De resto, a ordenação linear e vertical das culturas fragmentadas não implica a estruturação. FIKENTSCHER prossegue na explicação:

“Decisiva para o conceito de fragmentação é a adição de seres humanos individuais, sem que a esta categoria ocorra a adição de vínculos transversais. A concepção de semelhantes vínculos intermediários pressuporia especialmente que o grupo de pessoas se visse como algo “mais” do que a soma de seus membros. Daí porque também se podem definir as sociedades fragmentadas por meio da ausência do princípio da sobre-soma. As ligações recíprocas entre as pessoas são frouxas, relações de confiança não existem ou são raras. A ausência do princípio da sobre-soma é, no fundo, apenas uma outra expressão para a falta de estruturas entre as pessoas, pois a concepção de estrutura dentro de um grupo constituído por vários membros exigiria que o próprio grupo se contemplasse como unidade, ao lado da soma de seus membros. Por isso, ambas as concepções – a da sobre-soma e a da estruturação – correlacionam-se necessariamente. Organização, no sentido de construção de organicidade, não é possível nessas sociedades, exata-

³⁵⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 108.

³⁵¹ No caso do Egito, os estudos de FIKENTSCHER apóiam-se em BRUNNER-TRAUT. A propósito, confira-se-lhe a obra posterior *Erkennen*, p. 92 e segs. Especificamente quanto ao Egito, cf. a opinião aparentemente contrária de JAN ASSMANN, *Ägypten*, p. 146 e segs, mas que termina involuntariamente por confirmar o caráter fragmentário e atemporal do Egito, ao imputar a solidariedade social como forma de memória do bem social pretérito. De novo, o ser humano de costas para o futuro – cf. a nota 705. Curiosamente, ASSMANN traça paralelo com a fragmentação marxista como prova da tese da existência de vínculos transversais na sociedade egípcia.

mente por que isso pressuporia um pensamento em unidades, que não de ser concebidas separadamente do amontoado de membros da sociedade”³⁵³.

A noção talvez ainda esteja um pouco vaga, mas se esclarecerá com a contraposição às culturas estruturadas e com a abordagem de características mais concretas de ambos os grandes gêneros de ordenação social. Tenham-se em mente os dados das dicotomias de HAMBURGER³⁵⁴ e de BRUNNER-TRAUT³⁵⁵.

. . . – *Culturas estruturadas: definição*

Nas sociedades estruturadas, “os seres humanos não são, em maior ou menor número, postados uns ao lado dos outros, linear ou concen-

³⁵² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, p. 21: “die innere Trennung der Menschen”.

³⁵³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 108: “Entscheidend ist für den Begriff der Fragmentierung die Addition von Einzelmenschen, ohne daß zu dieser Kategorie der Addition Querverbindungen zwischen den Menschen bestehen. Die Vorstellung derartiger Zwischenverbindungen würde nämlich voraussetzen, daß die Gruppe der Menschen als ein Mehr angesehen wird als die Summe ihrer Mitglieder. Man kann daher die fragmentierte Gesellschaften auch durch das Fehlen des Übersummensprinzips definieren. Die Verbindungen der Menschen untereinander sind locker, Treubeziehungen finden sich nicht oder nur selten. Das Fehlen des Übersummensprinzips ist im Grunde nur ein anderer Ausdruck für das Fehlen der Strukturen zwischen den Menschen. Denn Strukturvorstellung innerhalb einer aus mehreren Gliedern bestehenden Gruppe würde erfordern, daß man selbst die Gruppe als Einheit neben der Summe ihrer Mitglieder betrachtet. Beide Vorstellungen, die Übersummenvorstellung und die Vorstellung der Strukturierung gehören daher notwendig zusammen. Organisation im Sinne der Bildung von Organschaft ist in diesen Gesellschaften ebenfalls nicht möglich, weil dies ein Denken in Einheiten voraussetzt, die von den jeweiligen Anhäufungen von Gesellschaftsmitgliedern getrennt vorgestellt werden müssen”.

³⁵⁴ Cf. especialmente as notas 389 e 390.

³⁵⁵ Cf. o item 6.2.3.2.

tricamente, segundo o princípio da mera soma”³⁵⁶. Ao contrário, tais culturas se caracterizam pelo fato de que

“... cada pessoa dentro do grupo é qualificada como dele integrante em mais de uma direção. Ao lado da ordenação linear, surge a ligação transversal entre as pessoas. Por meio disso, surgem as estruturas. O pensamento no princípio da sobre-soma é necessariamente ligado a tanto. Isso significa que o grupo se sente como tal, aliás, como mais do que a soma de seus membros”³⁵⁷.

Justamente essa dualidade de vínculos – os longitudinais e os transversais – gera os problemas da igualdade, marcantes no desenvolvimento da idéia ocidental de individualidade. Tal como a noção arquetônica, a idéia de estrutura demanda a ligação de determinado indivíduo em pelo menos dois sentidos³⁵⁸. BRUNNER-TRAUT com rara felicidade demonstrou a essência da sociedade fragmentada, ao mesmo tempo em que provou como esse modo de pensar se enraíza até mesmo no mais admirável monumento arquetônico da humanidade: as pirâmides resultam da justaposição de gigantescos blocos individuais de pedra; elas carecem de vigas, isto é, de estruturas ou vínculos transversais³⁵⁹.

De acordo com FIKENTSCHER, “apenas a consciência” do princípio da sobre-soma – o todo é mais do que a soma das partes – “cria a con-

³⁵⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 124

³⁵⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 124: “Sie ist dadurch gekennzeichnet, daß die Menschen nicht nur nach dem Summenprinzip in mehr oder weniger Anzahl nebeneinander gestellt und gleichsam linear, und sei es konzentrisch, geordnet werden, sondern daß jeder Mensch innerhalb der Gruppe in mehr als eine Richtung als gruppzugehörig definiert wird. Neben die lineare Anordnung tritt die Querverbindung von Menschen untereinander. Hierdurch entstehen die Strukturen. Notwendig damit ist das Denken gemäß dem Übersummenprinzip verbunden. Das bedeutet, daß die Gruppe als solches empfunden werden kann, und zwar als mehr denn die Summe ihrer Mitglieder”.

³⁵⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 243-244.

³⁵⁹ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 2.

dição de se pensarem em estruturas e, assim, em organização”³⁶⁰. O princípio da sobre-soma e o conceito de parte que lhe corresponde possuem “caráter axiomático”, na medida em que resultam, ambos, da mesma etapa de raciocínio³⁶¹. A idéia de o todo ser “mais” do que o agregado das partes é multívoca. Em primeiro lugar, “mais” significa, aqui, “algo diverso”: “na concepção das culturas desfragmentadas, o todo não é idêntico à soma de suas partes”³⁶². Dado que o conceito de parte também resulta do princípio da sobre-soma, “mais” significa, sob a perspectiva lógica, que “as – assim compreendidas – partes se encontram todas no interior do todo”³⁶³. Tudo isso nos soa como cadeia de truísmos e, de fato, é tudo muito óbvio. Para nós, que vivemos no hemisfério estruturado; não assim para outras culturas³⁶⁴.

³⁶⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 107: “Erst dies Bewußtsein [des Übersummensprinzips] schafft die Gegebenheit, in Strukturen und damit in Organisationen zu denken”.

³⁶¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 107.

³⁶² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 107: “Das Ganze ist, im Verständnis defragmentierter Kulturen, mit der Summe seiner Teile nicht identisch”.

³⁶³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 107: “Mehr bedeutet in logischer Hinsicht zweitens, daß die – so verstandenen – Teile sich sämtlich innerhalb der Ganzen befinden”.

³⁶⁴ O direito brasileiro parece oferecer vários exemplos do princípio da sobre-soma. Os direitos coletivos, notadamente os constitucionais, somente encontram explicação adequada no princípio da sobre-soma: eles não pertencem à soma dos indivíduos, tal como ocorre no mero condomínio de coisas indivisas, mas ao grupo social visto – perspectiva – como um todo. Tampouco a dimensão desses direitos resulta da justaposição de todos os supostos vínculos individuais, inexistentes. O que há é um direito do todo, não das partes, nem mesmo da soma delas. Note-se a diferença na própria Constituição, segundo a qual, “o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” pertence a “todos” e não a cada cidadão isolado ou somado aos demais (art. 225). Por isso, não pode haver tolerância com a conduta ilegal, nem que todas as pessoas afetadas diretamente por certo dano ecológico concordem em não acionar o causador da lesão. Os direitos coletivos tocam à união ideal de todos, que transcende a soma dos indivíduos, e estão subtraídos – extrapostos – do alcance de qualquer pessoa da sociedade considerada individualmente. Logo, pelo menos os direitos difusos em sentido estrito são indisponíveis. O art. 216 da Constituição confirma o princípio da sobre-soma no nosso direito de três maneiras, ao definir o “patrimônio cultural brasileiro” como “os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou no seu conjunto, portadores de referência à

A distinção do grupo como algo diverso e superior à mera justaposição dos componentes da sociedade origina duas conseqüências reciprocamente implicadas. O homem ganha individualidade e direitos individuais; todavia, passa a estar sujeito a obrigações em relação ao grupo e aos circunstantes. Daí surgem as idéias de direitos inalienáveis e de longo prazo, de organicidade, isto é, de órgãos a representar o todo, e a boa-fé³⁶⁵. E, complementemente-se, daí pode surgir a idéia de proporcionalidade – a medida adequada, necessária e equilibrada do sacrifício particular em prol do todo.

Liberto em relação ao todo por meio do princípio da sobre-soma, o indivíduo ganha nova relação com o mundo que o cerca. Sua vontade livre torna-o consciente da causalidade e do tempo³⁶⁶. Em contrapartida, o livre arbítrio coloca o ser humano diante dos problemas criados por sua ação no mundo: “culpa antecipada é consciência”³⁶⁷. A culpa é produzida pela consciência crítica das conseqüências negativas do livre-arbítrio. O ser humano confronta-se com a quota insuprimível de mal

identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. O conjunto dos bens é uma universalidade, no sentido exposto exemplo seguinte, extraído do Código Civil. Tal universalidade pertence a toda a sociedade brasileira; não a todos os indivíduos em condomínio. Por fim, a própria sociedade brasileira é formada por diversos grupos étnicos, mas não se confunde com a justaposição deles; é produto que os incorpora, mas os transcende. Na simplificação mais rudimentar do nosso País, a cultura brasileira não se confunde com a aglutinação das contribuições européias, indígenas e africanas etc.. O Brasil se compõe delas, mas sua essência não se explicaria pela enumeração, lado a lado, daqueles aportes culturais. Apenas a idéia de o todo ser mais do que as partes permite pensar nos bens imóveis por acessão intelectual, capaz de imobilizar num conjunto ideal não apenas as partes de que naturalisticamente se compõem, mas também “tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento ou comodidade” (art. 43, III, do CC). O mesmo parece ocorrer nas chamadas “coisas universais”, obtidas “quando se encaram agregadas em todo” (art. 54, II, do CC).

³⁶⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 124-125.

³⁶⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 125.

³⁶⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 263: “Antizipierte Schuld ist Gewissen”.

que até suas boas ações desprendem. Por exemplo, em quanto se pode elevar o salário mínimo sem gerar desemprego? O budista tenderá a não fixar nada, pois não se pode determinar tal montante. Confiando em Deus ou se valendo da melhor técnica econométrica, o Ocidente tenta estipular aquele nível, embora saiba que jamais será exato.

Apenas a “extraposição” legitima o agir. A extraposição consiste na pressuposição da existência de um ponto de referência externo à sociedade, perante o qual todos seus membros se sentem em igualdade. “Esse colocar-se-ao-alcance do padrão de bem e mal, de justo e injusto é chamado [...] de ‘extraposição’”³⁶⁸. Além de ser ponto externo, como o nome indica, a extraposição se encontra para além do alcance de qualquer indivíduo. “Esse momento de igualdade somente pode ser obtido com o auxílio da técnica perspectivista: uma grandeza em relação à qual todos os indivíduos se sintam em igualdade em pelo menos um ponto”³⁶⁹. A compreensão desse trecho capital da teoria de FIKENTSCHER exige pensamento em termos espaciais, isto é, imaginar que as pessoas olham para um mesmo objeto, um mesmo ponto de referência superior e externo à sociedade. Daí, aliás, a idéia de perspectiva ótica, patrimônio apenas das culturas estruturadas. Isso se torna sobretudo claro na idéia de diálogo, político ou científico, por exemplo. Duas pessoas, situadas em pontos (de vista) diferentes, sabem que enxergam o mesmo objeto de modos diversos. Ambas também têm consciência de que seu ângulo de visão lhes dá apenas uma perspectiva da totalidade do objeto. Claro que a idéia de diálogo pressupõe a apreensão do objeto como algo externo aos interlocutores. Volta a campo a distinção entre sujeito e o objeto, conseguida no modo perspectivo de ver o mundo e, portanto,

³⁶⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 236: “Dieses Sich-des-Zugriffes-Begebens auf den Maßstab von Gut und Böse, Recht und Unrecht, wird in diesem Werk ‘Extrapolition’ genannt”.

³⁶⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 125: “Dies Moment der Gleichheit kann nur im Hinblick eine Größe hergestellt werden, der gegenüber sich die Individuen zumindestens in einem Punkte gleich fühlen” .

diverso da maneira fluida de encará-lo, típica das culturas aspectivísticas³⁷⁰. Eis a explicação de FIKENTSCHER:

“Mas, um diálogo é sempre um diálogo em torno de algo, sobre algo. E esse algo pode ser um valor. Ou, se se privilegiar essa expressão, uma valoração. Esse objeto de um diálogo é um *tertius*, em relação às posições ou aos interlocutores do diálogo. Isso é muito importante, pois desse modo o diálogo – antropologicamente falando – torna-se algo perspectivístico: torna-se um ponto exterior ao qual eu posso me referir. Só há diálogo no pensamento sistemático, e este é algo específico de uma cultura: A e B conversam sobre C – isso só é possível na lógica grega. O complemento ‘sobre C’ mostra a perspectiva do diálogo. [...]. Um outro diálogo em nossa cultura é o processo jurídico encenado perante o tribunal. A pensa ter razão e B pensa naturalmente o mesmo, isto é, que ele também tem razão e, na reflexão dialógica, investiga-se, com fundamento em valorações externas, se A ou B em verdade tem razão. Não fosse assim, o mais forte teria sempre razão...”³⁷¹. [...]. “Pois aquele triângulo, no qual A e B disputam acerca de uma posição e C é o objeto disputado lá fora, pressupõe perspectiva e, com isso, sistema. As três unidades, A, B e C, formam, em

³⁷⁰ Cf. a nota 227 e segs

³⁷¹ FIKENTSCHER, *Gerechtigkeit*, p. 58: “Aber ein Dialog ist ja immer ein Dialog um etwas, über etwas. Und dieses Etwas kann ein Wert sein. Oder, wenn man diesen Ausdruck bevorzugt, eine Wertung. Dieser Gegenstand eines Dialogs ist gegenüber den Dialogpositionen oder den Dialogpartnern ein Drittes. Das ist sehr wichtig, weil dadurch der Dialog – anthropologisch ausgedrückt – zu etwas Perspektivischem wird: zu einem Punkt außerhalb, auf den ich mich beziehen kann. Den Dialog gibt es daher nur im systematischen Denken, und dieses ist ein Kulturspezifikum: A und B sprechen über C – das ist nur in der griechischen Logik möglich. Der Zusatz ‘über C’ zeigt die Perspektive des Dialogs. [...]. Ein anderer Dialog in unserer Kultur ist das rechtliche Verfahren, das sich vor Gericht abspielt. A meint, er habe Recht, und B meint natürlich das Gleiche, er habe auch Recht, und in dialogischer Überlegung wird ermittelt aufgrund von außerhalb liegenden Wertungen, ob eher der A oder der B Recht hat. Wäre dies nicht so, hätte immer der Stärkere Recht...”.

sentido lógico, um sistema. Um sistema é a determinação de um enunciado a partir de duas direções distintas”³⁷².

Essa particularidade perspectivístico-extraponente determina o método pelo qual se procura a justiça nas culturas estruturadas. “A característica essencial da família dos direitos dos países neolatinos, anglo-americanos e centro-europeus é a busca por valores, a partir de um ‘ponto de vista exterior’; valores que, por esse motivo, podem ser discutidos, buscados e que causam problemas epistemológicos. Essa atitude foi denominada de ‘extraponente’”³⁷³. “Qualquer discussão jurídica na cultura ocidental busca atingir a solução de um objeto controvertido por meio de generalizações e particularizações”, nota FIKENTSCHER. “Nós discutimos em juízo, porque nós não temos clareza acerca dessas generalizações e particularizações sobre valores relevantes para a decisão situados ‘lá fora’. Essa é a dificuldade epistemológica à qual nos expomos, mas de que necessitamos para nos aproximar da solução mais justa possível”³⁷⁴.

³⁷² FIKENTSCHER, *Gerechtigkeit*, p. 59: “Denn jenes Dreieck, in dem A und B um eine Position ringen und C der umrungene Gegenstand dort draußen ist, setzt voraus. Die drei Einheiten, A, B und C, bilden im logischen Sinne ein System. Ein System ist die Bestimmung einer Aussage von zwei verschiedenen Richtungen her.

³⁷³ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 112: “Es wurde in den ‘Methoden des Rechts’ ausgeführt, daß das wesentliche Charakteristikum des romanischen, angloamerikanischen und mitteleuropäischen Rechtskreises die Suche nach Werten von einem ‘außenliegenden Standpunktes aus’ ist, Werten also, die aus diesem Grunde diskutiert werden können, nach denen man suchen kann, die erkenntnistheoretische Probleme stellen. Diese Haltung wurde ‘extraponierenden’ genannt”.

³⁷⁴ FIKENTSCHER, *Gerechtigkeit*, p. 59-60: “Jeder Rechtsstreit in der westlichen Kultur versucht, die Lösung eines Streitsgegenstandes über Verallgemeinerungen und Besonderungen, also im System, zu erzielen. Wir streiten uns vor Gericht, weil wir uns über diese Verallgemeinerungen und Besonderungen von entscheidungserheblichen Werten ‘dort draußen’ nicht im Klaren sind und deshalb streiten. Das ist die epistemologische Schwierigkeit, der wir ausgesetzt sind, die wir aber auch brauchen, um uns dem Rechte, der möglichst gerechten Lösung, nähern zu können”.

A igualdade entre os homens é obtida com referência a esse ponto arquimédico extraposto, em tudo semelhante à noção imanente à técnica perspectivista. A igualdade, por sua vez, permite a elaboração de estruturas sociais. A estrutura social, analogamente ao elemento arquitetônico de mesmo nome, define-se como a vinculação de pessoas em pelo menos dois sentidos. Ela não se contenta com a ligação longitudinal, característica dos governos fragmentados, de que o Egito antigo é o melhor exemplo, com o faraó no ápice da pirâmide e os indivíduos escalonados numa única linha de comando vertical pelos diversos níveis hierárquicos até sua base. As relações de subordinação, na linguagem do direito público moderno, não bastam. A estrutura exige ainda vínculos transversais ou, naquele jargão, relações de coordenação. Ora, as relações de coordenação somente podem estabelecer-se na pressuposição de que ambas as partes sejam iguais, como nos contratos e corporações³⁷⁵. A supressão da igualdade, mesmo no direito privado, impede a caracterização de relações transversais. A escravidão, o pátrio poder e a relação de consumo com a hipertrofia dos poderes do prestador de serviços diante do consumidor são relações longitudinais, porque se fundam, nas duas primeiras espécies, em relações de subordinação jurídica e, na última, de sujeição de fato. Mas, as sociedades estruturadas apóiam-se também nas chamadas relações de coordenação, ao contrário do típico mando fragmentado.

Há dois modos de criar tal ponto de referência exterior e superior à sociedade – a “extraposição”. No Judaísmo e no Cristianismo, resulta da personalização dos valores no Deus-pai, que dá sentido à vida na Terra e autoriza seus filhos a agir, apesar de suas ações sempre produzirem resíduo de mal, inerente à imperfeição terrena. Por meio do perdão e da relação de confiança, todavia, a divindade autoriza os homens a

³⁷⁵ As corporações – *collegia* –, que sobreviveram à *polis* decaída, advêm da idéia de auto-regulamentação de pessoas situadas no mesmo nível; cf. FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 266-267.

interagirem, quando não o determina – “tive sede e me destes de beber...”³⁷⁶. Tem-se aqui a extraposição eleutérica³⁷⁷.

Já a extraposição trágica remete todos os seres humanos a valores despidos de divindade, mas socialmente prezados e também situados num plano superior, como o demonstra a superlativa teoria platônica do mundo das idéias do bem, justo, belo etc³⁷⁸. “A extraposição trágica, despersonalizada, consiste em colocar o direito ou a ética acima de si próprio; deixar que o homem seja a medida de todas as coisas”³⁷⁹. A extraposição laica é a segunda maneira de se estruturar a sociedade: uma ética sem religião é possível, desde que idealizada e discutida. Este foi o caminho trágico, tomado pelos gregos; trágico, porque reconheceu a ética sem revelação divina³⁸⁰.

A diferença fundamental consiste em que o critério ético judaico vai personalizado fora do alcance de cada membro da sociedade com base num ato de fé, ao passo que o parâmetro grego também se encontra externo a cada indivíduo, nas decisões coletivas da *polis*. Num caso, a obediência à divindade; noutra, à *polis*³⁸¹. Cobrem-se, então, ambas as possibilidades imagináveis de resposta às questões de verdade e justiça nas sociedades extrapontes ou estruturadas: a solução de ambos os impasses é remetida a Deus ou às decisões coletivas. Em ambas as modalidades, a uma instância externa. A extraposição eleutérica coloca o padrão ético nas mãos da divindade; a trágica, num ponto ideal, intelectual, acessível à razão dialógica.

³⁷⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 126.

³⁷⁷ Cf. o item 6.2.10.5.

³⁷⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 125; para mais pormenores a respeito, cf. o item 6.2.10.4.

³⁷⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 179.

³⁸⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 175; cf. a nota 535, para esse conceito de extraposição trágica e de suas origens na tragédia Grécia.

³⁸¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 238-239.

Por isso, as questões de justiça e verdade das sociedades extrapontes se resolvem de duas formas: remetendo-se a Deus ou aceitando-se o destino trágico. “A qualidade moral do ser humano extrapontente consiste nesse poder-sentenciar-se, quer dizer, poder experimentar o sofrimento injusto em si e nos outros”³⁸².

PAUL RICŒUR objetou o seguinte à tese de JEAN DANIEL de que somente haveria a saída mística para a aceitação do outro: “eu diria um pouco como SIMONE WEIL: para isso existem duas fontes, uma grega, outra hebraica. Leitor dos trágicos e dos profetas de Israel, não vejo porque escolheria”³⁸³. A extraposição religiosa elevou, platonicamente, o diálogo à qualidade de revelação³⁸⁴. “O eidos platônico, como imagem intocável do homem, resultou da transformação de uma *função* do diálogo no *conteúdo de uma revelação*”³⁸⁵. A saída agnóstica para o respeito mútuo consiste na democracia majoritária, com a garantia de direitos individuais.

Apesar de a Era Axial ter provocado o esclarecimento comum do livre arbítrio e da culpa pela carga negativa inerente às ações humanas, apenas os gregos e judeus marcharam rumo à interação, ao passo que os demais povos, deliberadamente, escolheram o isolamento, a fragmentação. Apenas o espírito de colaboração origina o *ethos* da fidelidade. O conceito de fidelidade da Antigüidade Clássica pressupõe a ligação no mesmo nível de igualdade. Daí por que somente as culturas estruturadas – mas não as fragmentadas – conhecem relações jurídicas de longo pra-

³⁸² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 263: “Die moralische Qualität des extraponierenden Menschen besteht in diesem Sich-verurteilen-Können, das heißt mißbilligtes Leid an sich und anderen erfahren können”.

³⁸³ RICŒUR, *Estranheza*, p. 14.

³⁸⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 179.

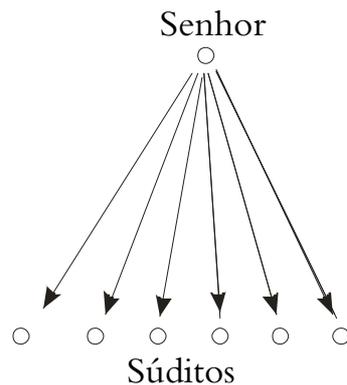
³⁸⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 179: “Das platonische Eidos, als das nichtantastbare Bild des Menschen, wurde aus einer vom Dialog abgeleiteten *Funktion* zu einem *Offenbarungsinhalt*”. Isso fica sobremodo claro na formação anglo-americana do devido processo legal, como função das partes perante o tribunal coletivo – cf. o item 14.2.

zo³⁸⁶. A concepção de que se manterá a palavra dada ao longo do tempo exige um mínimo de noção de livre arbítrio e de “perspectiva de destino”³⁸⁷, de modo a se considerarem as conseqüências da ação: é a consciência de que o exercício do livre arbítrio pode criar algo repleto de culpa.

. . . – *Culturas fragmentadas e estruturadas: paralelos esquemáticos*

A representação esquemática de ambas as modalidades de culturas pode ajudar no esclarecimento da dicotomia³⁸⁸.

A ordenação dos governos nas sociedades fragmentadas tem a seguinte aparência:

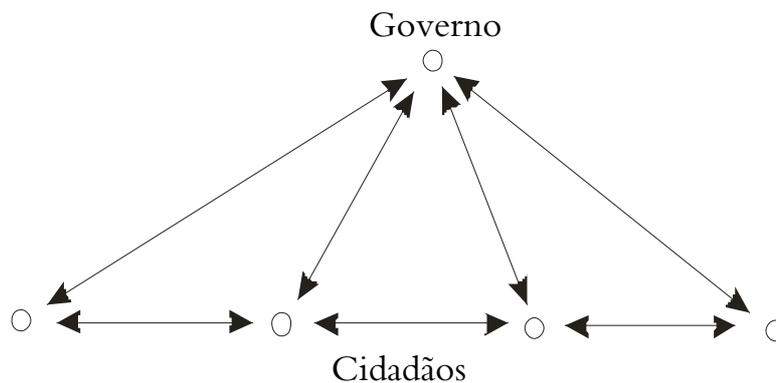


³⁸⁶ FIKENTSCHEK, *Methoden*, vol. I, p. 255.

³⁸⁷ FIKENTSCHEK, *Methoden*, vol. I, p. 255: Schicksalperspektive.

³⁸⁸ Figuras extraídas de FIKENTSCHEK, *Methoden*, vol. I, p. 221.

As sociedades estruturadas organizam-se da seguinte forma:



As relações transversais fazem a diferença entre as culturas fragmentadas e as estruturadas, quando se trata entender a dicotomia, sob a perspectiva das relações interpessoais.

LUDWIG HAMBURGER assim diseca as diferenças³⁸⁹:

Culturas estruturadas	Culturas fragmentadas
longa duração das relações jurídicas	curta duração das relações jurídicas
espera-se o cumprimento das promessas de prestações futuras	os indivíduos não esperam que as promessas de prestações futuras sejam mantidas
as pessoas sentem-se obrigadas pela palavra dada	as pessoas não se sentem obrigadas pela palavra empenhada
há grande confiança entre as pessoas	as pessoas têm pouca ou nenhuma confiança umas nas outras
a confiança como resultado da influência cristã	a falta de confiança decorre das religiões orientais, em especial do Budismo, mas também o Bramanismo e o Hinduísmo
o Cristianismo possui função integradora	o Budismo possui efeito socialmente fragmentador, por gravitar em torno do “eu”, isolando os indivíduos, ao invés de agrupá-los em torno da divindade
o mais importante sacramento ocidental constitui uma refeição comunitária	o rito budista consiste, à semelhança da música oriental, em solos simultâneos
o mais alto mandamento ético é o imperativo do amor	não há mandamento de amor ao próximo

³⁸⁹ *Apud* FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 198-199, nota 125.

As disparidades entre esses gêneros de cultura também se vêem no campo jurídico. Comparem-se os resultados das pesquisas de LUDWIG HAMBURGER³⁹⁰:

Direitos estruturados	Direitos fragmentados
relações jurídicas em períodos longos, muito longos.	relações jurídicas em períodos curtos.
<i>São típicos</i>	<i>São típicos:</i>
venda futura	venda instantânea
consenso quanto à obrigação e a prestação diferem no tempo	consenso, prestação e contraprestação simultâneos
locação e arrendamento por períodos muito longos, em especial no último caso	o arrendamento consiste numa sucessão de pactos de curta duração
negócios de crédito, em especial por meio de prestações e mútuo; prestação e contraprestação podem diferir muito no tempo; no mútuo, até décadas	negócio jurídico de crédito de curta duração com enormes taxas de juros
Determinadas relações que se estendem por toda a vida dos participantes – casamento	a tradição desconhece relações jurídicas que necessariamente perduram por toda a vida dos sujeitos. Em muitas delas, o casamento se dissolve a qualquer tempo por mútuo acordo
há conjuntos de relações jurídicas que se prolongam para além da vida dos participantes, como a corporação	tradicionalmente, ignoram relações mais longas do que a vida de seus membros; as idéias de corporação são-lhes estranhas
a personalidade da pessoa jurídica não se confunde com a de seus membros; em geral, duração ilimitada da pessoa jurídica	somente conhecem a combinação frouxa de pessoas para a consecução de objetivos concretos, transitórios, imediatamente à vista

³⁹⁰ *Apud* FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 198-199, nota 125.

. . . – *Tabela periódica das culturas*

Eis a tabela periódica das culturas elaborada por FIKENTSCHER – o fundamento teórico deste trabalho:

1 – Culturas fragmentadas, não-organizadas ou desestruturadas:

1.1 – *Amontoadas*

1.2 – *Dispersas:*

1.2.1 – Zoroastrismo

1.2.2 – Vedismo

1.2.3 – Budismo

1.2.4 – Taoísmo/Confucionismo

1.3 – *Reamontoadas*

1.3.1 – Islamismo

1.3.2 – Marxismo

2 – Culturas estruturadas, organizadas ou desfragmentadas:

2.1 – *Extraposição trágica* – o logos grego

2.2 – *Extraposição eleutérica* – as fés judaica e cristã

Muito embora o esquema apresentado dê pistas para a elucidação da teoria de FIKENTSCHER, desdobramentos parecem necessários, pois os termos empregados não são correntes. Comprova-se, de novo, a intensidade lingüística do horizonte humano, na medida em que idéias inéditas não encontram veículo adequado nas palavras velhas; ao contrário, exigem signos novos, mesmo que resultantes do truque semiótico assinalado por BRÉAL: “novas acepções atribuídas a um mesmo termo equivalem à criação de termos novos”³⁹¹.

³⁹¹ *Apud* INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *Interpretação*, p. 43, nota 41, e *Hermenêutica*, p. 59.

6.2.10.1 – Culturas fragmentadas: a espécie “amontoada”

A denominação de sociedades “amontoadas” foi buscada no latim *affundere*, cujo significado, segundo FIKENTSCHER, seria o de “misturar, amontoar sem estrutura, juntar aleatoriamente”³⁹².

As sociedades fragmentadas, da espécie amontoada, são aquelas descritas na fase anterior à Era Axial, que passaram ao largo daquela revolução e nessa situação ainda se encontram³⁹³. Nelas, a ordem moral, representada pelo totem, originou o segundo foro – o jurídico – ao qual se acrescentou, não necessariamente nessa seqüência, a idolatria. Daqui, nasceram a magia, com o uso do totem ou do ídolo na relação de causalidade sobrenatural, e o terceiro *forum* – o religioso. Portanto, o ser humano passou a ser responsável perante três foros: o moral, o jurídico e o religioso. A utilização mágica de objetos naturais produziu o animismo, que, transposto para toda a natureza, desembocou no panteís-

³⁹² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 115: “Da *affundere* zusammenschütten, onhe Struktur aufhäufen, regellos sammeln bedeutet...”. Apesar de ANTÓNIO GOMES FERREIRA, *Dicionário*, p. 65, sugerir para o verbo latino os equivalentes portugueses “derramar em ou sobre, espalhar, verter, regar, aspergir [...]”, preferiu-se traduzir *affundere* como amontoar, em virtude de três motivos. Em primeiro lugar, porque essa opção permanece fiel à intenção de FIKENTSCHER, como se comprova no trecho transcrito, ainda que, talvez, isso não corresponda à melhor tradução do latim. Procurou-se, ademais, evitar o emprego do verbo latino no original, *affundere*, para não gerar as inevitáveis confusões a que se prestaria com o verbo português *afundar*, cujo sentido não comporta a acepção desejada pelo original alemão, mas somente admite os significados de “v. t. meter no fundo; submergir; fazer desaparecer; tornar fundo; aprofundar, examinar. [...]. Repetir muitas vezes; andar amiúde por um mesmo caminho. V. int. Ir ao fundo. v. pron. Ir a pique, submergir”, como se lê em ANTENOR NASCENTES, *Dicionário*, p. 21. A preferência pela tradução sugerida pelo dicionarista português poderia gerar confusão, quando justaposta à tradução da outra espécie de sociedade fragmentada, denominada com o auxílio do verbo latino *diffundere*. A propósito, cf. a nota 395. Dois motivos descartaram o uso do verbo *afundir*, o equivalente natural em Português de *affundere*. De um lado, *afundir* é “borrifar com água, banhar, umedecer” ou “ir ao fundo”, como observa HOUAISS, *Dicionário*, p. 109, que também registra para *affundere*, em latim, o sentido de “derramar por cima, entornar, verter”. De outro, a tradução seria enigmática.

³⁹³ Cf. tópicos 6.2.1 e 6.2.1.1.

mo. Este, por sua vez, deu origem ao politeísmo, não sujeito à crítica da Era Axial³⁹⁴.

6.2.10.2 – Culturas fragmentadas: a espécie “dispersa”

A Era do Eixo produziu as culturas fragmentadas da espécie “dispersa”³⁹⁵, pois os impulsos rudimentares para a estruturação social então existente foram programaticamente rechaçados³⁹⁶.

6.2.10.2.1 – Zoroastrismo

Ao contrário de seus desdobramentos ainda hoje zelosamente mantidos acesos, os monoteísmos mazdaísta e parsi, a religião zoroástrica original resultou da combinação de forte ética pessoal com a repugnância ao velho politeísmo. O Zoroastrismo destronou os antigos deuses e apelou ao livre arbítrio do homem, que deve tomar o partido do bem, encarnado numa divindade, em eterno combate universal com o mal, também personalizado³⁹⁷.

Portanto, o ser humano estaria em condições de saber o que é o bem, engajar-se em seu favor, de modo a se desenvolver, tornando-se melhor, mais elevado e mais forte³⁹⁸. Cada um decide isoladamente pelo

³⁹⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 115-116.

³⁹⁵ Novamente, a nomenclatura advém de termo latino – *diffundere*: “espalhar, derramar (um líquido) [...], dispersar, estender, alargar...”, segundo ANTÓNIO GOMES FERREIRA, *Dicionário*, p. 378. Por certo que se poderia usar o verbo difundir, cujo significado é “fazer que se estenda a todos; derramar fluídos [...]; estender, irradiar, comunicar [...]; propagar, divulgar, multiplicar, disseminar, dilatar [...]; derramar-se; espallhar-se; propagar-se”, segundo ANTENOR NASCENTES, *Dicionário*, p. 207. De acordo com ANTÓNIO GOMES FERREIRA, *Dicionário*, p. 390, o latim *dispergere*, origem de dispersar (ANTENOR NASCENTES, *Dicionário*, p. 210), também significa “espalhar por aqui e ali, disseminar”. A opção por essa tradução enfatiza o resultado fragmentado – a dispersão dos membros da sociedade – a que se chega por meio do método da difusão, *i. e.*, das gnoses dessa época.

³⁹⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 118.

³⁹⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 172.

³⁹⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 118 e 172.

bem ou pelo mal e arca com as conseqüências disso. O ser humano deve partir em busca do bem e da justiça³⁹⁹.

Segundo MASANI, o Zoroastrismo seria concepção militante da existência humana⁴⁰⁰. E aí se esconderia certa inclinação à organização, mas redundante na fragmentação, pois o homem é dotado de razão e livre arbítrio e, então, “cumpre que o ser humano trabalhe, ele mesmo, em seu benefício”⁴⁰¹. Exercendo a liberdade, o homem escolhe entre o bem e o mal⁴⁰². “Ao nos ajudarmos a nós mesmos, adquirimos independência”⁴⁰³.

6.2.10.2.2 – Vedismo

“A filosofia hindu ortodoxa surgiu da antiga religião ária dos *Vedas*”, explica HEINRICH ZIMMER⁴⁰⁴. Ao inverso do que se verificou na Grécia clássica sob o impulso racionalista da ciência natural e da filosofia, a Índia não satirizou nem repudiou os deuses por ocasião da Era Axial⁴⁰⁵. “As deidades guardiãs do mundo”, completa aquele autor, “não foram depostas, mas incorporadas a uma visão mais ampla e profunda, como reis-títeres dentro do império de um senhor mais poderoso”⁴⁰⁶.

A filosofia mais antiga da Era Axial pregou pela primeira vez a libertação do homem em relação ao mundo, em decorrência dos embates com o animismo⁴⁰⁷. A consciência da liberdade humana, em relação à

³⁹⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 118.

⁴⁰⁰ MASANI, *Zoroastrisme*, p. 100.

⁴⁰¹ MASANI, *Zoroastrisme*, p. 105: “puisqu’il faut que l’homme travaille lui-même à son salut...”.

⁴⁰² MASANI, *Zoroastrisme*, p. 105.

⁴⁰³ MASANI, *Zoroastrisme*, p. 124: “a s’aider soi-même, on acquiert l’indépendance”.

⁴⁰⁴ ZIMMER, *Índia*, p. 238.

⁴⁰⁵ ZIMMER, *Índia*, p. 238-239 e 243, que não utiliza o conceito de Era Axial de JASPERS, mas se refere àquele período histórico de modo claro.

⁴⁰⁶ ZIMMER, *Índia*, p. 239.

⁴⁰⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 118-119.

natureza, foi transplantada para o campo moral, com a idéia de desvinculação do próximo.

Central na concepção dos Vedas é o conceito de *dhyana*, traduzível como imersão, introspecção, obtenção da essência por meio da distância do mundo⁴⁰⁸. Dessa palavra deriva o japonês *zen*, que assinala uma forma de Budismo adepta da meditação.

O ponto de partida do pensamento bramânico, sublinha ALBERT SCHWEITZER, consiste na afirmação de que o universo possui uma única alma, dispersa por tudo quanto possua espírito, aí incluídos os vegetais⁴⁰⁹. Logo aqui já se vê a diferença básica entre a mística ocidental e a bramânica: no pensamento europeu, a alma de cada pessoa é humildemente absorvida pelo infinito, ao passo que, para o pensamento hindu, o brâmane com orgulho toma consciência de portar parcela do infinito⁴¹⁰. O objetivo da existência bramânica é integrar-se ao espírito único do universo – Brama: “para chegar à união com Brama, a renúncia ao temporal não basta; é preciso concentrar seu pensamento no mundo imaterial⁴¹¹. “A partir do momento no qual, segundo a doutrina bramânica, a alma se torna livre em relação ao mundo sensível, cumpre que o homem se esforce durante sua vida para se desviar de tudo o que é terrestre”⁴¹². Eis aí o ideal fragmentador do desligamento. A união com Brama, ao contrário do que pode parecer, não se obtém por meio da “meditação puramente intelectual”⁴¹³. O homem se une ao Brama “não apenas pelo conhecimento da verdade, mas também pela prática do des-

⁴⁰⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 183.

⁴⁰⁹ SCHWEITZER, *Indie*, p. 36.

⁴¹⁰ SCHWEITZER, *Indie*, p. 37.

⁴¹¹ SCHWEITZER, *Indie*, p. 38: “pour parvenir à l’union avec le Brahman, le renoncement au temporel ne suffit pas; il faut concentrer la pensée sur le monde immatériel”.

⁴¹² SCHWEITZER, *Indie*, p. 37: “Du moment que, selon la doctrine mystique des brahmanes, l’âme est libre à l’égard du monde sensible, il faut que l’homme pendant sa vie s’efforce de se détourner de tout ce qui est terrestre”.

⁴¹³ SCHWEITZER, *Indie*, p. 39: “... méditation purement intellectuelle ...”.

ligamento do mundo, pela realização da união com a alma universal no êxtase”⁴¹⁴. “A concepção geral do mundo que resulta da doutrina bramânica da união com a alma universal comporta, pois, a negação do mundo”⁴¹⁵. “Na mística bramânica, cuida-se menos de estar afastado do mundo do que de se sentir elevado acima dele na união com o Brahma”⁴¹⁶.

Os brâmanes, todavia, não se afastam integralmente do mundo, porque crêem na necessidade da sobrevivência da linha sacerdotal e de cumprir os deveres da casta, isto é, cultuar seus ancestrais e gerar descendentes que façam o mesmo. Em todas as hipóteses, são obrigações religiosas a serem satisfeitas antes de se deixar o campo livre à negação do mundo⁴¹⁷. Em rigor, o Bramanismo, preocupado com o aspecto sacerdotal da vida⁴¹⁸, concilia a negação completa do mundo e sua aceitação. Determina aos integrantes dessa casta que o aceitem na primeira metade da vida, dedicada à iniciação junto a um mestre e à chefia de família, mas o neguem na segunda, quando lhes caberá partir em retiro para a floresta e, por fim, fazer renúncia completa⁴¹⁹. “E quando os habitantes da cidade consideravam cumpridas suas obrigações para com a vida material da sociedade – casamento, filhos, governo, guerra, comércio, lazer –, retiravam-se para a floresta para terminar suas vidas em contemplação e meditação, retirando das árvores a tranqüilidade necessária a essa tarefa”, nota GITA MEHTA⁴²⁰. Tal solução de compromisso se

⁴¹⁴ SCHWEITZER, *Indie*, p. 39: “... c’est que l’homme s’unit au Brahman, non par la seule connaissance de la vérité, mais par la pratique du détachement du monde, par la réalisation de l’union avec l’âme universelle dans l’extase”.

⁴¹⁵ SCHWEITZER, *Indie*, p. 38: “La conception générale du monde qui découle de la doctrine brahmanique de l’union avec l’âme universelle comporte donc la négation du monde”.

⁴¹⁶ SCHWEITZER, *Indie*, p. 42: “Dans la mystique brahmanique, il s’agit moins d’être délivré du monde que de se sentir élevé au-dessus de lui dans l’union avec le Brahman”.

⁴¹⁷ SCHWEITZER, *Indie*, p. 40.

⁴¹⁸ SCHWEITZER, *Indie*, p. 41.

⁴¹⁹ SCHWEITZER, *Indie*, p. 39 e 40.

⁴²⁰ GITA MEHTA, *Escadas*, p. 172.

reflete no fato de a aceitação parcial do mundo pelos brâmanes ter importância capital na história indiana, sobretudo na composição da família e castas⁴²¹. As castas são prolongamentos dos clãs com destaque inclusive visual dessa distância entre as pessoas⁴²². Diversamente de suas análogas cidadinas helênicas, “as grandes academias filosóficas da Índia ficavam todas em bosques – reconhecimento de que a floresta auto-suficiente e infinitamente regeneradora combinava em si a diversidade e a harmonia que eram a aspiração, o objetivo da metafísica indiana”⁴²³. Os brâmanes ousaram reconhecer que não se pode extrair nenhuma ética da observação da natureza do universo⁴²⁴. Assim, a circunstância de o ser humano partilhar o espírito universal com todas as demais criaturas não produziu nenhum desdobramento ético⁴²⁵. Por essa razão, os brâmanes “não exigem do homem que, em virtude dessa identidade, sinta simpatia pelos outros seres ou que se mostre piedoso por eles”⁴²⁶. Onde o conselho de não agir⁴²⁷. “A piedade e o amor ao próximo ainda permanecem estranhos a essa ética...”⁴²⁸.

A ordenação da sociedade faz-se em termos estáticos e estanques. O sânscrito sintomaticamente carecia de palavra para designar o direito, um derivado da *dharmasastra*, isto é, da ciência da integridade⁴²⁹. Tal sa-

⁴²¹ SCHWEITZER, *Indie*, p. 42. Isso se alteraria radicalmente com o Budismo, como se verá a seguir.

⁴²² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 187.

⁴²³ GITA MEHTA, *Escadas*, p. 171.

⁴²⁴ SCHWEITZER, *Indie*, p. 42.

⁴²⁵ SCHWEITZER, *Indie*, p. 43. Ao contrário do que ocorreu com a base do Judaísmo e do Cristianismo providos da extraposição “eleutérica”, que lhes permitiu inferir preceitos morais basilares, a partir da igualdade dos homens perante o deus ético – cf. o item 6.2.10.5.

⁴²⁶ SCHWEITZER, *Indie*, p. 43: “Ils n'exigent pas de l'homme qu'en vertu de cette identité il éprouve pour les autres êtres de la sympathie ou qu'il se montre pitoyable por eux”.

⁴²⁷ SCHWEITZER, *Indie*, p. 44.

⁴²⁸ SCHWEITZER, *Indie*, p. 45: “La pitié et l'amour du prochain restent encore étrangers à cette éthique...”.

⁴²⁹ DERRETT, *Dilemma*, p. 500.

ber ocupava-se da correção das coisas, da ordem cósmica, eterna e sobrenatural, cuja pesquisa era privilégio dos brâmanes⁴³⁰. Seu objeto, o “*dharma* – ‘retidão, integridade’ –, é muito freqüentemente traduzido como ‘dever’, um equivalente raramente adequado [...]”. DUNCAN DERRETT esclarece que “o significado básico, conceito emprestado à genética, é o de ‘substância codificada’ de um indivíduo, que determina sua função, inclusive seu valor para os outros, assim como o tratamento que deles pode provavelmente esperar, acaso sejam eles, de seu lado, fiéis ao seu *dharma*”⁴³¹. Nota-se, também aqui, a idéia de predeterminação rígida dos papéis conferidos a cada pessoa na sociedade, como na Índia clássica com sua inexorável estratificação das camadas sociais. Segundo a concepção bramânica, existiriam castas entre os animais que assim “confirmariam” o modo hindu de compor a sociedade. Por meio de pacto, o tigre cederia aos humanos a floresta. No entanto, tal acordo seria renovado entre um tigre e cada príncipe, legitimado pela natureza, representada pelos animais da selva. Eis outro dado relevante: “o vínculo só existe sempre com um príncipe, pois a concepção histórica das culturas fragmentadas recomeça a cada príncipe”⁴³².

A fragmentação resultante dessa concepção religiosa parece óbvia. Não se ousa aqui a um balanço entre os méritos e problemas da religião hindu. Mas vale o registro das diferenças sociais provocadas pela adoção de dois princípios contrapostos – a estruturação e a fragmentação. O Presidente da comissão redatora da Constituição da Índia, AMBEDKAR, em discurso a seus companheiros da casta dos intocáveis é eloqüente na

⁴³⁰ DERRETT, *Dilemma*, p. 500.

⁴³¹ DERRETT, *Dilemma*, p. 499: “*Dharma*, ‘Rechtschaffenheit’ wird sehr oft mit ‘Pflicht’ übersetzt, was selten eine angemessene Wiedergabe ist [...]. Die Grundbedeutung ist die ‘kodierte Substanz’ eines Individuums – die Begriff, der der Genetik entlehnt ist – [...], welche seine Funktion einschließlich seines Wertes für andere sowie die Behandlung bestimmt, die es von diesen möglicherweise erfährt, wenn sie ihrerseits ihrem jeweiligen *dharma* treu sind”.

⁴³² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 87: “Die Bindung besteht immer nur mit einem Fürsten, da die Geschichtevorstellung der fragmentierten Kulturen mit jedem Fürsten neu beginnt”.

demonstração das relações entre o isolamento do homem e as consequências culturais decorrentes dessa pregação: “se quiserem respeitar-se a si mesmos, mudem de religião. Se quiserem igualdade, mudem de religião. Se quiserem poder, mudem de religião. A religião que proíbe o comportamento humanitário entre seres humanos não é religião, mas uma penalidade. A religião que considera pecado o reconhecimento da dignidade humana não é religião, mas uma doença. A religião que permite tocar um animal e não um homem não é religião, mas loucura”⁴³³.

SCHWEITZER frisa que a mística bramânica da união com o ser universal não provocou grande movimento de renúncia ao mundo fora da casta sacerdotal⁴³⁴. A grande ofensiva da negação do mundo começou com o Budismo e o Jainismo, mas com base na doutrina da reencarnação, igualmente herdada do Bramanismo. As massas passaram a se preocupar com a angústia gerada pela idéia de sucessivas reencarnações e, portanto, vidas repletas de sofrimento, de que seria preciso procurar libertação⁴³⁵.

6.2.10.2.3 – Budismo

O Budismo, que está para o Vedismo assim como o Novo Testamento se comporta em relação ao Velho, consiste na radicalização do desligamento pregado por seu antecedente.⁴³⁶

O Budismo também é um dos racionalismos éticos, gnosés, da Era Axial, à moda do Zoroastrismo e do Bramanismo⁴³⁷. O Budismo não se equipara a uma religião tanto do ponto de vista de sua nomenclatura, quanto de seu conteúdo. Religião provém de étimo latino que transmite a idéia de reatar a ligação, o suposto vínculo primordial entre o ser

⁴³³ *Apud* GITA MEHTA, *Escadas*, p. 104.

⁴³⁴ SCHWEITZER, *Indie*, p. 42.

⁴³⁵ SCHWEITZER, *Indie*, p. 42.

⁴³⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 119.

⁴³⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 191.

humano e a divindade. Sucede que o Budismo postula exatamente o contrário, isto é, o desligamento do homem de seus semelhantes e do mundo, de maneira geral. O Budismo representa explicação mais filosófica do mundo, pois não afirma nem nega a existência de deus. Em geral, vem examinado junto com verdadeiras religiões, por ter surgido na Era Axial e também por oferecer resposta imbuída de racionalismo ético para a questão do sofrimento humano.

Tal como nas demais gnosés da Era Axial, a constatação dos problemas da condição humana dá a partida para o pensar budista. Eis a primeira das “quatro grandes verdades” do Budismo:

“O mundo está cheio de sofrimentos. O nascimento, a velhice, a doença e a morte são sofrimentos, assim como o são o fato de odiar, estar separado de um ente querido ou de lutar inutilmente para satisfazer os desejos. De fato, a vida que não está livre dos desejos e paixões está sempre envolta com a angústia. Eis o que se chama de a Verdade do sofrimento.

A causa do sofrimento humano encontra-se, sem dúvida, nos desejos do corpo físico e nas ilusões das paixões mundanas. A isto se chama a Verdade da Causa do Sofrimento”⁴³⁸.

Logo, a receita para a libertação do ser humano se encontraria no seguinte método:

“Se o desejo, que se aloja na raiz de toda a paixão humana, puder ser removido, aí então, morrerá esta paixão e desaparecerá, conseqüentemente, todo o sofrimento humano. Isto é chamado de a Verdade da Extinção do Sofrimento”⁴³⁹.

Por fim, a “verdade do nobre caminho” representa o meio para o homem ver-se livre da fonte de todos os males – os desejos⁴⁴⁰. A compaixão de BUDA pelo restante da humanidade difere do amor ao próxi-

⁴³⁸ *Buda*, p. 75.

⁴³⁹ *Buda*, p. 75-77.

⁴⁴⁰ *Buda*, p. 77.

mo, à moda do “tive sede e me deteste de beber, tive fome e me deste de comer” pregado por JESUS. A compaixão de BUDA pelos outros seres humanos impõe ensinar ao outro a iluminação, vale dizer, como poderá superar seus próprios desejos, isto é, encontrar a verdade.

O repúdio à causalidade entendida à moda do *Logos* grego parece encontrável no Budismo:

“Desde que tudo no mundo é causado pelo concurso de causas e condições, não poderá haver nenhuma distinção básica entre as coisas. As aparentes distinções são criadas pelos absurdos e discriminadores pensamentos dos homens.

No firmamento não há distinção entre o leste e o oeste; os homens criaram, em suas mentes, esta distinção e a julgam como verdadeira”⁴⁴¹.

A fragmentação social preconizada pelo Budismo é vista com toda a intensidade na seguinte passagem:

“Na busca da verdade, há questões de somenos importância, que podem ser relegadas a segundo plano. Questões tais que: de que material se compõe o universo? O universo é eterno? Existem limites para o universo? De que maneira se agrega a sociedade humana? Se um homem postergar sua busca e prática da Iluminação até que tais questões sejam solucionadas, ele morrerá antes de encontrar o Caminho”⁴⁴².

A ética budista vai mais longe, ao pregar: “por causa da ignorância e das falsas interpretações, os homens criam discriminações, onde, na realidade, não as há. Inerentemente, não existe discriminação entre o certo e o errado no comportamento humano; mas os homens, por causa da sua ignorância, imaginam tais distinções, julgando-as como certas ou erradas”⁴⁴³. Aqui, como notou FIKENTSCHER, reside a importância do

⁴⁴¹ *Buda*, p. 103.

⁴⁴² *Buda*, p. 297.

⁴⁴³ *Buda*, p. 85-87.

princípio da sobre-soma, porque somente uma ordem ideal – acima dos homens, despersonalizada na razão comum ou personalizada em deus – pode garantir padrão unificador da conduta social e, ao mesmo tempo, proteção ao homem. Daí por que, na prática, a ditadura seja o mais comum modo de governo dos povos fragmentados. Se a busca do justo e do injusto não possui a dignidade de outros objetivos, então o que o detentor eventual do poder dispuser tende a ser aceito ou, pelo menos, tolerado.

FIKENTSCHER esclarece que a lenda de Borobudur representa bom exemplo de como as sociedades fragmentadas e as estruturadas lidam com problemas éticos, como o incesto, ainda que cometido inconscientemente⁴⁴⁴. A pequena filha do príncipe Dewa Kusuma de Java teria sido raptada. Décadas depois, ambos, sem se reconhecerem, se apaixonam, casam e geram uma criança. Contudo, descobrem-se depois pai e filha. Como única forma de obter sua redenção, religiosos sugerem a construção de templo complexo, dotado de 1.300 estátuas de Buda, no prazo de dez dias. Apesar de, com a ajuda de artistas e de operários, terem concluído a obra a tempo, ambos são castigados, pois a mesma pessoa que antes levara a criança roubou, agora, uma das estátuas. O príncipe, sua filha-esposa e a criança são emparedados no templo para morrer de fome. Já na lenda grega, a pena de morte imposta a Édipo pelos deuses, em decorrência da comissão igualmente involuntária de incesto é comutada pela *polis* em banimento temporário, dada a inexistência de culpa. Na Grécia antiga, a solução para o grave problema criado pelo incesto e outras questões humanas decorria da assunção da responsabilidade pelos homens, ao passo que o Budismo sugere o isolamento de quem sofre – em rigor, de todos os seres humanos – dos demais e do mundo.

As conseqüências disso no âmbito jurídico teriam sido percebidas por diversos autores, ao assinalarem os seguintes caracteres em socieda-

⁴⁴⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 194-195.

des informadas pelo Budismo: inexistência de vínculos duradouros, com reflexos na relação entre cidadãos e Estado, relações mais instáveis entre homens e mulheres⁴⁴⁵. A Coréia, por exemplo, equipara o direito à “concepção da pena”⁴⁴⁶. O direito é a antítese do talento, paz e harmonia. A tradução do termo coreano para direito corresponderia a “domínio pela punição”⁴⁴⁷. A Coréia desconhecia conceitos como justiça, liberdade, devido processo legal, igualdade, propriedade etc. Mais importante é evitar o conflito, de modo que o direito é a *ultima ratio*, em caso de necessidade absoluta⁴⁴⁸. Eis o motivo por que antropólogos, médicos e assistentes falam do espanto desses povos diante de conceitos como democracia e estruturas políticas⁴⁴⁹.

Um dos traços da fragmentação social espelha-se no urbanismo. “A locação dos bairros na Birmânia é uma imagem da estrutura social frouxamente constituída. As propriedades e os vários pagodes alinham-se irregularmente sem nenhuma estrutura, um ao lado do outro”⁴⁵⁰. Em apoio ao ponto de vista da indiferença ao planejamento nas sociedades fragmentadas, FIKENTSCHER nota a irregularidade da distribuição espacial das cidades. MAX WEBER também notou a irregularidade ou o caráter aleatório da conformação dos espaços urbanos⁴⁵¹. Pense-se em algo como o caos urbano das favelas brasileiras⁴⁵².

⁴⁴⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 197.

⁴⁴⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 200.

⁴⁴⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 200.

⁴⁴⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 201.

⁴⁴⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 203.

⁴⁵⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 203: “Die fragmentierte Siedlungsweise in Burma ist ein Abbild der locker gefügten Sozialsstruktur. Die Anwesen und zahlreichen Pagoden liegen ohne jede Struktur regellos nebeneinander”.

⁴⁵¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 246.

⁴⁵² Permita-se aqui um comentário lateral a respeito de nosso direito urbanístico. Apesar de o art. 182 da Constituição de 1988 prescrever à “política urbana” o “objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” por meio das diversas medidas de seu § 4º relativas à ocupação racional do solo, os artigos 10 e 32, § 2º, II, da Lei 10.257/2001, o “Estatuto da Cidade”, operam em sentido contrário e inconstitucio-

6.2.10.2.4 – Taoísmo e Confucionismo

O Taoísmo e o Confucionismo divulgam a idéia de harmonia social baseada na ordenação, enfileiramento, exercícios de dominação, camadas e designação de lugares sociais às pessoas⁴⁵³. O Taoísmo aparenta-se com o Budismo, na pregação da introspecção védica, ao passo que o Confucionismo opera com a idéia de harmonização das pessoas na sociedade⁴⁵⁴. Embora sejam as filosofias orientais dotadas de maiores impulsos estruturantes, o Taoísmo e o Confucionismo pendem para a fragmentação, como se vê nas imagens do ser humano como um grão de areia ou gota no oceano. Não apenas por essa superficialidade, mas sobretudo porque nelas não se nota a individualidade. Na resolução de conflitos, cuida-se antes de repor os litigantes no lugar que lhes cabe no quadro geral de harmonia, um pressuposto mas não deduzido nem discutido.

KAKUZO OKAKURA esclarece as origens das duas principais gnosés axiais nascidas na China:

“O Taoísmo como seu legítimo sucessor, o zenismo, representa a tendência da mentalidade do Sul da China, em contraposição ao comunismo do norte que se expressa através do confucionismo. O reino do meio é tão vasto como a Europa e apresenta uma diferença de idiosincrasias assinalada pelos dois sistemas fluviais que o

nal, ao concederem direitos a aglomerados urbanos que atendem a vários interesses, menos seguramente o do racional planejamento urbano. Tem-se aqui exemplo claro das tensões geradas quando uma pré-compreensão fragmentada se vê desafiada por um direito constitucional que se propõe a estruturá-la ou que simplesmente desconhece a natureza do substrato cultural que deseja regular. A força do modelo fragmentado chega ao ponto de perverter o sentido da norma estruturada, para ler na reforma urbana a manutenção exatamente daquilo que a Constituição deseja proscrever. Transforma-se assim um imperativo constitucional de organização do espaço urbano em ordem para a conservação de aglomerados populacionais caóticos.

⁴⁵³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 206.

atravessam: o Yangtse-Kiang e o Hoang-Ho correspondem respectivamente aos mares Mediterrâneo e Báltico. Mesmo hoje em dia, apesar dos séculos de unificação, o Sul Celestial é diferente do irmão do Norte por sua maneira de pensar, suas crenças, assim como um elemento de raça latina difere de um teutônico. Em LAO TZU e seus seguidores [...] vamos encontrar um ideário que nada tinha a ver com as prosaicas noções morais dos escritores do norte, seus contemporâneos. LAO TZU viveu cinco séculos antes da era cristã [portanto, em plena Era Axial].

O germe da especulação taoísta pode ser encontrado muito antes do advento de LAO TZU [...]. Os registros arcaicos da China [...] antecipam-lhe o pensamento. Mas o grande respeito com que se observam as leis e os costumes, nesse período clássico da civilização chinesa que culminou com o estabelecimento da dinastia CHOU no Século XVI a. C., manteve o individualismo em xeque por muito tempo, de forma que só após a instalação de vários reinados lhe foi possível desabrochar na luxúria do pensamento livre. LAO TZU e SOSHI (CHUANG TZU) eram sulistas e grandes expoentes, os maiores, da nova escola. Do lado oposto, estava CONFÚCIO, com seus numerosos discípulos, procurando preservar as tradições ancestrais. O taoísmo não podia ser compreendido sem algum conhecimento do confucionismo e vice-versa”⁴⁵⁵.

A inspiração do Taoísmo reside no suposto de que cada pessoa deve achar o caminho – *tao* – para sua realização na ordem cósmica a que tudo pertence. Trata-se de intencionalmente não agir, nem tentar interferir causalmente no evoluir do mundo. As pessoas devem inserir-se espontaneamente no cosmos. O modo de fazê-lo consiste na versão chinesa do *dhyana* hindu e do *zen* japonês – a imersão do homem em si mesmo, a consciência⁴⁵⁶. Apesar de formulado em sentenças de estilo hermético, parece possível divisar no *Tao* os elementos da fragmenta-

⁴⁵⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 120.

⁴⁵⁵ OKAKURA, *Chá*, p. 35-36.

ção. Em contraposição ao pensamento Ocidental, LAO-TSÉ afirmou: “racionalismo é negação da vida”⁴⁵⁷. À semelhança das demais gnosés da Era Axial, também aqui se constata os problemas da condição humana que desembocam no sofrimento: “perfeição humana sempre é imperfeição: é irrealizável”⁴⁵⁸. Donde o conselho que, internamente, afasta os seres humanos uns dos outros: “para dirigir o Humano, para progredir no Espiritual, nada se iguala à Abstenção. A abstenção é a entrada no bom caminho”⁴⁵⁹. A consequência fragmentadora dessa postura individual no âmbito da sociedade pode ser lida na seguinte passagem: “querer dirigir a sociedade é impraticável posteriormente; a sociedade é um sistema energético e, como tal, previamente indirigível pelo indivíduo: organizá-la é desorganizá-la; consolidá-la é desagregá-la”⁴⁶⁰.

CONFÚCIO, por sua vez, parece ter sido um original copista, na medida em que sua mensagem era por ele mesmo interpretada como proposta de retorno aos antigos padrões da sociedade chinesa. Nisso se destacou dos demais expoentes da Era Axial, empenhados na indicação de caminhos novos⁴⁶¹. JASPERS adverte para a exposição de novas idéias sob a capa de conservação do passado⁴⁶². Numa época de guerras cíclicas, CONFÚCIO apegou-se à suposta tranqüilidade dos tempos idos, para sublinhar a necessidade de ordem, harmonia. As idéias de CONFÚCIO parecem fundadas nos conceitos de “meio” e “harmonia”. “Antes que a alegria, a satisfação, a cólera, a tristeza se produzam na alma (com excesso), o estado em que nos encontramos é o *meio*. Enquanto eles se produzem na alma, mas não alcançaram senão certo limite, o estado em

⁴⁵⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 209.

⁴⁵⁷ LAO-TSÉ, *Sendero*, p. 50, XX.

⁴⁵⁸ LAO-TSÉ, *Sendero*, p. 81, XLV.

⁴⁵⁹ LAO-TSÉ, *Sendero*, p. 100, LIX.

⁴⁶⁰ LAO-TSÉ, *Sendero*, p. 62, XXIX.

⁴⁶¹ JASPERS, *Menschen*, p. 135.

⁴⁶² JASPERS, *Menschen*, p. 135; cf. o item 6.3.2, para a concepção histórica das sociedades fragmentadas para a explicação desse apelo ao passado mítico.

que nos encontramos se chama *harmônico*. O *meio* é a grande base fundamental do mundo, a *harmonia* é a sua lei universal e permanente”⁴⁶³. O mérito consiste, pois, em manter ou repor as pessoas na situação de harmonia.

O filósofo chinês sabia-se muito bem diante de uma opção: retirar-se do mundo na sua individualidade ou construir a sociedade com os demais homens⁴⁶⁴. “Sua decisão é clara. ‘Com pássaros e animais do campo não podemos coabitar. Se eu não quiser estar junto às pessoas, com quem hei de estar?’”⁴⁶⁵. CONFÚCIO pregava não apenas a inserção do homem no cosmos, mas também na sociedade e no Estado⁴⁶⁶. Aqui estaria o impulso mais forte à estruturação registrado nas sociedades orientais, que, contudo, optaram pela dispersão⁴⁶⁷. Um dos pensamentos reitores do confucionismo afirma que a natureza humana – *yen* – já inclui a ética, ou seja, a humanidade não se separa da moralidade⁴⁶⁸. Daqui, o filósofo infere a “necessidade da ordem”⁴⁶⁹ para regular a conduta dos homens, que, ao contrário dos animais, não se deve deixar dominar por instintos⁴⁷⁰. O primeiro imperativo ético está assim elaborado: “quem tem retidão de coração [...] não se aparta da lei moral do dever prescrita aos homens por sua natureza racional, não faz aos demais o que não deseja que lhe façam”⁴⁷¹. CONFÚCIO chega mesmo a prescrever: “amar o próximo como a si mesmo”⁴⁷².

⁴⁶³ CONFÚCIO, *Medio*, p. 25.

⁴⁶⁴ JASPERS, *Menschen*, p. 145.

⁴⁶⁵ JASPERS, *Menschen*, p. 145: “Seine Entscheidung ist eindeutig. ‘Mit den Vögeln und Tieren des Feldes kann man doch nicht zusammen hausen. Wenn ich nicht mit Menschen zusammen sein will, mit wem soll ich dann zusammen?’”.

⁴⁶⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 210.

⁴⁶⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. .

⁴⁶⁸ JASPERS, *Menschen*, p. 146; cf. o item 6.2.1, em especial, a nota 88, para a comprovação do acerto antropológico dessa afirmativa.

⁴⁶⁹ JASPERS, *Menschen*, p. 149: “Notwendigkeit der Ordnung”.

⁴⁷⁰ JASPERS, *Menschen*, p. 146.

⁴⁷¹ CONFÚCIO, *Medio*, p. 32, e JASPERS, *Menschen*, p. 149.

⁴⁷² CONFÚCIO, *Colóquios*, p. 69.

Malgrado todas essas considerações pudessem ser interpretadas como estruturação, a sociedade chinesa optou pela fragmentação, por faltar-lhe a idéia de igualdade entre os homens. “Porque os seres humanos são tão diversos, um bom governo só é possível em degraus de poder”⁴⁷³. E, por óbvio, similares degraus de poder não se constroem sobre base isonômica, mas paternalista: o governante tem o dever de “tratar o povo como seu filho”⁴⁷⁴. Tal idéia é assim pormenorizada por CONFÚCIO: “pode-se levar o povo a seguir os princípios da justiça e da razão; não se pode conduzi-lo a compreendê-los”⁴⁷⁵. E culmina: “a essência do príncipe é como o vento; essência da massa é como a relva. Quando o vento sopra sobre ela, a relva se curva”⁴⁷⁶.

O Estado idealizado por CONFÚCIO tem a característica básica da fragmentação social, a saber, o alinhamento monolinear das pessoas, em escala vertical até o monarca, mas sem laços longitudinais.

6.2.10.3 – Culturas fragmentadas: a espécie “reamontoadas”

As sociedades “reamontoadas” são assim chamadas em atenção ao fato de serem reações conscientes às sociedades organizadas⁴⁷⁷. Diferem das dispersas pelo surgimento muito posterior à Era Axial, por serem reguladas por determinismo monocausal, manterem atitude crítica e rigorismo ético⁴⁷⁸. Relacionam-se, contudo, às diversas modalidades de pensamento axial, porque seu tema fundamental também é a questão do sofrimento humano.

⁴⁷³ JASPERS, *Menschen*, p. 149: “Weil die Menschen so verschieden sind, ist gute Regierung nur möglich in Stufen der Macht”.

⁴⁷⁴ CONFÚCIO, *Medio*, p. 39.

⁴⁷⁵ CONFÚCIO, *Colóquios*, p. 69, e JASPERS, *Menschen*, p. 149.

⁴⁷⁶ CONFÚCIO, *Colóquios*, p. 104, e JASPERS, *Menschen*, p. 149.

⁴⁷⁷ “Reaffundierte Gesellschaften” – FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 121.

⁴⁷⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 121-122.

Tais culturas, especialmente as islâmicas, são assim denominadas pela semelhança com as sociedades anteriores à Era Axial, que ligam, unidimensionalmente, cada pessoa a certo deus local ou ao deus ocioso, que não intervém na história⁴⁷⁹.

6.2.10.3.1 – Islamismo

MAOMÉ interpretou-se como o último dos profetas, na linha de MOISÉS, ABRAÃO e JESUS. Pregou, em suma, o retorno à extraposição precedente àquela criada durante o período em que os judeus foram escravizados na Babilônia: ao invés da extraposição ética de Deus, postulou sua extraposição cosmológica⁴⁸⁰. Na “tabela periódica das culturas”, o Islã resulta da substituição dos vários deuses anteriores à Era Axial por um único Deus que se estende a tudo⁴⁸¹.

Mais do que isso, Deus determina unilateralmente o curso de tudo; não promete nada aos homens nem os ajuda⁴⁸². Fazê-lo representaria abrir mão de parcela do poder divino em prol dos mortais⁴⁸³. Assim, o estabelecimento de vínculos entre os seres humanos seria pecaminoso, pois representaria a tentativa de erguer segurança contra o disposto por Deus⁴⁸⁴. O homem não deve ladear ou limitar a vontade divina na Terra por meio da organização. Não por acaso a religião se chama Islã, que significa “entregar-se à vontade de Deus”. AIDA HANANIA define o Islã como “amplo código de conduta pessoal e social, que abarca uma fé, uma filosofia, uma lei e um mister: chamar os semelhantes à participação de uma comunidade erigida e ungida pelo destino”⁴⁸⁵. Por isso, o injusto do ponto de vista muçulmano consiste exatamente em qualquer

⁴⁷⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 309.

⁴⁸⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 306.

⁴⁸¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 309.

⁴⁸² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 307.

⁴⁸³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 307.

⁴⁸⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 122.

⁴⁸⁵ AIDA HANANIA, *Caligrafia*, p. 10-11.

tentativa humana de se subtrair à vontade divina. Quem se entregar a deus pode contar com julgamento favorável.

Semelhante monocausalismo redundando no fatalismo expresso com poesia nas seguintes palavras atribuídas a MAOMÉ pela tradição: “quando Deus criou o cálamo, ordenou-lhe: ‘escreva!’ O cálamo perguntou: ‘o que escreverei?’ Escreve, respondeu Deus, o destino de todas as coisas até o fim do mundo. E o cálamo escreveu tudo o que foi e tudo o que será até o século dos séculos”⁴⁸⁶.

Apesar de se saberem imperfeitos, o cristão e o judeu sentem-se interlocutores morais da divindade; já o muçulmano não é filho nem servo de Deus atuando na Terra, mas pode alcançar a redenção, caso se curve aos propósitos divinos⁴⁸⁷. Em decorrência do determinismo aplicável a todas as questões, em especial à do sofrimento terreno, o muçulmano não se apegava às categorias da causalidade nem da história, tais quais as entendemos. Se Deus é a causa de tudo e se não há como escapar das suas decisões futuras, por que aprofundar as categorias da causa e efeito e da história? Partindo-se do suposto de que Deus não poupa mesmo os justos nem com eles celebra aliança, não há razão para esperar vínculos entre os homens⁴⁸⁸. Ao contrário da idéia de aliança entre Deus-pai e o homem-filho do Judaísmo e do Cristianismo, o Islamismo indaga: “porventura aquele a quem Deus abriu o coração ao Islã e está na luz do Senhor será igual àquele a quem sigilou seu coração? Ai, daqueles cujos corações estejam empedernidos para a recordação de Deus!”⁴⁸⁹. E o Corão prossegue: “Deus revelou a mais bela Mensagem: um Livro homogêneo [...]. Tal é o guia de Deus com o qual encaminha a quem Lhe apraz. Ao contrário, quem Deus desvia jamais terá condutor algum”⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ *Coran*, p. 23.

⁴⁸⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 308.

⁴⁸⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 308.

⁴⁸⁹ *Coran*, p. 360, Sura dos Tropéis, 22.

⁴⁹⁰ *Coran*, p. 360, Sura dos Tropéis, 23.

Para a fé islâmica, Deus não opera por meio da celebração de laços de confiança com os homens: Deus emprega a astúcia para encaminhá-los⁴⁹¹. O Corão qualifica tal modo de agir divino como “rodeio, artifício, estratagema, engano, mistificação e finta”⁴⁹². Em compilação de textos antigos, KHAWAM logo explica que o termo árabe *hila* designa máquina habilmente construída por artífice para aliviar o trabalho humano⁴⁹³. Deus preferiria a *hila*, “a argúcia, apresentada [...] como o melhor meio (entenda-se, o menos coativo... mas não o menos eficaz) de apartar do seu fim uma vontade extraviada”⁴⁹⁴. Logo, “Deus não vacilará em empregar subterfúgios para persuadir seus profetas e os candidatos à eternidade”⁴⁹⁵. Mas, adverte: a argúcia “não é um meio destinado a enganar o adversário utilizando procedimentos pérfidos”⁴⁹⁶. IBN-‘ABBÂS esclarece: “cada vez que se realiza um novo ato por estes homens [os astutos], Deus replica opondo um ato contrário”⁴⁹⁷. AL ZAYASH continua: “a astúcia de Deus é a retribuição das próprias argúcias deles. Ele [Deus] dispõe uma argúcia para anular a sua [dos homens] e fazê-la ineficaz”⁴⁹⁸. Não se trata de um pai castigar um filho infrator a quem revela mensagem ética clara, à semelhança do Cristianismo ou do Judaísmo, mas de influir na vontade dos homens de modo sub-reptício. O Islâmismo privilegia o duelo de argúcias, no qual Deus sempre vence.

Não apenas a divindade se vale das argúcias. Os homens espelham suas ações no comportamento divino, de modo que califas, juízes, vizires, negociantes e até mesmo os profetas empregam subterfúgios para alcançar suas finalidades⁴⁹⁹. Entre as centenas de estórias contadas, alguns

⁴⁹¹ KHAWAM, *Argúcias*, p. 17.

⁴⁹² KHAWAM, *Argúcias*, p. 17.

⁴⁹³ KHAWAM, *Argúcias*, p. 17.

⁴⁹⁴ KHAWAM, *Argúcias*, p. 17.

⁴⁹⁵ KHAWAM, *Argúcias*, p. 17.

⁴⁹⁶ KHAWAM, *Argúcias*, p. 17.

⁴⁹⁷ *Apud* KHAWAM, *Argúcias*, p. 75

⁴⁹⁸ *Apud* KHAWAM, *Argúcias*, p. 75

⁴⁹⁹ KHAWAM, *Argúcias*, p. 18-19.

exemplos de argúcia. Ninguém menos do que MAOMÉ teria protagonizado a seguinte astúcia: um homem perseguido por grupo de pessoas que o desejava matar pede ajuda ao profeta, sentado à margem da estrada. MAOMÉ aceita ajudá-lo e se assenta noutra parte. Logo em seguida, os perseguidores perguntam ao profeta se havia visto o fugitivo que descrevem. E dele obtêm a seguinte resposta: “por Aquele que tem na sua mão minha alma carnal, desde que me pus neste lugar, ninguém passou diante de mim”⁵⁰⁰. Outro exemplo, agora com o profeta JESUS: após haver acertado delatar JESUS por trinta moedas, JUDAS entrou na casa onde se encontraria o profeta para identificá-lo aos perseguidores⁵⁰¹. Tão logo ingressou na casa, Deus teria ascendido JESUS ao céu, ao mesmo tempo em que, aos olhos dos perseguidores, fez o traidor se parecer com o traído. Resultado: JESUS foi diretamente ao céu e JUDAS crucificado em seu lugar⁵⁰².

A confiança e os vínculos entre os homens não fazem nenhum sentido aqui. Para comprová-lo uma vez mais, basta recordar os cin-

⁵⁰⁰ KHAWAM, *Argúcias*, p. 150-151.

⁵⁰¹ KHAWAM, *Argúcias*, p. 74-75. Compare-se a enorme diferença entre a concepção islâmica de Deus usando de subterfúgios para bem encaminhar os homens e a idéia cristã de que o próprio Deus, encarnado em JESUS, cumpre a regra que ditou e morre na cruz, em sinal de amor aos mortais, que, assim, podem confiar na palavra dada, qualquer que seja a circunstância. A propósito, cf. a nota 626.

⁵⁰² Outro exemplo: Deus disse a JEREMIAS que aniquilaria o povo judaico, porque não estava a respeitar Suas imposições (*Argúcias*, p. 71-74). Aquele profeta prometeu empenhar-se na divulgação dos desígnios divinos. Deus respondeu-lhe que somente tomaria aquela medida drástica, acaso o próprio JEREMIAS o ordenasse. Então, por diversas vezes, Deus enviou um anjo disfarçado de homem em busca de conselho do profeta acerca da atitude a tomar com relação aos seus supostos parentes: malgrado ele somente lhes fizesse o bem, era retribuído com o mal. Nas várias oportunidades, o profeta sugeriu tratar-lhes bem e orar. JEREMIAS, do alto das muralhas, assistia o cerco babilônico a Jerusalém, quando o anjo incógnito voltou a procurá-lo, insistindo em que seus pretensos familiares estariam, agora, a perpetrar coisas muito graves, capazes de despertar a ira de Deus. Diante disso, JEREMIAS aconselhou-lhe o aniquilamento dos parentes. Em seguida a isso, um raio destruiu o templo e parte dos portões da cidade, dando início à queda dos hebreus. JEREMIAS, queixoso de Deus, ouviu a resposta de que ele mesmo havia ditado a sentença executada.

co artigos básicos da fé: crer no único Deus, nos anjos, nos profetas, no livro sagrado e no juízo final. Nada se diz aqui do comportamento dos fiéis entre si, embora o Corão o faça. Comparem-se tais mandamentos com a comunhão e o “amai-vos uns aos outros” cristão. Tampouco os deveres do Islã, como o jejum, a peregrinação a Meca, o pagamento de imposto, as cinco orações diárias demandam comunhão, pois se trata da subordinação individual de cada homem a Deus⁵⁰³. Ao contrário, cada fiel responde e se preordena individualmente à divindade sem ligações colaterais⁵⁰⁴. A linha que os une é individual e direta: fiel 1–Deus; fiel 2–Deus etc. Mas, nada há que se assemelhe ao esquema fiel 1 – fiel 2, em comunhão, ligados, então, a Deus. Ao inverso das sociedades estruturadas, que se sustentam tanto em vínculos longitudinais quanto transversais, o Islamismo chega à fragmentação por meio do estabelecimento de um vínculo isolado entre cada fiel e Deus. “O contrato no Islã somente vincula verdadeiramente quando não se promete ao parceiro, mas a Alá: somente então, por assim dizer, se abençoa um contrato e alguém não se torna obrigado a mantê-lo perante outrem, mas perante Deus. Por isso, seria contrário ao Islã vincular-se a outrem contratualmente”⁵⁰⁵. FIKENTSCHER nota que a um muçulmano não seria sensato o equilíbrio entre as partes por meio de um contrato, mas, sim, espelhar as relações de dominação da sociedade e, assim, tirar o maior proveito possível da outra parte⁵⁰⁶.

Por outro lado, a fragmentação daí resultante difere da encontrada nas sociedades “dispersas”, pois estas negam qualquer vínculo. Longe de constituir defeito das sociedades muçulmanas, a ausência de vínculos

⁵⁰³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 309–310.

⁵⁰⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 309.

⁵⁰⁵ FIKENTSCHER, *Gerechtigkeit*, p. 36: “Der Vertrag im Islan bindet eigentlich nur, wenn man ihn nicht dem Partner verspricht, sondern Allah: Nur dann segnet man sozusagen selbst einen Vertrag, und man ist dann auch nicht dem Partner gegenüber schuldig, ihn zu halten, sondern Gott gegenüber. Darum wäre es unislamisch, sich verträglich gegenüber einem anderen zu binden”.

⁵⁰⁶ FIKENTSCHER, *Gerechtigkeit*, p. 30.

interpessoais representa mandamento divino. “A ética islâmica se refere, pois, simplesmente ao indivíduo e a sua relação com Deus”⁵⁰⁷.

Dado que Alá produz tudo, até o sofrimento na Terra, o homem deve curvar-se e, assim, não se colocam os problemas do tempo e da história, do contrato, da segurança, fidelidade etc com a mesma intensidade que noutras culturas⁵⁰⁸. O contrato não passa de um equilíbrio momentâneo entre as partes, mas não quer, nem pode querer provocar, balancear ou evitar riscos – tarefas divinas⁵⁰⁹. Em sua forma tradicional, o direito islâmico desconhecia as pessoas jurídicas e corporações; apenas se registravam a comunhão familiar de esforços em busca da vingança de sangue e o condomínio de bens comerciais, em geral entre duas pessoas⁵¹⁰. A falta da pessoa jurídica reflete-se em dificuldades com o modelo ocidental de direito público⁵¹¹, da mesma forma que a falta da confiança impedia o crédito e bancos⁵¹². Recorde-se, por fim, a noção religiosa e jurídica muçulmana de “fechamento do portão da sabedoria” por volta do ano 1000 d. C.. Desde então, somente cabe interpretar a revelação, mas não lhe acrescentar regras⁵¹³.

Em virtude da fragmentação, as catalogações aristotélicas do mundo natural foram muito bem recebidas pelos árabes e escolásticos; contudo, ambos não assimilaram a ação organicamente construída na dramaturgia grega⁵¹⁴. O motivo reside em que a dramaturgia pressupõe a

⁵⁰⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 310: “Die islamische Ethik bezieht sich also lediglich auf die Einzelpersönlichkeit und ihr Verhältnis zur Gott”.

⁵⁰⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 310-311.

⁵⁰⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 319 e segs

⁵¹⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 322.

⁵¹¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 323.

⁵¹² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 324.

⁵¹³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 308.

⁵¹⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 260-261.

unidade de local, tempo e ação, isto é, a perspectiva, criação fundada no sentido de causalidade e de história⁵¹⁵.

6.2.10.3.2 – Marxismo

O Marxismo, ao ver de FIKENTSCHER, haveria de ser compreendido como pensamento axial, porque também dedicado ao grande tema daquela era, qual seja, a questão do sofrimento humano. A impossibilidade de demonstração científica de seu pressuposto o aproximaria daquelas gnoses, pois seu postulado seria obtido à moda dos enunciados teológicos⁵¹⁶.

A premissa em que se apóia toda a construção já teria sido aventada por ARISTÓTELES, que distinguia o valor de uso de um par de sandálias, o valor desses bens para seu utente, de seu valor de troca no merca-

⁵¹⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 260. BORGES escreveu um conto – *La Busca de Averroés* – no qual narra que aquele filósofo árabe, ao estudar ARISTÓTELES, encontrou menção à tragédia e à comédia, palavras cujo sentido não conseguia entender, nem mesmo com a consulta a outros autores muçulmanos. No dia seguinte ao surgimento da dúvida, encontrou-se com amigos. Na tentativa de impressionar os demais, uma daquelas pessoas contou ter viajado para cidade na qual fora conduzido a determinada casa de madeira, em que viviam muitas pessoas. Mas, tal casa era curiosa, pois somente contava com um quarto, provido de fileiras de bancos ou de balcões, umas sobre as outras. “Nessas cavidades, havia gente que comia e bebia; no solo e num terraço. As pessoas desse terraço tocavam tambor e alaúde, salvo umas quinze ou vinte (com máscaras de cor carmesim) que rezavam, cantavam e dialogavam. Padeciam de prisões e ninguém via o cárcere; cavalgavam e não se percebia o cavalo; combatiam, mas as espadas eram de cana; morriam e depois estavam de pé” (*Averroes*, p. 586). Um dos interlocutores supôs que o evento presenciado pelo amigo dizia respeito a loucos. Outro advertiu que, em verdade, estavam a narrar uma história. Os presentes, então, concluíram pela superioridade da sua cultura, pois apenas árabe único consegue narrar qualquer história. Sem saber bem de onde obteve tais idéias, ao regressar ao lar, AVERROES anota que as tragédias são os panegíricos e as comédias, as sátiras. BORGES conclui: “refleti, depois, que mais poético é o caso do homem que se propõe a um fim que não está vedado aos outros, mas sim a ele. Recordei-me de AVERROES, que encerrado no âmbito do Islã, nunca pôde saber o significado dos gêneros da *tragédia e comédia*” (*Averroes*, p. 588). A ficção de BORGES encontra correspondência na realidade, ou melhor, a apreende filosoficamente, pois a perspectiva nasceu no teatro – cf. a nota 230.

⁵¹⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 331.

do⁵¹⁷. Mas, essa diferença careceria de prova, acaso fosse possível comparar tais coisas diversas⁵¹⁸. O passo seguinte do raciocínio, contaminado pelos mesmos problemas do antecedente, afirmou: uma vez que o valor de uso dos bens seria superior ao de troca, os donos dos meios de produção apropriar-se-iam da diferença, por meio da mais valia, isto é, da remuneração desfalcada do trabalho⁵¹⁹. Como o trabalhador há de trabalhar além do limite necessário à sua reprodução, seria explorado; sofreria.

Daí, a revolução como procedimento guiado pela ciência para superar o sofrimento humano e fazer cessar a referida exploração⁵²⁰. Quem possui o saber ou a consciência dessa causa de sofrimento estaria eticamente conclamado a atuar em prol da extinção do mencionado estado de coisas⁵²¹. Dado que a solução aludida seria científica, o desenvolvimento do mundo tenderia naturalmente à revolução. Por isso, a configuração de determinismo histórico, à semelhança do Islamismo e do Calvinismo⁵²². E nisso o homem marxista se distanciaria do protótipo ocidental, fundado no livre arbítrio, senso agudo de causalidade e de história⁵²³. Eis MARX textual: “não é a consciência das pessoas que determina sua existência social, mas, ao contrário, sua existência social que determina sua consciência”⁵²⁴.

Essa corrente de pensamento redundaria num “totalitarismo não-religioso”⁵²⁵, embora de construção fortemente aparentada com as gno-

⁵¹⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 329-330.

⁵¹⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 330-331.

⁵¹⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 330.

⁵²⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 331.

⁵²¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 332.

⁵²² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 333.

⁵²³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 333.

⁵²⁴ Trecho extraído de “*Zur Kritik der politischen Ökonomie*”, apud FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 54 e 56: “Es ist nicht das Bewußtsein der Menschen, das ihr Sein sondern umgekehrt ihr gesellschaftliches Sein, das ihr Bewußtsein bestimmt”.

⁵²⁵ FIKENTSCHER, *Gerechtigkeit*, p. 40-41.

ses mencionadas. “Quando digo que o valor de uso dirige tudo”, nota FIKENTSCHER, “então ele dirige até mesmo meu comportamento. Eu já não posso indagar nada abertamente, pois o valor de troca está, assim ele é definido, fora de discussão, fora do discurso. Eu somente posso pesquisar cientificamente o valor de troca. [...]. Deve-se acreditar no resultado, por força da consciência socialista. Esse é o motivo pelo qual, no Marxismo, somente há a ditadura como forma de vida política”⁵²⁶. Daí a adaptação da idéia de HEGEL da “liberdade como compreensão da necessidade”⁵²⁷, ou seja, a liberdade resultaria da compreensão das leis do materialismo histórico.

“Essa atitude positivista, do ponto de vista da teoria do conhecimento, associada à tarefa de auto-redenção, mostra que, no Marxismo, se trata de uma religião não-extraponente”⁵²⁸. O materialismo histórico, de perfil científico, seria “credo” determinista monocausal e ateu⁵²⁹. O homem poderia apenas acelerar ou retardar as mudanças predeterminadas cientificamente, dada a inexorabilidade do materialismo na história.

A idéia de que os “quadros” cientificamente orientados determinam o curso da revolução prevalece juridicamente e dispensa a auto-organização dos indivíduos à moda, por exemplo, da *polis*⁵³⁰. Quem é versado na ciência dirige a sociedade. O Marxismo não abre espaço à democracia, porque ambos têm construções antagônicas. O Marxismo

⁵²⁶ FIKENTSCHER, *Gerechtigkeit*, p. 40-41: “Wenn ich sage, der Gebrauchswert steuert alles, dann steuert er eben auch mein Verhalten. Ich darf dann nach nichts mehr offen fragen. Denn der Gebrauchswert steht, so ist es definiert, außerhalb der Diskussion, außerhalb des Diskurses. Den Gebrauchswert kann ich also nur wissenschaftli ermitteln. [...]. Das Ergebnis muss man kraft seines sozialistischen Bewusstseins glauben. Das ist der Grund dafür, daß es im Marxismus nur die Diktatur als politische Lebensform geben kann”.

⁵²⁷ FIKENTSCHER, *Gerechtigkeit*, p. 56: “... dann ist Freiheit lediglich ‘Einsicht in das Notwendig’ (HEGEL)”.

⁵²⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 333: “Diese erkenntnistheoretisch positivistische Haltung, verbunden mit dem Auftrag zur Selbsterlösung, zeigt, daß es beim Marxismus um eine nicht-extraponierende Religion handelt”.

⁵²⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 123.

opera com a certeza científica, enquanto a “democracia provida de direitos fundamentais é a institucionalização do erro com seus riscos”⁵³¹.

Nas sociedades marxistas, a fragmentação decorreria da circunstância de o ser humano carecer da liberdade de decisão, que o iguala aos demais e permite o estabelecimento de vínculos intermédios. Daí a unidimensionalidade do ser humano nessas civilizações: ele se mediria apenas pelo único ideal – o revolucionário. Donde seu isolamento dos concidadãos. Não há nessas culturas espaço para as ligações transversais, que permitiriam a definição do ser humano em mais de um sentido. As notórias proibições socialistas de associação, em partidos, sindicatos, entidades sem fins lucrativos, empresas etc. parecem confirmar a definição monolienar do homem, em razão apenas de seu empenho na transformação da sociedade rumo ao comunismo.

6.2.10.4 – Cultura estruturada: a espécie da “extraposição trágica” do pensamento grego

A solução trágica para a questão do sofrimento humano também se originou na crítica axial aos velhos deuses do politeísmo, empreendida pelos filósofos pré-socráticos e sofistas, dramaturgos, poetas e historiadores – PITÁGORAS, HERÁCLITO, EMPÉDOCLES, HESÍODO, EURÍPEDES, SÓFOCLES, XENOFONTE. HERÓDOTO, sobretudo, entendeu serem a demo-

⁵³⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 334.

⁵³¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 336: “Die Grundrechtendemokratie [...] ist die Institutionalisierung des Irrtums mit seinen Risiken”. Isso até certo ponto, como o reconhece o próprio FIKENTSCHER, pois mesmo esse sistema conhece um cerne em torno do qual não pode haver dúvida – os direitos fundamentais. Logo se vê, portanto, que o mundo ocidental também opõe suas certezas não-científicas – éticas – ao Marxismo. Cf., ainda, FIKENTSCHER, *Freiheit*, p. 9 e 22, para o conceito de POPPER do “paradoxo da liberdade”, que a autorizaria a impor condições mínimas que impeçam sua própria supressão.

cracia, a concepção histórica e a comparação descritiva três aspectos da mesma coisa⁵³².

“A essência das sociedades trágicas está em que seus membros se tornaram conscientes da liberdade de ação e, assim, adquiriram a compreensão da correlação entre culpa e destino, e resolveram o problema do sofrimento e da geração de mais sofrimento apesar da ação bem intencionada pela aceitação consciente do trágico aí imanente”⁵³³. O trágico é a “desproporção entre o querer e o poder”⁵³⁴, que desde a Grécia desejamos reequilibrar com a noção de proporcionalidade.

O modo de pensar trágico liga-se à idéia de culpa como consequência de atos humanos, como já o mostra a etimologia do termo – *tragos* era o bode expiatório⁵³⁵. A tragédia, por sua vez, era o canto entoado quando do sacrifício do animal⁵³⁶. REGENBOGEN e MEYER explicam: “o trágico na tragédia ática (ÉSQUILO, SÓFOCLES, EURÍPIDES) está numa situação em que o herói cai em desgraça [...]. O conflito trágico é principiologicamente insolúvel [...]. O conflito entre o indivíduo e as forças objetivas, responsável pela queda, é provocado pelo fato de alguém acidentalmente se tornar culpado (exemplo clássico de SÓFOCLES: Édipo Rei) ou de uma decisão consciente do personagem trágico, obrigado a escolher entre dois imperativos (exemplo clássico do mesmo autor: An-

⁵³² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 244-245. Em contrapartida, a solução axial do bramanismo, por exemplo, não fez a mesma crítica ao politeísmo hindu; ao contrário, preferiu incorporá-lo à sua para apaziguar as dores da condição humana, como esclarece HEINRICH ZIMMER – cf. a nota 405.

⁵³³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 127: “Das Wesen der tragischen Gesellschaft ist, daß ihre Mitglieder menschlicher Handlungsfreiheit bewußt geworden sind, hiermit ein Verständnis für die Zusammenhänge von Schuld und Schicksal gewonnen haben, und das Problem des Leidens und Leidezufügens trotz Handelns in guter Absicht dadurch lösen, daß sie die darin wohnende Tragik bewußt akzeptieren”.

⁵³⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 263: “Mißverhältnis von Wollen und Können”.

⁵³⁵ REGENBOGEN e MEYER, *Wörterbuch*, p. 669.

⁵³⁶ REGENBOGEN e MEYER, *Wörterbuch*, p. 669.

tígona)''⁵³⁷. O trágico representa agir, malgrado tudo; apesar de saber que, mesmo sem culpa e na melhor das intenções, não se extingue o mal do mundo e se podem, com essa opção ativa, crescer-lhe outros. A crítica axial grega destronou os velhos deuses e os substituiu por sistema agnóstico: “uma ética sem religião é executável, quando se a idealiza e se permite a discussão de valores éticos”, nota FIKENTSCHER. “Esse é o caminho percorrido pelo trágico grego; trágico porque os erros humanos, mesmo quando cometidos na melhor consecução possível de valores éticos, permanecem como fatos e não são capazes de extinguir o sofrimento do mundo, tal como freqüentemente representado nas tragédias áticas’’⁵³⁸. A extraposição ética grega consiste em saber-se o homem dependente de um destino que bate à sua porta sem considerar o mérito nem a dignidade⁵³⁹. “Mas não apenas isso; ademais, decisivo é que o ser humano prometéico, segundo a concepção grega, está em condição de colaborar para afastar ou, pelo menos, suavizar as consequências do sentimento trágico, por meio da cooperação política, em especial nas assembléias dos cidadãos, mas também nos tribunais’’⁵⁴⁰. “A

⁵³⁷ REGENBOGEN e MEYER, *Wörterbuch*, p. 670: “Das Tragische der attischen Tragödie (AISCHYLOS, SOPHOKLES, EURIPIDES) liegt in einer Situation, in der der Held [...] ins Unglück gerät. Der tragische Konflikte ist prinzipiell unlösbar [...]. Der zum Untergang führende Konflikt zwischen Individuum und den objektiven Mächten wird entweder durch das unbeabsichtigte Schuldigwerden des Menschen (klassisches Beispiel bei SOPHOKLES: König Ödipus) oder durch die bewußte Entscheidung des tragischen Charakters, der zwischen zwei Geboten wählen muß (klassisches Beispiel ebd.: Antigone) hervorgerufen”.

⁵³⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 175: “... daß eine Ethik ohne Religion durchführbar ist, wenn man sie idealisiert und die Diskussion über ethische Inhalte zuläßt. Das ist der Weg, den die griechische Tragik gegangen ist, Tragik deshalb, weil die menschlichen Verfehlungen, wie häufig in der attischen Tragödie dargestellt, auch bei bestmöglicher Verfolgung ethischer Ziele als Faktum bestehen bleiben und das Leid der Welt nicht getilgt werden kann”.

⁵³⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 246.

⁵⁴⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 246: “Entscheidend kam hinzu, daß der prometeische Mensch nach griechischer Auffassung in der Lage war, durch politische Mitwirkung, insbesondere in der Bürgerversammlung, aber auch in den Gerichten, dazu beizutragen, die Folgen dieser Tragik abzuwenden oder wenigstens zu mildern”.

essência da extraposição na cultura da *polis* e da comunidade [bárbara] consiste no confiar-se-ao-destino, de modo trágico”⁵⁴¹.

“O trágico” verte-se, no direito, na atitude de “se confiar num código jurídico com conseqüências estruturantes para a sociedade, apesar de se saber que por esse meio não se consegue em última instância evitar o mal”⁵⁴². A *polis* representava a comunidade auto-organizada por meio das normas jurídicas⁵⁴³. O cidadão da cidade, contrariamente ao do período grego arcaico, tomou consciência de sua vinculação à ordem jurídica que criou. A *polis* não se permite separar do direito por dois motivos. As relações jurídicas a estruturavam, em sentido estrito. Ademais, o direito permitia ao homem moldar sua vida na cidade. A extraposição trágica gerou as mesmas conseqüências de causalidade, história, perspectiva e o mesmo sentido de igualdade da contemporânea extraposição judaica, mas com diferença capital: como os gregos careciam de texto de revelação do qual constassem as normas a aplicar, votavam democraticamente e em igualdade de condições os parâmetros da vida humana.

Ao contrário das tiranias orientais, a *polis* não é o objeto de dominação do déspota; tampouco ela se compreende como a reunião de crentes formada para servir a certa divindade. A *polis* é “a comunidade secular criada sob o direito, a partir de um sentimento existencial uniforme, nomeadamente, do sentido trágico do livre arbítrio”⁵⁴⁴. FIKENTS-

⁵⁴¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 128: “Das Wesen der Extraposition in der Polis- und Genossenschaftskultur in dem sich in tragischer Weise auf-das-Schicksal-Verlassen”.

⁵⁴² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 128: “Die Tragik besteht darin, daß man sich auf einen Rechtskodex mit strukturierende Folgen für die menschliche Gemeinschaft verläßt, dennoch aber weiß, daß sich dadurch das Unheil letztlich nicht abwenden lassen wird”.

⁵⁴³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 247-248.

⁵⁴⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 245: ... ist die grieschische Polis [...] die aus einem gleichen Lebensgefühl, und zwar gegenüber der Tragik des freien Willens, geschaffene säkulare Gemeinschaft unter dem Recht”. Essa teoria conta

CHER sublinha sempre a consciência grega da particularidade do seu “modo de pensar”, em contraposição aos demais povos, reunidos sob o despotismo. Para demonstrá-lo, cita Heródoto, que registrou o diálogo mantido entre XERXES e DEMÁRATOS⁵⁴⁵. O imperador indagou do grego banido, se seus compatriotas tentariam repelir a invasão persa, embora a proporção de combatentes fosse de dez para um. DEMÁRATOS respondeu-lhe: “... a Hélade sempre conviveu com a pobreza; mas a isso se junta a coragem, fruto da sabedoria e de leis firmes, e graças a essa coragem a Hélade se defende da pobreza e do despotismo. [...] digo-te que não é possível esperar a aceitação por eles de propostas tuas tendentes a levar a escravidão à Hélade”⁵⁴⁶. XERXES retruca:

“como mil homens, ou mesmo dez mil, ou mesmo cinqüenta mil poderiam enfrentar um exército de tal magnitude, sendo todos os teus concidadãos igualmente livres, e não submissos ao comando de um déspota? Se eles fossem submissos à autoridade de um déspota, à nossa maneira, poderiam com medo dele mostrar-se até mais bravos do que são naturalmente, e marchar forçados por chicotadas, apesar de seu número reduzido, contra inimigos mais numerosos; mas sendo livres para agir, eles não fariam qualquer dessas coisas”⁵⁴⁷.

Eis a resposta final de DEMÁRATOS:

“Não tenho a pretensão de ser capaz de combater com dez homens, ou contra dois; eu não combateria contra espontaneamente sequer contra um só; mas se isso fosse necessário, ou se eu fosse levado a isso pela importância do objetivo em causa, o homem com que eu combateria com maior satisfação entre todos seria um daqueles que se vangloriam de valer por três helenos. Assim, os la-

com o apoio de Max Weber, ao fazer a distinção entre as cidades ocidental e oriental – cf. FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 246.

⁵⁴⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 249.

⁵⁴⁶ HERÓDOTOS, *História*, p. 367.

⁵⁴⁷ HERÓDOTOS, *História*, p. 367.

cedemônios não são inferiores a homem algum em combate singular, e juntos eles são os mais valentes de todos os homens. De fato, sendo livres eles não são livres em tudo; eles têm um déspota – a lei – mais respeitado pelos lacedemônios do que tu pelos teus súditos; eles cumprirão com certeza todas as suas ordens, e suas ordens são sempre as mesmas: não fugir do campo de batalha diante de qualquer número de inimigos, mas permanecer firmes em seus postos e neles vencer ou morrer”⁵⁴⁸.

SÓCRATES viu que esse modo de viver livremente demandaria a conseqüência de o homem curvar-se às decisões da *polis*, quaisquer que fossem elas⁵⁴⁹. “Compreendeu que, sem um direito obtido democraticamente, não se pode viver como cidadão livre; mas que exatamente como cidadãos livres, as pessoas são destinadas, irrenunciável e independentemente de qualquer princípio majoritário, à persecução de valores ideais”⁵⁵⁰. Conquanto fosse crítico axial dos velhos deuses⁵⁵¹, SÓCRATES afirmou que respeitaria muito mais os deuses – em verdade, uma suma dos valores do bem, justo, belo *etc.* – do que seus juízes⁵⁵². ADOMEIT afirma que o cidadão de Atenas digno dessa qualificação não poderia se subtrair à lei que o condena; “ele tem que permanecer em nome do seu Estado; também agora, *justo agora*”⁵⁵³.

SÓCRATES recusou-se a figur de Atenas para escapar da sentença de morte. No diálogo com CRÍTON, o discípulo que lhe prepara a fuga, SÓCRATES figura outro diálogo protagonizado por si mesmo e as leis atenienses. A essência das concepção trágica da vida desvenda-se no que PLATÃO relata ter ouvido de seu mestre, SÓCRATES:

⁵⁴⁸ HERÓDOTOS, *História*, p. 368.

⁵⁴⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 250.

⁵⁵⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 250: “Er [SOKRATES] begriff, daß man ohne demokratisch geschaffenes Recht als freier Bürger nicht leben kann, daß man aber gerade als freier Bürger unverzichtbar und unabhängig von jedem Mehrheitsprinzip auf die Verfolgung ideeller Werte angewiesen ist”.

⁵⁵¹ ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 1, p. 63.

⁵⁵² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 250.

⁵⁵³ ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 1, p. 64.

“Efetivamente, nós que te demos a vida, que te criamos e educamos, que fizemos participar, a ti e a todos os outros cidadãos, de todos os bens em nosso poder, declaramos, no entanto, que qualquer ateniense, uma vez que entra na posse dos seus direitos cívicos e nos conhece a nós, as leis e à vida da sua cidade, pode, caso não lhe agradarmos, pegar nas suas coisas e partir para onde quiser. [...]. Mas, se algum de vós fica, sabendo a maneira como exercemos a justiça e administramos o Estado, declaramos que este se comprometeu de fato conosco a fazer o que lhe ordenamos e afirmamos que, se não nos obedecer, é triplamente culpado, primeiro porque não nos obedece, a nós que lhe demos vida, depois porque desobedece a quem o criou e, finalmente, porque, depois de nos prometer obediência, não nos obedece nem tenta esclarecer-nos, no caso de não termos procedido bem. E, quando nós apenas lhe propomos fazer o que lhe ordenamos, sem imposições tirânicas, permitindo-lhe optar entre discutir as ordens e cumpri-las, ele não faz nem uma coisa nem a outra”⁵⁵⁴.

As leis prosseguem na explicação:

“Diz-nos, SÓCRATES, que tencionas fazer? Essa ação que empreendes pode ter outro fim que não seja destruir-nos, a nós, as leis e a todo o Estado, na medida das tuas possibilidades? Ou parece-te possível que um Estado subsista e não seja derrubado, quando as decisões dos tribunais não têm força e se vêem desrespeitadas e abolidas por simples particulares?”⁵⁵⁵.

As leis reforçam a dimensão da fidelidade:

“Que vais tu fazer [...] senão violar os nossos acordos e os teus compromissos, que assumiste sem teres sido forçado ou enganado ou teres sido constrangido a decidir em pouco tempo, visto que dispuseste de setenta anos durante os quais poderias ter partido, se

⁵⁵⁴ PLATÃO, *Críton*, 51, c e segs, p. 63-64.

⁵⁵⁵ PLATÃO, *Críton*, 50, b, p. 62.

nós não te agradássemos, se os compromissos que nos uniam não te pareciam justos?”⁵⁵⁶.

Por meio da união na *polis*, os homens podem perseguir seus próprios objetivos e solucionar seus problemas de legitimação⁵⁵⁷. Eis a forma trágica de agir: as respostas são dadas pela vontade coletiva – mais do que a mera soma das vontades individuais –, espelhada na maioria obtida na praça pública, após a audiência de correntes de pensamento⁵⁵⁸. É o princípio da sobre-soma na política, exposto novamente na fala das leis dirigidas a SÓCRATES:

“Ou a tua sabedoria é tão escassa que não te apercebes que, aos olhos dos deuses e dos homens que têm algum senso, a Pátria é algo mais precioso, mais venerável e sagrado e digno de apreço do que uma mãe, um pai e todos os antepassados; que é preciso honrá-la, obedecer-lhe e fazer por lhe agradar, mesmo quando está irritada, mais do que a um pai, e que se deve persuadi-la a mudar de opinião ou fazer o que ela ordena, sofrer com paciência o que ela manda sofrer e, se ela o desejar, deixar-se bater, prender e levar para a guerra, na perspectiva de ser ferido ou morto? Tudo isso se deve fazer porque é justo, sem jamais ceder terreno, nem recuar nem abandonar o seu posto, executando pelo contrário aquilo que o Estado e a Pátria ordenam, tanto na guerra como no tribunal e em qualquer parte, ou então fazê-los mudar de opinião com argumentos justos”⁵⁵⁹.

LUCIANO CANFORA chama a atenção para passagem de XENOFONTE onde se percebe claramente a extraposição trágica. Esse discípulo de SÓCRATES, “nem sempre adequadamente levado em conta pelos modernos”, inseriu “em suas ‘memórias socráticas’ uma conversação, prova-

⁵⁵⁶ PLATÃO, *Críton*, 52, e, p. 62.

⁵⁵⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 249.

⁵⁵⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 250

⁵⁵⁹ PLATÃO, *Críton*, 51, b e c, p. 62. Daí por que ADOMEIT, *Filosofia*, p. 65-68, sublinha que SÓCRATES jamais pregou obediência cega a qualquer governo e a qualquer lei, mas, sim, às leis democraticamente votadas

velmente verídica, ocorrida entre ALCIBÍADES muito jovem e PÉRICLES mais velho”⁵⁶⁰. “O argumento da conversação”, CANFORA nota, “é a dialética entre ‘força’ (violência) e ‘lei’. O diálogo culmina na admissão por parte de PÉRICLES de que, quando a ‘violência’ é do ‘demo’ (e está deliberadamente adotando as palavras constitutivas do termo ‘democracia’), ela não pode chamar-se necessariamente ilegalidade, enquanto que passa a sê-lo quando aqueles que se sobrepõem à lei são ‘os poucos’ e o ‘tirano’”⁵⁶¹. O diálogo inicia-se com a indagação de ALCIBÍADES sobre o que é a lei. PÉRICLES responde ser ela o que o povo decidiu e fixou por escrito⁵⁶². O jovem questiona, então, se imposições de oligarcas e tiranos são leis⁵⁶³. PÉRICLES assente a tal opinião, pois tudo o que o Estado decidir seria lei⁵⁶⁴. ALCIBÍADES objeta que isso suprimiria a diferença entre lei e violência; a lei diferiria da situação em que, “por meio da violência ao invés da persuasão, o mais forte obriga os mais fracos a fazerem aquilo que lhe agrada?”⁵⁶⁵. PÉRICLES vê-se constrangido a retroceder no argumento. Segue-se o xeque-mate de ALCIBÍADES: “mesmo aquilo que o povo como um todo fixa por escrito e impõe aos ricos, sem o recurso da persuasão, deve ser considerado mais propriamente violência ou lei? – Bravo, ALCIBÍADES, disse PÉRICLES. Nós também, na sua idade, éramos talentosos nesses sofismas; nós não apenas praticávamos, mas também elaborávamos tais coisas com as quais você agora parece se entregar”⁵⁶⁶.

⁵⁶⁰ CANFORA, *Ofício*, p. 27.

⁵⁶¹ CANFORA, *Ofício*, p. 27.

⁵⁶² XENOFONTE, *Erinnerungen*, p. 18-19.

⁵⁶³ XENOFONTE, *Erinnerungen*, p. 19.

⁵⁶⁴ XENOFONTE, *Erinnerungen*, p. 19.

⁵⁶⁵ XENOFONTE, *Erinnerungen*, p. 19: “Was ist aber Gewalt und Gesetzlosigkeit, PERIKLES? Ist es nicht dies, wenn der Stärkere den Schwächeren statt durch Überzeugung mit Gewalt zwingt das zu thun, was ihm selbst gefällt?”

⁵⁶⁶ XENOFONTE, *Erinnerungen*, p. 19: “Auch das also, was das ganze Volk, weil es diejenigen beherrschen, welche das Geld besitzen, schriftlich festsetzt, ohne sie überredet zu haben, dürfte eher Gewalt als Gesetz sein? – 46. Freilich wohl, ALKIBIADES, sagte PERIKLES. Auch wir waren als wir in deinen Alter standen, einst stark in dergleichen Spitzfindigkeiten; denn dergleichen Dingen trieben nicht nur, sondern klügelten sie auch aus, mit denen auch du dich jetzt abzugeben scheinst”.

ALCIBÍADES afirma que gostaria de estar ao lado de PÉRICLES, naquela época. CANFORA observa que a atitude de ambos “nos dá a entender que ALCIBÍADES considera impossível propor a hipótese de que a lei possa estar acima do ‘demo no seu conjunto’, evidentemente, porque, na verdade, o ‘o demo é tudo’, como teria dito o siracusano ATENÁGORAS. E não apenas dá a entender a pergunta de ALCIBÍADES como obviamente envolvida com a superioridade do ‘demo’ (enquanto ‘demo!’); porém reconhece ter [PÉRICLES] adotado no seu tempo, [...] ‘sofismas’ do gênero. E por isso, ALCIBÍADES replica lamentando não ter estado ao seu lado ‘então’”⁵⁶⁷. “XENOFONTE pensa explicar de modo conclusivo [com esse diálogo] que a fonte da política democrática radical de ALCIBÍADES estava fora do ensinamento socrático: derivava, quando muito, de um ‘mau mestre’ como PÉRICLES. [...]”. “Certamente”, observa CANFORA, “ele não teria podido escolher argumento melhor para demonstrar a distância política entre ALCIBÍADES e SÓCRATES; de fato, aquilo que ALCIBÍADES sustenta – naquele diálogo – ser legítimo, isto é, a onipotência do ‘demo no seu conjunto’ é aquilo [a] que SÓCRATES obstinadamente se opôs”⁵⁶⁸, afirmando que “não faria nada que não estivesse de acordo com a lei”⁵⁶⁹.

Importantes traços do modo de pensar helênico apresentam-se nesse discurso. A extraposição ética aparece sobremodo clara na rejeição socrática à tese de que a maioria possui legitimidade para deturpar o valor do justo, segundo sua conveniência. A ética não pertence a ninguém, mas é determinada dialogicamente, pela “persuasão”, por se tratar de idéia, ao invés de atributo do poder. Retrata-se aí, em contrapartida, o resultado da discussão ética sem nenhuma limitação jurídica, como a proporcionada pelos direitos humanos. A falta de barreiras jurídicas torna, na prática, a minoria refém e vítima da maioria. A *polis* não

⁵⁶⁷ CANFORA, *Ofício*, p. 27-28.

⁵⁶⁸ CANFORA, *Ofício*, p. 28.

⁵⁶⁹ *Apud* CANFORA, *Ofício*, p. 26.

poderia sobreviver à morte de SÓCRATES por muito tempo⁵⁷⁰. O método político dialógico, em que todos podem racionalmente defender qualquer coisa que melhor lhes pareça, não preserva as pessoas contra a maioria⁵⁷¹. A *polis* conhecia decisões de maioria, sem proteção a direitos fundamentais, para usar linguagem moderna⁵⁷².

Em síntese, os gregos dispensaram a personalidade extraposta, substituída pela aceitação do componente trágico da vida: uma sentença sobre o bem ou o mal, o justo ou o justo também “vem de fora”, mas até o justo sofre com o livre desenvolvimento de sua vontade.

6.2.10.5 – Culturas estruturadas: a “extraposição eleutérica” das religiões judaica e cristã

O neologismo sugerido para essa forma de extraposição advém do Evangelho de JOÃO – “a verdade vos libertará” para agir, uma vez que a distinção entre o bem e o mal cabe a Deus, em quem se confia. A palavra eleutério deriva do grego libertador⁵⁷³. O termo advém da teologia cristã, de acordo com a qual o homem não se bastaria a si mesmo; haveria de buscar ajuda externa, na instância divina⁵⁷⁴.

Duas orientações dividiam a religião judaica, já no cativeiro babilônico (607–538 a. C.). A concepção baseada no livro de JÓ afirmava: quem agir corretamente terminará recompensado por Deus⁵⁷⁵. Tal gnose coincide com outras respostas da Era Axial para o problema do sofri-

⁵⁷⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 265.

⁵⁷¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 251.

⁵⁷² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 266. Se bem que se bem que, em muitos casos, a decisão do tribunal popular atingia os grandes cidadãos, temidos pela vontade de usurpar o poder político.

⁵⁷³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 271.

⁵⁷⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 288.

⁵⁷⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 121 e 236.

mento, por se tratar da idéia de justiça pelas obras humanas⁵⁷⁶. Similar alternativa gerava fragmentação, pois negava a igualdade entre os homens: quem tem as melhores obras é melhor do que os demais. Em contrapartida, a doutrina profética de DÊUTERO-ISAÍAS postulava a igualdade entre os homens, a partir da extraposição ética, personalizada em Deus. Considerando que somente Deus é perfeito e detém o critério distintivo do certo e errado, todos os homens estão em igualdade de condições na imperfeição, porque seu comportamento sempre deixa a desejar.

Motivos históricos determinaram a prevalência da corrente de pensamento fundada na igualdade entre os crentes. Além de os povos escravizados cultivarem meticulosa repulsa ao dominador, o cativo babilônico pôs o monoteísmo judaico em contato diário com o politeísmo das antigas culturas superiores da Mesopotâmia e, assim, despertou nos hebreus a “indignação ética” característica da Era do Eixo⁵⁷⁷. A deportação também impediu a comunidade de freqüentar o templo de Jerusalém, cidade ao redor da qual sua religião gravitava. Uma organização dotada de apurado sentido de igualdade nasceu então para substituir-lhe as funções e dirigir a comunidade⁵⁷⁸. O órgão de inspiração igualitária geraria, mais tarde, a sinagoga e a igreja cristã. O evento da maior importância para a modificação aludida, no entanto, foi protagonizado por uma terceira cultura: os judeus aprisionados assistiram a queda da Babilônia politeísta diante do Império Persa, informado pela ética da Era Axial e que já adotara o Zoroastrismo como religião oficial⁵⁷⁹. CIRO libertou os judeus e os autorizou a regressar à Palestina.

⁵⁷⁶ Donde a aproximação dessa corrente com o Islamismo, uma reação deliberada à estruturação judaica e cristã: ele postula a submissão absoluta mesmo à dor imposta por Alá, isto é, rejeita os mecanismos para superá-la, evitá-la ou minorá-la e trabalha com a noção de justiça pelas obras no plano ético. A propósito, cf. FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 257.

⁵⁷⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 239.

⁵⁷⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 239.

⁵⁷⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 239.

Tal conjunto de fatos colocou os pensadores hebreus diante de problemas teológicos e éticos, inseparáveis naquela sociedade. Para começar, CIRO e seu povo, os libertadores louvados no Velho Testamento, não eram adeptos da fé judaica. O Deus até então cultuado, entretanto, era meramente judaico, à moda das divindades tutelares de cada povo anterior à Era Axial⁵⁸⁰. Donde a primeira dificuldade: a conciliação do deus local e pertencente a um só povo com o papel de relevância máxima na história judaica, desempenhado por CIRO, incrédulo e estrangeiro. Havia algo mais perturbador. Os hebreus cativos, de repente, viram-se diante de redentores altamente imbuídos da ética da Era Axial, na medida em que o Império Persa professava o Zoroastrismo como religião oficial. A revolução de ZARATUSTRA mostrou-se tão nova e impressionante aos olhos de todos, em especial dos judeus libertos da Babilônia, ao ponto de compelir ISAÍAS a adaptar a velha fé judaica a essa nova potência ética⁵⁸¹. “Desde então, o Javé judaico foi ajustado às exigências da Era Axial”⁵⁸². A radicalidade da alteração lá ocorrida pode ser lida no Velho Testamento, que registra a rebelião da comunidade igualitária nascida durante a deportação contra a concepção autocrática real⁵⁸³.

A adaptação imposta pelos acontecimentos não se deixou realizar de maneira simples. A base teológica de todo o pensamento hebreu impediu que se prescindisse da religião nessa tarefa de remodelagem ética. O redator do DÊUTERO-ISAÍAS viu-se na contingência de alterar, com muita sutileza, a substância daquele velho deus, preservando-lhe ciosamente a aparência tradicional: o antigo deus tribal teve que ser adaptado à ética da Era do Eixo. A necessidade de se preservarem a tradição e a idéia de aliança impediu que se saiba hoje do redator ou redatores do DÊUTERO-ISAÍAS, ao passo que BUDA, ZOROASTRO, LAO-TSE, CONFÚCIO

⁵⁸⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 272.

⁵⁸¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 291.

⁵⁸² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 272: “Von nun an wurde der jüdische Yahweh den Anforderungen der Achsenzeit gerecht”.

⁵⁸³ ESDRAS, 4, e FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 293.

e os pré-socráticos foram imortalizados⁵⁸⁴. Os escritores hebreus tornaram CIRO parte do plano de um Deus universal, agora não mais confinado ao espaço-tempo das tribos judaicas, para não abalar o fundamento teológico de sua sociedade. O Cristianismo tornaria a revolucionar a fé monoteísta, ao dizer que sua solução do sofrimento humano não se limitava aos judeus, mas se dirigia a todos os povos. A nova divindade nascida no cativeiro transformou-se no deus regente de todo o mundo e da natureza por trás dele. O Deus assim criado não se achava na natureza, mas a transcendia, ao contrário dos deuses das sociedades mesopotâmicas e egípcia⁵⁸⁵. O deus jainista é o organismo do universo, ao passo que o deus judaico é “Deus como algo distinto da matéria, que cria o universo extraindo-o da matéria como de um segundo princípio diferente da sua própria essência divina”, noção de “origem suméria e semítica”⁵⁸⁶.

A discutida tese de FREUD, exposta no *Moisés e o Monoteísmo*⁵⁸⁷, documenta evento, que parece confirmar a íntima relação entre o alargamento de horizontes, isto é, a obtenção de perspectiva e o impulso religioso em direção ao monoteísmo extraposto. A se crer nas pesquisas de

⁵⁸⁴ JESUS, nascido meio milênio após a mudança da base religiosa, não teve problemas para distinguir a extraposição judaica das demais revoluções éticas da Era do Eixo: ele se disse o caminho personalizado para a libertação, ao invés de ensinar uma via, um método abstrato – cf. FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 291.

⁵⁸⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 238, com várias indicações bibliográficas.

⁵⁸⁶ ZIMMER, *Índia*, p. 170.

⁵⁸⁷ MOISÉS teria sido genuinamente egípcio, nobre, sacerdote de alta hierarquia ou governador de província, que fundou nova religião – o Judaísmo –, na impossibilidade de continuar a cultuar o revolucionário monoteísmo radical, implantado no Egito durante curtos dezessete anos pelo Faraó AQUENATON ou AMENÓFIS IV, declarado herético após morto. Retornado o Egito à sua antiga religião, o monoteísta MOISÉS pôs-se à frente do povo palestino, tornado então judeu, que regressou a sua terra e fundou sociedade em novas bases. FREUD, *Moisés*, p. 42, escreveu: “a natureza mais enérgica de MOISÉS sentia-se melhor com o plano de fundar um novo reino, de encontrar um novo povo, a quem apresentaria, para adoração, a religião que o Egito desdenhara”.

FREUD, agora reforçadas por BRUNNER-TRAUT⁵⁸⁸, o Egito teria antecipado em mil anos essa revolução teológica levada a cabo por ISAÍAS na fé judaica durante o cativeiro babilônico. A inovação de ISAÍAS é amostra da coerência da tese da estruturação cultural baseada no monoteísmo extraposto, tanto mais conclusivo a esse respeito, acaso o evento judaico tiver sido protagonizado sem a lembrança do antecedente egípcio. Se ao Egito há de ser creditado o mérito da invenção do monoteísmo, cabe ao povo judeu o de nele perseverar ininterruptamente. O contexto do surgimento do monoteísmo egípcio interessa ao entendimento da estruturação social e suas conseqüências para a proporcionalidade. Isso parece ter passado despercebido a FIKENTSCHER, apesar de haver utilizado a mencionada obra do médico austríaco no estudo das sociedades primitivas⁵⁸⁹. “Toda novidade deve ter suas preliminares e pré-condições”⁵⁹⁰, que FREUD minudencia: “entre os sacerdotes do templo do Sol em On (Heliópolis), tinham-se manifestado tendências no sentido de desenvolver a idéia de um deus universal e dar ênfase ao lado ético de sua natureza”; durante o reinado de AMENÓFIS III, pai de AQUENATON, a “adoração do deus-Sol tinha ganhado novo ímpeto, provavelmente em oposição a Amon em Tebas”; “um nome muito antigo do deus-Sol, Aten ou Atum, foi trazido a nova proeminência, e o jovem rei [AQUENATON] encontrou nessa religião de Aten um movimento já pronto”⁵⁹¹. Eis o

⁵⁸⁸ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 112: “se o estímulo para isso [o monoteísmo] veio do Egito, precisamente do Rei de Amarna, AQUENATON, é discutível, mas não improvável. O Egito – como este ensaio deve mostrar –, situado no outro pólo, vivenciou impulso na direção da apercepção perspectiva na virada da 18^a para a 19^a dinastia, ao qual os esforços monoteístas de AQUENATON hão de ser correlacionados” (“Ob die Anregung dazu [zum Monotheismus] von Ägypten ausging, genauer: von dem Amarna-König ECHNATON, ist umstritten, aber nicht unwahrscheinlich. Ägypten – wie dieser Versuch zeigen soll –, am anderen Pol angesiedelt – erlebte um die Wende von der 18. zur 19. Dynastie einen Vorstoß in Richtung perspektivischer Apperzeption, in den auch die monotheistischen Bestrebungen Echantons einzubeziehen ist”).

⁵⁸⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 71 e segs, 81 e segs, 84 e 89.

⁵⁹⁰ FREUD, *Moisés*, p. 34.

⁵⁹¹ FREUD, *Moisés*, p. 34.

mais importante, do ponto de vista do elo entre perspectiva, causalidade e extraposição ética:

“Por esse tempo, as condições políticas do Egito haviam começado a exercer influência duradoura na religião egípcia. Como resultado das façanhas militares do grande conquistador TUTMÓISIS III, o Egito havia-se tornado uma potência mundial; o império incluía agora a Núbia, ao sul, a Palestina, a Síria e uma parte da Mesopotâmia, ao norte. Esse imperialismo refletiu-se na religião como universalismo e monoteísmo. Visto as responsabilidades do faraó abrangerem agora não apenas o Egito, mas ainda a Núbia e a Síria, também a divindade foi obrigada a abandonar sua limitação nacional e, tal como o faraó era o único e irrestrito soberano do mundo conhecido dos egípcios, isso também teve de aplicar-se à nova deidade destes. Além disso, com a ampliação das fronteiras do império, era natural que o Egito se tornasse mais acessível à influência estrangeira; algumas das princesas reais eram princesas asiáticas, e é possível que incentivos diretos ao monoteísmo tenham inclusive aberto caminho desde a Síria”⁵⁹².

Vê-se aqui, de novo, a correlação próxima entre as novas experiências humanas, a alteração de sua visão do mundo e a percepção dos objetos culturais que elabora. BRUNNER-TRAUT sublinha o Egito ser uma terra plana, cujos habitantes evitavam as montanhas situadas à beira do deserto⁵⁹³. Somente experimentaram as montanhas com o Novo Império. “Apenas por intermédio dos hicsos, eles [os egípcios] conheceram o cavalo e o carro”, nota a arqueóloga. “Desde então, viram sua terra, ao menos da altura do cesto do carro e na velocidade mais rápida dos cavalos galopantes, enquanto a regra, até então, era mover-se, quando não a pé, em lento deslizar, a remo ou a vela pelas hidrovias, o Nilo ou os canais, e, a partir delas, perceber sua terra de perfil e apreender as pessoas em movimento e as casas à margem como silhuetas. Esse modo egípcio de se locomover certamente não era adequado à desco-

⁵⁹² FREUD, *Moisés*, p. 34-35.

⁵⁹³ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 65.

berta da perspectiva”⁵⁹⁴. Assim, não parece simples coincidência que impulsos rumo à perspectiva tenham sido notados na arte egípcia precisamente durante o Novo Império⁵⁹⁵. A sagaz descrição de BRUNNER-TRAUT das relações entre as condições materiais da cultura egípcia e sua percepção do mundo talvez soe demasiado poética, mas desprovida de verdade científica. Sobre a linguagem poética não insultar a ciência, invoque-se o testemunho de OLIVER SACKS em prol da correção da hipótese da arqueóloga: “tem sido relatado que pessoas que viveram a vida inteira em densas florestas tropicais com um horizonte de não mais que alguns metros à frente, quando colocadas em paisagens amplas e vazias, podem chegar a esticar os braços e tentar tocar as montanhas com as mãos; não fazem idéia da distância das montanhas”⁵⁹⁶. Importa menos indagar hoje quais conseqüências sobreviriam ao mundo, acaso o Egito se tivesse estruturado com base em duradouro projeto de extraposição monoteísta. É tempo de retornar aos desdobramentos da extraposição ética eleutérica efetivamente praticado na cultura judaica.

Tantos impulsos novos a respeito do passado e da religião e da idéia de aliança deram aos judeus forte consciência das três vertentes do tempo: pretérito, presente e futuro. O Deus único recebeu o domínio não apenas sobre o mundo e sobre CIRO, mas também passou a reger o tempo⁵⁹⁷. Deus tornou-se exterior ao tempo, à história e ao espaço⁵⁹⁸. Deus cria o tempo e, com isso, a história. Se a concepção ocidental de

⁵⁹⁴ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 65: “Erst durch Vermittlung der Hyksos haben sie [die Ägypter] Pferd und Wagen kennengelernt und haben seitdem wenigstens aus der Höhe des Wagenskastens und bei dem schnelleren Tempo galoppierender Pferde ihr Land gesehen, indes sie bis dahin in der Regel, wenn sie nicht zu Fuß gingen, sich rudern oder segelnd auf den Wasserstraßen, auf dem Nil und den Kanälen, fortbewegt und von da aus ihr Land im Profil gesehen und die sich dort bewegenden Menschen und Häusern am Ufer bei langsamem Vorbeigleiten als Silhouette erfahren hatten. Diese ägyptische Gangart war gewiß nicht geeignet, die Perspektive zu entdecken”.

⁵⁹⁵ Cf. a nota 237.

⁵⁹⁶ SACKS, *Marte*, p. 134, nota 6.

⁵⁹⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 240.

⁵⁹⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 113 e 240.

tempo demanda a extraposição, então primeiro vem Deus; depois, o tempo e a história⁵⁹⁹. Dois mil e quinhentos anos depois, a igreja católica continua a defender essa concepção temporal, apesar de haver ampliado o rol de destinatários da mensagem:

“A encarnação do Filho de Deus permite ver realizada uma síntese definitiva que a mente humana, por si mesma, nem sequer podia imaginar: o Eterno entra no tempo, Tudo esconde-se no fragmento, Deus assume o rosto do homem. Deste modo, a verdade expressa na revelação de Cristo deixou de estar circunscrita a um restrito âmbito territorial e cultural, abrindo-se a todo homem e mulher que a queira acolher como palavra definitivamente válida para dar sentido à existência”⁶⁰⁰.

A proteção mundial de CIRO à religião judaica induziu a perspectiva ótica, considerada a aliança e as distâncias geográfica e temporal entre a Babilônia e a Palestina. Um pensamento revolucionário em relação a todas as soluções axiais, menos a grega. DÊUTERO-ISAÍAS elevou deus eticamente acima dos conceitos humanos de bem e mal, recompensa e castigo e combina isso com uma relação pessoal do homem com o deus extraposto⁶⁰¹. O ser humano recebe de deus a justificação de sua existência e a promessa de fidelidade, muito embora esteja sempre em injustiça perante a divindade. A ética passa a depender da fé. A ligação do homem com deus, como instrumento de superação do sofrimento humano, introduz o momento organizatório. O ser humano não se isenta de sofrer, por estar sempre em erro⁶⁰². Está, contudo, livre para agir. A questão do sofrimento humano ganha novas dimensões com essa solução do DÊUTERO-ISAÍAS⁶⁰³. A dimensão ética consiste na punição de quem atentar contra preceito divino⁶⁰⁴. A especificidade da teologia ju-

⁵⁹⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 113.

⁶⁰⁰ JOÃO PAULO II, *Fides*, p. 19.

⁶⁰¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 236.

⁶⁰² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 241.

⁶⁰³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 241.

⁶⁰⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 241.

daica no ponto não está no castigo divino, mas no suposto de que apenas deus pode distinguir o bem do mal; não assim, os homens. A dimensão histórica aprofundada resulta do fato de que o acerto de contas com deus pode ficar para o juízo final; forma-se, assim, a idéia do arco temporal composto pelo pretérito, presente e futuro⁶⁰⁵. Uma novidade para a época, considerando, por exemplo, que o Egito vivia o tempo cíclico, reiniciado a cada faraó⁶⁰⁶.

A idéia de aliança entre deus e o homem cria a dimensão da confiança, fundamental para o direito. Deus ajuda o fiel, que nem por isso deixa de sofrer⁶⁰⁷. A extraposição ética judaica somente pode funcionar no pressuposto de relação de confiança entre o fiel e deus; afinal, apenas a divindade detém o critério ético, que não se mede pelas obras humanas⁶⁰⁸. Tal submissão ao critério alheio cria, em contrapartida, uma relação pessoal entre ambos⁶⁰⁹. Assim, o “direito é aquilo que obriga entre si aqueles que crêem de certa maneira em Deus”; mas não apenas isso, pois o direito também os obriga em “em relação a Deus”⁶¹⁰. Isso estabelece a igualdade entre os homens, proclamados, aliás, todos à imagem e semelhança de deus. Logo, se deus é fiel, os homens devem sê-lo também entre si. Transpõe-se a aliança deus-homem para as relações pessoais; lê-se em ISAÍAS: “um ao outro ajuda”⁶¹¹. A igualdade perante Deus os tornou cidadãos neste mundo. A extraposição judaica em torno da fé consiste em meio de ladear o trágico grego⁶¹².

⁶⁰⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 241.

⁶⁰⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 241, nota 206; sobre o tempo egípcio, cf. a nota 676 e segs.

⁶⁰⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 242.

⁶⁰⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 270.

⁶⁰⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 133.

⁶¹⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 242: “Recht ist danach, wozu Gott diejenigen, die in dieser Weise an ihn glauben, untereinander und ihm gegenüber verpflichtet”.

⁶¹¹ ISAÍAS, 41: 6 e FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 293.

⁶¹² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 273.

BRUNNER-TRAUT sublinha o caráter decisivo da extraposição divina, na alteração do entendimento israelita de tempo, ocorrida sob influência grega, por volta de 164 a. C., no livro de DANIEL⁶¹³. A mudança decorreu da idéia de aliança entre o deus extraposto e os judeus⁶¹⁴. A concepção histórica israelita “não era primariamente baseada em eventos históricos, mas na ação de deus no mundo”⁶¹⁵. Os diversos atos históricos são interpretados como penas e salvação de deus, em relação a um povo⁶¹⁶. A novidade deu-se por meio da transformação das antigas festas cananéias relacionadas aos ciclos naturais, como a colheita, em eventos históricos, como o êxodo e a páscoa⁶¹⁷. Passou-se da comemoração à lembrança de um fio comum de eventos, com a ruptura do isolamento do presente⁶¹⁸. Os elos foram logo interligados numa corrente, a sobre-soma, que revelaria plano divino muito complexo de redenção de um povo⁶¹⁹.

O Cristianismo, o advento do filho de Deus, confirma a fidelidade divina completada pela última exortação a que o homem aceite a extraposição divina, capaz de libertá-lo do caráter trágico da vida⁶²⁰. Não por acaso, JESUS elegeu texto de ISAÍAS, e não o de JÓ, para ler na sinagoga⁶²¹. Deixou claro, com isso, o partido ético ao qual se filiava: o da igualdade entre os homens perante Deus. Uma das diferenças mais marcantes do Cristianismo em relação às alternativas axiais para o sofrimento está em que JESUS se autoproclamou o caminho, isto é, a fé pessoal, capaz de libertar o crente dos males da condição humana. Já as soluções

⁶¹³ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 109.

⁶¹⁴ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 108.

⁶¹⁵ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 108-109: “Ihr [der israelitischen Geschichtsbetrachtung] war primär nicht an geschichtlichen Vorgängen gelegen, sondern am *Wirken Gottes* in der Geschichte”.

⁶¹⁶ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 111.

⁶¹⁷ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 110.

⁶¹⁸ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 110.

⁶¹⁹ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 111.

⁶²⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 133.

⁶²¹ Lucas 4:17.

encontradas na Era do Eixo indicam caminhos, consistentes em esforços constantes para a salvação, como sucede com o *tao*. Ao se proclamar o caminho no qual se deve acreditar, JESUS nega em princípio o valor das obras⁶²², ainda que pregue o amor ao próximo. Com isso, rejeita a tese irreal de que o justo não sofreria⁶²³. O tema central do Cristianismo, ainda assim, continua a ser a fé depositada em deus e no seu filho encarnado. Ela se oferece como a solução que permitiu, num primeiro momento, o estabelecimento da base isonômica entre os crentes e, em ulterior etapa, a igualdade entre todos os homens. ERICH KAUFMANN, secundado por HANS NAWIASKY, observa ser muito “esclarecedor que a norma da igualdade perante a lei entrou no lugar da igualdade perante Deus”⁶²⁴.

O Cristianismo herda do Judaísmo o reconhecimento de deus pessoal e a liberdade de ação, aos quais agrega dado fundamental: um “catálogo ético mínimo [...] limitado ao amor ao próximo”⁶²⁵. Ademais, o deus cristão multiplica a relação de confiança, pois também Ele obedece às regras, ao ponto de morrer na infamante e dolorosa cruz, ao invés de apenas comandar suas criaturas, como o faziam os deuses do monoteísmo antigo, inclusive judaico⁶²⁶.

⁶²² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 291-292.

⁶²³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 271.

⁶²⁴ KAUFMANN, *Gleichheit*, p. 4: “Es ist nicht ohne weiteres einleuchtend, daß der Satz von der Gleichheit vor dem Gesetz an die Stelle des Satzes von der Gleichheit vor dem Gott getreten ist”. NAWIASKY, *Gleichheit*, p. 26.

⁶²⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 288: “ethische Minimalcatalog [...] auf Nächstenliebe beschränkt...”.

⁶²⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 289. Compare-se similar postura ética da confiança com a narrativa árabe da argúcia divina, consistente em ascender JESUS diretamente ao céu e fazer com que JUDAS fosse crucificado por engano no seu lugar. Cf. a nota 501.

6.2.10.5.1 – Resumo da tabela periódica das culturas

Há um grande espectro de soluções possíveis para a questão do sofrimento humano.

As alternativas irrealistas simplesmente negam os tormentos a que todas as pessoas estão sujeitas. Postulam, um tanto ingenuamente, que deus ajudará quem agir bem. É como se o ser humano se assustasse com o abismo revelado pela Era do Eixo e recuasse diante da grandeza da tarefa de estabelecer a ética⁶²⁷, quer dizer, tem-se aí o medo de andar na corda estendida acima do abismo de que falava NIETZSCHE⁶²⁸.

As alternativas realistas contrapuseram diversas soluções ao problema do sofrimento humano: mesmos as boas pessoas sofrem; toda ação empreendida no sentido de evitar aquela dor é imperfeita, por gerar parcela de mal. Os justos sofrem e não há solução perfeita para isso⁶²⁹. FIKENTSCHER sumaria os grandes projetos destinados a lidar com as dificuldades inerentes à condição humana, muitos dos quais nascidos na Era do Eixo ou a ela relacionados de perto:

1 - As sociedades “fragmentadas” resolvem esses problemas pregando a dissolução dos vínculos entre os homens, reconduzindo cada pessoa a um caminho interior, individual por definição:

1.1 - Num dos extremos da fragmentação, encontra-se a solução sugerida por NIETZSCHE, consistente em derivar o bem da vontade, do livre arbítrio, desprezando as conseqüências das ações⁶³⁰. Assim, subverte-se a idéia dos valores, pois deixam de dirigir a vontade das pessoas e passam a ser por ela determinados⁶³¹.

⁶²⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 339.

⁶²⁸ Cf. a nota 144.

⁶²⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 339.

⁶³⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 339.

⁶³¹ Aqui, pouco importa discutir se NIETZSCHE se valeu de ZARATUSTRA em parábola para a demonstração dessa tese ou se, ao reverso, afirmou que a eleição do Zoroastrismo como religião oficial do Império Persa constitui exemplo daquela solução para o sofrimento humano.

Trata-se de solução fragmentadora, por conduzir ao individualismo insubmisso a vínculos, mas apenas às relações de poder.

1.2 – No outro extremo da fragmentação, acham-se as sociedades “reamontoadas”, consistentes em repulsas deliberadas aos dois projetos axiais de estruturação cultural, aos quais opõem o “determinismo monocausal”⁶³²: o que tiver que ser, será, independentemente do meu arbítrio, que nada dirige, mas deve adaptar-se ao curso das coisas, para se qualificar como “bom”⁶³³. Tal seria o caso do Islamismo e do Marxismo. Por si sós, os fatos criam valores, impostos à vontade humana. A solução seria curvar-se ou apressar essa inexorável tendência. Num caso, o vínculo transversal é pecaminoso, porque consiste em subterfúgio para ladear a entrega do homem à vontade de Deus, único liame digno. Na outra concepção, os vínculos transversais prejudicam o justo desenvolvimento histórico, determinado por infalível lei de índole causal – o materialismo histórico; aqui, o vínculo se estabelece apenas com a idéia de revolução.

1.3 – Entre ambos os pólos fragmentados, as alternativas “dispersas” do Bramanismo, Hinduísmo, Budismo, Taoísmo e, em menor grau, o Confucionismo, que negam a vontade, aconselham o “vazio”, o desapego, a ruptura dos vínculos e a introspecção⁶³⁴.

2 – As sociedades estruturadas, embora reconheçam a irremediável carga negativa das ações humanas, decidiram-se pelo caminho contrário ao das anteriores: aconselham a interação de seus membros para minorar o sofrimento humano. E justificam a ação, porque remetem o justo e o injusto a um ponto fora do alcance de qualquer deles. Trata-se da “extraposição ética”.

⁶³² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 339.

⁶³³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 339.

⁶³⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 339.

2.1 - O pensamento grego endossa o agir, mesmo com a consciência do mal aí contido, em virtude da causalidade⁶³⁵, finalidade⁶³⁶ e da “extraposição trágica”, isto é, da colocação do critério ético num plano ideal, superior e, sobretudo, fora do alcance da vontade isolada de qualquer membro da coletividade. Apenas o conjunto dos cidadãos, em diálogo livre na praça pública, pode deliberar sobre aqueles valores postos acima de todos. É a discussão racional – o *Logos* – a legitimar a ação. O mundo das idéias de PLATÃO constitui o melhor exemplo da extraposição trágica. Por certo que o livre arbítrio, espelhado nas decisões da *polis*, não era inteiramente previsível nem muito menos controlável. SÓCRATES o simboliza superlativamente: curvou-se à injustiça, porque, por princípio, a *polis* não errava⁶³⁷.

2.2 - O Judaísmo e, sobretudo, o Cristianismo valem-se da “extraposição eleutérica” para justificar a alternativa da ação: o deus-pai estabelecedor do bem e do mal, diante de quem todos são imperfeitos, perdoa seus crentes-filhos pelo mal produzido em seus atos, porque inerente à condição humana. Uma vez que, embora feito à sua imagem e semelhança, qualquer homem sempre está em erro perante Deus, duas conseqüências se apresentam desde logo: todos são iguais e existem limites intransponíveis à intervenção na esfera da pessoa⁶³⁸.

6.3 – Elementos fundamentais dos modos de pensar

FIKENTSCHER utiliza a comparação dos elementos essenciais das mentalidades fragmentada e estruturada com vários objetivos. De um lado, torna ambos os conceitos mais claros e, de outro, fornece evidên-

⁶³⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 338.

⁶³⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 338.

⁶³⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 339-349.

⁶³⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 340.

cias concretas em prol da correção de sua hipótese. Esses dados, afinal, atuam como critérios de classificação da tabela periódica das culturas.

Conquanto FIKENTSCHER não o tenha feito, parece correto estender seu empréstimo à nomenclatura das ciências naturais, para afirmar que o tamanho dos agrupamentos sociais intermédios, as concepções de tempo, história, sistema, causalidade e a presença de perspectiva servem como número de prótons, elétrons e nêutrons das culturas. Enfim, são as características essenciais que autorizam a indicação do seu lugar na “tabela periódica das culturas”. Essa tabela periódica da humanidade, em alemão literalmente “sistema periódico”, não se resigna a listar culturas; revela-lhes a coerência interna, ao agrupar as sociedades em razão das mencionadas características fundamentais, da mesma forma que a química estabelece as famílias de elementos, em razão de suas propriedades atômicas comuns.

. . . – *Perspectiva e aspectiva*

Alguns motivos aconselham que se inicie a recapitulação dos elementos essenciais dos modos de pensar fragmentado e estruturado por meio da arte. A facilidade de compreensão das coisas por meio da visão dá o tom pragmático da escolha⁶³⁹. ARISTÓTELES notou, porém, que o historiador narra eventos acontecidos, enquanto que o ofício do poeta é “representar o que poderia acontecer, quer dizer: o que é possível segundo a verossimilhança e a necessidade”. Daí sua conclusão favorável às artes: “a poesia é algo de mais filosófico e sério do que a história, pois refere aquela principalmente o universal, e esta, o particular”⁶⁴⁰. Quem

⁶³⁹ Cf. a nota 177.

⁶⁴⁰ ARISTÓTELES, *Poética*, 1451 a, cap. IX, 50, p. 115: “Pelas precedentes considerações se manifesta que não é o ofício de poeta narrar o que aconteceu; é, sim, o de representar o que poderia acontecer, quer dizer: o que é possível segundo a verossimilhança e a necessidade. Com efeito, não diferem o historiador e o poeta, por escreverem verso ou prosa (pois bem poderiam ser postas em verso as obras de Heródoto, e nem por isso deixariam de ser história, se fossem em verso o que eram em

discordar desse ponto de vista talvez se renda, então, a GADAMER: “a imitação e a representação não são apenas repetição figurativa, mas conhecimento da essência. Como não são meramente repetição, mas ‘extração’, o observador está nela simultaneamente co-implicado. Elas contêm em si a relação essencial para aquele a quem a representação se dirige”. A “representação [...] não é mera representação”, mas “necessariamente indicativa”, nota o pensador alemão, pois “quem imita há de abandonar e ressaltar coisas. Porque se imita, há que se exagerar, quer se queira ou não”⁶⁴¹. Entender a arte de um povo significa, pois, compreender o que lhe parece essencial no mundo à sua volta.

A exposição das idéias de BRUNNER-TRAUT torna tudo bem mais simples: as culturas fragmentadas são aspectivas, ao passo que as estruturadas, perspectivas. Em rigor, basta fazer aqui uma remissão ao tópico destinado ao pensamento da referida estudiosa⁶⁴².

Quem se dispõe a representar determinado objeto, dele se afasta e o registra no mesmo suporte sob diversos ângulos, obtém aquilo que em artes visuais se denomina de perspectiva. Na aspectiva, apreendem-

prosa) – diferem, sim, em que diz um as coisas que sucederam, e outro as que poderiam suceder. Por isso “a poesia é algo de mais filosófico e sério do que a história, pois refere aquela principalmente o universal, e esta, o particular”.

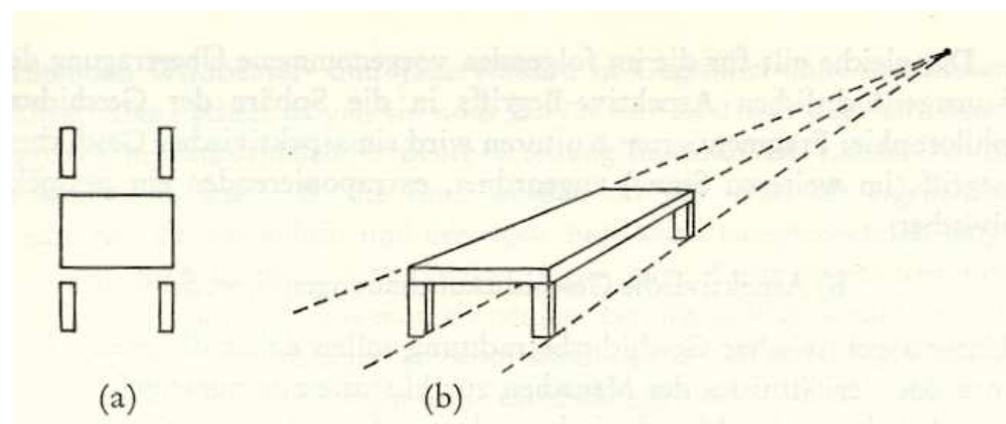
⁶⁴¹ GADAMER, *Wahrheit*, vol. I, p. 120: “A imitação e a representação não são apenas repetição figurativa, mas conhecimento da essência. Como não são meramente repetição, mas ‘extração’, o observador está nela simultaneamente co-implicado. Elas contêm em si a relação essencial para aquele a quem a representação se dirige. Pode-se até dizer mais: tanto a representação não é mera imitação, que é necessariamente indicativa. Quem imita há de abandonar e ressaltar coisas. Porque se imita, há que se exagerar, quer se queira ou não” (“Nachahmung und Darstellung sind nicht abbildende Wiederholung, allein, sondern Erkenntnis des Wesens. Weil sie nicht bloß Wiederholung, sondern ‘Hervorholung’ sind, ist in ihnen zugleich der Zuschauer mitgemeint. Sie enthalten in sich den Wesensbezug auf jeden, für den die Darstellung ist. Ja, man kann noch mehr sagen: die Darstellung ist so wenig bloße Nachahmung, daß sie notwendig zeigend ist. Wer nachahmt, muß weglassen und hervorheben. Weil er zeigt, muß er, ob er will oder nicht, übertreiben”).

⁶⁴² Cf. os itens 6.2.3 e 6.3.6.

se suas diversas partes destacadas ou se desenha várias vezes o mesmo objeto em diversos ângulos. O distanciamento do observador em relação ao objeto permite-lhe apreendê-lo e representá-lo como um todo orgânico. A mentalidade mística, que não afasta o homem de relações sobrenaturais com o mundo à sua volta, não permite essa distância e faz com que sua apreensão dos objetos se dê passo a passo, com ênfase em cada uma de suas partes, em detrimento da visão da totalidade.

Ora, a aspectiva não representa senão a percepção fragmentada, isto é, passo a passo da realidade, enquanto a totalidade orgânica da perspectiva parece a tradução visual da idéia de um todo a suplantando a soma das partes, com um sentido mais amplo que sua mera adição lado a lado.

As seguintes ilustrações da mesma mesa, extraídas da obra de FIKENTSCHER, parecem apagar quaisquer dúvidas residuais⁶⁴³:



Obviamente, o modo (a) de ver o mundo é o fragmentado e o (b), o estruturado.

A ênfase dada às obras visuais corre o risco de gerar a falsa noção de que a perspectiva e a aspectiva se refiram apenas às artes figurativas. A denominação do fenômeno geral pode mesmo causar essa impressão. Talvez se deva falar de modo mais amplo, como o faz BRUNNER-TRAUT, em arte perspectivística e aspectivística, ou ainda, com FIKENTSCHER, em fragmentada e estruturada. As criações artísticas perspectivísticas ori-

⁶⁴³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 65.

entam-se pela noção de sobre-soma, ou seja, de um todo orgânico transcendente à adição de suas partes. As manifestações artísticas aspectivísticas, ao contrário, prendem-se às partes de que certo objeto se compõe. Quando se têm presentes essas noções, percebe-se que as categorias de BRUNNER-TRAUT explicam a arte de culturas como a egípcia. Mais do que isso, extraem-lhe o verdadeiro sentido, no que antes parecia mero caos⁶⁴⁴.

A pluralidade característica do monoteísmo repete-se nas formas mistas e na falta de unidade dos objetos aspectivos, cuja matriz possui outros méritos, como a criatividade⁶⁴⁵. As representações das divindades resultam da junção de formas incongruentes e de impossível relação entre si⁶⁴⁶. As supostas contradições dos papéis míticos dos deuses, em diversas lendas, não fazem sentido aos olhos de quem vê o todo⁶⁴⁷. Não assim para quem observa cada narrativa como único ponto de interesse. Esse o motivo por que os deuses cambiavam de aparência e de função a depender da história e nenhum desses contos faz sentido, se associado a outro. Aliás, não foram pensados em absoluto com esse objetivo. Note-se com BRUNNER-TRAUT:

“Onde quer que povos místicos pensem, pensam eles logicamente, mas apenas no interior de unidades de sentido e não a respeito do panorama ideal completo. O *Logos*, por isso, também opera no interior do mito; contudo – e isso é característico –, apenas em relação aos passos do raciocínio aproximados. Uma vez que a reflexão não é a única forma de apreensão de um objeto em povos místicos, mas se mistura com sentimento, fantasia etc., as diversas modalidades de apreensão se encontram e conduzem a uma espécie própria de percepção”⁶⁴⁸.

⁶⁴⁴ Cf. as notas 211 a 213.

⁶⁴⁵ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 116.

⁶⁴⁶ Cf. FREUD, na nota 110.

⁶⁴⁷ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 120.

⁶⁴⁸ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 128: “Wo mystische Völker denken, denken sie logisch, aber nur innerhalb benachbarter Sinneinheiten und nicht über

A possibilidade de transposição do cerne dos contos mostra serem as ações neles descritas eventos isolados⁶⁴⁹. A ação nas estórias orientais, similarmente, é isolacionista, pois os fatos são enfileirados, sem as conexões transversais⁶⁵⁰. A concepção artística aspectiva também se torna clara na falta de transição e no caráter abrupto da narrativa. O paciente das histórias egípcias restabelece-se imediatamente após a intervenção médica⁶⁵¹. “Ação, não atmosfera ou exteriorização de sentimentos, caracteriza a fábula, tal como a arte. Os seres humanos, com isso, tornam-se fenômenos típicos”⁶⁵². Na poesia, “um objeto não é trazido à vista por meio de definição, mas por intermédio de alinhamento associativo da maior quantidade de noções. Um único verso ressalta sempre apenas um único aspecto da realidade; apenas sua soma apresenta o todo”⁶⁵³.

As características da arte aspectiva são assim sumariadas por BRUNNER-TRAUT: definição clara das linhas, enfileiramento dos eventos, poesia dos temas, impulsos associativos, contraste, contornos agudos, tipificação das figuras por meio de atributos epítéticos, posições angulosas, maniqueísmo, gradação súbita. Tem-se negativamente resumido: re-

das gesamte Gedankenpanorama hinweg. Logos ist daher auch innerhalb des Mythos am Werk, aber – und das ist kennzeichnend – nur für die nächsten Gedankenschritte. Da Denken, [...] bei mythischen Völkern nicht die einzige Form des Erfassens eines Gegenstandes ist, sondern untermischt mit Empfindung, Phantasie u. a., begegnen sich die verschiedenen Weisen des Erfassens und führen zu einer eigenen Art der Apperzeption”.

⁶⁴⁹ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 146.

⁶⁵⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 260, nota 272.

⁶⁵¹ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 147.

⁶⁵² BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 149: “Handlung nicht Stimmung oder Gefühlsäußerung kennzeichnet das Märchen so gut wie die Kunst. Damit werden die Menschen zu Figuren, werden zu typischen Erscheinungen”.

⁶⁵³ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 154: “Eine Sache wird nicht durch Definition, vielmehr durch Aneinanderreihung möglichst vieler Vorstellungen assoziativ zur Erscheinung gebracht. Ein einzelner Vers bringt immer nur einen einzelnen Aspekt der Wirklichkeit zur Geltung, erst ihre Summe das Ganze”.

núncia a transições suaves, como é típico em organismos, a descrições, desenvolvimentos e individualização⁶⁵⁴.

. . . – *Tempo e história*

Vejam-se as noções conexas de tempo de história, muito distintas, a depender do modo de pensar que as produz. “Há tantas concepções de história [...], quantos modos de pensar culturais”⁶⁵⁵.

O observador que, sem sair do ponto onde se encontra, “vê” um acontecimento nascer no pretérito, passar diante de si no presente e avançar para o futuro constrói noção de tempo muito diversa, por exemplo, da imagem indutânica da roda universal, que somente gira e repete eventos em intervalos cíclicos. BRUNNER-TRAUT esclarece: “a representação perspectivista é ligada ao atual-fortuito. Ela somente é pensável no tempo. Com isso, ela traz o momento do transitório em si. A perspectiva, em contrapartida, é indiferente ao tempo e, assim, prisioneira da duração. Conformação do tempo e do espaço estão na mais estreita conexão”⁶⁵⁶. De fato, a mudança do ponto de vista da obra perspectiva ou do momento em que captada a imagem produz resultado diverso do objeto retratado. Já a apreensão aspectiva, com sua fidelidade à coisa, desprezo das circunstâncias e ausência de conjunto, não se sujeita às mutações imanentes à escolha do ponto de vista. BRUNNER-TRAUT vê nisso a causa do caráter permanente e atemporal da arte das antigas

⁶⁵⁴ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 150.

⁶⁵⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 12: “Es gibt so viele Geschichtsverständnisse und Systemverständnisse, wie es kulturelle Denkweisen gibt”.

⁶⁵⁶ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 69: “Perspektische Darstellung ist gebunden an Aktuell-Zufälliges. Sie ist nur denkbar in Zeit. Damit trägt sie das Moment des Vergänglichen in sich. Aspekte dagegen ist zeitstumm und dadurch der Dauer verhaftet. Zeitgestaltung und Raumgestaltung stehen im engsten Zusammenhang”.

culturas superiores⁶⁵⁷. A correlação entre as categorias de tempo, espaço, perspectiva, e aspectiva aqui discutidas também parece confirmada pela pesquisa neurológica. VALVO notou sobre seus pacientes que tardiamente recuperaram a visão: “a dificuldade real aqui é que a percepção simultânea de objetos não é algo habitual para aqueles acostumados a uma percepção habitual através do tato”⁶⁵⁸. “Nós, com a totalidade dos sentidos”, minudencia SACKS, “vivemos no espaço e no tempo; os cegos vivem num mundo só de tempo. Porque os cegos constróem seus mundos a partir de seqüências de impressões (táteis, auditivas, olfativas) e não sendo capazes, como as pessoas com visão, de uma percepção visual simultânea, de conceber uma cena visual instantânea”⁶⁵⁹.

As culturas não distanciadas dos acontecimentos cultivam as três “concepções históricas aspectivas”⁶⁶⁰ e, assim, não se interessam pelos três momentos do tempo ocidental.

Certas sociedades, em especial as amontoadas, seriam quase atemporais, pois sua noção de tempo se baseia em intervalos curtíssimos, como as estações do ano ou o período de caça⁶⁶¹. As sociedades conscientemente dispersas estão além disso, na medida em que sua doutrina de dissolução dos vínculos pressupõe grau maior de atenção ao tempo, para distinguir o presente do futuro, malgrado implique os três momentos no presente com tons de eternidade⁶⁶².

O segundo tipo de história fragmentado traduz-se no chavão da “história como presente melhorado”⁶⁶³. Em português, os “velhos e bons tempos”. O mesmo se ouve amiúde nos meios jurídicos: quanto

⁶⁵⁷ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 69.

⁶⁵⁸ *Apud* SACKS, *Marte*, p. 138.

⁶⁵⁹ SACKS, *Marte*, p. 138.

⁶⁶⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 66: “aspektivische Geschichtsanschauungen”.

⁶⁶¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 66-67.

⁶⁶² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 67.

⁶⁶³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 67: “Geschichte als bessere Gegenwart”.

mais velho, melhor o direito⁶⁶⁴. O homem não deseja se separar do passado, apesar de saber que existiu o “antes” e de ser capaz de medi-lo⁶⁶⁵. O ser humano, na medida das possibilidades, imbrica o passado no presente, em todas as manifestações culturais⁶⁶⁶. Similar fusão do pretérito com o presente impede a visão crítica dos dois momentos: o atual é pior do que o pretérito, porque o sucedeu, da mesma forma que o passado é sempre melhor do que o presente, apenas porque já ficou para trás⁶⁶⁷.

O tempo “ingênuo-antiquário” desprende o presente do pretérito, sem, todavia, conseguir estabelecer a linha evolutiva a ligar ambos os momentos, nem considerar o futuro⁶⁶⁸. A relação com o passado se dá à moda dos colecionadores, que ameilham curiosidades estrangeiras ou dos tempos idos sem as considerar do ponto de vista científico. Comparam-se dois momentos a título de curiosidade⁶⁶⁹. O passo seguinte, a “interpretação do presente segundo a evolução histórica aspectiva”⁶⁷⁰, combina ambas as espécies precedentes, com o resultado de se entender a evolução dos acontecimentos até o presente, sem, contudo, se revelar interesse pelo futuro⁶⁷¹. Explica-se a história até o ponto do observador.

Obtém-se o arco temporal completo, com vivo interesse pelo futuro, por meio da extraposição⁶⁷². O ser humano busca saber para onde vai, ao ganhar distância dos acontecimentos e se transportar ideal e visualmente para um ponto situado fora da sociedade. O ser humano passa a

⁶⁶⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 68.

⁶⁶⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 67.

⁶⁶⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 67.

⁶⁶⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 68.

⁶⁶⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 69-71: “naiv-antiquarisch”; cf., ainda, BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 107, para o apoio a esse modelo como explicação do tempo egípcio.

⁶⁶⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 70.

⁶⁷⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 72: “aspektivistisch-entwicklungsgeschichtliche Deutung der Gegenwart”.

⁶⁷¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 72.

⁶⁷² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 74

conhecer sua origem, sabe onde está e se programa em direção ao futuro.

Constitui equívoco, derivado de encapsulamento cultural, supor a universalidade de qualquer noção de tempo. O Ocidente contemporâneo generaliza sua noção cultural de tempo de “flecha irreversível” disparada rumo ao futuro, talvez porque ainda esteja demasiado impressionado com a má interpretação das categorias kantianas do tempo e do espaço como condições de possibilidade da experiência.

O Egito, por suas características ímpares, serve, de novo, como o perfeito contraponto fragmentado à nossa noção de tempo estruturado. Após sublinhar ser o tempo a “construção cultural mais abrangente e fundamental”⁶⁷³, ASSMANN afirma a existência de duas concepções básicas de tempo, o cíclico e o linear, que conviveriam na mesma sociedade, mas em relação de predominância⁶⁷⁴. Reporta-se, no ponto, à distinção de LÉVY-STRAUSS entre sociedades “quentes” e “frias”, em relação ao tempo. Certas sociedades buscam resfriar as mudanças pelo mecanismo de manter a história trancada no seu exterior; procuram implantar automatismo institucional, de modo a anular os acontecimentos potencialmente aptos a desafiar-lhes o equilíbrio⁶⁷⁵. Donde a construção do tempo cíclico, destinado a apagar as novidades. Nessa modalidade de

⁶⁷³ ASSMANN, *Ägypten*, p. 25-26: “... ist die kulturelle Konstruktion der Zeit die grundlegendeste und umfassendste”.

⁶⁷⁴ ASSMANN, *Ägypten*, p. 29.

⁶⁷⁵ Ouça-se o grande testemunho da época – HERÓDOTO, *História*, 2, 142, p. 134: “Até aqui reproduzi a história contada pelos sacerdotes, demonstrando que o período de tempo desde o primeiro de seus reis até esse sacerdote Héfaistos – o último deles – corresponde a trezentas e quarenta gerações de homens [...]. Então, durante esse período de onze mil e trezentos e quarenta anos, dizem os sacerdotes, não houve rei algum que fosse um deus sob forma humana, nem aconteceu isso antes ou depois desse período entre os restantes reis dos egípcios. Por quatro vezes durante esse período, disseram-me eles, o Sol havia nascido no lugar contrário ao normal [...], mas nenhuma mudança havia resultado desses fenômenos para o Egito, seja nos produtos da terra, seja na ação do rio ou em relação às doenças e à morte”. Talvez aqui se encontre a origem do fenômeno da suposta atemporalidade legal, criticado por GERHART HUSSERL, *Recht und Zeit*, p. 23.

*chronotop*⁶⁷⁶, muito adequada às civilizações agrícolas que sobrevivem graças às periódicas cheias e baixas dos rios, tudo deve variar apenas segundo padrões conhecidos e, ao final de um ciclo, tornar exatamente ao ponto onde se iniciou. O tempo cíclico consiste na adaptação da vida e ordem humanas aos eventos astronômicos, meteorológicos e vegetativos⁶⁷⁷. O antigo Egito vivia sob dois *chronotopoi* de diferentes perfis. *Nehet*, o tempo cíclico, era o “eterno retorno do igual”⁶⁷⁸, eis que “não o ser, mas o tornar-se, está no centro do pensamento egípcio”⁶⁷⁹. Daí porque era grafado com a imagem do escaravelho. O *chronotop* religioso *djet*, a permanência que negava a sucessão de eventos, era o espaço – note-se, um lugar – onde as coisas aperfeiçoadas se mantinham em suspenso fora do tempo⁶⁸⁰. Por isso, as pedras e múmias o simbolizavam⁶⁸¹.

BRUNNER-TRAUT demonstra a transposição dos ciclos naturais para a sociedade. O vocábulo egípcio para ano equivalia a “o que se renova”⁶⁸². O documento de propriedade de uma casa, por isso, deveria ser renovado anualmente, sob pena de o domínio caducar⁶⁸³. A missão do faraó consistia em repetir o passado e manter o mundo tal como criado por deus⁶⁸⁴. “A isso se liga sua tarefa de providenciar alimentação para os seres humanos e animais, deixar que as mulheres sejam engravidadas, garantir a subsistência do rebanho, regular as inundações do Nilo; em

⁶⁷⁶ A propósito, cf. ASSMANN, *Ägypten*, p. 25 e 490, que se vale da nomenclatura do crítico literário MICHAEL BACHTIN para designar a noção de tempo particular de um local. ASSMANN exemplifica o conceito com o romance *Montanha Mágica*, de THOMAS MANN, cuja ação se desenrola em isolado sanatório para pacientes tuberculosos, onde o tempo era sentido em função da rotina diária do hospital.

⁶⁷⁷ ASSMANN, *Ägypten*, p. 28.

⁶⁷⁸ ASSMANN, *Ägypten*, p. 32: “... die ewige Wiederkehr des Gleichen”.

⁶⁷⁹ ASSMANN, *Ägypten*, p. 32: “nicht das Sein sondern das Werden steht im Zentrum ägyptischen Denkens”.

⁶⁸⁰ Alguma similaridade com as nossas categorias constitucionais de ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada?

⁶⁸¹ ASSMANN, *Ägypten*, p. 32.

⁶⁸² BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 101-102.

⁶⁸³ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 97.

⁶⁸⁴ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 103.

geral: distribuir o sopro de vida a todos os seres vivos”⁶⁸⁵. “Além da criação e da manutenção do império, o rei era responsável pela ordem social e cósmica na sua extensão mais ampla”⁶⁸⁶. A datação era, por isso, reiniciada no princípio de cada regência, ao contrário da Grécia, cujo fluxo unitário de tempo se media pela sucessão das Olimpíadas⁶⁸⁷. Os faraós iniciavam sua regência com decreto no qual proclamavam que fariam tudo como seus antecessores e manteriam as coisas como antes⁶⁸⁸. “A história, como um todo, não é um curso linear que enlaça numa corrente os eventos transcendentais a um governo”⁶⁸⁹. A história, como um ciclo infundável de repetições, explica por que, mesmo após três mil anos desse evento verdadeiro, cada novo faraó unificava o Alto e o Baixo Egito, fundava o Estado, batia os inimigos e expandia as fronteiras. Noticiava-se tudo isso dele, ainda que não fosse correto, pois isso correspondia a seu papel predeterminado⁶⁹⁰. O passado era algo como o presente, apenas com o nome do faraó alterado⁶⁹¹. O tempo não era um fluxo, pois nem sequer havia o conceito abstrato de tempo⁶⁹². Ele sempre se ligava a um qualificador, como o “tempo de uma vida”, uma “oportunidade”, uma “colheita”, uma regência etc.⁶⁹³. A história esgotava-se em linhas dinásticas e não registrava eventos desagradáveis, perdas e

⁶⁸⁵ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 103: “Damit verbindet sich für ihn die Aufgabe, für Menschen und Tiere die Nahrung zu besorgen, die schwanger werden zu lassen, den Fortbestand des Viehs zu sichern, die Nilüberschwemmung zu regeln, allgemein: allem Lebendigen Lebensodem zu verleihen”.

⁶⁸⁶ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 99: “Außer für die Schaffung und Erhaltung des Reiches war der König zuständig für die kosmische und soziale Ordnung in ihrem weitesten Umfang”.

⁶⁸⁷ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 101.

⁶⁸⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 67. Alguma semelhança com a promessa dos nossos candidatos à presidência da República de que não assaltarão a poupança popular depositada em bancos?

⁶⁸⁹ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 99: “Geschichte als Ganzen ist kein lineares Verlauf, der die Ereignisse regierungsübergreifend zu einer Kette verhaken würde”.

⁶⁹⁰ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 100-101.

⁶⁹¹ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 99.

⁶⁹² BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 101-102.

⁶⁹³ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 101-102.

derrotas, para que não se tornassem duradouros⁶⁹⁴. Tampouco se assinalavam os atos contrários à “ordem natural” das coisas, como o assassinato de reis, distúrbios sociais e tentativas de reforma política⁶⁹⁵.

JAN ASSMANN demonstra a íntima relação entre Estado e o tempo, dois construídos sociais. O Estado egípcio era o “garante, gerador e institucionalizador” da duração e da continuidade das coisas⁶⁹⁶. O “Estado domina o tempo tal como o espaço”⁶⁹⁷. Naquela civilização, o “tempo” contado com o auxílio do calendário, uma das primordiais medidas civilizatórias, “não possui nenhum significado especial. Exatamente por isso, tem que ser anotado”⁶⁹⁸. Ao inverso dos mitos, que falavam do tempo repleto de significados para os egípcios, os eventos do tempo contínuo desapareciam da memória social. Daí por que a oficialidade o constituía por meio de anais e listas dinásticas, ainda assim desprovidos tanto de característica narrativa, quanto de relevância social⁶⁹⁹. O tempo e os rudimentos de história egípcios eram, em suma, fiéis correspondentes do modo fragmentado de pensar o tempo. “A famosa a-historicidade dos povos orientais tem seu fundamento no pensamento fragmentado sobre o tempo”⁷⁰⁰. Exceto pelos eventos da mais alta magnitude, os acontecimentos eram apenas enfileirados lado a lado, como nas listas dinásticas e nos anais⁷⁰¹.

⁶⁹⁴ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 101. Eis aí outro reflexo do pensamento mítico, que não distingue o evento exterior de seu registro – cf. as notas 227 a 229.

⁶⁹⁵ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 105.

⁶⁹⁶ ASSMANN, *Ägypten*, p. 37.

⁶⁹⁷ ASSMANN, *Ägypten*, p. 37: “Der Staat beherrscht die Zeit wie den Raum”.

⁶⁹⁸ ASSMANN, *Ägypten*, p. 37: “Die Zeit [...] hat keine besondere Bedeutung. Gerade deswegen muß sie aufgezeichnet werden”.

⁶⁹⁹ ASSMANN, *Ägypten*, p. 37.

⁷⁰⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 114: “Die berühmte ‘Geschichtslosigkeit der östlichen Völker hat ihren Grund im fragmentierten Denken über Zeit”.

⁷⁰¹ Nem mesmo nós, “sobrecarregados” de consciência histórica estruturada, aturamos ler anais, diários oficiais e repertórios de jurisprudência, justamente porque não passam da justaposição caótica de efemérides. Temos a impressão, ao lê-los, de não se tratar de história, embora seja evidente sua qualidade de fontes históricas.

O episódio de José no Egito do Velho Testamento constitui amostra excelente do encontro entre as culturas fragmentada e estruturada, em especial da diferença entre as noções de tempo, história e planejamento que lhes correspondem. A descrição dos primeiros encontros entre ambas as mentalidades interessa sobretudo na narrativa⁷⁰². O exemplo testemunha a força da pré-compreensão, capaz de nos tornar surdos para ouvir a coisa que nos fala na tradição: decorridos milênios do registro daquele suposto fato, perdemos a consciência do embate de horizontes que lhe subjazia. A passagem interessa pelo que revela de comparação de mentalidades ou mesmo da consciência da mentalidade hebraica, ainda que não seja verdadeira ou tenha contado com a imaginação de algum arguto redator. O faraó teria guindado JOSÉ à dignidade de grande administrador do Egito, pois o hebreu lhe decifrou a mensagem contida no simbolismo de sonhos⁷⁰³. O faraó sonhara ter visto sete vacas fortes a pastar às margens do Nilo. Tais cabeças de gado, no entanto, foram logo depois devoradas por outras sete vacas esquiladas, cuja fealdade jamais teria sido vista no Egito. Após acordar sobressaltado, o faraó voltou a dormir, quando teve outro pesadelo: sete espigas de milho grandes e viçosas também eram, em seguida, devoradas por outras sete espigas miúdas e queimadas pelo vento. O soberano egípcio, em vão, buscou entre os seus quem lhe esclarecesse o sentido dos sonhos. JOSÉ o teria feito, porque pertencia a sociedade estruturada em torno da fé. Apenas a dicotomia exposta por FIKENTSCHER parece justificar a inclusão do relato aludido num livro sagrado. O episódio, visto em nossa perspectiva, parece banal, evidente. Os integrantes de culturas estruturadas logo percebem que ambos os sonhos eram duas versões muito similares da mesma mensagem. Isso, contudo, não ocorreu aos fragmen-

Aborrecemo-nos, à falta de algo que nos ajude a descobrir o “fio da meada”, nelas, aliás, inexistente.

⁷⁰² Cf. o item 6.3.2.

⁷⁰³ *Gênesis*, 41.

tados egípcios, que falavam não em um, mas em dois sonhos⁷⁰⁴. O enigma mal se nos esconde atrás do simbolismo onírico claro: as setes vacas e espigas saudáveis representam sete anos de prosperidade agropecuária, seguidos de outros tantos de penúria, representados pelas sete vacas e espigas ruins. A mensagem não teria sido percebida pelos atemporais egípcios, que se encontravam “de costas para o futuro”⁷⁰⁵.

A disparidade das noções de tempo também foi captada por OSTEN, ao descrever a sociedade japonesa atual, fortemente influenciada pelo Budismo: “os fenômenos da temporalidade aparecem não apenas com o sentido de um curso incontingente, indeterminado, sem começo nem fim e com a duradoura imanência do passado e futuro em todos os momentos do presente. O tempo carece de sujeito e não se concentra num indivíduo, ao contrário da tradição ocidental, que parte de uma concepção subjetiva, presa à filosofia kantiana”⁷⁰⁶. Claro que a noção japonesa é despersonalizada; para torná-la subjetiva, seria necessária perspectiva, isto é, um observador do fenômeno histórico, artístico, temporal, causal, situado num só ponto, mas apreciando-lhe os vários ângulos. As sociedades fragmentadas, contudo, são aspectivas.

Já no modelo perspectivado de história, obtido com a noção de tempo linear, cada evento é único, ainda que eventualmente repita padrões de acontecimento pretérito e venha a se assimilar a algo que acontecerá. A concepção atemporal das sociedades fragmentadas descreve um giro da roda, pois o resto lhe seguirá o ciclo. O Budismo causa certa indiferença em relação à história: “no Japão”, explica MANFRED OSTEN,

⁷⁰⁴ *Gênesis*, 41, 25.

⁷⁰⁵ Expressão de HELLMUT BRUNNER repetidas vezes citado por FIKENTSCHER; por exemplo em *Methoden*, vol. 1, p. 115.

⁷⁰⁶ OSTEN, *Japaner*, p. 47: “Die Phänomene der Zeitlichkeit erscheinen hierbei nicht nur im Sinne eines inkontingenten, unbestimmten Ablaufs ohne Anfang und Ende und mit andauernder Immanenz der Vergangenheit und Zukunft in allen Momenten der Gegenwart. Im Gegensatz zur abendländischen Tradition ist der Zeitfluß subjektlos, nicht zentriert auf ein Individuum, während erstere von einem subjektiven, der KANTSchen Philosophie verhafteten Zeitkonzeption ausgeht”.

“antigos edifícios são demolidos e substituídos por novos sem nenhum sentimentalismo. Dado que o tempo se aparenta a um fluxo eterno, o significado de ontem e amanhã dissolve-se”⁷⁰⁷. Não admira, pois, que determinado templo japonês venha sendo demolido e reconstruído exatamente da mesma forma a cada vinte anos no último milênio⁷⁰⁸.

. . . – *Sistema perspectivo versus enumerações aspectivas*

Os diversos modos de produzir e ordenar o conhecimento correspondem a um dos elementos da fórmula cultural e, assim, podem ser predominantemente fragmentados ou estruturados⁷⁰⁹. FIKENTSCHER afirma:

“cada noção específica de tempo anda junto com uma noção de sistema que se lhe subordina: quem pensa o passado, obtém com isso ‘sistema’; quem ordena sistematicamente – isto é, tridimensionalmente – conceitos, somente pode fazê-lo em decorrência da valoração implícita, que apenas ocorre ‘no tempo’. Assim, por definição, o sistema remete para além de si mesmo na dimensão temporal. A perspectiva do tempo e a perspectiva dos conceitos são dois lados da mesma coisa”⁷¹⁰.

⁷⁰⁷ OSTEN, *Japaner*, p. 46: “In Japan werden alte Gebäude ganz unsentimental abgerissen und durch neue ersetzt. Da die Zeit als ein immerwährendes Fließen erscheint, verschwimmt die Bedeutung von gestern und morgen”.

⁷⁰⁸ OSTEN, *Japaner*, p. 46.

⁷⁰⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 84-85 e 86. Outros pormenores da concepção estruturada de sistema também podem ser encontrados no item 19.2.2, dedicado à pesquisa da relação entre este conceito e a proporcionalidade.

⁷¹⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 85-86: “Jedes spezifische Zeitverständnis mit einem zugeordneten, spezifischen Systemverständnis einhergehen muß: Wer Vergangenes durchdenkt, schafft dadurch ‘System’, und wer Begriffe systematisch, und zwar dreibezüglich ordnet, kann das wegen der damit implizierten Wertung nur ‘in der Zeit’ tun. Das System weist also begriffsnotwendig in zeitlicher Hinsicht über selbst hinaus. Die Perspektive der Zeit und die Perspektive der Begriffe sind zwei Seiten der gleichen Sache”.

Donde sua tese de que o pensamento sistemático é típico do modo de pensar estruturado, ao passo que as sociedades fragmentadas operam com a enumeração.

Povos atemporais e carentes de história vivem sem sistema, no sentido estrito empregado na teoria de FIKENTSCHER. Mas, como os tipos culturais puros não existem, também nelas se pode ver o equivalente do sistema estruturado, mas sob a forma “associativa ou aspectiva”⁷¹¹. Tais modos de pensar trabalham com a “mera adição”⁷¹² de elementos, como nas rimas, saberes mágicos. Recordem-se sobretudo as sociedades amontoadas. A enumeração fragmentada das partes do objeto é o método correspondente às sociedades que experimentam a “história como o presente melhorado” e se valem dos sistemas bidimensionais ou aspectivos, consistentes na listagem dos elementos das categorias. É o modo tópico de pensar. Assim procedia a Escolástica, com base em ARISTÓTELES. O problema dessa agregação está na incapacidade de gerar fundamentação inexorável, executável e previsível. Exemplos de similar espécie de “sistema” se encontram nos catálogos de tópicos jurídicos⁷¹³, no alfabeto, cujas letras não se alinham, por exemplo, em razão de serem vogais ou consoantes etc.

Não se quer com isso detratar as conquistas intelectuais dos povos fragmentados. Já se mencionou acima a extensa enciclopédia destinada a catalogar precisamente as invenções chinesas muito anteriores a seus

⁷¹¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 99.

⁷¹² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 99: “einfache Addition”.

⁷¹³ Para se ter idéia dos lugares-comuns da discussão jurídica, que se travaria com a ajuda de raciocínios dialéticos, recordem-se exemplos de WOLFGANG STRUCK, *Jurisprudenz*, p. 20 e segs, que pretende ter reunido todos os tópicos jurídicos num catálogo de 64 itens do qual se extraem estes exemplos: ninguém está obrigado ao impossível, lei posterior revoga lei anterior, *in dubio pro reo*, *ne ultra petita*, todos presumem-se bons, *de minimis non curat praetor*, as exceções são interpretadas estritamente, ninguém pode ser juiz em causa própria, o silêncio não obriga a nada, a chicana é proibida, a confiança merece proteção, o arbitrário é proibido, a obrigação de usar os meios menos lesivos etc.

equivalentes ocidentais⁷¹⁴. Consta da tradição relativa a TALES DE MILETO, o primeiro filósofo a ser chamado de sábio na Grécia: “ninguém lhe deu lições, com a única exceção de sua viagem ao Egito onde passou algum tempo com os sacerdotes”⁷¹⁵. O caráter paradigmático da cultura egípcia no entendimento da fragmentação oferece exemplos dos resultados e do modo de produção de saber no âmbito desse modo de pensar. O conhecimento egípcio não advinha da visão do conjunto do tema, mas da prática⁷¹⁶. Os dados empíricos eram aspectivamente alinhados em coleções montadas segundo o princípio da agregação⁷¹⁷. Disso nasce apenas um parentesco bilateral entre os dados⁷¹⁸. Todas as informações se encontram no mesmo plano, à semelhança dos murais. A classificação egípcia dos quadrúpedes, por exemplo, relacionava o “grande gado” (bovinos e asininos), o “pequeno gado” (ovinos e caprinos) e os “selvagens (do deserto)”⁷¹⁹. A taxonomia jamais desenvolveu o conceito de animais em geral, malgrado fossem eles classificados em seres de terra, água e ar⁷²⁰. Não há noção de gênero, situado num segundo plano conceitual, mais elevado e geral. É a mesma noção implícita à planta de templo que situa no mesmo plano o piso, os pórticos, as escadas e os altares⁷²¹. A medicina egípcia não se ocupava do organismo como um todo. O corpo não era percebido como unidade, mas sucessivamente como o composto de seus membros⁷²²; algo como uma boneca de retalhos⁷²³. A palavra corpo, aliás, era o plural de membros⁷²⁴. A noção de parte era visual, e não funcional, de modo que a inflamação

⁷¹⁴ Cf. a nota 332.

⁷¹⁵ DIÓGENES LAËRCIO, *Vidas*, p. 18 e 19.

⁷¹⁶ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 130.

⁷¹⁷ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 129.

⁷¹⁸ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 129.

⁷¹⁹ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 140.

⁷²⁰ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 140.

⁷²¹ Cf. a figura 3, correspondente à nota 200.

⁷²² BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 71.

⁷²³ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 72.

⁷²⁴ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 72.

no membro era tratada isoladamente⁷²⁵. O mesmo órgão recebia nomes diversos, a depender do aspecto médico levado em conta⁷²⁶. A vida tampouco era considerada um processo desdobrado no tempo entre o nascimento, a infância, a idade adulta, a velhice e a morte⁷²⁷. Nem a doença era um processo⁷²⁸.

A desenvolvida matemática egípcia operava com base em tabelas, casos agrupados, orientações práticas e, quando muito, em paradigmas; nunca formulou leis gerais⁷²⁹. Malgrado tudo, os egípcios utilizavam o zero, frações, resolviam equações, calculavam a área do círculo etc. BRUNNER-TRAUT oferece, dentre tantos outros, dois exemplos de operações matemáticas documentadas em papiros bastante ilustrativos do procedimento da racionalidade agregativa ou desestruturada. A multiplicação e a divisão eram fragmentadas em conjuntos de somas. Obtia-se o produto da operação 14×80 pela decomposição seguinte: “ $1-80; 10-800; 2-160; 4-320$; total: 1120 ”⁷³⁰. A divisão $19 : 8$ resolvia-se assim: “ $1-8; 2-16; 1/2-4; 1/4-2; 1/8-1$; solução: $2 + 1/4 + 1/8$ ”⁷³¹. Justamente por desconhecerem o princípio a informar o raciocínio matemático, os egípcios não demonstravam os enunciados; apenas eram capazes de provar o acerto da operação, de tirar a prova, como dizemos nós, os leigos⁷³².

⁷²⁵ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 72.

⁷²⁶ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 72.

⁷²⁷ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 72.

⁷²⁸ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 72.

⁷²⁹ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 134.

⁷³⁰ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 132. O documento egípcio dispõe a operação verticalmente, isto é, cada elemento ocupa um linha.

⁷³¹ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 132.

⁷³² BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 132; Donde a explicação para suas infundáveis tabelas, típicas do saber agregativo.

Tais conclusões a respeito do saber no Egito confirmam-se na obra de PICHOT, que as entende ademais válidas em geral para a Mesopotâmia⁷³³:

“Para resumir, dir-se-á que a Mesopotâmia viu o início do desenvolvimento das matemáticas, especialmente da aritmética. Não há a constituição de um *corpus* em que os diferentes problemas são articulados uns com os outros, onde as demonstrações se encadeiam. [...]. A ciência mesopotâmica é primordialmente uma ciência de listas e de tábuas (tábuas matemáticas, tábuas astronômicas, listas de plantas, listas de doenças, listas de presságios, listas de trabalhos e de dias etc. Trata-se mais de uma ciência de acumulação e de consignação de observações de resultados [...] do que uma ciência que busca estruturas ou leis [...]. A organização do mundo se faz pela inserção em listas, listas de tudo e de nada, mas, sobretudo, listas daquilo que possa servir às predições (... adivinhações...)”⁷³⁴.

O método de ARISTÓTELES, que viveu após a queda da *polis* perante as culturas fragmentadas do Oriente, consistia na enumeração das espécies de cada gênero. “A enumeração das espécies de uma categoria é o processo de pensar fragmentado. Todas as espécies esgotam a categoria e a categoria não é mais do que a soma das suas espécies. De modo direto, a *diareisis*, a *divisio*, enumera tudo o que há”⁷³⁵. A divisão é a “o-

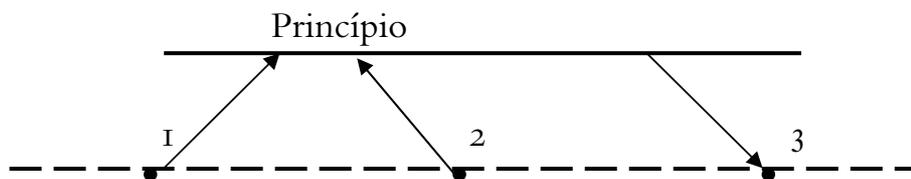
⁷³³ PICHOT, *Science*, vol. I, p. 311.

⁷³⁴ PICHOT, *Science*, vol. I, p. 189 e 190: “Pour résumer, [...] on dira que la Mésopotamie a vu le début d’un développement des mathématiques, spécialement de l’arithmétique. Il n’y a pas de constitution d’un corpus où les différents problèmes sont articulés les uns aux autres, où les démonstrations s’enchaînent. [...]. La ‘science mésopotamienne est d’abord une science de listes et de tables (tables mathématiques, tables astronomiques, listes de plantes, listes de maladies, listes de presages, listes de travaux et de jours, etc.). C’est plus une science d’accumulation et de consignation d’observations et de résultats [...] q’une science qui cherche des structures ou des lois [...]. L’organisation du monde se fait par mise en listes, listes de tout et de rien, mais surtout listes de ce qui peut servir à des predictions (... divinations ...)”.

⁷³⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 351-352: “Die Aufzählung der Arten einer Gattung ist das fragmentierte Denkverfahren. Alle Arten erschöpfen die

peração pela qual se separa a extensão de um conceito (dito gênero) em diversas classes, que são as extensões respectivas de outros conceitos (chamados espécies)”⁷³⁶. Por isso, ABBAGNANO afirma que a divisão é a “distinção de objetos diferentes que se podem pensar com o mesmo nome”⁷³⁷.

O método verdadeiramente sistemático – o *merismo* ou *partitio* – “somente pode ser compreendido diante do pano de fundo socrático-platônico da teoria do mundo das idéias”⁷³⁸. Notadamente, o sistema requer a noção de sobre-soma: a idéia de que “atrás das partes de uma coisa está o todo, diverso da soma de suas partes; o organismo, mais do que a soma dos seus órgãos”, era o exemplo dos próprios textos gregos⁷³⁹. A partição consiste “na divisão de um todo em seus componentes, em oposição à divisão lógica de um gênero em suas espécies”⁷⁴⁰. Eis o esquema apresentado por FIKENTSCHER para ilustrar a concepção estruturada de sistema:



Gattung und die Gattung ist nicht mehr als die Summe ihrer Arten. Die diairesis, die divisio, erzählt, schlicht ausgedrückt, was alles gibt”.

⁷³⁶ LALANDE, *Vocabulaire*, p. 244: “opération par laquelle on partage l’extension d’un concept (dit genre) en plusieurs classes qui sont les extensions respectives d’autres concepts (appelés espèces)”.

⁷³⁷ ABBAGNANO, *Diccionario*, p. 352.

⁷³⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p 352: “Sie [die Denkwelt des merismos] ist nur auf dem Hintergrund [...] der sokratischen-platonischen Ideenlehre zu verstehen”.

⁷³⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p 352: “... hinter den Teilen einer Sache ein Ganzes steht, das etwas anderes ist als die Summe seiner Teile, ein Organismus, der mehr ist als die Summe seiner Organe...”. No mesmo sentido e invocando o exemplo do corpo humano, cf. ABBAGNANO, *Diccionario*, p. 891.

⁷⁴⁰ LALANDE, *Vocabulaire*, p. 244: “division d’un tout en ses composants, par opposition à la division logique d’un genre en ses espèces”.

“A ilustração pretende dizer o seguinte”, segundo FIKENTSCHER: “do ponto 1 e do ponto 2, obtém-se um princípio geral. Posteriormente, examina-se se o ponto 3, de um lado, se subordina ao princípio geral e, de outro, se está no mesmo patamar conceitual do ponto 1 e ponto 2. Pode-se, então, fazer uma afirmação sobre o ponto 3, que produz um contexto de fundamentação entre a relação dos pontos 1, 2 e 3”⁷⁴¹. Daí o conceito: “um sistema representa a ordenação de conceitos em pelo menos três relações lógicas, das quais uma reproduz um princípio geral e as duas outras, particularizações iguais: dois conceitos estão em mesma relação com um princípio”⁷⁴². O princípio dos sistemas, suas regras mais gerais, situam-se num plano lógico superior ao das regras particulares. O sistema traduz, assim, a mesma idéia da arte, não só por pressupor um todo orgânico, mas também por não ser chapado, isto é, espalhado sobre uma única superfície, como as pinturas egípcias⁷⁴³. Há, como se nota, correlação próxima entre a perspectiva e o sistema, nos aspectos visual e intelectual.

Se determinado conjunto de normas não se estrutura num sistema, nada garante que o conteúdo de qualquer enunciado se transmita ao restante do ordenamento ou, pelo menos, às demais normas pertinentes ao assunto tratado naquele dispositivo, à falta do meio comum – por abstração ou formalismo hierárquico – capaz de dar passagem da idéia superior de uma singularidade à outra. O sistema pressupõe a diversida-

⁷⁴¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 105: “Das Bild will folgendes sagen: man schließt von Punkt 1 und Punkt 2 auf ein gemeinsames Prinzip. Dann prüft man, ob Punkt 3 einerseits dem allgemeinen Prinzip unterliegt, andererseits auf der gleichen begrifflichen Ebene wie Punkt 1 und Punkt 2 liegt. man kann dann über Punkt 3 eine Aussage machen, die eine Begründungszusammenhang zwischen Verhältnis der Punkte 1, 2 und 3 herstellt”.

⁷⁴² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 104: “ein System die Anordnung von Begriffen in mindestens drei logischen Beziehungen darstellt, von denen eine ein verallgemeinertes Prinzip und zwei andere inhaltlich gleiche Besonderheiten wiedergeben: Zwei Begriffe liegen gleich im Bezug auf ein Prinzip”.

⁷⁴³ Cf. as notas 200 e segs.

de de níveis dos seus elementos. No sistema, o conflito entre dois enunciados resolve-se tridimensionalmente com recurso ao princípio de prevalência do preceito, cuja natureza é principiológica e superior, em comparação com os dados particulares e inferiores. Na seleção de lugares-comuns alinhados no mesmo plano, não existe espaço para essa dedução, pois o critério carece de potencial dedutivo. Por isso, já a Escolástica dizia que nada se segue de duas premissas particulares⁷⁴⁴.

A transposição da perspectiva para o campo da lógica nessa estrutura discursiva tridimensional – e não meramente associativa bidimensional – dá o conceito estruturado de sistema, capaz de originar predicados previsíveis, verificáveis e planificadores⁷⁴⁵. O sistema estruturado ou perspectivado será, portanto, sempre aberto: ele se desenvolve no tempo, de forma que, a partir de dois pontos, se pode sempre inferir algo acerca de um terceiro, por meio de certo princípio⁷⁴⁶.

. . – Causalidade

O senso aguçado de causalidade coincide com as sociedades estruturadas, em razão tanto do distanciamento dos fatos obtidos com a perspectiva, quanto da noção temporal de antecedente e conseqüente. “O agir alcança estrutura sobretudo por se referir à causalidade”⁷⁴⁷.

As sociedades fragmentadas pensam a causalidade de modo diverso das estruturadas, como se vê na magia, na pesquisa de ervas medicinais, na preparação de múmias⁷⁴⁸. Essa observação coincide com a de Kelsen: “o fato [...] de que o homem primitivo possa utilizar efetivamente co-

⁷⁴⁴ “Nihil sequitur geminis ex particularibus unquam”.

⁷⁴⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 99.

⁷⁴⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 103.

⁷⁴⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 111: “Das Handeln erlangt Struktur vor allem durch ein Bezogenwerden auf Kausalität”.

⁷⁴⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 112; talvez, seja melhor falar em causalidade agregativa ou fragmentada – cf. as notas 648 e segs

nexões causais na sua vida prática” não autoriza atribuir-lhe um “pensamento causal”⁷⁴⁹. Essa diferença de percepção da causalidade explicaria, por exemplo, fatos históricos ligados à medicina. Embora dispusessem de amplos conhecimentos de anatomia, decorrentes da mumificação, os egípcios tinham pavor das doenças. Apenas a causalidade desenvolvida dá sentido à medicina entendida como intervenções curativas no paciente. Os conhecimentos anatômicos egípcios não se desdobraram em fisiológicos, a permitir cirurgia e prognósticos médicos, à falta de causalidade como a entendemos e da concepção de órgãos, daí organização⁷⁵⁰. A propósito da causalidade grega, tão relevante para a proporcionalidade, uma passagem de HIPÓCRATES: “da cirurgia. [...]. 2 As coisas relativas à cirurgias são – o paciente; o operador; os assistentes; os instrumentos; a luz, onde e como; quantas coisas, e como; onde o corpo e os instrumentos; o tempo; a maneira; o lugar”⁷⁵¹. Compare-se a diferença do “tratado médico” mesopotâmico: “se, ao chegar à casa do doente, o exorcista vir na rua um porco branco, o doente se curará”⁷⁵². Se for negro, morrerá. “Se, quando alguém chegar à casa do doente, um falcão atravessa (o céu) em direção à direita: esse doente se curará”⁷⁵³.

É curioso que a noção ocidental de sabedoria, sobretudo o ideal das ciências exatas de desvendar o universo mediante a explicação causal dos fenômenos, seja tachada de ignorância no Oriente. A grande disputa das linhas gerais da filosofia indiana refletiu-se na causalidade. As sociedades dispersas baseadas nas filosofias indianas – Hinduísmo, Jainismo e Budismo – possuem noção de causa e efeito, retirada da interpretação

⁷⁴⁹ KELSEN, *Sociedad*, p. 11.

⁷⁵⁰ Cf. a nota 722 e segs.

⁷⁵¹ HIPÓCRATES, *Surgery*, p. 70: “on the surgery. [...]. 2. The things relating to the surgery are – the patient; the operator; the assistants; the instruments; the light, where and how; how many things, and how; where the body, and the instruments; the time; the manner; the place”.

⁷⁵² PICHOT, *Science*, vol. 1, p. 176: “lorsque l’exorciste se rend à la maison d’un malade, si, dans la rue [...] il voit un cochon blanc: ce malade guérira”.

⁷⁵³ PICHOT, *Science*, vol. 1, p. 176: “Si lorsque quelq’un rend à la maison d’un malade, un faucon traverse (le ciel) vers sa droite: ce malade guérira”.

social da natureza, à semelhança do que sucedeu com a noção primordial do *logos*. Essa relação não se desenvolveu como no Ocidente, pois as civilizações dispersas a têm como aleatória, ilusória ou simplesmente irrelevante. Na mais antiga tradição da Era Axial – o Hinduísmo –, a causalidade não passava de ilusão dos homens pouco ou nada sábios, pois o universo por eles individualmente experimentado tampouco seria mera aparência enganosa. O ideal consiste em se desprender das linhas de desdobramento causal do mundo e se integrar ao universo, com a supressão do ser individual⁷⁵⁴. A solução do Jainismo predica aproximadamente a abstenção da ação, pois dela deriva o *karman*, que impede a integração do sábio ao universo⁷⁵⁵. Portanto, também aqui a noção de

⁷⁵⁴ HEINRICH ZIMMER, *Índia*, p. 300-301, esclarece que o ideal bramânico de sabedoria prescreve a libertação dos três tipos de *karman*, ilustrado com a figura das “sementes do destino”. Sábio é aquele que já se livrou das sementes acumuladas em atos pretéritos que ainda nem começaram a germinar, assim como já deixou de recolher outras tantas sementes, capazes de gerar outra vida. Restam-lhe apenas as sementes atualmente frutificadas nos acontecimentos da vida atual, suportadas pela personalidade. De posse do conhecimento do “Eu universal, do todo”, o brâmane, o sábio aguarda apenas o desaparecimento dessas últimas sementes, antes de comunicar com o eterno, dissipando para sempre a ignorância do verdadeiro Eu. O mesmo autor, *Índia*, p. 50 e 301-302, observa, quanto ao *Vedantasara*, tratado bramânico para iniciantes: “ele [o sábio] tem de suportar estes frutos na medida que são produtos do *karman* que começou a transformar-se em frutos de acontecimentos reais, pois tal *karman* não é detido pelo conhecimento iluminador; não obstante contemple esses efeitos do *karman* que têm lugar em sua própria vida e no mundo ao seu redor, basicamente ele não vê nada acontecendo, porque para ele não têm significado, carecem de conseqüências. Ele se comporta como um homem que assiste a uma representação mágica [onde o prestidigitador, por meio de vários artificios cria a ilusão de um incêndio ou uma inundação, ou de animais selvagens prontos para atacar o auditório], sabendo que tudo é uma ilusão dos sentidos, forjada pela arte mágica. Ainda que veja algo, não o considera como real”.

⁷⁵⁵ ZIMMER, *Índia*, p. 174. A mônada vital, materializada num cristal em cada pessoa, seria turvada pelo *karman*, as sementes das experiências concretas. As ações seriam causa da extinção e criação permanente de *karman*, à semelhança de um processo de combustão auto-alimentado. A libertação seria alcançada com a restituição do mencionado cristal ao seu transparente estado primitivo, intento alcançável com o fechamento de “todas as portas pelas quais a substância cármica entra [...]”. Fechar as portas significa abster-se de toda classe de ação”, nota ZIMMER, *Índia*, p. 178. O mesmo se dá nos sistemas de Sankhya e Yoga, com a diferença de que a idéia da mônada vital, materializada no cristal, é alterada: “aqui, fala-se de uma espécie de

karman parece relacionada à causalidade de origem social, tal como aconteceu na filosofia pré-socrática, porque representa a retribuição universal da atitude humana. ZIMMER assevera a identidade entre os conceitos bramânico e budista de *karman*⁷⁵⁶. A diferença entre ambos reside no fato de o Bramanismo defender a pura álea nos acontecimentos do universo, ao passo que o Budismo os vê como “encadeamento rigoroso” de eventos, em razão do comportamento humano⁷⁵⁷. A causalidade natural resulta da generalização da idéia de que as vidas humanas obedecem ao princípio do *karman* – a “lei universal da causalidade moral”⁷⁵⁸. Malgrado reconheça o encadeamento de todos os eventos sob essa lei

efeito ótico – uma ilusão psicológica – que faz parecer que a mônada vital está cativa, apanhadas nas redes cármicas, presa nas incessantes atividades de vários aspectos da matéria, quando, em verdade, é sempre livre” (p. 222-223)

⁷⁵⁶ ZIMMER, *Índia*, p. 371.

⁷⁵⁷ SCHWEITZER, *Indie*, p. 88-89, ressalta a causalidade budista como interpretação social da natureza, ainda que pensada em termos mais abstratos: “enquanto os brâmanes consideravam a seqüência dos eventos como um jogo desordenado, BUDA afirma que tudo é submetido a um encadeamento rigoroso. Mas esse princípio da causalidade não resulta para ele de nenhuma observação científica; ele o deduz da noção de *karman*. Dado que as ações do homem, ao longo de suas milhares de existências, conduzem freqüentemente a que elas sejam boas ou ruins, a reencarnações boas ou más, há de existir, concluiu ele muito logicamente, no Universo inteiro o liame de causa e efeito” (“Tandis que les brahmanes considéraient la suite des événements comme un jeu désordonné, Bouddha affirme que tout est soumis à un enchaînement rigoureux. Mais ce principe de causalité ne résulte pour lui d’aucune observation scientifique; il le déduit de la notion de *karman*. Puis que les actions de l’homme à travers ses mille et mille existences, conduisent suivant qu’elles sont bonnes ou mauvaises, à des réincarnations bonnes ou mauvaises, il faut, conclut-il très logiquement, qu’il existe dans l’Univers entier le lien de cause à effet”). ZIMMER, *Índia*, p. 178: “A idéia de progresso rumo à pureza, ao desapego e à iluminação final, se fundamenta num princípio básico de observância moral dos sentimentos e inclinações pessoais. Não é o fato que importa e sim a atitude frente a ele. Em outras palavras, o caminho budista é uma disciplina de controle psicológico e, por conseguinte, não encontraremos, nesta doutrina, teorias sobre o afluxo sutil do *karman* nem sobre o imperecível cristal sutil da mônada vital. Estas duas idéias são descartadas como erros materialistas, causados pela ignorância do primitivismo, e não verificadas na experiência interna”.

⁷⁵⁸ ZIMMER, *Índia*, p. 335-336; cf. a nota 759.

causal, o Budismo pouco valor lhe dá⁷⁵⁹. Lá, a causalidade atenta para o fato de o mundo e as pessoas se encontrarem em eterno fluxo, à moda de HERÁCLITO, mas despreza a pesquisa de sua relação: “segundo perene e imutável lei deste mundo, tudo é criado, tudo desaparece, motivado por uma série de causas e condições; tudo muda, nada permanece inalterável”⁷⁶⁰. Os japoneses pensam mesmo numa causalidade accidental: o que chamamos de acidente seria a causalidade; o acaso também seria uma espécie de causa. Já o pensamento ocidental somente divisa as categorias da causa e efeito uma em face da outra⁷⁶¹.

JASPERS afirma que o homem ocidental também se divide entre a vida no mundo e a mística, fora dele⁷⁶². Ele se diferencia dos povos orientais, por não procurar elevar-se acima dessa dualidade, mas agir com o objetivo de elevar a própria realidade⁷⁶³. “O Ocidente conhece com insistência única a exigência de dever moldar o mundo”⁷⁶⁴. Por isso, a realidade do mundo impõe ao pensamento ocidental a tarefa perpétua de observar, conhecer e realizar o mundo a partir dele e nele mesmo. “O mundo não deve ser saltado. Nele, e não fora dele, o ser humano ocidental se conscientiza”⁷⁶⁵.

BRUNNER-TRAUT cogita hoje de conceito de ciência semelhante à arte moderna, resultante da combinação da ótica aspectiva com a pers-

⁷⁵⁹ ZIMMER, *Índia*, p. 335-336: “o significado íntimo da iluminação é que este esforço titânico de pura energia anímica, esta luta ardente para alcançar o objetivo mediante ações sempre renovadas de admirável abnegação, esta suprema e longa batalha através de encarnações para se chegar à liberação da lei universal da causalidade moral (*karman*) – tudo isso carece de realidade. No limiar de sua própria realização se dissolve, juntamente com seus antecedentes de vida, emaranhada em seus próprios fios, como um pesadelo na aurora do dia”.

⁷⁶⁰ *Buda*, p. 83.

⁷⁶¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 227-228.

⁷⁶² JASPERS, *Ursprung*, p. 89.

⁷⁶³ JASPERS, *Ursprung*, p. 89-90.

⁷⁶⁴ JASPERS, *Ursprung*, p. 90: “Das Abendland kennt mit einziger Eindringlichkeit die Forderung, die Welt gestalten zu sollen”.

⁷⁶⁵ JASPERS, *Ursprung*, p. 90: “Die Welt ist nicht zu überspringen. In ihr, nicht außer ihr vergewissert sich der abendländische Mensch”.

pectiva⁷⁶⁶. Isso seria particularmente observável no campo da física quântica, a demonstrar que a representação dos objetos dos povos antigos tem dignidade igual – mas apenas diferente – da contemporânea. As partículas subatômicas teriam comportamentos distintos, a depender do grau da acuidade do aparelho de medição. Os objetos mostram-se ora como partículas, ora como ondas. O fenômeno integral, portanto, escaparia a uma apreensão perspectivista, que capta a partícula num único momento e sob um único ponto de vista. Donde a necessidade de combinação dessa ótica com a aspectivista, que enumera as diversas partes e momentos em que o fenômeno se decompõe. BRUNNER-TRAUT nota a proximidade às narrativas míticas da seguinte afirmação científica de MAX PLANCK: “um elétron com certa velocidade corresponde a uma simples onda periódica de matéria; e essa onda não é espacial nem temporalmente delimitável, senão não seria periódica. O elétron não se encontra em nenhum lugar, ou se se quiser, se encontra em todos os lugares simultaneamente”⁷⁶⁷.

. . - *Ética*

A distinção entre sociedades fragmentadas e estruturadas decorre do fato de as culturas estruturadas se utilizarem da “extraposição ética”. Isso provoca diferenças notáveis entre os modelos éticos gerados no interior desses modos de pensar.

A extraposição consiste na operação mental que coloca o critério ético, a distinção entre o bem e o mal, em posição exterior à sociedade e fora do alcance de qualquer pessoa individualmente considerada⁷⁶⁸. É

⁷⁶⁶ *Apud* BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 168.

⁷⁶⁷ *Apud* BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 168: “Denn einem Elektron von bestimmter Geschwindigkeit entspricht eine einfache periodische Materiewelle, und eine solche Welle ist weder räumlich noch zeitlich begrenzt, sonst wäre Sie nicht einfach periodische. Das Elektron befindet sich also an gar keinem Ort, oder, wenn man will, es befindet sich an allen Orten zugleich”.

⁷⁶⁸ Pormenorizadamente a respeito, cf. o item 6.2.8.

idéia de perspectiva no campo das normas de conduta. Pense-se num ponto superior, em relação ao qual todos os homens se sentem iguais. Esse ponto de convergência intelectual da sociedade, análogo ao ponto de fuga da perspectiva, tanto pode ser Deus na extraposição eleutérica, quanto o platônico mundo das idéias ou valores despersonalizados, na extraposição trágica⁷⁶⁹. As sociedades organizadas apelam intensamente para a capacidade de ação e o livre arbítrio do indivíduo, cujo agir é justificado pela extraposição⁷⁷⁰.

Em decorrência direta do insulamento consciente ou inconsciente⁷⁷¹ de cada indivíduo em si mesmo, as sociedades fragmentadas desprezam o direito. Afinal de contas, essa técnica de controle social consiste no estabelecimento de vínculos entre pessoas. Por conta de similar depreciação generalizada de tudo quanto une os seres humanos, as civilizações fragmentadas desconhecem as pessoas jurídicas, a boa-fé, o Estado como comunidade jurídica, a idéia de unidade superior a vincular todos; suas relações jurídicas são instantâneas⁷⁷². O budismo hinaiana leva a fragmentação às últimas conseqüências, ao postular que tanto mais próxima estará a salvação das pessoas e do mundo, quanto menos eu fizer com o outro, pelo outro e contra o outro⁷⁷³. A organização tailandesa, muito influenciada pelo princípio budista do não-envolvimento, impressionou estudiosos ocidentais, que nela perceberam a ausência de regularidade, disciplina, disposição para a colaboração no trabalho, falta de sentido industrial do tempo, disparidade no vestuário e na expressão artística e falta de idéias claras sobre direitos e deveres⁷⁷⁴.

⁷⁶⁹ A propósito do conceito de extraposição nas suas várias modalidades, cf. o item 6.2.8.

⁷⁷⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 131.

⁷⁷¹ Respectivamente, “disperso” ou “amontoado”.

⁷⁷² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 109.

⁷⁷³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 109.

⁷⁷⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 192. Claro que o tom das observações dessa passagem do texto pode soar como etnocentrismo. A descrição ocidental da sociedade tailandesa opera aqui por meio de negações, que podem dar a impressão de se tomar partido contra as opções orientais. Não se trata, contudo, de submeter

“Mesmo quando há efetiva colaboração entre os membros da sociedade, falta em geral um senso comunitário específico, a noção de uma responsabilidade comum etc”⁷⁷⁵. Esse traço também é notado por KELSEN, no que diz respeito às sociedades primitivas: uma vez que nelas não existe a noção de indivíduo, dissolve-se a noção de responsabilidade perante a coletividade⁷⁷⁶. As relações com o Estado também são marcadas por essa característica. De acordo com os textos sagrados dos Vedas, seguidos pelo Budismo, a função do rei, que sobrepaira aos simples populares, seria auxiliar seus súditos na busca e desenvolvimento da santidade pessoal, sem nenhum vínculo organizatório. Daí decorreria o fato de as ditaduras serem o modo de governo dos povos fragmentados.

Tais ordens jurídicas, é natural, agem espontaneamente no sentido de provocar mais fragmentação e, assim, podem tornar-se expressão de domínio sobre os membros da sociedade⁷⁷⁷. O contrário ocorre nas culturas estruturadas, pois a admissão da unidade ideal superior, a vincular todos seus componentes, repele o absolutismo⁷⁷⁸. Nas sociedades fragmentadas, não raro, o direito confirma a relação de domínio. As relações jurídicas entre o Estado e o particular no Japão, por exemplo, são consideradas instrumentos de dominação, ao lado de outros; por isso, contribuem pouco para a legitimação da atividade pública⁷⁷⁹.

A distinção capital, contudo, entre a ética estruturada e a fragmentada tem que ver, respectivamente, com a presença e a ausência de rela-

um parâmetro a outro, mas apenas de compará-los, sem noção de hierarquia ou de preferências. A presença de certa característica numa sociedade e sua ausência noutras refletem apenas diferenças.

⁷⁷⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 109: “Es fehlt im allgemeinen, selbst bei an sich effektiven Zusammenwirken der Gemeinschaftsmitglieder, ein spezifischer Gemeinschaftssinn, das Verständnis für eine gemeinsame Verantwortung usw.”.

⁷⁷⁶ KELSEN, *Sociedad*, p. 35.

⁷⁷⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 110.

⁷⁷⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 111.

⁷⁷⁹ RAHM, *Japan*, p. 491.

ções jurídicas transversais entre as pessoas⁷⁸⁰. As culturas fragmentadas conhecem uma organização monolinar de subordinação, que as passa de alto a baixo. As culturas estruturadas, ao contrário, conhecem a vinculação vertical, mas também possuem as horizontais que lhes dão precisamente a estrutura.

A miríade de vínculos jurídicos ocidentais presentes já na Grécia é corrente e dispensa mais exemplos. A menção a algumas informações do grande paradigma fragmentado, o Egito, pode auxiliar na comprovação da tese de FIKENTSCHER da origem extraponente das ligações transversais e de sua índole. “A distinção entre governo e sociedade civil não é aplicável ao Egito e às antigas culturas superiores. Sua ordem social com a fórmula construtiva de dominadores e dominados e sua ligação estática desprovida de intenção de mudança desconhece ligações colaterais/transversais de grupos sociais”, nota BRUNNER-TRAUT⁷⁸¹. O grupo familiar diminuto originava-se no casamento, cuja constituição e desconstituição careciam de formalidades⁷⁸². A unidade familiar era bastante estrita, na medida em que abrangia apenas os pais, filhos e eventuais avós viúvos⁷⁸³. Não havia nomes de família⁷⁸⁴. A administração e a família eram verticalmente ordenadas⁷⁸⁵. O faraó era visto como o pastor que cuida e unifica a manada, composta pelos indivíduos⁷⁸⁶. “O indivíduo não é um *zoon politikon*; é um ser ligado somente a suas redondezas próximas e não se entende como parte de um todo supraordenado; ao contrário, ele se vê como alguém plantado sobre um degrau de uma

⁷⁸⁰ Cf. a nota 388.

⁷⁸¹ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 82: “Die Unterscheidung von government und civil society ist auf Ägypten und die frühen Hochkulturen nicht anwendbar. Ihre Sozialordnung mit der Bauformel des Herrschens und Beherrschwerdens und ihrer statischen Gebundenheit ohne die Intention eines Wandels kennt keine Querverbindungen sozialer Gruppen”.

⁷⁸² BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 84.

⁷⁸³ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 83.

⁷⁸⁴ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 83.

⁷⁸⁵ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 86.

⁷⁸⁶ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 89.

escada que ascende – no Egito, até o faraó”⁷⁸⁷. Tal característica respondeu pela ausência, no Egito, de instituições de assistência, ligas de trabalhadores, asilos, orfanatos, corporações, sociedades comerciais etc⁷⁸⁸. As distinções apontadas levaram BRUNNER-TRAUT a ilustrar a ordenação social egípcia a uma corrente monolinar, ao passo que as sociedades ocidentais teriam a estrutura de um tecido⁷⁸⁹.

O direito das culturas fragmentadas não é sistemático, isto é, suas normas não se deduzem de um princípio geral, não trabalham com certo valor corrente⁷⁹⁰. O trabalho dos professores da “ciência da retidão” indiana “tinha duas premissas: “os fatos poderiam ser ordenados e explicados cientificamente, mas nada merecia uma explicação, exceto como parte de uma corrente de prescrições”⁷⁹¹. O direito fragmentado egípcio não se interessava pelas noções de unificação, eliminação de contradições internas e justiça no caso concreto, por meio da construção de conceitos, hierarquia normativa ou idéias gerais; o direito era concretizado topicamente⁷⁹². Privilegiava-se nele a analogia caso a caso, ao contrário do direito estruturado, que subsume o caso a uma regra abstraída de casos⁷⁹³.

Engana-se quem suponha a existência de conceito fragmentado de indivíduo similar ao ocidental. Por essa razão, soaria ingênuo tachar os orientais de egoístas, no sentido ocidental. Eles são ensimesmados; algo

⁷⁸⁷ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 92: “Der Einzelne ist kein *zoon politikon*, er ist ein Wesen, das nur an seine nähere Umgebungen gebunden ist, sich aber nicht versteht als Teil eines übergeordneten Ganzen, vielmehr als auf einer Sprosse der Leiter stehend, die hinaufführt – in Ägypten zu Pharao [...]”.

⁷⁸⁸ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 87.

⁷⁸⁹ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 91.

⁷⁹⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 110.

⁷⁹¹ DERRETT, *Dilemma*, p. 499; cf., ainda, a nota 431.

⁷⁹² BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 96.

⁷⁹³ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 96: “Die Arbeit der Professoren [...] basiert auf zwei Prämissen, daß 1) Tatsachen ausgewählt, systematisiert und wissenschaftlich erklärt werden können, und daß 2) nichts einer Erklärung wert war außerhalb einer Kette von Vorschriften”.

muito diferente. FIKENTSCHER esclarece: “nas sociedades fragmentadas, o ser humano não é entendido como um centro isolado, contraposto ao princípio da sobre-unidade”, pois apenas no Ocidente a noção de indivíduo se desenvolveu passando primeiramente pelo princípio da sobre-soma⁷⁹⁴. Dado que o corpo não nos obedece em tudo e considerando que mesmo os pensamentos escapam-nos ao controle, o “eu” não consiste num nem noutro; o Budismo conclui: “nada existe que possa ser chamado ‘ego’”⁷⁹⁵. Assim, nas sociedades orientais, a oposição indivíduo–comunidade nem sequer soa coerente: como não há indivíduos no sentido estruturado, carece de sentido contrapô-los ao todo, aliás, inconcebível. Os estudos antropológicos considerados por KELSEN também o levaram a concluir pela inexistência do conceito individual nas sociedades por ele designadas de primitivas, onde vigeria o princípio da unidade da tribo representada na figura do chefe⁷⁹⁶.

A repercussão dessas diferenças culturais parece evidente no exame da proporcionalidade, construído sobre o terreno da tensão dialética entre o individual e o coletivo. Pelos mesmos motivos, logo se vê a limitação hemisférica de outras dicotomias, como a do direito público e privado, outrora candidatas à universalidade.

Novo quadro comparativo dessas sociedades talvez ajude a compreensão:

Objeto cultural	Fragmentação	Estruturação
Tempo	atemporalidade ou cíclico	linear
História	sentido inexistente	sentido estrito

⁷⁹⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 110: “Der Mensch wird in fragmentierten Kulturen nicht als isoliertes Zentrum verstanden, das der vorgestellten Übersummeneinheit gegenübersteht”.

⁷⁹⁵ *Buda*, p. 97.

⁷⁹⁶ KELSEN, *Sociedad*, p. 35.

Causalidade	inexistente ou mítica	aguçada
Ética	intraposta	extraposta
Relações transversais	mínimas	onipresentes
Método	enumeração	sistema
Arte	aspectiva	perspectiva

As categorias listadas em cada coluna daquele quadro compõem um só horizonte existencial. Todos os elementos de cada coluna se ligam para compor os dois “modos de pensar” básicos pelo qual o homem compreende a si mesmo e o mundo que o cerca⁷⁹⁷.

. . . – *Fikentscher em diálogo com Emma Brunner-Traut: definição do modo de pensar*

As simetrias contrapostas da fragmentação e da estruturação no interior de suas culturas requeriam explicação. Os estudos de HAMBURGER e de FIKENTSCHER mostraram o desdobramento dos princípios em largo espectro; do direito, passando pelo urbanismo até os esportes. Seus resultados referem-se, por igual, a fenômenos tão profundos quanto, por exemplo, a noção de tempo. JASPERS demonstrou, por outro lado, que a dicotomia repercute coerentemente na história humana há mais de 2.500 anos. BRUNNER-TRAUT indicou que as conseqüências dos aludidos princípios contrapostos estendem-se a domínios tão espontâneos e indômitos quanto as artes.

⁷⁹⁷ No item 19.2, ensaia-se a demonstração da pertinência da proporcionalidade a um desses modos de pensar básicos, de sorte que alguns dos elementos de ambas as mentalidades serão retomados, à vista desse objeto jurídico particular. Talvez, eventual dificuldade resultante da imprecisão e da abstração das explicações seguintes sobre os componentes dos horizontes existenciais estruturado e fragmentado possam ser aclarados com a ajuda daquela correlação, algo mais concreta.

As regularidades fragmentadas e as estruturadas sugeriam a existência de mecanismo comum, responsável, aliás, pela perpetuação de ambos os modelos culturais básicos. A explicação encontrada por FIKENTSCHER para o fenômeno redundou no conceito de “modo de pensar”, a unidade sinépica da tabela periódica das culturas⁷⁹⁸. O modo de pensar consiste numa “‘maneira de pensar’, num ‘estilo de pensamento’, caracterizado por uma ‘atitude’ específica do pensador, em relação a seu objeto”⁷⁹⁹. Essa primeira aproximação da idéia tem o mérito de enfatizar que os modos de pensar constituem espécie de atitude mental do sujeito cognoscente em relação ao objeto de seu pensamento. Seu defeito estará, talvez, no sugerir que o modo de pensar se situe no âmbito exclusivo da consciência, quando o contrário parece o mais importante: a força modeladora dos modos de pensar nas culturas decorre do fato de atuarem imperceptivelmente, a partir de camadas bastante profundas da pré-compreensão comum aos integrantes de certa cultura. O modo de pensar informa toda a concepção de mundo, a ponto de ser tida por quem o vive como o espelho da natureza, dotado, portanto, das certezas indiscutíveis. Pode-se, por isso, emprestar de CORETH a idéia de que o estudo das características dos modos de pensar é a tarefa de “expressar de maneira explícita o que se pensou implicitamente, mas não se disse, o que para o autor era tão evidente que nem sequer ele o pronunciava, e que talvez nem lhe chegara à consciência, penetrando irrefletidamente em seu pensamento”⁸⁰⁰.

“Um modo de pensar”, define FIKENTSCHER, “é uma mentalidade que conecta a percepção humana de dados a um comportamento men-

⁷⁹⁸ Cf. a nota 831.

⁷⁹⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 13: “Gemeint damit ist eine ‘Weise zu denken’, ein ‘Denkstill’, der sich durch eine spezifische ‘Haltung’ des Denkenden zu seinem Denkobjekt auszeichnet [...]”.

⁸⁰⁰ Cf. a nota 48.

talmente refletido, modelando uma cultura, de forma predominantemente oculta”⁸⁰¹.

O modo de pensar é a maneira pela qual a mente seleciona, ordena e percebe os dados captados pelos órgãos sensoriais⁸⁰² e, assim, guia o comportamento a se adotar diante de tais estímulos. Os modos de pensar permanecem, em geral, ocultos nas culturas, porque as moldam desde seus substratos mais elementares aos mais complexos. O conceito de modo de pensar ainda foi assim explicado por seu criador:

“Alude-se com isso a uma ‘forma de pensar’, a um ‘estilo de pensamento’ que se distingue por meio de uma ‘atitude’ específica do pensador em relação a seu objeto pensado e [...] característica de uma cultura ou civilização”. Em regra, mas não necessariamente, ela é característica de uma ‘cultura’ ou ‘civilização’, e pode ser misturada em dada sociedade com outros ‘modos de pensar culturais’. O típico em cada caso é – em essência – a resposta à ‘questão do sofrimento’, isto é, à indagação do motivo e da origem do sofrimento e do ‘mal’ neste mundo e a sua correspondente resposta”⁸⁰³.

A amplitude do conceito, cujos termos abarcam até mesmo conhecimentos da neurologia, pode gerar a objeção equívoca de que os modos de pensar careceriam de interesse para o direito. O jurista nada teria a aprender com os modos de pensar, porque submetidos à inexo-

⁸⁰¹ FIKENTSCHEER, *Complexity*, p. 31: “A mode of thought is a mind-set that connects human data perception with mentally reflected behavior in a culture-shaping way that is predominantly covert”.

⁸⁰² Cf. BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 12-13, acerca dos elementos biológicos, notadamente de neurologia, acima utilizados na conceituação dos modos de pensar.

⁸⁰³ FIKENTSCHEER, *Methoden*, vol. 4, p. 13: “Gemeint damit ist eine ‘Weise zu denken’, ein ‘Denkstill’, der sich durch eine spezifische ‘Haltung’ des Denkenden zu seinem Denkobjekt auszeichnet, vielfach, aber keineswegs immer, kennzeichnend für eine bestimmte ‘Kultur’ oder ‘Zivilisation’ [...], jedenfalls aber stets mischbar in einer gegebenen Gesellschaft mit anderen ‘kulturellen Denkartern’. Das jeweils Typisierend ist – im Kern – die Beantwortung der ‘Leidfrage’ d. h. die Frage nach Grund und Herkunft des Leidens und des ‘Bösen’ in der Welt, und die entsprechende Antwort darauf [...]”.

rabilidade das leis naturais, enquanto o direito se ocupa precisamente da seleção de alternativas etológicas⁸⁰⁴, isto é, de comportamento. Onde não as há, não faz sentido instaurar o foro jurídico⁸⁰⁵. A objeção talvez se sustentasse, há até bem pouco tempo. Hoje, contudo, não mais. O modo de pensar situa-se num “campo intermédio” entre a genética e a cultura, conquanto pertença, como tal, à biologia⁸⁰⁶. O modo de pensar encontra-se entre as ciências exatas e as humanidades, entre o sujeito e a pessoa⁸⁰⁷, exatamente onde outrora se supôs nada existir, porque as categorias enumeradas eram postas lado a lado à maneira das disjunções lógicas estritas⁸⁰⁸. Entre ambos os lados, contudo, há muito mais coisas do que até há pouco se suspeitava, em especial nos meios jurídicos.

“Epigenética” tem sido a denominação empregada para designar esse campo intermediário escassamente conhecido e cujas dimensões ainda não se pode estimar com segurança absoluta⁸⁰⁹. O prefixo helênico *epi* tem o sentido de “depois, a seguir” e, portanto, a epigenética diz respeito aos eventos ocorridos após o início da vida⁸¹⁰. Epigenética, nota WICKLER, consiste em qualquer passo evolutivo ocorrido após a fecundação do óvulo e que depende da interação entre os genes, entre as diversas partes de um organismo em evolução, entre o organismo e o meio-ambiente e entre os organismos⁸¹¹. LUMSDEN e WILSON a definem como “o processo de interação entre os genes e o meio-ambiente que resulta, em última análise, em traços diferenciadores anatômicos, fisioló-

⁸⁰⁴ Cf. o item 6.2.1.

⁸⁰⁵ Cf. o item 6.2.1.

⁸⁰⁶ FIKENTSCHER, *Epigenetik*, p. 25.

⁸⁰⁷ Cf. o item 15.2.3.

⁸⁰⁸ Cf. a nota 79.

⁸⁰⁹ Epigênese também parece sinônimo plausível; cf. FIKENTSCHER, *Epigenetik*, p. 23.

⁸¹⁰ HOUAISS, *Dicionário*, p. 1441 e 1177, que, contudo, ainda não registra o sentido novo do texto, no étimo *epigenética*.

⁸¹¹ WICKLER, *System*, p. 11.

gicos, cognitivos e comportamentais do organismo”⁸¹². O aspecto mais importante da epigenética para o estudo dos modos de pensar encontra-se no fato de os epigenes serem, como ressalta FIKENTSCHER, “unidades incorpóreas e não-baseadas em informações do comportamento, que surgem nos genes por meio de influências do meio-ambiente. Os epigenes assumem com isso uma posição intermédia entre genes, como unidades corpóreas de informações evolutivas relevantes, e os *memen*, como unidades incorpóreas de informação cultural”⁸¹³. A epigenética situa-se entre a transmissão química de informações biológicas e a cultura, cujo meio de tradição de informações ocorre num nível alto de consciência. A herança epigenética compreende o vivido, imitado, transmitido e aprendido⁸¹⁴.

Exemplos podem ajudar na estimativa da gama dos fenômenos epigenéticos⁸¹⁵. Certas ratas domésticas cuidam mal de suas crias, se determinados alelos paternos, responsáveis por comportamentos agressivos, se impõem sobre os maternos, no curso do desenvolvimento do embrião. A capacidade visual de pombos é aumentada, quando seu olho direito se volta para a casca e o esquerdo para o corpo, pois assim se estimula o hemisfério cerebral esquerdo, onde localizadas células mais adequadas à visão do que as situadas na porção direita. Pássaros imitam o canto de seus pais, numa espécie de dialeto local, que impede a procriação entre aves oriundas de lugares distintos. Pássaros machos habitantes de zonas limítrofes entre dois dialetos cantam em ambos, mas se fixam

⁸¹² *Apud* WICKLER, *System*, p. 19: “process of interaction between the genes and the environment, that ultimately results in the distinctive anatomical, physiological, cognitive, and behavioral traits of the organism”.

⁸¹³ FIKENTSCHER, *Epigenetik*, p. 23: “Ziel der Darlegung ist der Nachweis und die Beschreibung der Wirkungsweise von Epigenen als nichtkörperlichen Einheiten nicht auf Information beruhenden Verhaltens, das durch Umwelteinflüsse auf Gene entsteht. Epigenen nehmen damit ein Mittelstellung zwischen Genen als Einheiten von Verkörperungen entwicklungserheblicher Information und Memen als nichtkörperlichen Einheiten kultureller Information ein”.

⁸¹⁴ FIKENTSCHER, *Epigenetik*, p. 25.

⁸¹⁵ WICKLER, *System*, p. 12-15.

num deles, porque as fêmeas, que não cantam, somente se mostram receptivas a uma espécie de trinado. A roedora gerada entre dois irmãos machos torna-se mais agressiva, capacita-se, desse modo, a defender abrigo maior, tem ciclo reprodutivo mais longo e, por isso, acumula maior possibilidade de transmitir seus genes. Borboletas retornam à árvore de que se alimentaram ainda quando lagartas para depositar seus ovos; a remoção dos ovos para outro arbusto gera a mudança alimentar das lagartas, que ali depositarão seus ovos. Tais exemplos, entre inúmeros outros invocáveis, podem soar como curiosidades relativas aos camundongos brancos de laboratório e, portanto, se distanciariam dos mamíferos superiores, particularmente do ser humano racional capaz de lutar contra seus instintos com a racionalidade.

Pois bem, os filhotes de coelho provam no leite o gosto dos alimentos preferidos por sua mãe, que posteriormente privilegiarão. Aproximadamente o mesmo ocorre com os seres humanos, cujas preferências e rejeições alimentares se determinam pelos alimentos ingeridos na primeira infância. O surgimento de gêmeos univitelinos humanos e o diabetes gestacional também integram a epigenética⁸¹⁶. Estatísticas revelam ser de 30% a probabilidade de o gêmeo homozigoto de um esquizofrênico também sofrer dessa doença mental⁸¹⁷. Fosse a herança exclusivamente genética, a taxa seria de 100%. Acaso a esquizofrenia se determinasse apenas pelo meio-ambiente, sua frequência em gêmeos univitelinos equivaleria à da média geral, 1%. Os 30% revelam a interação de causas genéticas e epigenéticas na formação desse resultado.

Mesmo esses novos exemplos parecerão a muitos demasiadamente biológicos ou carentes de repercussões no direito. Aqui se iniciam as maiores surpresas epigenéticas. “Entre os genes e a cultura impõe-se um terceiro campo, o de um comportamento não-dirigido por genes, ob-

⁸¹⁶ FIKENTSCHER, *Epigenetik*, p. 26.

⁸¹⁷ WICKLER, *System*, p. 11-12.

servável, influente na cultura, mas não cultural”⁸¹⁸. Formas de comportamento recíproco, à semelhança do cumprimento, de ameaça e de estranheza integram o campo intermédio entre a biologia e a cultura. O campo epigenético, situado antes da diversidade cultural, estende-se a treinamentos de manutenção da temperatura corporal, de alimentação, da ingestão de líquidos e de higiene⁸¹⁹. A epigenética abrange, ainda, atividades humanas mentalmente mais elaboradas: a fixação de línguas-mães, de concepções de espaço e os modos de pensar⁸²⁰. WICKLER observa que a “língua-mãe transmitida à criança pequena contém, além de vocábulos e gramática, os significados das palavras e, com eles, todo o sistema conceitual com o qual tentamos apreender o mundo, quer dizer, a concepção básica de uma determinada imagem de mundo”⁸²¹.

Ilustração disso pode ser dada com o interessante estudo de STEPHEN C. LEVINSON e de PENELOPE BROWN⁸²². KANT defendeu a suposta universalidade da orientação dística, baseada nas categorias esquerda e direita⁸²³. KANT supunha que o sistema ocidental de orientação auto-referida, isto é, referida ao próprio observador, fosse comum a todos os seres humanos, em decorrência de causas inatas ou fisiológicas. E a tese parece fazer todo o sentido. A pesquisa de campo, mais uma vez, derrotou o ilustrado braço de cadeira⁸²⁴. Os autores referidos demonstraram a

⁸¹⁸ FIKENTSCHER, *Epigenetik*, p. 38: ““Zwischen die Gene und die Kultur schiebt sich ein dritter Bereich, der Bereich eines nicht gen-gesteuerten, beobachtbaren, kulturbeeinflussenden, aber vorkulturellen Verhaltens”.

⁸¹⁹ FIKENTSCHER, *Epigenetik*, p. 26.

⁸²⁰ FIKENTSCHER, *Epigenetik*, p. 26.

⁸²¹ WICKLER, *System*, p. 14: “Doch enthält die dem Kleinkind vermittelte Muttersprache ausser Vokabeln und Grammatik auch die Wortbedeutungen und mit diesen das ganze Begriffssystem, mit dem wir die Welt zu begreifen versuchen, also das basale Konzept für ein bestimmtes Weltbild”. Cf., ainda GADAMER, *Wahrheit*, vol. 1, p. 432, para a transmissão de um mundo conceitual por meio do aprendido a linguagem.

⁸²² *Tenejapans*, citado na bibliografia.

⁸²³ Para inúmeros outros exemplos disso, confirmam-se as pesquisas de FIKENTSCHER, HAMBURGER e BRUNNER-TRAUT, cf. os itens 6.2.2 e 6.2.3.

⁸²⁴ *Tenejapans*, *passim*.

existência de grupo étnico mexicano desconhecedor das categorias mencionadas. O povo tenejapano orienta-se no espaço com auxílio de um sistema bem mais complexo do que o nosso, pois lida com quatro coordenadas, à semelhança de nosso sistema de pontos cardeais. Suas referências espaciais combinam os pontos decorrentes do nascer e do pôr do Sol com o relevo local, montanhoso numa das extremidades de seu território e plano no outro. Assim, todos os seres humanos possuem a capacidade de se orientar no espaço, malgrado se percebam variações culturais no modo de fazê-lo.

Os modos de pensar estruturado e fragmentado também se inserem no campo da epigenética⁸²⁵ e daí se obtém a explicação de suas características ressaltadas atrás; a fidelidade das culturas a cada um desses modelos, a repercussão histórica duradoura dos tipos ideais nas culturas, a profundidade de sua influência e amplidão de fenômenos que cobrem.

⁸²⁵ FIKENTSCHER, *Epigenetik*, p. 26.

7 – Sinepéia

“A palavra é derivada do grego *synépeia* = conseqüência lógica, coerência”, explica FIKENTSCHER⁸²⁶. O método proposto poderia, assim, também ser denominado de conseqüencialismo ou coerencialismo⁸²⁷.

A sinepéia pretende-se uma “metateoria das ciências sociais”⁸²⁸, destinada a verificar, “ainda que ‘somente’ de modo axiológico, a con-

⁸²⁶ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 58, nota 10, com remissão aos *Methoden*, vol. 5, p. 30 e 32: “Das Wort ist von griechisch *synépeia* = Folgerung, Konsequenz, abgeleitet”. A tradução aqui proposta, de sinepéia, parece acompanhar o padrão de diversas outras transliterações do Grego para o Português, como epopéia, onomatopéia, prosopopéia, cefaléia, panacéia, apnéia, etc.

⁸²⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, p. 29-30: “clemência com o ponto de vista adversário, mas implacabilidade no destaque de suas conseqüências – este é, em geral, o modo de argumentação empregado nesta obra. Ele foi freqüentemente denominado nesta obra de ‘condicionalismo [...]’. Poder-se-ia, igualmente, falar de ‘sinepéia’, do pensamento em conseqüências lógicas (*synépeia* = conclusão). Trata-se, bem observado, de um metamétodo, para além da tópica e da sistemática” (“Schonung des gegnerischen Standpunkts, aber Unerbittlichkeit in der Hervorhebung seiner Konsequenzen – dies ist im allgemeinen die in diesem Werk angewandte Argumentationsart. Sie wurde in diesem Werk öfter ‘Konditionalismus’ (conditio = Bedingung) genannt. Ebenso gut könnte man auch von ‘Synepik’, vom Denken in gedanklichen Konsequenzen (*synépeia* = Folgerung) sprechen. Es handelt sich dabei, wohl gemerkt um eine Metamethode jenseits von Topik und Systematik!”). FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 5, p. 32: “esse conhecimento conduz ao tema da teoria da ciência do ‘pensar sobre as condições do pensamento’, ao ‘condicionalismo’ ou à sinepéia, a um pensamento situado além da tópica e da sistemática” (“Dieses Erkenntnis führt zum allgemeinen wissenschaftstheoretischen Thema des ‘Denkens über Denksbedingungen’, also zum ‘Konditionalismus’ oder zur ‘Synepik’, zu einem Denken beispielsweise jenseits von Topik und Systematik”).

⁸²⁸ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 86: “no sentido epistemológico, a sinepéia é, por isso, uma metateoria ou, de modo necessariamente mais modesto aqui, uma metateoria das ciências sociais. Se a sinepéia permite aplicações nas ciências naturais, não pode ser aqui respondido. Especialistas afirmam que mesmo os sistemas matemáticos são abertos, pois, entre outras coisas, o número de números possíveis é infinito. Se se generalizar essa concepção, então a sinepéia seria aplicável também às ciências naturais” (“Im wissenschaftstheoretischen Sinne ist daher die *Synepeik* eine Metatheorie oder, an dieser Stelle notwendiger bescheidener vorgestellt, eine Metatheorie der Sozialenwissenschaft. Ob sich die *Synepeik* sich auf die Naturwissenschaften anwenden läßt [...] kann hier nicht beantwortet werden. Experten behaupten, daß

cordância, em si mesma, de uma filosofia e de suas conseqüências”⁸²⁹. A idéia assemelha-se de algum modo ao conceito de adequação da proporcionalidade, isto é, cuida-se de saber se determinado meio pode contribuir para a obtenção do resultado pretendido. Esse método demanda a construção de “metaconceitos e meta-avaliações que possam ser comuns a várias culturas – tais como o tempo, o espaço, o clima, o sofrimento humano, [...], causalidade ou justiça [...] que permitem, por isso, a comparação de culturas”⁸³⁰. “Os vários modos de pensar” são empregados, assim, como as “unidades sinepéicas”⁸³¹. Eis a proposta, nas palavras de seu autor:

“Isso significa que, no interior de um determinado modo de pensar como unidade sinepéica, são dados uma compreensão específica de tempo, um determinado conceito de história, uma determinada concepção de causalidade e, com isso, de planejamento, uma determinada espécie de exposição tópica, sistemática ou de outra forma literária; ademais, apenas determinadas possibilidades de música e artes plásticas, sintaxe gramatical, concepções jurídi-

sogar mathematische Systeme notwendig offen sind, weil u. a. die Zahl möglicher Zahlen unendlich ist. Verallgemeinert man diese Vorstellung, müßte die Synepaik auch in Naturwissenschaften anwendbar sein”).

⁸²⁹ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 60: “Wenn auch ‘nur’ in wertender Weise, so geht es doch um die Stimmigkeit einer Philosophie und ihrer Konsequenzen in sich”.

⁸³⁰ FIKENTSCHER, *Gerechtigkeit*, p. 56: “Tentam-se construir metaconceitos e metavalorações que possam ser comuns a várias culturas – tais como o tempo, o espaço, o clima, o sofrimento humano. Todas as pessoas sofrem. Decorrente do sofrimento, existe o risco: sofrimento antecipado. Também conceitos como causalidade ou justiça são metaconceitos, em parte de fato, em parte axiológicos, e permitem, por isso, a comparação de culturas” (“Auf ihr [die dritte Stufe] muss man versuchen, Metabegriffe und Metawertungen herauszubilden, die den mehreren Kulturen gemeinsam sein können – etwa die Begriffe der Zeit, des Raumes des Wetters oder des menschlichen Leidens. Alle Menschen leiden. Abgeleitet vom Leiden besteht der Metabegriff des Risikos: Es ist antezipiertes Leiden. Auch Begriffe wie Kausalität oder Gerechtigkeit sind Metabegriffe, teils tatsächlicher, teils wertender Art, und ermöglichen daher den Vergleich zwischen Kulturen”).

⁸³¹ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 71-72: “... diese Denkart als synepeische Einheiten zu verwenden”.

cas, capacidade de organização da sociedade humana, desenvolvimentos econômicos etc, e daí um respectivo feixe conexo de conseqüências se constrói”⁸³².

A sinepéia parte da “observação de haver, evidentemente, diversos caminhos de pensamento coerente, crítico e racional em seus pressupostos e conseqüências”⁸³³. Donde a exigência de “uma (meta)modalidade de pensamento”, que vai “além do normal exame de uma teoria como lógica ou axiologicamente correta”⁸³⁴. “Cada modo de pensar filosófico tem sua própria coerência. Não se pode dizer que uma filosofia seja superior a outra. A maioria das filosofias tem, por exemplo, suas próprias concepções de verdade, de tempo e de causalidade”⁸³⁵.

A sinepéia, à semelhança do racionalismo crítico, renuncia ao debate fundado em raciocínios indutivos, porque incapazes de garantir conclusão logicamente segura. As induções prestam-se, portanto, apenas

⁸³² FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 72: “Das bedeutet, daß innerhalb einer bestimmten Denkart, als synepeische Einheit ein spezifisches Zeitverständnis, ein bestimmter Geschichtsbegriff, eine besondere Vorstellung von Kausalität, ein bestimmte Art topischer, systematischer oder anderer literarischer Darstellung, ferner nur bestimmte Möglichkeiten von Musik, bildender Kunst, sprachlicher Syntax, rechtlicher Anschauungen, Organisationsfähigkeit der menschlichen Gesellschaft, wirtschaftlicher Entwicklungen usw. gegeben sind und ein jeweils zusammenhängenden Bündel von Konsequenzen bilden”.

⁸³³ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 57-58: “Acaso se admita a observação de haver, evidentemente, diversos caminhos de pensamento coerente, crítico e racional em seus pressupostos e conseqüências, uma (meta)modalidade de pensamento vai além do normal exame de uma teoria como lógica ou axiologicamente correta” (“Falls man die Beobachtung eingeht, daß es offensichtlich verschiedene Wege konsequenzen, kritisch rationellen Denkens im Voraussetzungen und Konsequenzen geben, eine (Meta-)Denkweise, also die über die übliche Prüfung einer Theorie als logisch bzw. wertend richtig oder falsch hinausgeht. Diese Wissenschaft, diese Summe von Regeln, soll ‘Synepeik’ genannt sein”).

⁸³⁴ Cf. a nota precedente.

⁸³⁵ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 63: “Jede philosophische Denkart hat ihre eigenen Folgenrichtigkeiten. Man kann nicht sagen, die eine Philosophie sei der anderen überlegen. Die meisten Philosophien haben z. B. ihre eigenen Wahrheits-, Zeit- und Kausalitätsverständnisse”.

à falsificação de teorias, mas não à demonstração de sua veracidade⁸³⁶. Semelhantemente, a *sinépéia* também renuncia a uma crítica meramente dedutiva de teorias, pois teorias diversas partem de axiomas diversos⁸³⁷:

“A *sinépéia* tenta, assim, não proceder a meros exames lógicos no interior de determinada teoria, [...] mas, sim, descobrir coincidências e divergências das conseqüências com seus pontos de partida eleitos, bem como com os fins visados com a teoria. Essa descoberta de nexos entre axiomas e conseqüências ‘desce’ na *sinépéia*, acaso necessário, até as conseqüências e eventos históricos. Ela ultrapassa conscientemente as fronteiras da lógica dedutiva – e provavelmente da falseadora – e adentra o campo das experiências axiológicas. [...]. Ela ousa ‘falsear’ com base na prova de conseqüências práticas no tempo e realidade observáveis”⁸³⁸.

“O pensamento *sinépéico* não indaga, em primeira linha, se uma teoria tem razão. Para os fins da verificação do pensamento coerente no interior de uma teoria, a coerência de uma teoria é inicialmente pressuposta”⁸³⁹. Seu passo seguinte consiste na “procura pela correspondência entre intenção e resultado, pelas conseqüências na história, economia,

⁸³⁶ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 58.

⁸³⁷ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 59.

⁸³⁸ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 59: “Die *Synepeik* versucht nun, innerhalb einer gegebenen Theorie nicht bloß logische Überprüfungen anzustellen, [...] sondern Übereinstimmungen und Nicht-Übereinstimmungen von Konsequenzen, von gewählten Ausgangspunkten und mit der Theorie verfolgten Absichten, aufzudecken. Diese versuchte Entdeckung von Zusammenhängen zwischen Axiomen und Folgerungen geschieht in der *Synepeik*, falls erforderlich bis ‘hinab’ historischen Konsequenzen und Ergebnissen. Sie überschreitet bewußt die Grenzen deduzierender – und möglicherweise falsifizierender – Logik und betritt das Feld gewerteter Erfahrungen. [...]. Sie wagt es zu ‘falsifizieren’ unter Hinweis auf praktische Konsequenzen in beobachtbarer Zeit und Wirklichkeit”.

⁸³⁹ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 61: “*Synepeisches* Denken fragt nicht in erster Linie, ob eine Theorie recht hat. Zum Zwecke der Überprüfung konsequenten Denkens innerhalb einer Theorie wird die Richtigkeit einer Theorie zunächst einmal unterstellt”.

direito etc.”⁸⁴⁰. Finalmente, “volta-se para semelhante verificação: esta ou aquela teoria está em condições de produzir este e aquele resultados. Tais conseqüências não teriam ocorrido, acaso não se tivesse seguido a teoria. Acaso as conseqüências sejam reprovadas – algo que também pode ser objeto de discussão –, tem-se aí um argumento contra a correção da própria teoria”⁸⁴¹.

“A sinepéia tenta mostrar que, quando se parte de determinados pressupostos, se chega a determinadas conseqüências, e que não se podem evitar suas conseqüências, na medida em que simplesmente se transite de um modo de pensar (sistemático, e. g.) para outro (tópico, e. g.)”⁸⁴². Por isso, esse metamétodo proscree a “admissão do místico” com a “reorganização do pensamento em termos lógico-sistemáticos”, “quando desagradável o resultado”. “Para a sinepéia, a alteração de um modo de pensar *orientada pelas conseqüências* seria ‘ilógica’”⁸⁴³.

Uma das vantagens da sinepéia reside no fato de não se prender a um modo de pensamento, mas de admitir a argumentação lógico-sistemática, tópica, mágica, mística, especulativa, além de se manter dis-

⁸⁴⁰ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 61: “Danach beginnt synepeisches Denken sich nicht nur nach logischen Konsistenz, sondern auch nach der Entsprechung von Absicht und Erfolg, nach den Konsequenzen in Geschichte, Wirtschaft, Recht usw. umzusehen. Dann wendet sich das synepeische Denken zurück, um etwa zu der Feststellung zu gelangen: Diese und jene Theorie ist in der Lage, diese und jene Folgerungen hervorzubringen. Jene Konsequenzen hätten sich nicht eingestellt, wenn man der Theorie nicht gefolgt wäre”.

⁸⁴¹ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 61: “Falls nun die Konsequenzen unterliegen – was wiederum Gegenstand der Diskussion sein kann –, so ist dies ein Argument gegen die Richtigkeit der Theorie selbst”.

⁸⁴² FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 61–62: “Die Synepeik versucht zu zeigen, daß, wenn man von bestimmten Voraussetzungen ausgeht, man voraussichtlich bei bestimmten Folgerungen enden wird, und daß man nicht die Folgerungen vermeiden soll, indem man einfach von einer Denkart (z. B. systematischen) zu einer anderen (z. B. topischen) übergeht”.

⁸⁴³ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 61–62: “Für die Synepeik wäre ein derartiger, *an den Konsequenzen* orientierter Wechsel von einer Denkart zu anderen ‘unlogisch’”⁸⁴³.

tante da discussão sobre valores⁸⁴⁴. “Por último mas não menos importante, em decorrência desse caráter referido à história e ao tempo [da *sinépéia*], ‘filosofias’ tornam-se avaliáveis, na medida em que se observam seus desdobramentos na história e no presente: fatos tornam-se juízes de filosofias”⁸⁴⁵.

Algumas palavras merecem ser dedicadas ainda à relação entre a *sinépéia* e a hermenêutica, que talvez pareçam algo contraditórias⁸⁴⁶. O princípio da *sinépéia* de entender o outro a partir de suas próprias categorias – uma decidida recusa ao etnocentrismo – encontra, evidentemente, limites na pré-compreensão do intérprete das culturas comparadas, pois ninguém dela se pode desvencilhar⁸⁴⁷. A *sinépéia* há de ser entendida como metateoria especialmente alerta para a pré-compreensão no campo da comparação de culturas em geral ou de qualquer de seus aspectos. Ela chama a atenção para a necessidade de não se medir nem, muito menos, julgar a cultura alheia com base nas categorias próprias do observador. O fato de somente podermos conhecer o outro com o auxílio de nossa pré-compreensão não deve servir de fundamento para que utilizemos nossas categorias para sentenciar os outros. Juízos de valores podem ser feitos apenas sobre os resultados obtidos com esta ou

⁸⁴⁴ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 61.

⁸⁴⁵ FIKENTSCHER, *Synepeik*, p. 57: “Nicht zuletzt wegen dieser Bezogenheit auf Geschichte und Zeit werden ‘Philosophien’ bewertbar, indem man ihre Auswirkungen in Geschichte und Gegenwart beobachtet: Tatsachen werden zu Richtern von Philosophien”.

⁸⁴⁶ Cf. as notas 38 a 41.

⁸⁴⁷ A despeito disso, vale a pena o alerta: Só as culturas estruturadas estão em condições de pensar na metateoria e no meta-sistema, graças às categorias da extraposição e perspectiva. Na medida em que o critério para sentenciar o justo e o injusto se encontra fora do alcance dos homens, numa instância que lhes é superior, eles ganham perspectiva. A partir daí, conseguem duas coisas: pensar sua própria teoria e sobre ela. Em outras palavras, apenas as culturas extrapontes raciocinam tanto teoricamente quanto metateoricamente, ou seja, trabalham comparativamente. Nesse sentido, FIKENTSCHER, *Synepeik*, *passim* e sobretudo p. 87, e *Methoden*, vol. 4, p. 16.

aquela opção sinepéica. Não assim com o próprio modo de pensar que lhe subjaz.

8 – Resposta: relativismo *versus* absolutismo da proporcionalidade

A necessidade de solver a disputa entre o absolutismo e a relatividade da noção de proporcionalidade no direito já oferecia motivo suficiente para se recapitularem os fundamentos da tabela periódica das culturas de FIKENTSCHER. Há outro motivo, talvez até mais ponderável para fazê-lo: esse parece o método capaz de melhor iluminar a pesquisa dos antecedentes da proporcionalidade ao longo de seus 2.500 anos.

FIKENTSCHER observou ser a justiça uma constante humana, ao passo que seu conteúdo, algo variável⁸⁴⁸. Essa variação se transmite, naturalmente à categoria “direito”, definida como a tradução em meio lingüístico da noção de justiça encerrada no íntimo das pessoas e, por isso, carente de operatividade social⁸⁴⁹.

A consulta à tabela periódica das culturas parece suficiente à resposta da questão relativa ao caráter absoluto ou relativo da proporcionalidade, pois cada direito positivo é um método de realização de determinada concepção de justiça, que, por sua vez, compõe a fórmula cultural dos modos de pensar listados naquela tábua.

A admissão dessas premissas parece autorizar a conclusão do equívoco da tese do absolutismo da proporcionalidade no direito, assim como do ponto de vista de seu relativismo radical. Diz-se com isso que a proporcionalidade é conceito relativo no direito, mas não tão particular, ao ponto de ser rebaixado a um idiotismo jurídico semelhante aos lingüísticos. A opinião de que a proporcionalidade seria universal não se sustenta nem sequer diante do dado empírico da bibliografia do tema, circunscrita aos direitos existentes ou originados na Europa ocidental⁸⁵⁰. Tampouco parece correto endossar o relativismo positivista, que pirro-

⁸⁴⁸ Cf. o item 6.1.

⁸⁴⁹ Cf. a nota 69.

⁸⁵⁰ Cf. a nota 32.

nisticamente degrada todos os objetos jurídicos a resultados do exercício arbitrário da dominação. Seria enganoso divisar na proporcionalidade o resultado da extravagância ou dos humores do direito positivo, frequentemente malsãos. A proporcionalidade tampouco depende da boa vontade de legisladores ou magistrados de umas poucas ordens jurídicas. A proporcionalidade atua muito mais como um subversivo jurídico ao *status quo*, de modo que lhe narrar a história é antes lembrar a luta para impô-la ao poder autocrático, ao invés de registrar a opinião de seus titulares⁸⁵¹. Tal rebeldia, característica da história da proporcionalidade, transcende determinada ordem jurídica. Na verdade, demarca certo conjunto de direitos positivos⁸⁵² e impede que seus integrantes se desgarem duradouramente do modelo mais geral onde se inspiram⁸⁵³.

Em síntese absoluta e demasiado simplista, a proporcionalidade tornou-se um conceito capital dos direitos estruturados contemporâneos.

⁸⁵¹ ORLANDO BITTAR fala, por isso, na origem jusnaturalística não apenas do devido processo legal, mas de todo o controle judicial de constitucionalidade – cf. *Constituição*, p. 72 e, em especial, a p. 136, onde principia o capítulo 6, intitulado “conteúdo jusnaturalista do controle jurisdicional de constitucionalidade”.

⁸⁵² Juntamente com outros institutos jurídicos – cf. sobretudo os exemplos constantes da segunda tabela comparativa do item 6.2.2.

⁸⁵³ Sejam lembrados aqui os exemplos dos direitos brasileiro e argentino: as ditaduras militares instauradas nesses países lograram reprimir apenas temporariamente a utilização da proporcionalidade. A respeito, cf. sobretudo o trabalho de Linares, *Razonabilidad*. No Brasil, o clássico ensaio de SANTIAGO DANTAS antecedeu o regime militar, ao passo que o de SAMPAIO DÓRIA, *Due Process*, foi escrito no seu curso. Cessada a dominação, produziram-se como nunca monografias para banir o arbítrio do direito nacional, com auxílio da proporcionalidade. A propósito, cf. as obras brasileiras listadas na bibliografia.

9 – A proporcionalidade como resultado da combinação de duas extraposições éticas: a trágica helênica e a eleutérica judaico-cristã

A principal tese defendida a seguir afirma que a proporcionalidade é a grande peça de articulação dos direitos estruturados atuais, porque permite a interação entre os elementos da estruturação trágica helênica e os da estruturação eleutérica judaico-cristã, que, em conjunto, formam a essência do método do direito ocidental. A proporcionalidade tornou-se um conceito-chave nessas ordens jurídicas, por unir ambas as matrizes da estruturação cultural, com muitos pontos em comum, mas não isentas de alguma divergência entre si.

FIKENTSCHER notou, em diversas oportunidades, que a democracia dotada de direitos fundamentais une aspectos das duas modalidades de estruturação social. “Valorações somente são duradouramente possíveis, se ‘contra-valores’ (‘valores impositivos de limites’, ‘valores-moldura’, ‘valores fundamentais’) assegurem *fluxos de valoração*. Dito de outro modo [...]: valores são ‘por natureza’ temas sujeitos à maioria; mas, com a formação de maioria a seu respeito, perdem seu caráter axiológico”⁸⁵⁴. Claro, a votação transforma o ponto de vista axiológico da maioria em lei. Os valores podem, contudo, manter a qualidade axiológica, “acaso se lhes agregarem valores subtraídos à maioria, asseguradores do juízo de valores, por meio de um juízo de valor fundamental”⁸⁵⁵. FIKENTSCHER afirma, por isso, que a opção de se “valorar livremente com maioria” ao longo do tempo, uma exigência do “agir como sociedade”, gera “ne-

⁸⁵⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 402-403: “Wertungen sind also nur dann auf Dauer möglich, wenn ‘Gegenwerte’ (‘Rahmen-setzende Werte’, ‘Rahmenwerte’, ‘Grundwerte’) den Wertungsablauf sichern. Anders gesagt [...]: Wertungen sind ‘von Natur aus’ majorisierbar, aber durch Majorisierung verlieren sie ihren Wertcharakter”.

⁸⁵⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 402-403: “Sie behalten ihn jedoch, wenn man nichtmajorisierbare Werte hinzufügt, das Werturteil durch ein Grundwerturteil absichert.

cessariamente uma democracia dotada de direitos fundamentais”⁸⁵⁶. Os direitos fundamentais garantem que se “valorará futuramente de modo livre”, isto é, com a possibilidade de alterar escolhas pretéritas⁸⁵⁷.

Tal configuração das sociedades ocidentais, cujas bases são jurídicas e não mais religiosas, resulta da conjugação de elementos das duas matrizes de estruturação social. As teorias jurídicas extrapontes baseiam-se em duas premissas. A premissa ontológica assevera a existência do valor justiça, ao passo que a epistemológica nega ao ser humano a capacidade para conhecê-la de modo pleno⁸⁵⁸. Por isso, há muitas características comuns à extraposição trágica e à eleutérica⁸⁵⁹: o alcance apenas parcial do ideal de justiça, a recusa ao agnosticismo jurídico⁸⁶⁰ e uma atitude finalista, de empenho na busca dos objetos ideais, inclusive, naturalmente, da noção do justo⁸⁶¹.

Malgrado tantos traços comuns, existe antinomia grave entre as concepções de ambas as espécies de extraposição ética a informar o di-

⁸⁵⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 402-403: “In einem Satz: Aus dem Charakter des Sollens als Maßstab des Seins folgt notwendig eine Grundrechtsdemokratie als diejenige gesellschaftliche Ordnung von Menschen, in der man grundsätzlich frei – und mit Mehrheit, wenn man als Gesellschaft handeln will – werten kann, Grundrechte aber dafür sorgen, daß auch künftig frei gewertet werden kann.

⁸⁵⁷ Cf. a nota 856, para o texto original. O próprio FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 403, reconhece que, “por meio desses valores fundamentais – na forma personalizada, direitos fundamentais – o infinito espectro de liberdade sofre respeitável diminuição de tamanho” (“Durch diese Grundwerte – in personzugeordneter Form: Grundrechte – wird das unendliche Freiheitsspektrum der Werte beachtlichem Umfang eingeengt”).

⁸⁵⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 411.

⁸⁵⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 411.

⁸⁶⁰ Sua eventual aceitação redundaria num modo de pensar assemelhado ao Hinduísmo ou ao Budismo – cf. FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 420-421.

⁸⁶¹ A extraposição encarrega-se de impor o dado finalístico, pois todos os esforços humanos hão de se dirigir para o conhecimento verdade e da justiça, por exemplo, quer por meio do racionalismo, quer por intermédio da fé – cf. FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 420-421.

reito ocidental. A extraposição grega nega a revelação divina, enquanto que a judaico-cristã se afirma portadora. FIKENTSCHER notou:

“Pode-se deixar esse problema no estado da inatingibilidade [das soluções justas] e daí retirar as conseqüências sociais. Essa atitude é assinalada nesta obra como o trágico”, esclarece FIKENTSCHER. “A atitude trágica em relação ao direito parte dos pressupostos de que, de um lado, se deve extrapor [os valores], para se obter enunciados sustentáveis [...] sobre a justiça, e, de outro, de que não há revelação da justiça, por parte da instância extraposta. Diferentemente disso, outras concepções jurídicas extraponentes professam estar na posse da revelação dessa instância”⁸⁶².

O pensamento grego, mais precisamente a extraposição trágica, liberou o ser humano para agir e para estabelecer livremente o direito sob o qual desejava viver⁸⁶³. A determinação desse direito dava-se com o auxílio do racionalismo, do *logos*, isto é, da livre razão discursiva na pesquisa de idéias a serviço da determinação do bem comum⁸⁶⁴. As decisões assim tomadas, no entanto, deixavam a minoria indefesa diante da maioria ou do detentor do poder. A morte de SÓCRATES é emblemática nesse sentido⁸⁶⁵. Aguça-se a noção do direito como mecanismo de “en-

⁸⁶² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 412: “Man kann es bei der Unerreichbarkeit [der gerechten Lösungen] belassen und daraus die gesellschaftlichen Folgerungen ziehen. Diese Haltung wird in diesem Werk als Tragik bezeichnet. Die tragische Haltung zum Recht geht von der Voraussetzung aus, daß zwar einerseits extraponiert werden muß, um haltbare (dilemafremde) Aussagen über Gerechtigkeit zu gewinnen, daß aber andererseits keine Offenbarung der Gerechtigkeit von seiten der extraponierten Instanz vorliegt. Im Unterschied dazu bekennen andere extraponierende Rechtsdeutungen, im Besitz einer Offenbarung dieser Instanz zu sein”.

⁸⁶³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 265.

⁸⁶⁴ REGENBOGEN e MEYER, *Wörterbuch*, p. 389; cf. ainda, FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 425.

⁸⁶⁵ Cf. a nota 549 e segs.

genharia social”, isto é, evidencia-se aqui serem as ordens jurídicas “meios conscientemente empregados para conformação social”⁸⁶⁶.

A base teológica da extraposição eleutérica das religiões judaico-cristãs ofereceu o mecanismo de proteção ao homem, pois “feito à imagem e semelhança de deus”. A idéia de pessoa humana tem importância crucial no desenvolvimento dessa técnica de proteção do ser humano contra as decisões da maioria ou da minoria dotada de poder. Mas, a religião, impôs sua crença durante demasiado tempo mesmo a quem não a professava, até que dissolvida a união entre Estado e Igreja⁸⁶⁷.

“Hoje, a democracia é composta de duas partes principais: da regra da maioria e do catálogo de direitos fundamentais”, nota FIKENTSCHER. “Ambas as partes estão em relação contraditória, antinômica entre si. Vale aquilo que a maioria diz, e a minoria perde; mas, a minoria de indivíduos e de eventuais unidades menores possui direitos insuscetíveis de cassação, de que mesmo a maioria não pode dispor”⁸⁶⁸.

Tem-se, então, no Ocidente contemporâneo – sobretudo em seu direito público – um sistema que pretende combinar as virtudes de cada uma das modalidades de extraposição e afastar os vícios de ambas. Esse audacioso projeto das ordens jurídicas estruturadas vigentes convive, pois, com conflitos resultantes da diversidade da origem da extraposição grega e da judaico-cristã. A extraposição trágica, com seu método de busca livre e racional de meios que melhor atendam aos fins da coletivi-

⁸⁶⁶ Cf. FIKENTSCHER, FRANKE e KÖHLER, *Rechtsanthropologie*, p. 42-43, para essa função dos modernos direitos ocidentais, que qualificam como “meios conscientemente empregados para conformação social” (“... bewußt eingesetzten Mittel sozialer Gestaltung”). Os referidos autores não empregam a denominação “engenharia social”.

⁸⁶⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 76, e *Werteebenen*, p. 126.

⁸⁶⁸ FIKENTSCHER, *Werteebenen*, p. 123: “Heute ist die Demokratie aus zwei Hauptbestandteilen zusammengesetzt: Der Mehrheitsregel und dem Grundrechtskatalog. Beide Teile stehen zueinander in einem gegeläufigen, antinômischen Verhältnis. Es gilt, was die Mehrheit sagt, und die Minderheit verliert; aber die Minderheit der einzelnen und die jeweils kleinere Einheit haben unentziehbare Rechte, über die auch die Mehrheit nicht verfügen kann”.

dade, com freqüência esbarra em limites impostos pela extraposição eleutérica, de índole teológica. O método jurídico da extraposição trágica de livre estabelecimento racional e dialógico dos fins coletivos e dos meios para sua obtenção freqüentemente esbarra em limites de respeito ao ser humano, impostos pela extraposição eleutérica, de índole teológica. Mesmo nas hipóteses em que esse conflito não ocorre, a pesquisa da justiça nas sociedades estruturadas contemporâneas há não é inteiramente livre, mas condicionada pelo respeito à pessoa. Os conflitos entre as modalidades de extraposição não desfiguram o todo harmônico do sistema estruturado, antes lhe dão a essência, justamente porque suas matrizes compartilham os elementos básicos da estruturação social. Culturas estruturadas sobre o direito laico discutem com recurso ao *logos* os valores a serem transformados em prescrições jurídicas, desde que não ultrapassados os limites de valores fundamentais, que, todavia, advêm de revelações divinas.

A proporcionalidade atua entre ambas, simplificadamente como o método grego a serviço da proteção de valores judaico-cristãos.

A simplificação aludida – a razão grega em busca da realização de valor cristão – não deve colocar o problema em termos de *logos* instrumental a serviço de fim cristão. ESSER o notou e a teoria dos modos de pensar de FIKENTSCHER o comprova: forma e fundo dos objetos culturais não se separam com rigor⁸⁶⁹. O método está impregnado até a raiz da substância filosófica que o informa e, por isso, é seu fiel reflexo. A filosofia racionalista grega transmitiu às ordens jurídicas do Ocidente contemporâneo não apenas os instrumentos da lógica, mas também muito de sua concepção material de justiça. A própria lógica helênica, aliás, decorre de cosmovisão não compartilhada com outros povos. A causalidade, sobre a qual se assenta a idéia de proporção no direito por exemplo, é modo de ver o universo discrepante do pensamento orien-

⁸⁶⁹ Cf. a nota 1054.

tal, que a qualifica de ilusória⁸⁷⁰. A suposição da mera instrumentalidade do pensamento grego na composição da idéia em foco seria um equívoco. A relação de causa e efeito possui conteúdo, conquanto sua enunciação pareça mera fórmula vazia. Espera-se que fique patente a incindibilidade das noções de *logos* e *ethos* gregos, quando se recapitular a origem do direito ocidental na revolução da *polis*⁸⁷¹. A simbiose entre esses conceitos helênicos pode desde já ser entendida em duas ilustrações. A formulação “lógica” e aparentemente desprovida de conteúdo da igualdade de tratamento entre duas pessoas iguais à luz de certo critério esconde uma opção axiológica viva como brasa⁸⁷². A isonomia foi arrancada dos nobres a duras penas na Grécia antiga e não tem, ainda hoje, apreço universal. Idêntica observação parece adequada à essência da democracia, definível fria e aritmeticamente como o cômputo dos votos livres favoráveis e contrários a certa proposta. Além de resultar da aplicação da isonomia ao poder político, ela é repulsa consciente ao mando arbitrário, presente nas culturas fragmentadas. A Grécia antiga, em suma, contribuiu com método e conteúdo para a elaboração contemporânea da proporcionalidade, ao passo que as religiões judaica e cristã influenciaram a construção desse objeto jurídico com o conteúdo. Isso se harmoniza com o fato de que apenas a cultura grega colheu todos os frutos imagináveis da estruturação, ao passo que a sociedade judaica parece ter-se restringido à extraposição ética e à história.

A tese a ser exposta a seguir afirma, pois, que a proporcionalidade articula os elementos colidentes que informam o direito estruturado contemporâneo: a livre democracia grega e a proteção do ser humano, judaico-cristã. A proporcionalidade tenta harmonizar elementos oriundos das duas modalidades de estruturação: os oriundos da extraposição de perfil epistemológico, animada pela idéia do *logos* dotado da objetivi-

⁸⁷⁰ Cf. o item 19.2.2.

⁸⁷¹ Cf. o item 11.2.4.

⁸⁷² Cf. o item 19.2.2.

dade perspectivista⁸⁷³, e os resultantes da extraposição religiosa, com ênfase na proteção do ser humano, a quem se imputa a dignidade do Deus situado fora do mundo e da história.

⁸⁷³ Cf. as notas 230 a 236.

10 – Prova histórica da proporcionalidade como harmonização da extraposição trágica e da eleutérica

A proporcionalidade é tudo, menos uma relação anódina, axiológicamente neutra entre dois termos de certo ordenamento positivo, apesar de definida em termos abstratos e de aparência asséptica, porque tomada de empréstimo à matemática ou à física. A vigência dessa idéia numa ordem jurídica implica compromisso com uma série de opções filosóficas; na verdade, decorre de sua aplicação ao direito.

A proporcionalidade afirma a realidade, ao invés de imputar-lhe o caráter meramente ilusório, como o fazem as filosofias dispersas. Ela se assenta, ademais, no postulado epistemológico da possibilidade de compreensão e explicação da realidade por intermédio da razão, em especial com o auxílio das noções causal e teleológica; diverge, portanto, da cosmovisão dos povos orientais, para quem a causalidade oscila entre a irrelevância filosófica e o completo caráter fortuito. Desafia, da mesma forma, a eleição arbitrária de fins jurídicos. Também correlaciona dois termos – meio e fim – no quadro de concepção temporal decomposta em três momentos, pretérito, presente e futuro, que diferem do presente eterno, resultante da fusão do citado trio de dimensões históricas. Assim, o que ontem se considerou proporcional pode deixar de sê-lo amanhã, assim como certo meio de aparência desproporcional em relação a um fim de curto prazo pode justificar-se, acaso considerado o futuro mais distante, como o horizonte de uma geração⁸⁷⁴. A noção estru-

⁸⁷⁴ Cf. a seguinte passagem de CARDOZO, *Nature*, p. 76-77: “ninguém pode ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal. Aqui está um conceito da maior generalidade. Contudo, ele é posto perante as cortes em bloco. Liberdade não é definida. Seus limites não são mapeados nem constam de cartas. Como eles podem ser conhecidos? Liberdade significa o mesmo para gerações sucessivas? Restrições ontem arbitrárias podem tornar-se úteis e racionais e, por isso, jurídicas amanhã? Eu não tenho dúvidas de que a resposta a estas questões tem que ser sim” (“No one shall be deprived of liberty without the due process of law. Here is a concept of the greatest generality. Yet it is put before the courts *en bloc*. Liberty is

turada de perspectiva também é fundamental para a proporcionalidade. Algo intolerável aos olhos de empresários pode ser lógico, justo e proporcional do ponto de vista do valor social a preponderar em determinado caso, como o dos consumidores, por exemplo; o sacrifício imposto aos agentes econômicos, supostamente necessário do ponto de vista da autoridade pública, pode revelar-se excessivo, na visão empresarial, em favor da qual milite a ponderação isenta noutro caso. Ordens fragmentadas são aspectivas, isto é, nelas existe apenas um ângulo de visão — o de quem domina. Essa proporcionalidade, supostamente inodora, insípida e incolor tampouco se assemelha ao instrumental cirúrgico esterilizado ao inteiro dispor de técnico do direito. Ela somente opera com mínimo de segurança e precisão, se manejada por alguém versado em sua estrutura. Entre suas “instruções de uso”, sem as quais não funciona, encontram-se as seguintes diretivas filosóficas: todos os homens são iguais; por isso, não há espaço para a imposição de fins, muito menos, dos arbitrários; o estabelecimento de fins obedece à decisão da maioria, desde que apoiada no *logos*; fins desequilibrados para alcançar mesmo finalidades lícitas estão de antemão descartados e, finalmente, até a maioria esbarra em limites intransponíveis, quando atingir raio de liberdade da pessoa.

Essa pequena amostra dos elementos encerrados nesse conceito jurídico estruturado expõe a insuficiência de cortes epistemológicos semelhantes ao realizado, por exemplo, por XAVIER PHILIPPE. Embora reconheça o arbítrio científico aí subjacente, Esse autor segregou a proporcionalidade das idéias afins de “racionalidade, necessidade, normalidade, harmonia, equilíbrio”, ou dos antônimos exemplificados pela noção de “excessivo”⁸⁷⁵. O estudo deve progredir no sentido contrário. Admitido

not defined. Its limits are not mapped and charted. How shall they be known? Does liberty mean the same thing for successive generations? May restraints taht were arbitrary yesterday be useful and rational and therefore lawfull tomorrow? I have no doubt that the answer to these questions must be yes”).

⁸⁷⁵ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 9.

que tais noções formam o modo de pensar estruturado, a adoção do método isolante redundaria no equívoco denunciado pelo expressivo ditado alemão: “diante de ruidosas árvores, não se vê a floresta”. Tal método de partição parece incapaz de apreender com eficiência os objetos jurídicos das sociedades estruturadas, em virtude de seu evidente perfil fragmentador. Similar insulamento da proporcionalidade retira-lhe a força vital e comprometer o futuro do próprio direito, por inibir a ampliação de sua pré-compreensão. O direito não cria seus próprios fins, ensinou VON JHERING ainda no século XIX; as ordens jurídicas acolhem e elaboram ou rejeitam idéias advindas de fora, da filosofia e, assim, evoluem. Encarar isoladamente as facetas do modo de pensar estruturado representa empresa hermenêutica sujeita ao grave risco de não se entender o objeto, por deficiência do método.

Essas considerações, é preciso reconhecer, não resistiriam a uma espécie de crítica bastante simples. Uma coisa é “provar” *more geometrico* que a proporcionalidade necessita do modo de pensar estruturado, no todo e em cada um de seus elementos básicos como “condição de possibilidade” para ser pensada. Coisa bem diversa consiste em demonstrar que, de fato, a proporcionalidade se transformou num dos objetos paradigmáticos do direito estruturado, em cujo âmago podemos contemplar simultaneamente os efeitos gerados pela interação dos elementos primários da mentalidade estruturada aplicados ao direito: tempo, extraposição ética, *logos*, causa e efeito, meio e fim, dignidade da pessoa humana, democracia etc.. Vale aqui o alerta de FREUD: “sequer a possibilidade mais tentadora constitui proteção contra o erro; mesmo que todas as partes de um problema pareçam ajustar-se como peças de um quebra-cabeças, há que refletir que aquilo que é provável não é necessariamente a verdade, e que a verdade nem sempre é provável”⁸⁷⁶.

Deve-se, assim, prosseguir e verificar se os modelos de estruturação grega e judaico-cristã não apenas poderiam servir de matéria-prima

⁸⁷⁶ FREUD, *Moisés*, p. 30.

ideal da proporcionalidade, mas que isso, de fato, aconteceu, ao longo de séculos. Por isso, vemos hoje no interior da proporcionalidade a dinâmica estonteante dos elementos primordiais da estruturação, em milhares de combinações jurídicas possíveis. A dificuldade desse projeto, como notou WIEACKER em estudo dedicado à proporcionalidade, decorre do fato de que “sede e ‘valor relativo’ do princípio não de ser desbastados de uma imponente massa de dados da tradição jusfilosófica e de ordens jurídicas pretéritas”⁸⁷⁷. Não parece haver caminhos prontos nesse domínio⁸⁷⁸.

A pesquisa filosófica e antropológica, não o diálogo com o braço de cadeira, permite afirmar que a idéia jurídica de proporcionalidade se originou do princípio social da retribuição, o antecedente por inteiro emocional de todas as leis racionais – as naturais e as éticas. De qualquer forma, não parece correta a opinião de PHILIPPE: “na origem, a proporcionalidade é um princípio matemático, que se desenvolveu como princípio filosófico”⁸⁷⁹. A história da proporcionalidade em geral prova que ela foi, antes de tudo, uma diretiva social; transformou-se, em seguida, em matemática; expandiu-se na causalidade; tornou-se ciência natural; reentrou no direito pela via do controle dos atos administrativos e, finalmente, passou a integrar o direito constitucional positivo de vários países, inclusive o do Brasil.

⁸⁷⁷ WIEACKER, *Wurzel*, p. 867-868: “Sitz und ‘Stellenwert’ des Prinzips müssen vielmehr erst aus einer überwältigenden Datenmassen der rechtsphilosophischen Tradition und der vergangener Rechtsordnungen herasgeschält werden”.

⁸⁷⁸ Contam-se poucas exceções a essa regra geral: os trabalhos de WIEACKER, *Wurzel*; REMMERT, *Grundlagen*; e WOLF, *Maß*.

⁸⁷⁹ *Proportionnalité*, p. 19: “À l’origine, la proportionnalité est un principe mathématique qui s’est développé en tant que principe philosophique ...”.

II – Antigüidade: suas sete fontes principais

O período de surgimento da proporcionalidade suscita alguma controvérsia. Numa das extremidades do espectro histórico, pode-se situar, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, que somente há pouco lhe proclamou a existência, ao passo que, na outra, parece estar XAVIER PHILIPPE, segundo quem a proporcionalidade possui origem matemática, posteriormente convertida em filosofia. Pode-se ter idéia do intervalo de tempo aberto às cogitações, ao se lembrar que duas das onze proporcionalidades aritméticas foram trabalhadas pelos matemáticos egípcios e mesopotâmicos. A diversidade na escala de datação deve-se, em parte, às diferentes metodologias utilizadas. Acórdãos de tribunais não se dedicam a documentar pesquisas históricas, ainda quando neles se retrate decisão tomada com consciência da tradição hermenêutica. Monografias, em contrapartida, não se podem dar semelhante luxo. A doutrina, de modo geral, não menciona nenhum antecedente histórico da proporcionalidade no pensamento da Antigüidade. É pena. Os poucos autores cuja abordagem diverge desse modelo limitam-se à simples menção ou à recordação ligeira de um só capítulo, muitíssimo inspirado, aliás, de um dos gigantes da filosofia grega. Mas é só.

A contribuição de FRANZ WIEACKER revela-se excepcional em ambos os sentidos do termo, quando vista no contexto desse raro nicho dos temas pouco explorados da proporcionalidade. Fala-se aqui do estudo *Raízes históricas do princípio da aplicação proporcional do direito*⁸⁸⁰. O trabalho foge do lugar comum, por diversas razões. Em primeiro lugar, lista cinco das sete mais importantes origens da proporcionalidade na Idade Antiga. Identifica, além disso, a fonte antiga de maior repercussão na proporcionalidade, ignorada pela doutrina⁸⁸¹.

⁸⁸⁰ Cf. WIEACKER, *Wurzeln*, na bibliografia.

⁸⁸¹ Cf. o item II.2.4.

ERIK WOLF elaborou outro escrito relevante para a pesquisa do surgimento da proporcionalidade no direito, com o elucidativo título de “*Medida e justiça em Sólon*”.

Ousa-se agregar duas novas fontes ao levantamento procedido por WIEACKER, além de recuar no tempo suas indicações históricas. Portanto, a Antigüidade parece ter colaborado para a noção de proporcionalidade no direito com sete fontes principais. Muito do que depois se fez no tema não passa, em verdade, de desenvolvimento das idéias antigas. Algo, aliás, em perfeita harmonia com tese de JASPERS de que a Era Axial originou os eixos culturais do mundo em que ainda vivemos⁸⁸².

11.1 – A primeira fonte: o *logos*, em especial a causalidade

O produto da estruturação cultural mais amplo pressuposto pela proporcionalidade é o *logos*, entendido como a capacidade humana de revelar, por meio do esforço intelectual, a verdade última, o ente das coisas.

GADAMER precisa o contexto do *logos* com a idéia de HERÁCLITO, para quem a “natureza ama esconder-se”⁸⁸³. Donde o papel da filosofia de HEIDEGGER na retomada do pensamento grego do ser: a ocultação e a dissimulação do ente fazem com que “a verdade tenha que ser obtida como num roubo”⁸⁸⁴. GADAMER nota quanto ao aspecto do *logos* que aqui interessa de perto:

“A teoria é o modo do discurso que promove esse contexto da mais pura forma. Nós devemos ter claro que o teorizar não é com certeza a única nem a primordial experiência do discurso. Mas seguramente essa experiência do discurso foi a primeira pensada pe-

⁸⁸² Cf. o item 6.2.1.2.

⁸⁸³ GADAMER, *Was ist Wahrheit?*, p. 46.

⁸⁸⁴ GADAMER, *Was ist Wahrheit?*, p. 46.

los filósofos gregos e que despertou a ciência com todas as suas possibilidades. Discurso, *logos*, é freqüente e corretamente traduzido como razão, na medida em que os gregos perceberam com rapidez que o primariamente descoberto e abrigado no discurso é a própria coisa em sua possibilidade de compreensão. É a própria razão das coisas que se deixa apresentar e comunicar. Esse modo específico do discurso se chama enunciado ou sentença. [...]. A lógica posterior criou para isso o conceito de sentença. A sentença é determinada, diversamente de outras formas do discurso, pelo fato de somente querer ser verdadeira, de medir-se exclusivamente por mostrar o ente como ele é”⁸⁸⁵.

⁸⁸⁵ GADAMER, *Was ist Wahrheit?*, p. 46-47: “Die Weise der Rede, die diesen Zusammenhang am reinsten vollzieht, ist die Lehre. Wir haben uns dabei klarzumachen, daß es für uns gewiß nicht die einzige und primäre Erfahrung der Rede ist, die von den griechischen Philosophen zuerst gedacht worden ist, und die die Wissenschaft mit allen ihren Möglichkeiten heraufgerufen hat. Rede, *logos*, wird oft auch mit Vernunft übersetzt mit Recht, sofern es für den Griechen schnell einsicht war, daß das, was in der Rede primär gewahrt und geborgen ist, die Dinge selbst in ihrer Verständlichkeit sind. Es ist die Vernunft der Dinge selber, die sich in einer spezifischen Weise des Redens darstelle und mitteilen läßt. Diese Weise des Redens nennt man Aussage oder Urteil. [...] die spätere Logik hat dafür den Begriff des Urteils gebildet. Das Urteil ist dadurch bestimmt, im Unterschied zu allen anderen Weisen des Redens nur wahr sein zu wollen, sich ausschließlich daran zu messen, daß es ein Seiendes offenbar macht wie es ist”.

BÖCKENFÖRDE, *Geschichte*, p. 132, demonstra que o *logos* também possuía o sentido de princípio de ordenação de todo o cosmos: “*Logos* tem um sentido evidentemente multifacetado e composto. De um lado, *logos* quer dizer o patrimônio da razão voltado para o conhecer, o pensar, o falar e o escolher, conectado à ‘lógica’; de outro, o princípio de ordenação espiritual que marca a natureza e o mundo, todo o cosmos e configura racionalmente e como a razão divina da natureza e do mundo se torna a norma do agir humano. [...]. *Logos* compreende, na ‘lógica’, não apenas as regras formais do correto pensar, argumentar, e de expressão linguística objetiva destinada a apreender e comunicar as percepções empíricas de objetos, concepções e impressões. Também uma capacidade cognitiva e função ordenadora, referida à regularidade e coerência, pertencem ao *logos*” (“*Logos* hat dabei freilich mehrfache, sich aufgliedernde Bedeutung. Zum einen meint *logos* das Vermögen der Vernunft zum Erkennen, Denken, Sprechen und Wählen, anknüpfend an die ‘Logik’; zum anderen das geistige Ordnungsprinzip, das Natur und Welt, den ganzen Kosmos prägt und vernünftig gestaltet und als die (göttliche) Natur- und Weltvernunft zur Norm für das menschliche Handeln wird. [...]. *Logos* umfaßt in der ‘Logik’ nicht nur die formalen Regel, korrekten Denkens und Argumentierens

O *logos* grego afirma, portanto, a possibilidade do conhecimento, ainda que parcial, da essência das coisas, por meio do processo intelectual de obtenção da verdade⁸⁸⁶. A razão humana tem condições de dizer algo sobre o ente que se esconde ou oculta atrás dos fenômenos do mundo. Um modo especial de discurso, composto de enunciados lógicos, permite expor essa verdade.

A proporcionalidade pressupõe esse conjunto de teses gregas, denominado *logos*. Os juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito afirmam-se, todos, enunciados mistos que conjugam aspectos axiológicos e lógicos, na valoração de condutas. Tomem-se em si mesmos os enunciados da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Todos eles pressupõem pelo menos o caráter híbrido mencionado, por se basearem na idéia de que a mente humana pode captar o sentido dos fatos. Os três juízos mencionados não se pretendem algo lúdico, em que lhes seja indiferente produzir uma afirmação correta ou falsa sobre seus objetos. O jurista que afirma o desrespeito à proporcionalidade produz enunciado em que pretende captar algo de verdadeiro do mundo. Seu discurso quer ser o da lógica, em cujo contexto se produzem enunciados conforme a essência das coisas. Se correto, é outra questão. A intenção do discurso pressupõe em si mesma o *logos*.

As conexões entre o *logos* e a proporcionalidade não se esgotam na intenção lógica de pelo menos parte deste discurso jurídico. Ao contrário, esse parece o liame menos seguro entre ambos, porque sujeito à intenção ou ao acidente da má-fé do interlocutor, que pode não visar à descoberta da verdade, mas à simples vitória na discussão com o emprego de um tópico jurídico. O vínculo mais forte entre o *logos* e a pro-

und den sachhaltigen sprachlichen Ausdruck um die empirisch wahrgenommenen Objekte, Vorstellungen und Eindrücke zu erfassen und miteinander zu verbinden. Auch eine Erkenntniskraft und Ordnungsfunktion, die auf eine universal geltende Gesetzmäßigkeit und Folgerichtigkeit bezogen ist, gehört zum *logos*”).

⁸⁸⁶ Cf. a nota 858.

proporcionalidade decorre da natureza das relações aí implicadas. Todas elas derivam, ao menos em parte, de uma relação supostamente lógica. As diretivas mencionadas afirmam que o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não excessivo para o fomento do fim visado. Os juízos nela encerrados relacionam, portanto, um meio a um fim. Essa nomenclatura teleológica do direito encobre a camada logo abaixo: a proporcionalidade, ao menos parcialmente, funda-se numa relação de causa e efeito e a relação de causa e efeito é espécie das relações abrangidas pelo *logos*. O decalque do discurso da física parece evidente. Dizia-se mesmo que a causalidade é a relação emblemática do *logos*, excluídas as regras da lógica formal e da matemática. A base mais profunda da proporcionalidade afirma, portanto, a possibilidade de se conhecer, por meio do esforço intelectual, algo da essência de dois fenômenos e detectar, assim, se um deles pode causar o outro. A verificação dessa noção causal é o primeiro passo da proporcionalidade. O juízo axiológico pressupõe o causal, que, por sua vez, só pode ser pensado nos termos do *logos*. A afirmação de culturas fragmentadas do caráter meramente ilusório dos fenômenos, por exemplo, impede o surgimento da proporcionalidade, por lhe subtrair o suporte do *logos*, incluída a causalidade.

Parece, pois, adequado ver de mais perto as condições do surgimento dessa relação especial do *logos*, a causalidade, para compreender suas repercussões na proporcionalidade.

A causalidade natural resultou da causalidade mágica, no primeiro período da noção referida. O homem interpretou a natureza como extensão do domínio cultural, ao ler a natureza com lentes sociais. A demonstração da origem moral da causalidade encontra-se em estudo de KELSEN, lastimavelmente de rara citação. Esse jurista, talvez na contra-mão de sua imagem, empreendeu o estudo “*Sociedade e Natureza*”, fundado em vasta pesquisa antropológica. Nele, afirma que “a psique do homem dito primitivo se caracteriza essencialmente pelo fato de [...] o componente racional, tendente ao conhecimento objetivo, estar muito

encoberto pelo emocional, que nasce do sentimento e da volição...”⁸⁸⁷. A catatimia o impediria de se indagar das cadeias causais em que vive⁸⁸⁸. O ser humano dito primitivo recorreria a parâmetros míticos, ainda quando diante da necessidade de explicar fenômenos naturais⁸⁸⁹. Ele estaria, por isso, sempre pronto a oferecer aos fenômenos naturais versão baseada em sua vida social⁸⁹⁰. Apenas a cisão entre o sujeito cognoscente e o objeto do conhecimento o faria sentir-se um indivíduo oposto à natureza⁸⁹¹.

O animismo não altera esse estado de coisas, pois o homem primitivo não se separaria estritamente do mundo circundante. Tentaria, ao

⁸⁸⁷ KELSEN, *Sociedad*, p. 9.

⁸⁸⁸ KELSEN, *Sociedad*, p. 11.

⁸⁸⁹ KELSEN, *Sociedad*, p. 11.

⁸⁹⁰ KELSEN, *Sociedad*, p. 12.

⁸⁹¹ A ecologia contemporânea parece reunir elementos aspectivistas da fragmentação amontoada com perspectivistas da estruturação, numa inclinação da ciência contemporânea assinalada por BRUNNER-TRAUT, com se vê nas notas 227 a 236. Isso implica a revisão da própria imagem do ser humano, do mundo que o envolve e das espécies de relações mantidas entre ambos. O aspectivismo ensina-lhe que, ao menos do ponto de vista biológico, o ser humano se relaciona com a natureza, à semelhança dos outros seres vivos. Logo, a separação epistemológica entre o sujeito cognoscente e o objeto passa a ser um instrumento de trabalho, ao invés de modelo de explicação total da realidade, que agora abarca interferências do sujeito no objeto e, em contrapartida, repercussões de eventos naturais na existência do sujeito. O pensamento científico estruturado ou perspectivista destaca, por sua vez, os nexos lógicos imanentes ao mundo e às relações do homem com o meio-ambiente. O todo que os une existencial e não epistemologicamente, outra criação estruturada, não é entendido mais em termos míticos, mas por meio de proposições causais. Entre o homem e a natureza já não se registra mais um combate, mas uma relação a se harmonizar. Não mais em bases mitológicas aspectivistas, mas em lógica causal perspectivista. A imagem do ser humano resulta, pois, de ambas as dimensões referidas, isto é, da biológica e da epistemológica, a que se acresce a pessoal, de natureza ética – cf. o item 15.2. Tal imagem tende a maiores alterações, quando consideradas as pesquisas epigenéticas humanas e animais. O homem compartilhará com os animais não apenas os aspectos relativos ao sujeito biológico, isto é, do ser submetido às leis naturais, mas eventualmente do indivíduo, ou seja, da racionalidade, ainda que em termos muito desiguais. Por outro lado, a epigenética pode revelar campos da atividade humana sujeitos a influxos naturais, lá onde anteriormente se viam apenas al-

contrário, compreender e dominar o mundo natural, por meio da suposição de que tudo – animais, vegetais e minerais – possui espírito e vontade similares à sua⁸⁹². “Precisamente essa falta de consciência do eu e o caráter ubiqüamente social de seu pensar”, prossegue KELSEN, “são as razões por que o primitivo interpreta a natureza não [...] segundo a lei da causalidade [...], mas segundo categorias sociais, como manifestação dos ‘poderes’ subjetivos, pessoais”⁸⁹³. A assimilação dos mundos cultural e natural torna óbvio transpor as categorias teóricas mais antigas – as sociais – para os fenômenos naturais. A importância do princípio da retribuição social faz dele também um suposto parâmetro dos fenômenos naturais⁸⁹⁴. KELSEN enfatiza:

“o princípio da retribuição possui, conforme a sua idéia, um caráter dúplice. Significa não só que uma desvantagem sofrida por outro deve ser replicada com a mesma desvantagem, mas também que uma vantagem recebida deve ser também correspondida com a mesma vantagem. A retribuição não significa apenas castigo, mas também recompensa. Mas, no primeiro plano da consciência primitiva, encontramos a reação contra a ofensa”⁸⁹⁵.

Nasce, então, a causalidade mágica, em cuja base se encontra o panteísmo. Espíritos onipresentes encarregam-se de personalizar uma das pontas da relação retributiva; os espíritos ubíquos são as divindades retributivas, isto é, castigadoras⁸⁹⁶.

A causalidade oriunda da retribuição social, no passo seguinte, origina o saber agregativo das sociedades fragmentadas ou aspectivas, que

ternativas etológicas conscientemente escolhidas. Para a distinção entre sujeito, indivíduo e pessoa, cf. o item 15.2. Para as questões epigenéticas, cf. o item 6.3.6.

⁸⁹² KELSEN, *Sociedad*, p. 16.

⁸⁹³ KELSEN, *Sociedad*, p. 68.

⁸⁹⁴ KELSEN, *Sociedad*, p. 79.

⁸⁹⁵ KELSEN, *Sociedad*, p. 96.

⁸⁹⁶ KELSEN, *Sociedad*, p. 287; para a causalidade mágica, cf. também o item 6.2.1.

operava na base da correlação bilateral de conhecimentos, alcançava a idéia de exemplos paradigmáticos, mas não formulava visão panorâmica dos eventos, nem os explicava por intermédio de leis gerais. A imagem dos fenômenos continua impregnada de concepções míticas e não ocorre a separação precisa entre sujeito e objeto⁸⁹⁷. A causalidade também permanece num estágio intermédio entre a fase anterior e a concepção científica helênica.

O iluminismo da Era do Eixo provoca, em alguns pontos, o colapso dessa mentalidade⁸⁹⁸. Sobrevêm as grandes mudanças. Os mitos, destinados muito mais a justificar do que a explicar a ordem social baseada na retribuição cega⁸⁹⁹, são postos em dúvida, na Grécia e na Palestina, entre outros lugares.

O deus judaico supostamente passou a atuar na história, segundo categorias causais. O criador mítico, o recortador de silhuetas australiano, o modelador e construtor maia e o forjador de Bornéu⁹⁰⁰ cedem lugar, na Palestina, ao Deus extraposto⁹⁰¹, que atua por meio da interferência racional nos eventos. O Deus judaico da Era do Eixo abandona a velha forma de agir do Gênesis: faça-se a luz e a luz se fez. A divindade não evaporou os dominadores babilônios, tal como havia criado o mundo. Teria instigado o Império Persa à conquista historicamente documentada da Babilônia. A libertação judaica teria acontecido numa cadeia de eventos racionais, ao menos do ponto de vista exterior. A deportação terminou com a derrota militar dos dominadores.

⁸⁹⁷ Cf. os itens 6.3.3e 6.3.4 e as notas 227 a 236.

⁸⁹⁸ Cf. o item 6.2.1.2.

⁸⁹⁹ KELSEN, *Sociedad*, p. 191.

⁹⁰⁰ KELSEN, *Sociedad*, p. 68.

⁹⁰¹ Cf. o item 6.2.10.5.

. . . – *A causalidade grega*

A evolução da causalidade grega iniciou-se de forma similar. A explicação da natureza a partir da retribuição social também prevaleceu nos primórdios do pensamento grego. O animismo transformou-se em panteísmo e, daí, em politeísmo⁹⁰². TALES DE MILETO refletiu o princípio monárquico na natureza, ao afirmar que a água comandaria tudo⁹⁰³; ANAXIMANDRO substituiu o protagonista pelo infinito⁹⁰⁴, sucedido pelo ar, na teoria de ANAXÍMENES⁹⁰⁵. A observação de KELSEN orienta-se no mesmo sentido da de JAEGER: ANAXIMANDRO transpõe a justiça social da *polis* para a natureza e “explica a conexão causal da geração e corrupção das coisas como contenda jurídica, em que, por sentença do tempo, elas terão de expiar e pagar indenização conforme as injustiças que cometeram”⁹⁰⁶.

O ser humano teria iniciado grande refinamento da “interpretação social da natureza”, consistente na transformação do princípio explícito da retribuição em causalidade, a partir da filosofia de HERÁCLITO (cerca de 570–470 a. C.)⁹⁰⁷. HERÁCLITO abandonaria a idéia de justiça ou injustiça nas coisas inanimadas⁹⁰⁸. As conseqüências já não mais seriam respostas de espíritos ocultos na natureza, mas decorreriam de imperativos divinos. Registra-se aí um grande passo em direção à causalidade, pois as conseqüências deixam de ser respostas retributivas dos onipresentes espíritos ocultos da natureza e passam a decorrer de ordens divinas regulares e invioláveis. “A natureza ama esconder-se”, disse o filósofo, mostrando a idéia de características fixas atrás dos fenômenos⁹⁰⁹. Donde a

⁹⁰² Cf. a nota 122.

⁹⁰³ KELSEN, *Sociedad*, p. 357.

⁹⁰⁴ KELSEN, *Sociedad*, p. 358-359.

⁹⁰⁵ KELSEN, *Sociedad*, p. 359.

⁹⁰⁶ JAEGER, *Paidéia*, p. 98.

⁹⁰⁷ KELSEN, *Sociedad*, p. 363.

⁹⁰⁸ KELSEN, *Sociedad*, p. 363-364.

⁹⁰⁹ Cf. a nota 883.

principal tese de KELSEN na obra citada: a causalidade é aplicação do princípio social da retribuição à natureza. HERÁCLITO conceberia o mundo como o equilíbrio entre contrários, responsável pela evolução do universo. Rejeitaria, por isso, o ponto de vista de ANAXIMANDRO, para quem a “injusta” preponderância de um dos termos opostos moveria o cosmos⁹¹⁰. HERÁCLITO defenderia a alternância de ciclos de predomínio dos contrários, segundo regras fixas sob o império do *logos*. Daí por que a “injustiça” teria desaparecido de seu pensamento natural. A existência de coisas diferenciadas proviria do equilíbrio resultante da luta entre os contrários⁹¹¹. Tal luta permitiria a unidade física dos contrários, embora impedisse sua reunião lógica⁹¹². As transformações do mundo e o equilíbrio entre os contrários conciliar-se-iam, pois “essa luta dos contrários respeita certas regras, das quais a primeira é que eles se substituem em igual medida”⁹¹³; o crescimento da *secura* equivaleria à regressão da *umidade*. PICHOT esclarece:

“subjacente a toda essa concepção do mundo encontra-se uma noção de medida ou de harmonia, noção que é conotada pela de inteligência [...]. Isso se reencontra no *Logos*. Esse *Logos* parece, simultaneamente, uma harmonia e uma inteligência que domina o mundo e as transformações; mas, ao mesmo tempo, é aquilo que permite ao homem conhecer esse mundo e essas transformações. Esse *Logos* é a harmonia invisível superior à visível [...] e que rege todas as coisas. Assim, é a primeira vez que se formula a idéia de que uma harmonia ‘invisível’ governa o mundo e suas transformações”⁹¹⁴.

⁹¹⁰ PICHOT, *Science*, vol. 2, p. 113.

⁹¹¹ PICHOT, *Science*, vol. 2, p. 115.

⁹¹² PICHOT, *Science*, vol. 2, p. 116.

⁹¹³ PICHOT, *Science*, vol. 2, p. 117: “cette lutte des contraires respecte certaines règles, dont la première est qu’ils se remplacent mesure pour mesure”.

⁹¹⁴ PICHOT, *Science*, vol. 2, p. 119-120: “sous-jacente à toute cette conception du monde se trouve une notion de mesure ou d’harmonie, notion qui est connotée par celle d’intelligence [...]. Ce qui retrouve dans le *Logos*. Ce *Logos* semble être à la fois une harmonie et une intelligence qui domine le monde et le devenir; mais c’est en même temps ce qui permet à l’homme de connaître ce monde et ce devenir. Ce

Para HERÁCLITO, “a sabedoria é una: conhecer o pensamento que dirige tudo por meio de tudo”⁹¹⁵. Daí afirmar KOSTAS AXELOS ser o “*logos*” o liame que mantém o universo; algo necessariamente uno. A dialética heraclitiana é trágica, porque o mundo não teria outra justificação senão ele mesmo”⁹¹⁶. KELSEN e PICHOT colocam a obra do filósofo de Éfeso a meio caminho entre os velhos mitos e a causalidade racional⁹¹⁷. O autor francês acentua a circunstância de o universo ser regido pelo *logos*, o princípio racional acessível ao homem⁹¹⁸, enquanto o jurista destaca a construção ainda com apego ao princípio da retribuição social mitigada⁹¹⁹. Ao ver de KELSEN, interpretação social da natureza estaria no modo como pensadas a necessidade e a regularidade do *logos*, na espécie da lei da causalidade: HERÁCLITO ponderou que “o Sol não ultrapassará suas medidas, [isto é, o caminho que lhe foi prescrito]; se o fizer, as Erínias, as assistentes da Justiça [Dike], o alcançarão”⁹²⁰. KELSEN, por isso, sublinhou:

“a significação que o fragmento de HERÁCLITO possui para a história do pensamento científico radica no fato de que a inviolabilidade

Logos, c’est l’harmonie invisible qui est supérieure à l’harmonie visible [...] et qui régit toutes choses. C’est la première fois qu’est ainsi formulée l’idée qu’une harmonie ‘invisible’ gouverne le monde et ses transformations”.

⁹¹⁵ Fragmento D. 41, *apud* AXELOS, *Héraclite*, p. 61: “car la sagesse est une: connaître la pensée qui dirige tout à travers tout”.

⁹¹⁶ AXELOS, *Héraclite*, p. 79: “le logos est le lien qui maintient l’univers, nécessairement un. La dialectique héraclite est tragique, parce que le monde n’a d’autre justification que lui-même”. Note-se a similaridade da formulação do conceito de trágico em HERÁCLITO, segundo AXELOS, e a extraposição ética trágica de FIKENTSCHER – cf. o item 6.2.10.4.

⁹¹⁷ PICHOT, *Science*, vol. 2, p. 122, assevera que o pensamento de HERÁCLITO seria uma interpretação dos mitos à luz das teorias fisiológicas da Escola de Mileto, de PITÁGORAS e de XENÓFANES.

⁹¹⁸ Nesse ponto, conta com o apoio de AXELOS, *Héraclite*, p. 59, que identifica o *logos* à razão una, universal, unificadora e, não, à *ratio* que nos faz compreender algo.

⁹¹⁹ KELSEN, *Sociedad*, p. 364.

⁹²⁰ KELSEN, *Sociedad*, p. 365-366.

de da lei de causalidade pela qual o sol segue seu caminho é a compulsão da deusa Justiça [Diké] – uma obrigação normativa. A inviolabilidade da lei universal não consiste no fato de que se a observe sempre [...]. Consiste muito mais no fato de que a violação da lei é castigada sempre e sem exceção”⁹²¹.

O universo seria racional, porque regido por leis semelhantes às regentes da vida social grega⁹²². A etimologia da palavra *causa* também abona essa conclusão. *Causa*, no sentido de fato gerador de outro, remonta à acepção forense de ação judicial destinada a recompor atos ilícitos. Aliás, falamos até hoje que alguém possui causa em tribunal. A imputação de responsabilidade à ação humana provocadora de efeito danoso ocorreria até na causalidade natural⁹²³. FERRATER MORA e LALANDE afirmam que o equivalente grego de *causa* significava primeiramente “acusação, imputação”⁹²⁴, em apoio à conclusão de KELSEN: “a inviolabilidade da lei causal, tão discutida na moderna ciência natural [...], originou-se na inviolabilidade que o mito e a filosofia da natureza dele proveniente atribuíram ao princípio da retribuição como substância de uma vontade divina e, assim, absolutamente obrigatória”⁹²⁵.

Esses primórdios da teoria da causalidade receberam muitas outras contribuições do pensamento grego, que ora não podem ser acompanhadas. Põe-se um ponto final nesta modesta incursão com um sumário das noções aristotélicas de causa, que ainda influenciam a proporcionalidade. Claro que se tem aí a arbitrariedade de todos os cortes epistemológicos.

ARISTÓTELES afirmou que os vários sentidos da palavra *causa* teriam em comum a característica de “ser o primeiro ponto a partir do qual

⁹²¹ KELSEN, *Sociedad*, p. 366.

⁹²² Cf. o item 11.2, para a decisão do conteúdo do direito na sociedade grega.

⁹²³ NAGEL, *Explanation*, p. 17.

⁹²⁴ Respectivamente, verbetes “causa”, FERRATER MORA, *Diccionario*, p. 270, e “cause”, LALANDE, *Vocabulaire*, p. 127 e segs

⁹²⁵ KELSEN, *Sociedad*, p. 366.

uma coisa é, se torna ou se conhece”⁹²⁶. Por isso, “tudo o que surge, surge pela ação de algo, advém de algo e se torna algo”⁹²⁷. ARISTÓTELES declinou quatro espécies de causa⁹²⁸. A causa material é “aquilo de que, como material imanente, algo surge”, como o bronze em relação à estátua⁹²⁹. A causa formal seria “a definição da essência, [...] e as classes que a incluem e as partes incluídas na definição”⁹³⁰. A causa eficiente se define como “aquela da qual a mudança ou a permanência primeiramente se inicia”⁹³¹. A causa final seria o “fim, isto é, aquilo em prol de que algo é. [...]. O mesmo é verdadeiro para todos os meios intervenientes antes do fim, quando algo pôs o processo em marcha, como, por exemplo, purgação, medicamentos ou instrumentos que intervêm antes de alcançada a cura”⁹³².

Ora, a proporcionalidade opera, ainda hoje, em base aristotélica adaptada dos conceitos de causa. Mais precisamente, associa a causa eficiente à causa final ou, se se preferir, combina a causalidade com a teleologia⁹³³. No interior da proporcionalidade, registra-se transição gradual

⁹²⁶ ARISTÓTELES, *Metaphysics*, 1013 a, p. 533: “It is common, then, to all beginnings to be the first point from which a thing either is or comes to be or is known”.

⁹²⁷ ARISTÓTELES, *Metaphysics*, 1013 a, p. 533: “Now everything that comes to be comes to be by the agency of something and from something and comes to be something”.

⁹²⁸ Sua denominação se deve à Escolástica – cf. LALANDE, *Dictionnaire*, p. 128.

⁹²⁹ ARISTÓTELES, *Metaphysics*, 1013 a, p. 533: “cause means that from which, as immanent material, a thing comes to be”.

⁹³⁰ ARISTÓTELES, *Metaphysics*, 1013 a, p. 533: “the form or pattern, i. e., the definition of the essence, and the classes which include in the definition”.

⁹³¹ ARISTÓTELES, *Metaphysics*, 1013 a, p. 533: “That from which the change or the resting from change first begins”.

⁹³² ARISTÓTELES, *Metaphysics*, 1013 a, p. 533: “the end, i. e, that for the sake of which a thing is. [...]. The same is thruth of all the means that intervene before the end, when something else has put the process in motion, as e. g. thinning or purging or drugs or instruments intervene before health is reached”.

⁹³³ REGENBOGEN e MEYER, *Wörterbuch*, p. 658: “assinala-se com essa expressão [teleologia] a teoria introduzida por ARISTÓTELES na filosofia da causa final (... *causa finalis*) ou fim último, em contraposição à causa eficiente (... *causa efficiens*) ou à causalidade” (“Mit diesem Ausdruck [Teleologie] wird die durch ARISTOTELES in die

da causa eficiente rumo à causa final. Num primeiro momento, verifica-se de atendida a adequação, isto é, se determinada causa eficiente produz certo efeito. Prepondera aí a causalidade, ainda que da espécie estatística⁹³⁴, mas não se pode esquecer que a eleição da finalidade a ser atingida já pertence ao campo da teleologia⁹³⁵, das opções etológicas. A segunda etapa da proporcionalidade, a necessidade, já mescla a causalidade com a teleologia, na medida em que se enfatiza a obrigação de escolha da causa eficiente menos agressiva a direitos apta a produzir, em tese, determinada consequência. A terceira e última fase, a proporcionalidade em sentido estrito, já deixa para trás de si a causalidade, para indagar da valia de se usar certo meio restritivo de direitos para obter um fim socialmente útil. Já não se trata de saber se determinado meio produz o fim nem se é o menos restritivo, mas de se sopesarem se as restrições advindas do meio escolhido excedem a utilidade resultante de seu emprego. A transição pode ser expressa em termos aristotélicos adaptados⁹³⁶. O primeiro passo consiste em saber se determinada atividade é causa eficiente de certo efeito. A resposta afirmativa a essa pergunta provoca a comparação teleológica de eventuais causas eficientes com o objetivo de se descobrir a menos lesiva delas capaz de atingir o fim desejado. Transforma-se, por fim, essa causa eficiente em causa final e se

Philosophie eingeführte Lehre von der Endursache oder dem Endzweck (... *causa finalis*) im Unterschied von der Anfangsursache (... *causa efficiens*) oder der Kausalität").

⁹³⁴ Pense-se, por exemplo, na frequência estatística com que certo aparelho de segurança diminui o número de acidentes de automóvel.

⁹³⁵ Nesse sentido a arguta observação de LUHMANN, transcrita na nota .

⁹³⁶ A adaptação parece consistir na libertação da causa final da noção de entelêquia, isto é, de uma propriedade objetiva da natureza, para se transformar em KANT, num agir subjetivo a partir da intenção – cf. REGENBOGEN e MEYER, *Wörterbuch*, p. 754. A segunda adaptação tem que ver com o banimento da teleologia das ciências naturais focadas nas causas eficientes após DESCARTES – cf. REGENBOGEN e MEYER, *Wörterbuch*, p. 404 e 754. As propriedades físico-químicas explicam o processo causal mesmo nos organismos, dispensando a idéia de desenvolvimento de fim predeterminado. Cf., ainda, GADAMER, *Wahrheit*, p. 463-465, para ressalvas à objetividade cartesiana, a partir da estética e da história.

ponderam seus bônus e ônus com os da finalidade a ser obtida. O trânsito da causalidade para a teleologia implica sair do campo da lógica para o da relatividade das convenções culturais⁹³⁷. E isso quase sempre passa despercebido no discurso jurídico, muitas vezes em decorrência do empréstimo de nomenclatura e da aparência de mero transplante do método das ciências causais.

Apesar de factível, seria espantoso que um esquema teleológico tal qual a proporcionalidade estivesse a serviço de qualquer propósito, pois ele também é conteúdo, além de forma⁹³⁸. A hipótese mais plausível,

⁹³⁷ GADAMER, *Wahrheit*, p. 463: “O pensamento mais antigo leva isso [a suposta relação metafísica entre o ser e a alma] em consideração, ao dar uma função ontológica universal ao pensamento teleológico. Na relação teleológica, a mediação pela qual algo é provocado não se mostra casualmente adequada à obtenção do fim, mas é de antemão escolhida e concebida como meio finalisticamente idôneo. A imputação do meio ao fim é, pois, algo prévio. Nós a chamamos de idoneidade teleológica, e sabidamente não apenas a ação humana racional é idônea dessa maneira, mas mesmo onde não se fala no estabelecimento de fins e na escolha de meios, como em todas as relações humanas, também ali somente se pode pensar com a idéia da idoneidade teleológica, como a congruência recíproca de todas as partes. Também aqui a relação do todo é anterior à das partes”. (“Das ältere Denken hat dem durch die universelle ontologische Funktion Rechnung getragen, die es dem Gedanken der Teleologie gab. Im Zweckverhältnis ist es ja so, daß die Vermittlung, durch die etwas erwirkt wird, sich nicht zufällig als zur Erreichung des Zwecks geeignet erweisen, sondern sie werden von vornherein als zweckentsprechende Mittel gewählt und ergriffen. Die Zuordnung der Mittel zum Zweck ist also eine vorgängige. Wir nennen sie die Zweckmäßigkeit, und bekanntlich ist nicht nur das vernünftige menschliche Handeln in dieser Weise zweckmäßig, sondern auch wo von Setzen von Zwecken und Wählen von Mitteln keine Rede ist, wie in allen Lebensverhältnissen, gilt, daß sie nur unter der Idee der Zweckmäßigkeit gedacht werden können, als das wechselseitig Zusammenstimmen aller Teile miteinander. Auch hier ist das Verhältnis des Ganzen ursprünglicher als die Teile”). O quanto vai de convenção nisso já se prova pela existência de culturas estruturadas, que insistem nas relações entre o todo e as partes, e das fragmentadas, alheias a esse aspecto. A sobre-soma – o todo é mais do que a soma das partes – não é categoria universal. Sobre a subjetividade da teleologia, cf. GADAMER, *Wahrheit*, p. 463, nota 98: “a crítica de KANT à capacidade para juízos teleológicos permite a existência dessa necessidade subjetiva, isto é, da relação de congruência entre as partes (“Auch KANTS Kritik der teleologischen Urteilskraft läßt bekanntlich diese subjektive Notwendigkeit durchaus bestehen”).

⁹³⁸ Cf. a nota 1054.

portanto, afirma a existencia na proporcionalidade de uma causa final de conteúdo razoavelmente delimitável, por oposição à completa indeterminação de fins característica dos regimes arbitrários. De fato, seria curioso que relação de cunho tão racionalista fosse idealizado para culturas onde, por exemplo, a vontade do príncipe tenha força de lei incontrastável. O tópico seguinte dedica-se a isso.

11.2 – A segunda fonte: a “vinculação teleológica do direito”

WIEACKER afirma que “a mais poderosa raiz da proporcionalidade atual”⁹³⁹ estaria na “vinculação teleológica do direito”⁹⁴⁰. O autor assim pormenoriza a idéia: “uma fonte última e não mais abrangida por uma idéia de justiça específica da máxima [da proporcionalidade] é a concepção de que o direito deve ser *útil*, que deve servir a fins humanos, sejam eles do indivíduo, sejam da sociedade (o ‘bem comum’)”⁹⁴¹.

A indicação dessa fonte por WIEACKER é de total pertinência, pois a relação entre meio e fim expressa na proporcionalidade⁹⁴² somente faz sentido, acaso se estabeleça de antemão a finalidade a alcançar. Um fim mutável segundo o gosto do titular do poder é sinepeicamente avesso ao controle dos meios empregados para obtê-lo⁹⁴³. Muitos são os méritos desse trabalho de WIEACKER, a começar pela indicação de fonte da proporcionalidade nunca antes cogitada pelos estudiosos do tema. A-

⁹³⁹ WIEACKER, *Wurzeln*, p. 878: “... die mächtigste Wurzel des heutigen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz...”.

⁹⁴⁰ WIEACKER, *Wurzeln*, p. 878: “Zielbestimmung des Rechts”, literalmente “determinação finalística do direito”, possibilidade de tradução que, a meu ver, não tem nenhum apreço pela naturalidade lingüística do Português falado no Brasil.

⁹⁴¹ WIEACKER, *Wurzeln*, p. 878: “Eine letzte und nun von einer spezifischen Gerechtigkeitsidee nicht mehr umfaßte Quelle der Maxime ist vielmehr die Vorstellung, daß Recht *nützlich* sein müsse, daß es menschlichen Zwecken, sei es solchen der Individuen oder der Gesellschaft (dem ‘Gemeinwohl’), zu dienen habe”.

⁹⁴² Cf. a nota 13.

⁹⁴³ Cf. o item 11.2.5.

crescente-se a isso o fato de essa origem ter sido extraída de massa quase inabarcável de dados da história do direito ocidental, ao invés de colhê-la pronta em tópico do pensamento de certo filósofo ou historiador⁹⁴⁴. Também se mostra digna de nota a vinculação teleológica do direito até o Ocidente atual. Por fim, cabe o registro da impossibilidade do pensamento do equilíbrio entre meio e fim, onde anteriormente não se assentou o objetivo a perseguir.

A vinculação teleológica do direito pressupõe a noção cultural de que a ordem jurídica justa seja o instrumento de organização da sociedade. Isso equivale a dizer que o direito não é entendido como instrumento de dominação, utilizado pelo mando para cancelar o mando pessoal ou fundado em tradições acima de contestação. A discussão dos critérios jurídicos é o meio de estabelecer o conteúdo do direito, que recusa a mera recepção automática de valores de outros campos, como o teológico. A proporcionalidade é antecedida pela idéia de que o direito possui limitações finalísticas. A vinculação teleológica, por sua vez, pressupõe o direito como o método para se promover a estruturação social em sentido estrito. Não se pensa aqui em qualquer direito positivo, mas nos ordenamentos jurídicos referidos a um ideal de justiça pesquisado dialogicamente, isto é, insuscetível de imposição unilateral pelos titulares dos fatores de poder. A proporcionalidade depende de ética extraposta, cujo conteúdo se estabelece com o auxílio da razão discursiva, o *logos*, por cidadãos livres, mas comprometidos com o todo social, em evidente manifestação do princípio da sobre-soma.

Todas essas condições foram criadas e reunidas pelo pensamento grego antigo. “A supremacia do pensamento teleológico moderno”, nota WIEACKER, “não deveria fazer esquecer que a determinação do útil, como o fim do direito, era um conteúdo consolidado das teorias

⁹⁴⁴ Cf. a nota 877.

jurídicas gregas (e não se limitou seguramente ao relativismo naturalístico da sofística, como em PROTÁGORAS)”⁹⁴⁵.

Apenas a noção mais geral do direito justo como o modo de se organizar a sociedade permitirá, no passo seguinte, postular-se a vinculação teleológica do direito, como fonte da proporcionalidade⁹⁴⁶.

. . . – *As colônias gregas na origem da nova concepção de direito*

A origem da definição do direito como em tudo diverso dos instrumentos de dominação remonta às cidades gregas da Ásia Menor, segundo WERNER JAEGER⁹⁴⁷. A fundação de cidades nas colônias do Mar Egeu recolocou em causa as questões de como organizar a sociedade e nelas não se admitiu a repetição das tradições da Grécia continental⁹⁴⁸. Evitaram-se ali as soluções postas em xeque pela Era Axial⁹⁴⁹. As colônias helênicas não puderam repetir o modelo agrário de organização social de suas metrópoles, porque confinadas ao litoral da Ásia Menor pela pressão dos inimigos. Essa circunstância forçou os jônios a abandonar o sedentarismo agro-pastoril e a se lançar ao comércio marítimo. Ulisses, o protótipo do herói jônico, ostentaria muito mais as características da móvel, astuta e bem-sucedida classe comercial, do que as virtudes guerreiras da nobreza. O alargamento de horizontes – a obtenção de

⁹⁴⁵ WIEACKER, *Wurzeln*, p. 878: “Aber diese Übermacht des modernen Zweckdenkens sollte nicht vergessen lassen, daß die Bestimmung des Nützlichen [...] als Ziel des Rechts bereits zum festen Bestand der griechischen Rechtstheorien gehörte (und sich dabei keineswegs auf den naturalistischen Relativismus der Sophistik, etwa des PROTÁGORAS, beschränkte)”.

⁹⁴⁶ Cf. o item II.2.4.

⁹⁴⁷ JAEGER, *Paidéia*, p. 89-91.

⁹⁴⁸ BÖCKENFÖRDE, *Geschichte*, p. 25.

⁹⁴⁹ Cf. BÖCKENFÖRDE, *Geschichte*, p. 25, também a respeito da fundação das colônias como fator de “iluminismo”, sem menção, contudo, à Era do Eixo de JASPERS.

perspectiva – está, de novo, associado à estruturação da sociedade⁹⁵⁰. “Vivacidade, liberdade e largueza de visão e iniciativa pessoal são as características dominantes do novo tipo humano que ali nasceu”⁹⁵¹. Uma nova atitude frente à vida surgiu. “O espírito de crítica independente [...] penetrou também, por certo, na vida pública”, sobretudo porque a exaltação da justiça como fundamento da sociedade estava presente na Jônia desde os tempos primitivos até HERÁCLITO⁹⁵². “Esta elevada estima pelo direito, por parte dos poetas e dos filósofos”, nota JAEGER, “não precede a realidade, como se poderia pensar. Pelo contrário, é apenas o reflexo da importância fundamental que aqueles progressos deviam ter na vida pública daqueles tempos, isto é, desde o séc. VIII até o início do séc. VI a. C.”⁹⁵³. Reuniram-se, então, as condições para o início da luta dos cidadãos livres contra os privilégios e a arbitrariedade dos nobres, até então oligopolistas da criação do direito⁹⁵⁴.

A temática de HESÍODO, cujo pai adveio das colônias da Ásia Menor⁹⁵⁵, mostra que as questões jônicas sobre a organização da *polis* ecoaram na Grécia continental. Sua mais importante obra tem como pano de fundo os embates entre a velha aristocracia e as demais pessoas, “em consequência do enriquecimento de cidadãos alheios à nobreza”, que “gerou facilmente o abuso do poder político da magistratura e levou o povo a exigir leis escritas”⁹⁵⁶. “As censuras de HESÍODO contra os senhores venais, que na sua função judicial atropelam o direito, eram o antecedente necessário dessa reclamação universal” dos cidadãos livres contra os nobres⁹⁵⁷. Os poemas cantados por HESÍODO, no final do século

⁹⁵⁰ Cf. a nota 587 e segs

⁹⁵¹ JAEGER, *Paidéia*, p. 91.

⁹⁵² JAEGER, *Paidéia*, p. 91.

⁹⁵³ JAEGER, *Paidéia*, p. 91.

⁹⁵⁴ A Jônia assiste ao “início da filosofia”, desse “novo espírito, do *logos* liberto do mito” – cf. WOLF, *Maß*, p. 451.

⁹⁵⁵ MARTIN SANCHEZ, *Introducción*, p. 7.

⁹⁵⁶ JAEGER, *Paidéia*, p. 91.

⁹⁵⁷ JAEGER, *Paidéia*, p. 91.

VIII a. C. ou no início da centúria seguinte, adotavam o ponto de vista do estrato social oprimido pela classe retratada por HOMERO, o bardo da nobreza⁹⁵⁸. Por isso, sua obra professa “mais apaixonada e fortemente [...] uma crença na justiça divina”⁹⁵⁹. A parcialidade venal da magistratura na decisão de contenda sucessória travada por HESÍODO contra seu irmão, PERSES, moveu o poeta a cantar o ideal de justiça em *Os Trabalhos e os Dias*. HESÍODO, camponês economicamente fragilizado, opunha-se à “lei do mais forte”:

“Tu, ó PERSES, lança isto em teu peito:
A Justiça escuta e o Excesso esquece de vez!
Pois esta lei [*nomos*] aos homens o [Zeus] Cronida dispôs:
Que peixes, animais e pássaros que voam
Devorem-se entre si, pois entre eles Justiça não há;
Aos homens deu Justiça que é de longe o bem maior...”⁹⁶⁰.

Fala-se, pela primeira vez, em *nomos*, isto é, numa ordem, regularidade, que rege tanto os homens quanto os animais⁹⁶¹. Zeus deu aos homens Dike, a justiça, ao passo que abandonou os animais a sua própria sorte. A lei humana difere e se opõe à do mais forte vigente entre os animais, e significava, no contexto de então, oposição à hegemonia dos nobres. A imagem do direito já não é mais associada, como em HOMERO, a Themis, noiva de Zeus, mas à de sua filha, Dike, que trouxe o direito do Olimpo e luta contra três adversárias: Eris, a discórdia visando à degradação; Bia, a violência, e Hybris, o orgulho, em geral acompanhado da desproporção⁹⁶². A concepção grega de direito já o apartava dos instrumentos de dominação. O direito extraposto vinculava-se à finalidade insuscetível de manipulação até pelos titulares de poder.

⁹⁵⁸ KELSEN, *Sociedad*, p. 302.

⁹⁵⁹ KELSEN, *Sociedad*, p. 302.

⁹⁶⁰ HESÍODO, *Trabalhos*, versos 274-279.

⁹⁶¹ BÖCKENFÖRDE, *Geschichte*, p. 35.

⁹⁶² BÖCKENFÖRDE, *Geschichte*, p. 34.

O excesso – o desproporcional – desde então era assimilado ao injusto, ao contrário do direito, como se lê em HESÍODO:

“Tu, PERSES, escuta a Justiça e o Excesso não amplies!
 O Excesso é mal ao homem fraco e nem o poderoso
 Facilmente pode sustentá-lo e sob seu peso desmorona
 Quando em desgraça cai; a rota a seguir pelo outro lado
 Quando se chega ao final: o néscio aprende sofrendo
 Bem rápido corre o Juramento por tortas sentenças
 E o clamor de Justiça, arrastada por onde a levam os homens
 Comedores-de-presentes e por todas as sentenças tortas as vêem!”⁹⁶³.

A estruturação cultural grega começava a substituir a concepção jurídica fragmentada. Normas dotadas de coercibilidade, livres quanto aos fins e, portanto, à disposição do detentor do poder são confrontadas com a idéia de direito, composta de normas isonômicas, avessas ao “excesso” e inspiradas na justiça.

Essa alteração de atitude perante a vida deixou marcas na língua grega. Após HESÍODO, o antigo vocábulo *themis*, direito mas também freqüentemente “lei autoritária”, passa a ser desafiado pela palavra *dike*, justiça, especialmente a concretizada⁹⁶⁴. JAEGER afirma a obscuridade da etimologia da palavra *dike*, embora relacionada ao vocabulário processual, na medida em que o culpado daria *dike*, o lesado a receberia e o juiz a repartiria⁹⁶⁵. “Assim, o significado fundamental de *dike* equivale aproximadamente a dar a cada um o que é seu”⁹⁶⁶. O alto significado da palavra não evolui do jargão processual, mas do “elemento normativo que se encontra no fundo daquelas antigas formas jurídicas conhecidas de todo mundo”, a significar “que há deveres para cada um e que cada um [os] pode exigir”⁹⁶⁷. JAEGER anota que essa nova palavra de ordem já contava com o peso ético do velho princípio da retribuição social –

⁹⁶³ HESÍODO, *Trabalhos*, versos 213-221.

⁹⁶⁴ JAEGER, *Paidéia*, p. 91 e 92.

⁹⁶⁵ JAEGER, *Paidéia*, p. 92.

⁹⁶⁶ JAEGER, *Paidéia*, p. 92.

⁹⁶⁷ JAEGER, *Paidéia*, p. 92.

“pagar igual com igual, devolver exatamente o que recebeu e dar compensação equivalente ao prejuízo causado”⁹⁶⁸.

O ideal de justiça cantado por HESÍODO impôs-se afinal. “O coro dos poetas continentais é unísono a partir de HESÍODO. E entre todos distingue-se a voz de SÓLON”⁹⁶⁹.

. . . – *Sólon pensa o novo direito da polis*

SÓLON encarnou o novo ideal do direito como a base sobre a qual se estrutura a sociedade. Talvez aí esteja o motivo de ter sido ele o primeiro ateniense, cuja “imagem era provida de verdade histórica”⁹⁷⁰. O processo de transformação da sociedade agrária em urbana, de implementação do novo modelo de direito e a passagem da fragmentação para a estruturação cultural nele encontra sua expressão humana. Daí sua importância na formulação do pressuposto elementar da proporcionalidade, qual seja, o direito referido a ideal de justiça extrapolado e dialogicamente cognoscível⁹⁷¹, como o instrumento para se organizar a sociedade.

SÓLON, que viveu entre 634 e 560 a. C.⁹⁷², compreendeu as necessidades impostas ao direito pelo novo perfil da sociedade grega⁹⁷³. A formulação lógica do direito como medida tem nele seu primeiro autor. SÓLON, à semelhança dos demais seis primeiros sábios da Grécia, conciliou “vida teórica” e “prática”, pois se dedicou ao comércio marítimo, sobretudo para adquirir conhecimentos em viagens⁹⁷⁴. Visitou, assim, as

⁹⁶⁸ JAEGER, *Paidéia*, p. 92.

⁹⁶⁹ JAEGER, *Paidéia*, p. 91.

⁹⁷⁰ WOLF, *Maß*, p. 449.

⁹⁷¹ Cf. as notas 858 a 861.

⁹⁷² ARISTÓTELES, *Politeia*, Atenas, V, I, *apud* WOLF, *Rechtsdenken*, vol. I, p. 189.

⁹⁷³ WOLF, *Maß*, p. 450.

⁹⁷⁴ WOLF, *Maß*, p. 451.

colônias gregas da Ásia Menor, onde conheceu a poesia e a filosofia jônicas⁹⁷⁵, e o Egito, cujas instituições comparou com as de sua terra natal, em diálogo com sacerdotes⁹⁷⁶. Sua origem nobre não o fez um representante do pensamento grego arcaico retratado em HOMERO⁹⁷⁷. Sua visão da rápida transformação da sociedade agrária ateniense em economia cidadina, monetária e baseada no comércio guiou-lhe a intervenção na vida pública⁹⁷⁸. Tinha por objetivo permitir o convívio das disparidades entre a nova classe rica de comerciantes e a antiga elite rural no conjunto da *polis*, sob o império do direito⁹⁷⁹. A delegação pela comunidade de poderes ditatoriais, por tempo limitado, permitiu-lhe adotar medidas de integração de nobres e cidadãos livres num todo orgânico, nem por isso isento de contradições típicas do multidirecionalismo das relações humanas nas culturas estruturadas⁹⁸⁰. Contam-se entre suas medidas a abolição da escravatura por dívidas; a repatriação à custa do tesouro público dos atenienses vendidos como escravos no exterior; a limitação do tamanho das propriedades rurais, como segurança para as de pequeno e médio portes; suprimento hídrico para pequenos produtores; incentivo à participação de todos nos cultos; regulação do comércio exterior; reforma da moeda e substituição da vingança privada pela ação popular⁹⁸¹. Todas as providências compunham plano de substituir os velhos ideais, evidenciado na reforma da legislação de DRÁCON ainda inspirada nos valores do período social superado⁹⁸².

O fundamento teórico dessa empreitada era a filosofia jônica, que afastou o mito em favor do *logos*⁹⁸³. O lema de SÓLON era “nada em

⁹⁷⁵ Cf. a nota 954.

⁹⁷⁶ WOLF, *Maß*, p. 451.

⁹⁷⁷ WOLF, *Maß*, p. 450.

⁹⁷⁸ WOLF, *Maß*, p. 450.

⁹⁷⁹ WOLF, *Maß*, p. 450, e BÖCKENFÖRDE, *Geschichte*, p. 37.

⁹⁸⁰ Cf. as notas 357, 374 e 388.

⁹⁸¹ WOLF, *Maß*, p. 452.

⁹⁸² WOLF, *Maß*, p. 452.

⁹⁸³ WOLF, *Maß*, p. 451.

demasia”⁹⁸⁴. WOLF esclarece esse princípio: “nenhum ser humano pode ser mais do que corresponde a sua essência”, isto é, “cada um deve ser o que é, mas não muito, não em demasia, para que ninguém se perca em si mesmo; o ser humano nunca deve se esquecer da relação com seu próximo”⁹⁸⁵. Um enunciado claro contra a fragmentação. A máxima condenatória do excesso desdobra-se em dois postulados básicos. “Um deles é condensado na idéia da *medida*, na manutenção do meio justo entre as pretensões e exigências extremas do desejo de auto-afirmação. A outra se segue daí e exige de cada um que ‘faça sua parte’ e, assim, dê ou permita ao outro a sua; isso é a essência da justiça”⁹⁸⁶. LARENZ proclamaria no século XX: “indubitavelmente nós conectamos a justiça às idéias de ‘moderação’, de ‘medida correta’, no sentido do ponderado”⁹⁸⁷.

SÓLON, emblematicamente, não mais denomina a justiça de Themis, mas de Dike, em terminologia herdada de HESÍODO⁹⁸⁸. Dike possuiria três sentidos. O mais direto deles significaria veredicto imposto de acordo com desejo jurídico divino, e não segundo norma positiva qualquer⁹⁸⁹. Numa segunda acepção, seria a deusa sentada ao lado de Zeus Crônida a julgar atos humanos, nesta dimensão, e não no além⁹⁹⁰. “Dike

⁹⁸⁴ WOLF, *Maß*, p. 453.

⁹⁸⁵ WOLF, *Maß*, p. 453: “Kein Mensch kann mehr sein, als er seinem Wesen nach ist. [...]. Noch deutlicher: jeder soll zwar so sein wie er ist, aber nicht zu sehr, nicht allzu sehr, damit keiner an sich selbst verliere; der Mensch darf die Beziehung zu seinem Nächsten nie vergessen”.

⁹⁸⁶ WOLF, *Maß*, p. 453-454: “Die eine ist gefaßt im Gedanken des Maßes, dem Einhalten der rechten Mitte zwischen den extremen Ansprüche und Forderungen des menschlichen Selbstbehauptungswillens. Die andere folgt daraus und fordert von jedem ‘das Seine zu tun’ und damit jedem anderen das Seine zu geben oder zu lassen; es ist der Inbegriff der Gerechtigkeit”.

⁹⁸⁷ LARENZ, *Richtiges Recht*, p. 131: “Denn unzweifelhaft verbinden wir mit ihr [Gerechtigkeit] den Gedanken des ‘Maßvollen’, des ‘rechten Maßes’ im Sinne des Ausgewogenen”.

⁹⁸⁸ WOLF, *Rechtsdenken*, vol. 1, p. 192; cf. as notas 964 a 968.

⁹⁸⁹ WOLF, *Maß*, p. 455.

⁹⁹⁰ WOLF, *Maß*, p. 454.

é, assim, conceituada pela primeira vez como uma justiça atuante historicamente” e, por isso, se torna fundadora e mantenedora da *polis*⁹⁹¹. “No espaço dos ‘primórdios históricos’ dos épicos homéricos, que descreviam quase somente a comunidade social do acampamento militar e da família, assim como no espaço ‘pré-histórico’ da *Teogonia* de HESÍODO, no ciclo ‘atemporal’ de sua poesia ‘*Os Trabalhos e os Dias*’ do camponês, a essência política de Dike não poderia ser apreendida”⁹⁹². Já com SÓLON, observa-se a transição nítida de uma sociedade fragmentada atemporal para a consciência histórica estruturada⁹⁹³. “Com a *polis*, a cidade [...], inicia-se a vida verdadeiramente histórica, sobretudo estatal-política, do ser humano ocidental; somente nela poderia surgir a compreensão de que todo o direito é histórico [...]”⁹⁹⁴. Estava, assim, lançada a idéia de que o direito histórico seria o princípio constitutivo da vida social⁹⁹⁵.

⁹⁹¹ WOLF, *Maß*, p. 454: “Dike ist also im Denken SOLONS zum ersten Male als eine geschichtlich wirkende Gerechtigkeit begriffen”.

⁹⁹² WOLF, *Maß*, p. 455: “Im ‘frühgeschichtlichen’ Raum der homerischen Epen, die fast nur die soziale Gemeinschaft des Heerlages und der Familie schildern, sowie im ‘vorgeschichtlichen’ Raum der Theogonie HESIODS, im ‘geschichtslosen’ Kreislauf seiner Dichtung von den ‘Werken und den Tagen’ des Bauern, konnte das politische Wesen Dikes noch nicht erfaßt werden”.

⁹⁹³ Cf. o item 6.3.2.

⁹⁹⁴ WOLF, *Maß*, p. 455: “Mit der Polis, der Stadt, aber beginnt das eigentlich geschichtliche, nämlich das staatlich-politische Leben des abendländischen Menschen; erst in ihr konnte die Einsicht erwachsen, daß alle Recht geschichtlich ist und das Geschichte selbst als Gericht aufgefaßt werden muß”.

⁹⁹⁵ WOLF, *Maß*, p. 463, que sublinha ter isso permitido, ademais, que se pensasse no futuro o Estado com produto de um contrato, inexplicável a partir do estado natural dos indivíduos.

Eis aí um pensamento ainda característico das sociedades ocidentais, sobretudo após a secularização de seus pressupostos teológicos no moderno Estado laico. Para um conceito de secularização como “pós-construção” racionalista de valores religiosos, cf. FIKENTSCHER, *Werteebenen*, p. 126-128, com apoio em OKKO BEHREND. Esse motivo leva FIKENTSCHER, *Werteebenen*, p. 127, com razão, a concluir: “a exportação contemporânea da constituição democrática dotada de direitos fundamentais é, nesse sentido, provavelmente o maior movimento missionário desde o de Paulo ou do islâmico; apenas é pouco notado, em decorrência da fase de secularização em que nos encontramos. Com a admissão de uma constituição democrática

Dike significaria, por fim, uma divindade conciliadora, que, “sobrepairando à luta entre as partes, instituiria o sentido de comunidade e a concórdia entre os cidadãos”⁹⁹⁶. Tal compreensão mútua se daria por meio do *logos*⁹⁹⁷. Em resumo, tal deusa propiciaria a compreensão recíproca, o espírito de união e a moderação inteligente⁹⁹⁸. “Ela possui, nessa medida, não apenas caráter mitológico, mas também lógico”⁹⁹⁹.

provida de direitos fundamentais, um país também adquire suas partes dotadas de pressupostos religiosos, que historicamente são imanentes à democracia de direitos fundamentais. Isso permanece essencialmente despercebido e, não raro, leva a incompreensões e lacunas de aplicação” (“Der gegenwärtigen Export der grundrechtsdemokratischen Verfassung ist in diesem Sinne vermutlich die größte Missionsbewegung seit der paulinischen und der islamischen, nur daß man das wegen der Säkularisierungsphase, in der man sich befindet, kaum bemerkt. Denn mit der Annahme einer grundrechtsdemokratischen Verfassung legt sich ein Land auch jenen Bestand an religiösen Voraussetzungen zu, die der Grundrechtsdemokratie historisch anhaften. Das bleibt im wesentlichen unbemerkt und führt nicht selten zu Mißverständnissen und Anwendungslücken”). FIKENTSCHER, *Gerechtigkeit*, p. 61-62, afirmou-se contrário à disseminação do pensamento jurídico e da concepção de justiça ocidentais: “Eu penso que não [se deve implementá-la], pois ela questiona as concepções de direito e de justiça de outras culturas, e nem todos os casos de similares transplantes jurídicos foram um sucesso. Pluralismos jurídicos dificilmente conciliáveis e conflitos entre o direito oficial e inoficial podem ser a consequência” (“Ich meine nein, denn es [die Verbreitung westlichen Rechts- und Gerechtigkeitsdenkens] stellt die Rechts- und Gerechtigkeitsvorstellungen anderer Kulturen infrage, und nicht alle Fälle solcher Rechts-Transplantate waren ein Erfolg. Schwer lösbare Rechtspluralismen und Konflikte zwischen offiziellem und inoffiziellen Recht können die Folge sein”). A grande investigação sobre o direito brasileiro deve inserir-se nesse contexto de sobreposição de superestrutura jurídica estruturada a camada cultural largamente fragmentada, com intermináveis conflitos entre ambos os modos de pensar. Muitos deles patentes; outros, velados, mas não menos importantes ou dotados de inúmeros desdobramentos sociais e jurídicos.

⁹⁹⁶ WOLF, *Maß*, p. 455: “Über dem Streit der Parteien stehend, stiftete sie unter den Bürgern Gemeinsinn und Eintracht”.

⁹⁹⁷ WOLF, *Maß*, p. 455; cf., ainda, a nota 69, para a definição do direito como justiça expressa por meio da linguagem.

⁹⁹⁸ WOLF, *Maß*, p. 455.

⁹⁹⁹ WOLF, *Maß*, p. 455: “Insofern hat sie nicht nur mythologischen, sondern auch logischen Charakter”.

Já Hybris representaria as formas de excesso, opostas a Dike, como a avidez, a cobiça e o querer parecer mais do que se é, algo corrente entre os nobres, em relação aos demais membros da sociedade¹⁰⁰⁰. Hybris também se manifestaria sob a forma de desprezo ao direito, isto é, a atitude de quem menoscaba todo o conjunto do direito da *polis*, e não apenas quem comete ilícito pontual¹⁰⁰¹.

A constituição do Estado adequado à essência humana seria baseada nas idéias correlatas de isonomia e eleutéria¹⁰⁰². A isonomia traduz-se em termos jurídicos o princípio da sobre-soma, peculiar às sociedades estruturadas: “isonomia é ordenar-se, com consciência de responsabilidade, no todo político; é a obrigação de subordinar seus interesses egoísticos ao bem-comum”¹⁰⁰³. A isonomia definir-se-ia como a igualdade preventiva de conflitos; a eleutéria seria a liberdade dos cidadãos e da *polis* consistente em não se submeterem, ambos, à arbitrariedade da tirania; faltava-lhe, no entanto, o sentido moderno de liberdade pessoal¹⁰⁰⁴. “Deve-se compreendê-la [a eleutéria] de modo correto”. WOLF prossegue: “a legislação de SÓLON tem por fundamento a liberdade ateniense. Isso significa primordialmente: a auto-vinculação da *polis* a suas leis, implantada por SÓLON, fundamentou o *Estado de direito*. A eleutéria designava agora não mais apenas o estado das pessoas livres em contraposição ao dos escravos, mas também o *status* do cidadão contraposto a qualquer outro concidadão e ao governo sob o domínio da lei geral”¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰⁰ WOLF, *Maß*, p. 456.

¹⁰⁰¹ WOLF, *Maß*, p. 457.

¹⁰⁰² WOLF, *Maß*, p. 457-458.

¹⁰⁰³ WOLF, *Maß*, p. 458: “Isonomie ist das verantwortungsbewußte Sicheinordnen in das politische Ganze, die Verpflichtung, seine egoistischen Interessen dem gemeinen Besten unterzuordnen”.

¹⁰⁰⁴ WOLF, *Maß*, p. 459. HOUAISS, *Dicionário*, p. IIII, esclarece que eleutérias eram as festas gregas “para comemorar vitórias ou expulsões de tiranos”.

¹⁰⁰⁵ WOLF, *Maß*, p. 458-459: “Das gilt es recht zu verstehen. SOLONS Gesetzgebung hat den Grund zur athenischen Freiheit gelegt. Das heißt zunächst: die von SOLON bewirkte Selbstbindung der Polis an ihre Gesetze hat den *Rechtsstaat* begründet. Eleutherie bezeichnete jetzt nicht mehr allein den Stand der Freien gegenüber dem der Sklaven, sondern den Stand des Bürgers gegenüber jedem

O objetivo da constituição garantidora da isonomia e da eleutéria seria a obtenção da eunomia, a boa ordem¹⁰⁰⁶. Eunomia, irmã de Dike, teria também a “função de compensação do produto da divisão, de justa distribuição daquilo que Dike dividiu”¹⁰⁰⁷. Eunomia seria assim a “boa distribuição”¹⁰⁰⁸. Conduziria a um estado de “boa legislação”, que, por sua vez, promoveria a justa distribuição dos bens e a boa ordem do todo social¹⁰⁰⁹. Eunomia seria uma ordem social objetiva dirigida por leis, e não pelo arbítrio¹⁰¹⁰. WOLF sublinha que a Eunomia não pretendia suprimir as contradições econômicas, sociais e jurídicas, de que a *polis* vivia; caber-lhe-ia compensá-las¹⁰¹¹. O estado contrário, a disnomia, nem sempre se igualaria ao caos da convulsão permanente; também se esconderia sob a aparente ordem imposta por tiranos¹⁰¹². Leis também podem ter más finalidades. A Eunomia “exige justiça, direção guiada por uma idéia de direito metafisicamente fundada; ela necessita de uma ética social dotada de conteúdo como fundamento principal de todo o direito”¹⁰¹³.

A idéia de justiça extraposta a informar todo o sistema jurídico e a vincular teleologicamente o direito receberia aperfeiçoamentos e novos conteúdos.

anderen Bürger und gegenüber Regierung, unter der allgemeinen Herrschaft des Gesetzes”. Cf. as notas 1023, 1028, 1032 a 1034, sobre a educação do homem grego de JAEGER.

¹⁰⁰⁶ WOLF, *Maß*, p. 460.

¹⁰⁰⁷ WOLF, *Maß*, p. 460: “Eunomie hatte [...] die Funktion der Ausgleichung des Ausgeteilten, der rechten Verteilung dessen, was Dike zugeteilt hat”.

¹⁰⁰⁸ WOLF, *Maß*, p. 460.

¹⁰⁰⁹ WOLF, *Maß*, p. 460.

¹⁰¹⁰ WOLF, *Maß*, p. 460.

¹⁰¹¹ WOLF, *Maß*, p. 461.

¹⁰¹² WOLF, *Maß*, p. 461.

. . . – *A Polis renascida no direito: a dykaiosine*

A isonomia pensada por SÓLON impôs-se paulatinamente pelo direito. A justiça entre os gregos sempre teve o significado de distribuição do “meio termo” entre as pessoas¹⁰¹⁴.

A mais alta meta dos tempos antigos foi a isonomia. Simultaneamente ao estabelecimento de normas de peso e medida na economia, “procurava-se uma ‘medida’ justa para a atribuição do direito e foi na exigência da igualdade, implícita no conceito de *dike*, que se encontrou essa medida”¹⁰¹⁵. O idioma registrou de novo mudança no padrão ético da coletividade. O cumprimento do direito, o meio de se impor o valor da igualdade, assumiu tal importância, que se tornou necessário cunhar palavra nova – *dikaiosyne* – para designar essa atitude dos homens perante a vida. Iniciou-se então processo semelhante ao que outrora fez surgir na língua helênica palavras para traduzir a destreza guerreira ou a valentia no pugilato¹⁰¹⁶. A importância do respeito ao direito cresceu. ARISTÓTELES, que não presenciou o esplendor da *polis*, ainda retinha muito bem as lições do passado grego: o cumprimento das normas jurídicas passou a ser a “excelência moral”¹⁰¹⁷ e a ocupar o centro do mundo ético¹⁰¹⁸. Daí se transformou em “nova força animadora do Homem”, em substituição civilizada do ideal bélico do passado¹⁰¹⁹. A nova

¹⁰¹³ WOLF, *Maß*, p. 461: “Sie [Eunomie] fordert Gerechtigkeit, Ausrichtung nach einer metaphysisch begründeten Idee des Rechts, sie bedarf einer inhaltlichen Sozialethik als dem tragenden Grund allen formalen Rechts”.

¹⁰¹⁴ Cf. ARISTÓTELES, nas notas 1129 e 1130.

¹⁰¹⁵ JAEGER, *Paidéia*, p. 93.

¹⁰¹⁶ JAEGER, *Paidéia*, p. 93.

¹⁰¹⁷ Esse termo foi sugerido por MÁRIO DA GAMA KURY na introdução à *Ética a Nicômacos*, p. 12, para a tradução do vocábulo *arete*, pois “a palavra tradicionalmente usada em português como equivalente [virtude] se desgastou com o passar do tempo e seu significado adquiriu tal ambigüidade que seu uso induziria o leitor em equívoco”.

¹⁰¹⁸ JAEGER, *Paidéia*, p. 94.

¹⁰¹⁹ JAEGER, *Paidéia*, p. 94.

espécie de bravura, anteriormente entendida como um ato livre de coragem, passa a ser a obediência ao direito estatal¹⁰²⁰.

No renascimento da *polis*, “o Estado converteu-se num ser especificamente espiritual que reunia em si os mais altos aspectos da existência humana e os repartia como dons próprios”; a “polis oferece muito. Em contrapartida, pode cobrar o máximo”¹⁰²¹. JAEGER concluiu: “o valor do homem e da sua conduta mede-se exclusivamente pelo bem ou pelo mal que acarretam à cidade. Esse é o paradoxal resultado da luta incrivelmente apaixonada pela obtenção do direito e da igualdade dos indivíduos”¹⁰²². O direito assim fundado vincula o homem grego intimamente à lei, de forma “que mantém unidas as forças e impulsos divergentes e os centraliza, como a antiga ordem social jamais teria podido fazer”¹⁰²³. A excelência moral continua sua marcha na sociedade. O Estado expressa-se objetivamente na lei, “que se torna o rei”¹⁰²⁴. Por isso, informa JAEGER, a lei representa o marco mais importante no caminho trilhado entre a concepção aristocrática e a essência humana defendida

¹⁰²⁰ JAEGER, *Paidéia*, p. 94.

¹⁰²¹ JAEGER, *Paidéia*, p. 96. Ainda que injustamente condenado à morte, SÓCRATES recusa-se a fugir, também em vista dos benefícios recebidos da cidade – cf. a nota 554.

¹⁰²² JAEGER, *Paidéia*, p. 96. Não se trata, na verdade, de paradoxo, mas da consciência rigorosa da extraposição ética como instrumento para a obtenção dos benefícios da estruturação social. Isso se vê tanto na extraposição trágica, quanto na eleutérica. Amar a *polis* sobre todas as coisas é o simétrico perfeito do mandamento judaico que coloca deus acima de tudo. Percebe-se também aí a semelhança entre ambas as construções extrapontes. Uma vez que a ética judaica e a grega se diferenciam das demais pela extraposição dos valores, contradição haveria, acaso ambos os povos medissem o comportamento humano com auxílio de parâmetros diversos dos idealmente situados acima da sociedade. A justiça isonômica, num caso, a divina, no outro. Punir quem viole a lei divina na cultura judaica faz tanto sentido quanto matar o soldado grego que deserte no curso da batalha travada por sua cidade.

¹⁰²³ JAEGER, *Paidéia*, p. 96. As duas culturas estruturadas sabem que sua existência depende de não abrir mão de seus modelos éticos particulares – cf. a nota 1032.

¹⁰²⁴ JAEGER, *Paidéia*, p. 96. Cf. a nota 548, para a expressão de DEMÁRATOS nesse sentido em diálogo mantido com o soberano do fragmentado Império Persa.

pelos filósofos¹⁰²⁵. Se outros trechos da obra HERÁCLITO lhe valerem o aposto de “o Obscuro”, sua intenção aqui não poderia ser mais clara: “o povo deve lutar pela sua lei como pelas suas muralhas”¹⁰²⁶.

O Estado grego ofereceu ao homem uma segunda existência, a vida política¹⁰²⁷, ao englobá-lo no cosmos da *polis*. Todos passam a ter duas vidas, rigorosamente distintas entre aquilo que é próprio de cada um dos homens, *ídion*, e o que lhes é comum, *koinón*: “o homem não é só ‘idiota’; é ‘político’ também”, nota JAEGER¹⁰²⁸. O cidadão grego deve possuir uma virtude cívica genérica, “pela qual se põe em relações de cooperação e inteligência com os outros, no espaço vital da *polis*”¹⁰²⁹, paralelamente a qualidades próprias da vida privada. “O que realmente era novo e trouxe definitivamente consigo a urbanização progressiva e geral do Homem”, explica JAEGER, “foi a exigência de todos os indivíduos participarem ativamente no Estado e na vida pública e adquirirem consciência dos seus deveres cívicos, completamente diversos daqueles da esfera de sua profissão privada”¹⁰³⁰. Tal aptidão, antes restrita aos nobres, agora se estende também aos pobres¹⁰³¹. O Estado, até em causa própria, não podia descurar da excelência moral de respeito ao direito: deveria “evitar sua exploração em proveito do interesse pessoal e da injustiça”¹⁰³². No renovado “Estado jurídico”, a “virtude dos cidadãos consistiu na livre submissão de todos, sem distinção de dignidade ou de sangue, à nova autoridade da lei”¹⁰³³. A *polis* assemelha-se ao cosmos humano, motivo pelo qual PLATÃO sublinhava a necessidade da *paidéia*, a verdadeira formação: “é a educação na *aretê* que enche o homem do

¹⁰²⁵ JAEGER, *Paidéia*, p. 97.

¹⁰²⁶ Fragmento 44, *apud* JAEGER, *Paidéia*, p. 97.

¹⁰²⁷ JAEGER, *Paidéia*, p. 98.

¹⁰²⁸ JAEGER, *Paidéia*, p. 98.

¹⁰²⁹ JAEGER, *Paidéia*, p. 98.

¹⁰³⁰ JAEGER, *Paidéia*, p. 99.

¹⁰³¹ JAEGER, *Paidéia*, p. 99.

¹⁰³² JAEGER, *Paidéia*, p. 99. Por isso, os estudos religiosos em Israel são quase uma profissão estatal, estimulados com dispendiosos fundos públicos, por exemplo.

desejo e da ânsia de se tornar um cidadão perfeito, e o ensina a mandar e obedecer, sobre o fundamento da justiça”¹⁰³⁴.

O alto significado assumido pelo cumprimento do direito da *polis* é o reflexo da vinculação teleológica do ordenamento jurídico. O direito é o método de se estruturar *stricto sensu* a sociedade, com base em ideal extraposto de justiça. Longe de ser instrumento de dominação carente de legitimidade, o direito grego expressa os valores socialmente tidos como integrantes do ideal de justiça. Ora, se o direito não é neutro quanto ao conteúdo, mas espelha a justiça ideal, cujo sentido se pode dialogicamente pesquisar com o auxílio do *logos*, então se criaram as condições necessárias à vinculação teleológica do direito. Essa é, por sua vez, um pressuposto sinépico do equilíbrio dos meios em relação aos fins, definida na proporcionalidade.

. . . – *A limitação teleológica do direito e a proporcionalidade*

A concepção do direito como o instrumento de organização da sociedade abriu caminho para a idéia de que “o direito deve ser *útil*, que deve servir a fins humanos, sejam eles do indivíduo, sejam da sociedade (o ‘bem comum’)”¹⁰³⁵. A repercussão disso na proporcionalidade parece evidente, como o nota WIEACKER:

“Ora, em semelhante determinação finalística do direito já se embute a conseqüência de que ele haveria de ser teleologicamente *racional*, isto é, o meio deve ser útil ao fim e, assim, também quantificável numa relação de meio-fim com o resultado desejado. Ele se torna, com isso, necessariamente vinculado ao imperativo da eco-

¹⁰³³ JAEGER, *Paidéia*, p. 99.

¹⁰³⁴ PLATÃO, *Leis*, 643, *apud* JAEGER, *Paidéia*, p. 100.

¹⁰³⁵ WIEACKER, *Wurzeln*, p. 878: “Eine letzte und nun von einer spezifischen Gerechtigkeitsidee nicht mehr Umfaßte Quelle der Maxime ist vielmehr die Vors-

nomia do meio-fim, que, de modo geral, inclui a necessidade e, de modo especial, precisamente a proporcionalidade do meio escolhido com o fim”¹⁰³⁶.

O pensamento grego proclamou que o direito há de buscar apenas os fins dotados de utilidade social ou individual, ao traduzir em termos jurídicos a essência da extraposição ética então nascente: dado que todos os membros da sociedade são iguais perante a justiça situada acima de seu alcance, o direito não se confunde com o interesse do detentor do poder, nem com a lei do mais forte. Tal antítese da máxima kelseniana de “qualquer conteúdo pode ser direito” constituiu a idéia central do processo de estruturação da sociedade grega, já durante os séculos VIII-VI a. C., ou seja, logo no início da Era Axial¹⁰³⁷.

A releitura de HERÓDOTOS¹⁰³⁸ e de SÓCRATES-PLATÃO¹⁰³⁹ confirmará a origem grega da vinculação teleológica do direito. Recordem-se as imagens associadas à lei grega em ambos os diálogos. Ela era, simultaneamente, o maior bem das cidades, seu governante a quem ninguém ousava desobedecer, o produto da discussão em praça pública e o dispensador único do bem aos cidadãos. Lê-se em PLATÃO de modo mais claro:

“Dizem que a lei não deve considerar a virtude militar, nem a virtude em geral, mas apenas os interesses, o poder e a preservação da

tellung, daß Recht *nützlich* sein müsse, daß es menschlichen Zwecken, sei es solchen der Individuen oder der Gesellschaft (dem ‘Gemeinwohl’), zu dienen habe”.

¹⁰³⁶ WIEACKER, *Wurzeln*, p. 878: “Denn in einer solchen Zielbestimmung des Rechts liegt bereits die Konsequenz, daß es zweckrational, d. h. jeweils dienliches Mittel zum Zweck sein und also auch in einer quantifizierbaren Mittel-Zweck-Relation zu einem gewünschten Erfolg stehen müsse. Damit ist es notwendig auch an das Ökonomiegebot jeder Mittel-Zweck gebunden, welches im allgemeinen die Erforderlichkeit wie im besonderen gerade die Verhältnismäßigkeit des gebotenen Mittels zum Zweck einschließt”.

¹⁰³⁷ JAEGER, *Paidéia*, p. 89-91. A citação de KELSEN foi extraída da *Reine Rechtslehre*, p. 200: “Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein”.

¹⁰³⁸ Cf. a nota 546 e segs

forma estabelecida de governo [...]. A justiça é definida por eles como o interesse do mais forte. [...]. Porém, de acordo com nossa visão, tais governos não são em absoluto *polities*, nem são verdadeiras leis as editadas para o bem de classes particulares e não para o bem de todo o Estado”¹⁰⁴⁰.

“A justificação do direito por meio de sua utilidade alcançou finalmente os juristas romanos e encontrou uma expressão programática na determinação de ULPIANO do *ius privatum* como *ius quod ad singularium utilitatem spectat* [...]”¹⁰⁴¹. Os filósofos gregos, cerca de sete séculos antes do jurisconsulto romano, já haviam pensado o direito como método de realização de fins sociais, por meio da extraposição ética trágica¹⁰⁴². WIEACKER assinala, entretanto, que, “precisamente ao tempo de ULPIANO, a legitimação das interferências legais e administrativas do poder público avançou durante séculos por meio da *utilitas publica*, que desde o século III d. C. se incharia como um *topos* de fundamentação vazio para as intervenções necessárias e as arbitrárias do absolutismo bizantino na liberdade e no patrimônio dos súditos”¹⁰⁴³.

¹⁰³⁹ Cf. a nota 552 e segs

¹⁰⁴⁰ PLATÃO, *Republic*, IV, 714-715, p. 681-682: “Men say that the law ought not to regard either military virtue, or virtue in general, but only the interests and power and preservation of the established form of government [...]. Justice is said by them to be the interest of the stronger. [...]. Now, according to our view, such governments are not *polities* at all, nore are laws right which are passed for the good of particular classes and not for the good of the whole state”. A indicação é devida a MONDOLFO, *Pensamento*, vol. I, p. 275.

¹⁰⁴¹ WIEACKER, *Wurzeln*, p. 878: “Die Rechtfertigung des Rechts durch seinen Nutzen hat schließlich auch die römischen Juristen erreicht und etwa in ULPIANUS Bestimmung des *ius privatum* als *ius quod ad singularium utilitatem spectat* (D I, I, I, § 2 Ulp I = usl. I, I, 4) einen programmatischen Ausdruck gefunden”.

¹⁰⁴² Considere-se que a vida de ULPIANO se findou em 228 d. C..

¹⁰⁴³ WIEACKER, *Wurzeln*, p. 878: “Gerade zu ULPIANUS Zeit drang aber auch die Legitimation gesetzlicher und administrativer Eingriffe von hoher Hand durch die *utilitas publica* vor, die sich seit der Krise des 3. nachchristlichen Jahrhunderts zu einem immer leereren Begründungstpos für die notwendigen wie für die willkürlichen Eingriffe des byzantinischen Absolutismus in Freiheit und Vermögen der Reichsuntertanen aufblähen sollte”.

O dado histórico parece favorecer a tese aqui defendida de vínculo entre a estruturação cultural, a limitação teleológica do direito e a idéia jurídica de proporcionalidade. A submissão do direito ocidental ao “absolutismo bizantino” eliminou as condições para o desenvolvimento da proporcionalidade no direito. “Desde então notoriamente o *topos* da utilidade jamais desapareceu do pensamento jurídico europeu”, nota WIEACKER. “Ainda quando tenha colateralmente ajudado a fundamentar o desforço próprio privado e o estado de necessidade penal, ele desenvolveu sua peculiar importância na legitimação das intervenções do poder público, por meio do princípio do interesse público prevalente”¹⁰⁴⁴.

Uma vez que haviam submetido a cosmovisão teológica a duras críticas, os gregos não dispunham de revelação que lhes pudesse servir de pauta axiológica, à semelhança dos judeus. Optaram, então, pela organização social com base no direito, que formava a estrutura do Estado e da sociedade. Por isso, até hoje o Ocidente não pode pensar um desses conceitos sem o outro. Aliás, a concepção estruturada da Grécia foi muito mais longe do que a exigência pragmática do jurista romano: a *polis* democrática helênica não se contentava em pensar o direito como ordem superior e, portanto, subtraída aos caprichos do tirano de plantão; exigia ainda o estabelecimento coletivo do que vinha a ser direito, por meio do voto de cada cidadão. A introdução do pensamento da utilidade social do direito na ordem privada romana, conquanto meritória, parece mais um daqueles ecos da filosofia grega. Atrasado, por sinal.

Enquanto SÓCRATES e PROTÁGORAS discutiam, por volta de 450 a. C., as virtudes e os defeitos da democracia direta ateniense¹⁰⁴⁵, a igualdade entre os cidadãos, traduzida no acesso a todas as magistraturas, so-

¹⁰⁴⁴ WIEACKER, *Wurzeln*, p. 878: “Seitdem ist bekanntlich der Utilitäts-Topos aus dem europäischen Rechtsdenken nicht mehr verschwunden. Wenn er nebenbei auch die private Selbsthilfe und den privat- und strafrechtlichen Notstand decken half, so entfaltete er seine eigentliche Tragweite in der Legitimierung der Eingriffe der öffentlichen Gewalt durch das Prinzip des überwiegenden Gemeinwohls”.

¹⁰⁴⁵ Cf. PLATÃO no diálogo *Protagoras*, em especial 319 e segs, p. 43 e segs.

mente se consumou em Roma no século III a. C.¹⁰⁴⁶. O modo estruturado de exercício do poder, a democracia, não foi praticada em Roma, mesmo durante o período mais liberal. MOREIRA ALVES esclarece que os magistrados consultavam e obedeciam o Senado nas questões mais importantes, pois “sendo o Senado órgão permanente, ficavam eles resguardados de possíveis incriminações quando retornassem à qualidade de simples cidadãos”¹⁰⁴⁷. Mas, a competência para escolher os Senadores era privilégio dos cônsules; posteriormente, dos censores e, por fim, foi usurpada pelos integrantes do triunvirato¹⁰⁴⁸.

. . . – *Excursus: prova sinepéica da pertinência entre o direito estruturado e sua vinculação teleológica*

WIEACKER objetou que a legitimação do direito pelos fins não oferece, do ponto de vista lógico, nenhuma garantia aos direitos das pessoas, especialmente os de índole fundamental. A invocação de fim externo poderia redundar na supressão das liberdades garantidas pelo direito. O historiador do direito afirma:

“Não se precisa expor aqui que a legitimação das normas e também da atividade pública vinculada pelos fins sociais inclui necessariamente a *limitação* dessa atividade por meio da finalidade e também por meio de sua proporcionalidade ao interesse perseguido. Evidentemente essa finalidade, como tal, ainda não esclarece por que exatamente esses meios proporcionais são justos, se se liberta da metabase inadmissível do pensamento naturalístico transformador do ser em dever ser (‘falácia naturalística’). Em especial a atual função típica de proteção a direitos fundamentais e posições jurídicas do imperativo de proporcionalidade não pode ser garantida apenas por meio do ponto de vista finalístico. Este poderia, ao

¹⁰⁴⁶ MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, vol. 1, p. 17.

¹⁰⁴⁷ MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, vol. 1, p. 18.

¹⁰⁴⁸ MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, vol. 1, p. 18-19.

contrário, conduzir coerentemente à total destruição dessas posições – como no mal-afamado ‘o direito é o útil ao povo’ ou na realização incondicional da finalidade garantística do direito penal. A sujeição dessa racionalidade teleológica ilimitada não possibilita exatamente a limitação da violência privada ou pública por meio de sua dosagem adequada ao fim, mas gera um critério de justiça independente e autônomo: o reconhecimento incondicional da autonomia e do conteúdo protetivo dos direitos da pessoa. O paradoxo meditativo não nos ocupa mais de que essa nova carta também pode estar nas mãos de ideologias coletivistas extremas contra aquelas leis que devem proteger exatamente a pessoa individual de violência ou constrangimento”¹⁰⁴⁹.

A objeção pode estar correta, do ponto de vista lógico, mas não do sinepéico. Nela se expressa muito mais uma possibilidade resultante da combinação de puros conceitos, do que verdadeiro evento histórico. A análise do problema posto por WIEACKER com a ajuda das categorias sinepéicas, prova que ditaduras cuja legitimidade adviria de valores ex-

¹⁰⁴⁹ WIEACKER, *Wurzeln*, p. 880: “Es braucht nicht näher dargelegt werden, daß die Legitimierung der Normen und damit auch des gesetzgebundenen öffentlichen Handels durch gesellschaftliche Zwecke dann auch notwendig die *Limitierung* dieses Handelns durch seine Zweckmäßigkeit und damit auch durch seine Proportionalität zu dem jeweils verfolgten Interesse einschließt. Freilich erklärt diese Zweckmäßigkeit als solche noch nicht, warum diese verhältnismäßigen Mittel dann auch gerade die gerechten sind – jedenfalls wenn man sich von jener unzulässigen Metabasis des naturalistischen Rechtsdenkens vom empirischen Sein auf das Sollen (‘naturalistic fallacy’) freihält. Insbesondere kann die heute typische Schutzfunktion des Verhältnismäßigkeitsgebots für die individuellen Grundrechte und Rechtspositionen nicht allein durch den Zweckgesichtspunkt verbürgt werden; dieser könnte vielmehr – wie das berüchtigte ‘Recht ist was dem Volke nützt’ oder die unbedingte Realisierung des Sicherungszwecks im Strafrecht – in der Konsequenz zur völligen Vernichtung dieser Rechtspositionen führen. Die Bändigung dieser unbegrenzten Zweckrationalität ermöglicht nicht schon die Limitierung privater oder öffentlicher Gewalt durch ihre zweckädequate Dosierung sondern erst ein selbständiges und autonomes Gerechtigkeitskriterium: die unbedingte Anerkennung der Eigenständigkeit und des Bestandsschutzes der persönlichen Rechte. Dabei hat uns hier das nachdenkliche Paradox nicht mehr zu beschäftigen, daß diese neue Karte auch von extrem kollektivistischen Ideologien

ternos ao direito jamais se preocuparam com a proporcionalidade. A razão parece simples: tais valores, em verdade, não foram real, mas apenas retoricamente extrapostos. Os detentores do poder valeram-se do discurso da extraposição para legitimar dogmas subtraídos da discussão livre e igualitária. Verdades religiosas, políticas, econômicas, nacionais, étnicas etc. na posse de certas pessoas na sociedade – valores intrapostos, portanto – eram transformadas em princípios reitores da vida comum, vedada a discussão a seu respeito. Não há espaço para a proporcionalidade aí, pois o correto nessas sociedades é a maior aproximação possível de uma finalidade indiscutível. Quanto mais se desenvolve certo fim, melhor se age. Logo não há por que ponderar esse fim com outros. A proporcionalidade, ao contrário, parte da dúvida metódica, isto é, da idéia perspectivista de que não se pode conhecer a verdade por inteiro, mas apenas suas diversas facetas¹⁰⁵⁰. Justamente por isso, é preciso discutir a justiça com o objetivo de se tomar a decisão menos limitada possível. Devem-se confrontar idéias para saber, enfim, se a minha concepção de justiça ou a alheia é a mais correta ou menos imperfeita¹⁰⁵¹. Ouça-se GADAMER a propósito:

“A produtividade maiêutica do diálogo socrático, sua arte de parteiro da palavra, dirige-se por certo a pessoas humanas, os interlocutores, mas se atém apenas às opiniões que externam e à sua coerência objetiva desenvolvida na conversa. O que ressalta em sua verdade é o *logos*, que não é meu nem teu e, por isso, sobrepuja de tal modo a opinião subjetiva dos interlocutores que até o condutor do diálogo permanece como alguém que não sabe”¹⁰⁵².

eben gegen jene Gesetze ausgespielt werden kann, welche gerade die Einzelperson vor Gewalt oder Einschüchterung schützen sollen”.

¹⁰⁵⁰ Cf. os itens 6.3.1. e 6.3.3.

¹⁰⁵¹ Cf. os itens 6.3.1 e 6.3.3.

¹⁰⁵² GADAMER, *Wahrheit*, vol. 1, p. 373-374: “Die maieutische Produktivität des sokratischen Dialogs, seine Hebammekunst des Wortes, wendet sich wohl an die menschlichen Personen, die die Partner des Gespräches sind, aber sie hält sich lediglich an die Meinungen, die sie äußern und deren immanente sachliche Konsequenz im Gespräch entfaltet wird. Was in seiner Wahrheit heraustritt, ist der

O conceito de *disnomia* de SÓLON parece oferecer a segunda prova sinepéica do equívoco de WIEACKER. A estrutura do pensamento conducente à proporcionalidade depende de direito verdadeiramente extra-posto. O sábio grego afirmava que nem toda a ordem jurídica seria direito. O direito apto a reger a vida social dependeria da legitimação externa, livremente reconhecida pela coletividade, pois uma ordem aparente imposta por tirano não passaria de *disnomia*, oposta à *eunomia*, obtida com a justiça¹⁰⁵³.

A definição contemporânea de proporcionalidade como meio de defesa de direitos fundamentais demonstra, igualmente, que a ponderação metódica entre diversos valores pelo direito é consequência sinepéica de direitos estruturados e, portanto, não se espera encontrar algo semelhante nos totalitarismos mencionados na objeção de WIEACKER.

Tais considerações parecem mostrar, por fim, o acerto da afirmativa de ESSER sobre a impossibilidade de se separarem forma e fundo no direito¹⁰⁵⁴.

11.3 – A terceira fonte: a justiça vindicativa

Parece existir verdadeira polifonia a cantar a retribuição social – ou “justiça vindicativa”¹⁰⁵⁵ – como precursora da proporcionalidade no direito. WIEACKER assinala ser a *iustitia vindicativa* proporcional o aspecto mais antigo da idéia de justiça corrente até hoje¹⁰⁵⁶.

Logos, der wdeder meiner noch deiner ist und der daher das subjektive Meinen der Gesprächspartner so weit übertrifft, daß auch der Gesprächsführer stets der Nichtwissende bleibt”.

¹⁰⁵³ Cf. a nota 1012.

¹⁰⁵⁴ Cf., por exemplo, ESSER, *Grundsatz*, p. 50.

¹⁰⁵⁵ O sugestivo nome foi colhido em WIEACKER, *Wurzeln*, p. 875.

¹⁰⁵⁶ WIEACKER, *Wurzel*, p. 875.

Nossa pré-compreensão nos recita até nos atos banais do cotidiano que o justo se equipara à retribuição, sem que atentemos para isso. E nós nos comportamos de acordo com essa diretiva: devolver ao outro aquilo que nos fez. Quem já conduziu automóvel pelas cidades brasileiras sabe muito bem do que estou falando. Por certo que isso não é prova científica da antiguidade da idéia de retribuição, nem de sua eventual conexão com a proporcionalidade.

. . . – *A retribuição social: dos primórdios às ordens antigas*

A erudita prova filosófica, antropológica e jurídica do império da retribuição até os dias atuais se encontra pronta em “*Sociedade e Natureza*”, escrita por KELSEN durante sua fase americana. Ele exhibe torrencial prova de que a justiça sempre se associou à noção de devolver ao semelhante o bem ou o mal que nos causou¹⁰⁵⁷. KELSEN enfatiza a permanência do núcleo retributivo, apesar de o sentimento de justo ter sido submetido a processo de racionalização, sob as formas de princípios e normas jurídicas¹⁰⁵⁸. O eterno conflito entre as teses da obsolescência e da atualidade do direito penal dispensa outros exemplos.

No início da humanidade, pode-se muito bem imaginar a retribuição social como o “troco” desproporcional à ofensa recebida. Nosso direito penal, milhares de anos depois, ainda regula o excesso doloso na legítima defesa, em prova de que o fenômeno não é tão raro assim. A escassez de bens de então fazia com que a retribuição fosse predominantemente a devolução do mal recebido¹⁰⁵⁹. A agressão nos primeiros tempos poderia causar retaliação muito além da medida da ofensa; numa palavra, de maneira demasiado desproporcional. Essa retribuição subjetiva e objetivamente aleatória, que atingia até o parente do agressor em medida bem superior à agressão, trazia enorme taxa de risco pessoal.

¹⁰⁵⁷ KELSEN, *Sociedad*, *passim*.

¹⁰⁵⁸ KELSEN, *Sociedad*, p. 2-3.

Donde sua incompatibilidade com a proteção deferida pelo clã aos homens. A roleta russa social destinada a recompor agressões também se revelava inconveniente do ponto de vista da estabilidade comunitária. Uma resposta desproporcional a determinada agressão suscita, por sua vez, contrapartida irrefletida, em espiral infinita. As guerras entre famílias do interior do País e as disputas por espaços criminosos ainda testemunham esse fato. O livre curso da retribuição pareceu desde então indesejável.

As pesquisas antropológicas em que FIKENTSCHER se baseia mostram que o homem cultural nasce quando formado o fundo moral indiviso, posteriormente reduzido a um *forum* social, ao lado de dois outros que dele se desprenderam – o direito e a religião¹⁰⁶⁰. As mesmas fontes esclarecem que o *forum* jurídico primitivo já se caracterizava tanto pelo seu conteúdo, quanto por sua aparência. O foro do direito primordial lidava com os aspectos externos dos atos humanos e possuía certo grau de formalização e, por isso, passou a ser conduzido por certos membros da comunidade, em substituição às primordiais sanções, aplicadas difusamente pelos ofendidos. O surgimento do *forum* jurídico deve ter marcado o declínio do império emocional na retribuição. A pena de talião administrada pelo *forum* jurídico primitivo representa evolução racional do princípio da retribuição social, antes sujeito ao simples ato-reflexo do prejudicado. O exame da ofensa, subtraído ao juízo do próprio ofendido, concentrou-se nas mãos do rei, que lhe deu tratamento menos irracional, sob a forma de retribuição exata ou diretamente proporcional ao dano experimentado – “olho por olho, dente por dente”. Essa pequena distância dos fatos gerou a regra do talião em termos de proporcionalidade rigorosa e implacável. Ela já se estabeleceu com firmeza nas antigas culturas superiores e no início das sociedades estruturadas, como

¹⁰⁵⁹ Cf. a nota 1070.

¹⁰⁶⁰ Cf. as notas 104 a 109.

se pode ver, respectivamente, no Código de HAMURABI¹⁰⁶¹ e no trecho citado do Velho Testamento¹⁰⁶².

WIEACKER recorda a evolução da justiça vindicativa na história do direito romano, como prova de sua influência no conceito de proporcionalidade. “Na persecução jurídica do período pré-estatal dos primórdios romanos”, por exemplo, “a vingança privada pelo injusto sofrido e a imposição do direito por meio do desforço próprio eram originalmente pouco diferentes”¹⁰⁶³. A Lei das Doze Tábuas limitou a retribuição na forma do talião pela proporcionalidade¹⁰⁶⁴. O motivo dessa prescrição não era evidentemente satisfazer a necessidade de vingança privada por meio da “cruel mutilação reflexiva”, mas a necessidade de impor limites à retaliação no interesse público da paz social¹⁰⁶⁵. O direito romano antigo, à semelhança de outras ordens jurídicas, também deixava ao credor a possibilidade de lançar mão da pessoa e dos bens do devedor para satisfação do débito¹⁰⁶⁶. Nos primeiros tempos, não havia proporção entre a sujeição do devedor ao credor e o débito, de forma que se configurava apenas responsabilidade, e não propriamente uma dívida¹⁰⁶⁷. Apenas em momento posterior, quando o devedor ou terceiro próximo podia liberar a responsabilidade mediante o pagamento, impôs-se a idéia da responsabilidade em proporção à dívida¹⁰⁶⁸. O aumento da abrangência da persecução penal pública da *polis* e da *civitas* para também abarcar delitos outros que não os de homicídio e os cometidos contra a coletividade fez recuar a vingança privada com base na retribu-

¹⁰⁶¹ Cf. a nota 2335.

¹⁰⁶² *Êxodo*, 21, 24, por exemplo.

¹⁰⁶³ WIEACKER, *Wurzeln*, p. 875: “In der vorstaatlichen Rechtsverfolgung der römischen Frühzeit waren Privatrache für erlittenes Unrecht und Rechtsdurchsetzung im Weg der Selbsthilfe ursprünglich kaum geschieden”.

¹⁰⁶⁴ WIEACKER, *Wurzeln*, p. 875.

¹⁰⁶⁵ WIEACKER, *Wurzeln*, p. 875.

¹⁰⁶⁶ WIEACKER, *Wurzeln*, p. 876.

¹⁰⁶⁷ WIEACKER, *Wurzeln*, p. 876.

¹⁰⁶⁸ WIEACKER, *Wurzeln*, p. 876.

ição do dano com ofensa igual, em favor da medida adequada de punição, ao invés da sanção máxima¹⁰⁶⁹.

A substituição da vingança privada pela proporcionalidade direta do talião também ocorreu na Grécia, onde se fizeram, ademais, progressos bem mais expressivos do que a mutilação reflexa.

. . . – *A retribuição social na Grécia: dos primórdios à metempsicose*

A evolução da justiça vindicativa na Grécia merece abordagem separada. KELSEN observou a seu respeito:

“A lei da retribuição divina é, segundo a crença popular dos gregos, um princípio eterno de ordem cósmica, assegurado por Zeus mesmo. Nesse princípio, expressa-se uma idéia de igualdade; o igual é compensado com o igual, o mal com o mal e o bem com o bem. Conforme a isso, a justiça divina possui um caráter duplo: é simultaneamente castigadora e recompensadora. Mas a ênfase recai no aspecto castigador; isso o prova o fato de que se considera que o conceito de justiça se mantém, e não se suspende, mesmo no caso em que o homem bom tenha que sofrer com o mau, porque está relacionado com este por algum parentesco, por mais que não possa ser em absoluto responsável por essa conexão. É mais importante castigar a pessoa culpável do que livrar o inocente de castigo...”¹⁰⁷⁰.

Na versão das camadas sociais humildes, a retribuição grega primitiva comungava com outras religiões na crença de que a alma dos mortos implementava as sanções contra os injustos¹⁰⁷¹. Tal função “retributiva da alma dos mortos é transferida a divindades centrais”, os deuses

¹⁰⁶⁹ WIEACKER, *Wurzeln*, p. 876.

¹⁰⁷⁰ KELSEN, *Sociedad*, p. 323-324.

¹⁰⁷¹ KELSEN, *Sociedad*, p. 287-289.

olímpicos, em período posterior¹⁰⁷². A retribuição do além deixou de satisfazer as pessoas, quer caísse do alto do Olimpo, quer fosse patrocinada por espíritos dos mortos. A “questão do sofrimento” impulsionou as inquietações da Era Axial nesse particular¹⁰⁷³, como se lê em KELSEN com outras palavras:

“A meta última dos órficos e dos pitagóricos é o estabelecimento de uma teodicéia, o provar a justiça do destino humano. A obtenção dessa meta encontra dois obstáculos: o sofrimento sem culpa e a impunidade do mal. A crença na primeira elimina o segundo; a doutrina da metempsicose, por outro lado, elimina ambos”¹⁰⁷⁴.

A crença grega assemelhou-se então às orientais¹⁰⁷⁵ na afirmação de que o sofrimento presente decorreria da retribuição por culpas pretéritas, assim como as pessoas desonestas hoje impunes não perdem por esperar; as vidas futuras estão aí para isso mesmo¹⁰⁷⁶. KELSEN explica que, por volta dos séculos VII e VI a. C., no início da Era Axial portanto, o papel da alma se transformou, com o triunfo dos deuses olímpicos:

“Originariamente a alma vingadora do morto havia sido o sujeito da retribuição [...]. Mais adiante, durante as revoluções sociais dos séculos VII e VI, foi estabelecida a crença de que a justiça se realizava neste mundo e se tornou cada vez mais forte o desejo de uma justiça compensadora no outro mundo. No curso desse movimento social e religioso, a idéia de alma sofreu mudança radical. A alma se tornou o objeto da retribuição; prolongou a existência da pessoa além da morte, não para castigar ou recompensar os outros, mas para ser ela mesma castigada ou recompensada, seja noutro mundo, ou, depois de renascer, durante uma segunda vida neste”¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷² KELSEN, *Sociedad*, p. 340.

¹⁰⁷³ Cf. o item 6.2.1.2.

¹⁰⁷⁴ KELSEN, *Sociedad*, p. 345.

¹⁰⁷⁵ Cf. o item 19.2.2.

¹⁰⁷⁶ KELSEN, *Sociedad*, p. 345.

¹⁰⁷⁷ KELSEN, *Sociedad*, p. 342.

. . . – *A retribuição social: de Pitágoras a Platão*

A Era Axial confronta as antigas concepções míticas e religiosas com diversos progressos nela iniciados. A idéia de ciência merece destaque entre eles.

A Grécia, por volta do século VI a. C., já vivia o processo que a distinguiu de todas as demais sociedades. O direito finalisticamente limitado sobretudo pelo princípio da isonomia passou a estruturar a *polis*¹⁰⁷⁸. A nova “excelência moral” consistia agora no cumprimento das prescrições jurídicas¹⁰⁷⁹. Os impulsos da Era Axial produziram a indignação ética que culminaria com a crítica dos deuses antigos, em reforço à contestação dos valores aristocráticos da nobreza guerreira, na revolução no domínio jurídico-político. O espírito geral da época também provocou mudanças na concepção do velho princípio da retribuição, submetido agora a refinamentos teóricos aceitos por milhões de pessoas até hoje. A Grécia realiza grandes progressos no campo da filosofia e funda as ciências, como as conhecemos, por volta dessa época¹⁰⁸⁰.

PITÁGORAS, cerca de 582–500 a. C.¹⁰⁸¹, e seus discípulos entraram em cena a defender idéias típicas da transição do pensamento gnóstico para o lógico. Os pitagóricos ligavam as antigas tradições religiosas com o nascente pensamento científico. Tais filósofos imaginaram o universo como sistema no qual combinados o misticismo e a matemática. Essas idéias terão grande importância no desenvolvimento ulterior de nosso tema, pois os pitagóricos descobriram e trataram cientificamente a mai-

¹⁰⁷⁸ Cf. o item 11.2.

¹⁰⁷⁹ Cf. o item 11.2.4.

¹⁰⁸⁰ Para se ter um parâmetro cronológico, recorde-se que a tradição nomina TALES DE MILETO, que “estava no apogeu em 585 a. C.”, como o primeiro filósofo e o primeiro pensador a “receber o nome de sábio”, para se ter um parâmetro cronológico; cf. DIÔGENES LAËRTIOS, *Vidas*, p. 18, e MÁRIO DA GAMA KURY, nesta obra e página, nota 19.

¹⁰⁸¹ MÁRIO DA GAMA KURY, em DIÔGENES LAËRTIOS, *Vidas*, p. 229, nota 556.

oria das proporções de três termos. O saber matemático assim adquirido deu-lhes a primazia na racionalização dos impulsos da justiça vindicativa e da isonomia, com a ajuda do conceito de proporção.

JEAN-FRANÇOIS MATTEI nota que a doutrina pitagórica nos confronta com sistema dual, místico e racional, que transpõe as categorias de um para outro campo sem distingui-los¹⁰⁸². O pensamento da escola pitagórica caracteriza-se por associar elementos do mito aos do *logos*, numa paisagem de transição do pensamento helênico¹⁰⁸³. Os pitagóricos submeteram o impulso da retribuição social pelos mortos da antiga religião grega à crítica da Era Axial. A consciência adquirida naquele período tornou-lhes imperioso aperfeiçoar o princípio da retribuição, pois já estavam evidentes o sofrimento do justo e a impunidade dos iníquos¹⁰⁸⁴. A solução encontrada consistiu no prolongamento do período durante o qual a punição ou a recompensa haveria de ser esperada: antes limitado ao ciclo de uma vida, agora o intervalo abarca infinidade delas. PITÁGORAS e seus discípulos acreditavam na metempsicose como mecanismo capaz de permitir a progressiva purificação da alma¹⁰⁸⁵.

Os pitagóricos, por ato de fé, estenderam a eternidade, a harmonia e a dinâmica do cosmos¹⁰⁸⁶ às almas, herdadas da antiga religião. Atribuí-

¹⁰⁸² MATTEI, *Pythagore*, p. 57.

¹⁰⁸³ Conclusões místicas eram “extraídas” de determinadas relações matemáticas, em raciocínios em que se mesclavam gnose e aritmética – cf. MATTEI, *Pythagore*, p. 103 e segs. A elevação dos números à condição de verdade universal teve implicações de toda a ordem, já que os pitagóricos se subdividiam entre os sebásticos, dedicados às funções religiosas; os teóricos, voltados à pura especulação; os físicos, empenhados no estudo da natureza; e os políticos, encarregados das questões sociais – cf. MATTEI, *Pythagore*, p. 25.

¹⁰⁸⁴ KELSEN, *Sociedad*, p. 288–289: “É certo que a religião do Zeus olímpico, como credo de classe superior, havia vencido os espíritos, demônios e deidades telúricas da religião mais antiga; mas nunca logrou suprimir de todo essa crença. Foi provavelmente a dita crença emergente de uma camada religiosa inferior a que influiu fortemente nas doutrinas místicas dos órficos e pitagóricos, que aparecem nos Séculos VII e VI, como também nos mistérios eleusinos”.

¹⁰⁸⁵ PICHOT, *Science*, p. 140.

¹⁰⁸⁶ MATTEI, *Pythagore*, p. 115 – 116: “ordem e beleza”.

ram-lhes, no entanto, nova função, pois as almas passaram a receber – e não mais administrar – prêmios e castigos. Acreditaram que as almas, à semelhança dos corpos celestes, também apresentariam ciclos ou eternos retornos¹⁰⁸⁷. Supuseram que o universo e a alma se regeriam por único princípio de justiça, pois compartilhariam da harmonia e dinâmica cósmicas¹⁰⁸⁸. Transpuseram, assim, elementos místicos para a racionalidade, ou passaram da retribuição social para a ciência. SÓCRATES, referindo-se expressamente aos “sábios pitagóricos”, recorda que o céu e a Terra, homens e deuses seriam ligados uns aos outros por uma comunidade de “amizade, sabedoria e espírito de justiça”, “razão pela qual o universo foi chamado de *cósmos* (ordem) e não *acosmíon* (desordem)”¹⁰⁸⁹. O saber seria a forma de purificação do ser humano. Não se fala aqui de um conhecimento qualquer, mas de saber a “verdade-pureza eterna”, apartada de tudo, com aura sobrenatural e similar ao *logos* de HERÁCLITO¹⁰⁹⁰. PICHOT assinala a íntima vinculação entre o saber e a metempsicose pitagóricos: o conhecimento seria o método para alcançar a finalidade mística de evitar sucessivas reencarnações rumo à pureza e de isentar o sábio das penas da retribuição castigadora¹⁰⁹¹. Em ambos os casos, existiria uma verdade eterna e acessível à alma¹⁰⁹². Essa estrutura do Pitagorismo possui, evidentemente, muitos pontos de contato com o Bramanismo, notadamente nas reencarnações, findáveis apenas com a obtenção de saber especial.

A natureza do conhecimento necessário à superação dos ciclos de reencarnações exhibe, contudo, radicais diferenças entre ambos os pensamentos. Os brâmanes pregam o caráter ilusório do que denominamos realidade e, por isso, advogam a suspensão das meras aparências mundanas, de modo a permitir que o homem comungue com o Eu univer-

¹⁰⁸⁷ MATTEI, *Pythagore*, p. 116.

¹⁰⁸⁸ MATTEI, *Pythagore*, p. 116.

¹⁰⁸⁹ PLATÃO, *Górgias*, 493 a, *apud* MATTEI, *Pythagore*, p. 116.

¹⁰⁹⁰ PICHOT, *Science*, p. 140.

¹⁰⁹¹ PICHOT, *Science*, p. 131.

¹⁰⁹² PICHOT, *Science*, p. 131.

sal¹⁰⁹³. Os pitagóricos, em contrapartida, afirmavam ocidentalmente tanto a verdade do universo quanto a possibilidade de conhecê-lo¹⁰⁹⁴.

Os pitagóricos não se notabilizaram no Ocidente por sua mística, mas pelo nascimento da ciência matemática sistemática¹⁰⁹⁵, como se vê no Teorema de Pitágoras, entre tantos exemplos. A escola mencionada transitou do conhecimento agregativo ou fragmentado das antigas culturas superiores, expresso em tabelas mesopotâmicas ou nos exemplos egípcios transpostos de um caso para outro¹⁰⁹⁶, para a ciência estruturada com exigências de demonstrações racionais e articulação das proposições. A escola pitagórica pensou a matemática em termos abstratos, “como aproximação de uma verdade transcendente e mística”¹⁰⁹⁷, destinada a atingir a verdade-pureza, diversa mas regente do mundo natural¹⁰⁹⁸. E aí se nota o mencionado intercâmbio entre conteúdos gnósticos¹⁰⁹⁹ e científicos.

A dedicação pitagórica à matemática – *máthema*, o “conhecimento verdadeiro”¹¹⁰⁰ – tornou-lhes natural a associação desse saber aos dogmas religiosos que cultivavam. Esses filósofos defenderam concepção “aritmósófica” do universo¹¹⁰¹, porque impressionados pelas regularidades matemáticas confirmadas na aritmética, na geometria e na música. Segundo ARISTÓTELES, “eles supunham que os elementos dos números eram os elementos de todas as coisas”¹¹⁰²; “o número seria a substância

¹⁰⁹³ Cf. o item 19.2.2.

¹⁰⁹⁴ Cf. a nota 858.

¹⁰⁹⁵ Cf. o item 6.3.3.

¹⁰⁹⁶ BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 134-135.

¹⁰⁹⁷ PICHOT, *Science*, p. 141: “... comme approche d’une vérité transcendente et mystique”.

¹⁰⁹⁸ PICHOT, *Science*, p. 141.

¹⁰⁹⁹ Cf. a nota 130.

¹¹⁰⁰ MATTEI, *Pythagore*, p. 25.

¹¹⁰¹ MATTEI, *Pythagore*, p. 57: “arithmosofique”.

¹¹⁰² ARISTÓTELES, *Metaphysics*, p. 504, 986 a: “... they supposed the elements of numbers to be the elements of all things ...”.

de todas as coisas”¹¹⁰³; “esses pensadores identificam o número com coisas reais; em alguma medida, eles aplicam suas proposições aos corpos como se eles consistissem nesses números”¹¹⁰⁴ ou em “espécies de causas das coisas existentes”¹¹⁰⁵. A purificação do ser humano passou, então, a depender do conhecimento da “verdade-pureza, assimilada aos números, que comandam todo o universo, tendo um nível de existência sobrenatural”¹¹⁰⁶. “Assim como a alma é distinta do corpo e eterna”, a verdade aritmética se separa das coisas medidas pelos números¹¹⁰⁷. Donde a conclusão de MATTEI:

“Parece, pois, fora de dúvida que a intuição essencial do pitagorismo reside na afirmação de que os números [...] possuem uma força ordenadora imanente que permite assegurar o elo entre a matemática e a física ou, se se preferir, entre aquelas duas formas de racionalidade que se denominarão mais tarde de princípio da identidade e princípio da causalidade: a relação *analítica* de identidade não é distinguida da relação *sintética* de causalidade”¹¹⁰⁸.

A idéia de harmonia universal advinda do princípio social da retribuição recebeu novas bases com a observação metódica do cosmos e com a matemática pitagóricas. Isso reforçou, em contrapartida, a idéia

¹¹⁰³ ARISTÓTELES, *Metaphysics*, p. 504, 987 a: ‘... number was the substance of all things...’.

¹¹⁰⁴ ARISTÓTELES, *Metaphysics*, p. 615, 1083b [15]: “... the thinkers [Pythagorean] identify number with real things; at any rate they apply their propositions to bodies as if they consisted of those numbers”]

¹¹⁰⁵ ARISTÓTELES, *Metaphysics*, p. 622, 1090 a: “... sort of cause for existing things”.

¹¹⁰⁶ PICHOT, *Science*, p. 140: “Cette vérité-pureté est assimilée aux nombres, qui commandent à l’univers tout en ayant un niveau d’existence sur-naturel”.

¹¹⁰⁷ PICHOT, *Science*, p. 140: “... car la vérité-pureté est séparée des choses (comme l’âme est distincte du corps et éternelle)”.

¹¹⁰⁸ MATTEI, *Pythagore*, p. 103: “Il paraît donc hors de doute que l’intuition essentielle du pythagorisme tient à l’affirmation que les nombres [...] possèdent une force ordonnatrice immanente qui permet d’assurer le lien entre la mathématique et la physique ou, si l’on préfère, entre ces deux formes de rationalité que l’on nommera plus tard principe d’identité et principe de causalité: la *relation analytique* d’identité n’est pas ici distinguée de la *relation synthétique* de causalité”.

de que o ato injusto romperia o equilíbrio cósmico, cujo restabelecimento se faria mediante a imposição de pena. O Pitagorismo fechou, assim, o círculo que tanto o fascinava. A justiça vindicativa, que exigiria a pena para recompor o equilíbrio desfeito com o ato antiético, produziu a idéia astronômica de harmonia universal, confirmada pela observação metódica do cosmos e pelo estudo da matemática. Tais conhecimentos científicos realimentariam a teoria social, sob a forma de modelo de justiça racionalizado e com forte acento na proporcionalidade matemática, transplantada para a ética.

A proporção assumiu enorme importância para os pitagóricos, pois sua aplicação às figuras geométricas permitiria tocar na suposta prova material da correção da tese do universo aritmosófico¹¹⁰⁹. A correção dos cálculos de proporção, atestada em objetos concretos e nas notas musicais, confirmariam suas teses. Claro que aí se registra transposição de motivos matemáticos para temas místicos, em procedimento sinepeicamente inadmissível¹¹¹⁰. Mas isso não está agora em causa. Se as medidas dos objetos assim como as notas musicais confirmavam a proporção matemática, então podiam prosseguir no saber tal como haviam imaginado até ali.

PITÁGORAS teria descoberto três das onze espécies de proporcionalidade entre três termos, por cujo meio se determina o quarto deles¹¹¹¹. A proporcionalidade aritmética possui o seguinte enunciado: $a - b = b - c$, isto é, o primeiro termo supera o segundo na mesma quantidade em que o segundo supera o terceiro. A proporcionalidade geométrica assim se estrutura: $a/b = b/c$, ou seja, a razão entre o primeiro e o segundo termos equivale à razão entre o segundo e o terceiro. A proporcionalidade dita harmônica, porque descoberta na música, obedece à fórmula: $a = b + a/n$; $b = c + c/n$, quer dizer, a fração em que o pri-

¹¹⁰⁹ PICHOT, *Science*, p. 189.

¹¹¹⁰ Cf., por exemplo, a nota 842.

¹¹¹¹ PICHOT, *Science*, p. 142, embora as duas primeiras espécies já fossem praticadas no Egito e Mesopotâmia de modo empírico.

meiro termo supera o segundo é igual àquela em que o segundo ultrapassa o terceiro termo¹¹¹². Os discípulos de PITÁGORAS estabeleceram as oito restantes proporções entre dois termos, permitindo a EUCLIDES definir: “denominemos *proporcionais* as grandezas que tenham a mesma razão”¹¹¹³.

Podemos saber o que os pitagóricos pensavam a propósito da justiça lendo ARISTÓTELES: “algumas pessoas pensam que a reciprocidade é justa de maneira irrestrita, como dizem os pitagóricos, que definem a justiça irrestrita como reciprocidade”¹¹¹⁴. A reciprocidade pregada pelos pitagóricos consistiria em que “o justo para Radamantis [“um dos juízes dos mortos na mitologia grega”¹¹¹⁵] tem este significado: ‘se alguém sofrer o mesmo que infligi, então teremos a justiça feita’”¹¹¹⁶.

A idéia matemática de grandezas diretamente proporcionais permitiu abstrair-se a retribuição social de seu antigo fundo religioso. A construção girava em torno do algarismo 5, dotado de implicações na cosmologia pitagórica e relacionado a episódios mitológicos¹¹¹⁷. O algarismo 5 regeria o eterno retorno das almas, a rotação do pentagrama estelar do cosmos e o ciclo harmônico das quintas da música¹¹¹⁸. Isso levou os pitagóricos a afirmar que a suposta justiça universal, regente de almas e do cosmos, se estabeleceria em torno do algarismo 5. E por que 5? A explicação se faz com recurso à imagem da balança¹¹¹⁹. Sobre um dos pratos, colocam-se os números mais leves (1 + 2 + 3 + 4); no outro, os mais pesados (6 + 7 + 8 + 9). E por que o intervalo entre 0 e 9? Porque a matemática ocidental, desde então, opera em base decimal, enquanto

¹¹¹² PICHOT, *Science*, p. 143.

¹¹¹³ EUCLIDES, *Elements*, Livro V, definições 6, p. 81: “let magnitudes which have the same ratio be called *proportional*”.

¹¹¹⁴ ARISTÓTELES, *Ética*, 1132 b, p. 99.

¹¹¹⁵ Nota de MÁRIO DA GAMA KURY, *Ética a Nicômacos*, p. 219.

¹¹¹⁶ ARISTÓTELES, *Ética*, 1132 b, p. 99.

¹¹¹⁷ MATTEI, *Pythagore*, p. 112 e segs

¹¹¹⁸ MATTEI, *Pythagore*, p. 114.

¹¹¹⁹ MATTEI, *Pythagore*, p. 117.

a caldéia, por exemplo, era sexagesimal¹¹²⁰. É a diferença entre os nossos sistemas métrico e horário. Retomando a explicação,

“... o 5, gládio ou malho imóvel da justiça, restabelece o equilíbrio subtraindo dos números maiores sua própria potência e distribuindo o resto na proporção da sua força aos números menores: $9 - 5 = 4$, atribuído a 1; $8 - 5 = 3$, atribuído a 2; $7 - 5 = 2$, atribuído a 3; $6 - 5 = 1$, atribuído a 4, o que reconduz cada operação à média 5. Compreende-se que para Nicômaco assim como para Ps. Jâmblico, a Pentade seja denominada ‘Justiça (*Dike* e *Dikaíosine*), ‘Justiça distributiva’ (*Némesis*) ou ainda ‘aquela que ocupa o céu’”¹¹²¹.

Eis aí a primeira notação matemática do princípio da retribuição social, transformado em critério de justiça abstrato: o justo seria uma igualdade entre termos. O resultado está de acordo, aliás, com a concepção grega inicial de que se atinge o justo, se se divide algo ao meio entre duas partes¹¹²².

PLATÃO, posteriormente, chamaria de “igualdade geométrica” o princípio único de justiça, supostamente a presidir o cosmos e o julgamento das almas, a exigir a preservação de um equilíbrio universal¹¹²³.

¹¹²⁰ MATTEI, *Pythagore*, p. 59. Claro que também essa escolha se insere no contexto geral da filosofia ora referida: mistura de misticismo com facilidade teórica para as operações em base decimal.

¹¹²¹ MATTEI, *Pythagore*, p. 117: “... le 5, glaive ou fléau immobile de la justice, rétablit l’équilibre en soustrayant aux nombres les plus grandes sa propre puissance et en distribuant le reste en proportion de leur force, aux plus petits nombres: $9 - 5 = 4$, attribué à 1; $8 - 5 = 3$, attribué à 2; $7 - 5 = 2$, attribué à 3; $6 - 5 = 1$, attribué à 4, ce que redonne à chaque opération la moyenne 5. On comprend que chez Nicomaque comme chez le Ps. Jamblique, la Pentade soit nommé ‘Justice’ (*Dike* et *Dikaíosine*), ‘Justice distributive’ (*Némesis*), ou encore ‘Celle que occupe le Ciel’”.

¹¹²² Cf. as notas 1129 e 1130.

¹¹²³ *Apud* MATTEI, *Pythagore*, p. 116. PLATÃO, não de todo alheio ao misticismo dos pitagóricos, herdou-lhes o termo proporcionalidade, embora o tenha empregado em acepção diversa, que corresponde ao sentido que atribuímos hoje ao termo jurídico *analogia*. Proporcionalidade em Grego era designada pela palavra *analogia*, isto é, identidade de razões – cf. ABBAGNANO, *Diccionario*, p. 67; FERRATER

MORA, *Diccionario*, vol. 1, p. 100; e REGENBOGEN e MEYER, *Wörterbuch*, p. 32-34. PLATÃO usa o termo *analogia* no sentido de comparação de dois objetos, mediante o destaque de algumas de suas características. Assim, na *República*, Livro VI, 508, compara o bem com o Sol, na medida em que a primeira idéia desempenharia no mundo inteligível o mesmo papel que o astro representaria no mundo sensível. Também naquele diálogo, *Republic*, VII, 534-536, p. 398, correlaciona suas quatro formas de conhecimento em pares, para “assim formar uma proporção”:: “em alguma medida, nós estamos satisfeitos [...] em ter quatro divisões; duas para o intelecto e duas para a opinião, e em denominar a primeira divisão ciência, a segunda compreensão, a terceira crença e a quarta percepção das sombras, de forma que a opinião seja relacionada com o tornar-se e o intelecto com o ser; e assim formar uma proporção: *assim como o ser está para o tornar-se, o intelecto puro está para a opinião. E o intelecto está para a opinião, assim como a ciência está para a crença, e a compreensão para a percepção das sombras*” (“At any rate, we are satisfied [...] to have four divisions; two for the intellect and two for opinion, and to call the first division science, the second understanding, the third belief, and the fourth perception of the shadows, opinion being concerned with becoming, and intellect with being; and so to make a proportion: *As being is to becoming, so is pure intellect to opinion. And as intellect is to opinion, so is science to belief, and understanding to the perception of the shadows*”). Especialmente em *Timaeus*, 31 a 32, p. 448, fica transparente a alteração de acepção do termo proporcionalidade. PLATÃO transita do sentido matemático de identidade de relações para a nossa idéia de similitude de relações, com o auxílio da mística aritmética pitagórica. Deus teria constituído o universo de fogo e terra, no início da criação. “Mas, como duas coisas não podem ser unidas corretamente sem uma terceira, deve existir um elo entre ambas; [...] e a proporção é o melhor adaptado para efetivar essa união” (“But two things cannot be put rightly together without a third; there must be some bond of union between them; [...] and proportion is best adapted to effect such a union”). Lê-se ainda em *Timaeus*, 31 a 32, p. 448: “Deus colocou água e ar no meio de fogo e terra, e os fez ter a mesma proporção, tanto quanto foi possível (assim como o fogo está para o ar, o ar está para a água; assim como o ar está para a água, a água está para a terra) (“God placed water and air in the mean between fire and earth, and made them to have the same proportion so far as was possible (as fire is to air so is air to water, and as air is to water so is water to earth)”). Essa ponte mística permitiu a PLATÃO transitar da analogia ou da proporção “quantitativa” para a “topológica”, nas palavras de FERRATER MORA, *Diccionario*, p. 99. A proporcionalidade passou a desempenhar a função de figura tópica de similitude e não mais uma relação de identidade matemática. MONDOLFO, *Pensamento*, vol. 1, p. 275, indica-nos outro exemplo específico em PLATÃO, *Republic*, IV, 420-421, p. 342: “... nosso objetivo ao fundar o Estado não era a felicidade desproporcional de nenhuma classe, mas a maior felicidade do todo. [...]. E, assim, todo o Estado crescerá em ordem nobre e as diversas classes receberão a proporção de felicidade que a natureza lhes designar” “... our aim in founding the State was not the disproportionate happiness of any one class, but the greatest happiness of the

Exotismo tudo isso? Talvez. Mas, o fato é que ainda vivemos na tentativa de chegar à harmonia no mundo jurídico com base na idéia de proporcionalidade. E ninguém no mundo ocidental curiosamente vê nisso algo digno de espanto. Desde os pitagóricos, pensamos a justiça em termos de proporção entre dois termos, isto é, do estabelecimento das relações corretas entre “grandezas de mesma razão”. Tentamos racionalizar o que nos parece caótico¹¹²⁴.

11.4 – A concepção geral de justiça em ARISTÓTELES e suas três modalidades

ARISTÓTELES transpôs o conceito de proporção para a *Ética a Nicômacos*¹¹²⁵. O filósofo partiu do suposto de que a proporção – identidade de razões – seria o ideal no campo ético: “com vistas à justiça e à injustiça, devemos indagar quais são as espécies de ações com as quais elas se relacionam, que espécie de meio termo é a justiça, e entre que extre-

whole; we thought in a State which is ordered with a view to the good of whole. [...]. And thus the whole State will grow up in a noble order, and the several classes will receive the proportion of happiness which nature assigns to them”).

¹¹²⁴ Nossa fidelidade ao pensamento originado na Grécia e o retorno da abstração matemática à fonte social podem ser vistos nos pitagóricos tardios. ARQUITAS, *apud* MONDOLFO, *Pensamento*, vol. 1, p. 75-76, pondera: “devemos, de fato, adquirir conhecimento aprendendo com os outros ou procurando nós mesmos [...]; entretanto, é fácil aprender, investigando, mas, para quem não sabe procurar, é impossível. Encontrada a razão, esta faz cessar a rebelião, e aumenta a concórdia, pois não é possível competição, quando aquela existe e a igualdade reina; por seu intermédio, podemos reconciliar-nos nos nossos vínculos sociais. Por ela, os pobres recebem dos poderosos e os ricos dão aos necessitados, confiando ambos nela para receberem depois o igual. Regra e obstáculo dos injustos, obriga à desistência aqueles que sabem refletir antes de cometerem injustiça, persuadindo-os a não permanecerem omissos quando voltarem ao mesmo lugar; e aos que não sabem, revelando-lhes a sua injustiça no momento de a cometerem, impedindo-os, assim, de praticá-la”.

¹¹²⁵ Também empregou o termo *analogia* no sentido de igualdade de relações na metafísica e na biologia – cf. ABBAGNANO, *Dicionário*, p. 67 e 68 para as indicações.

mos o ato justo é o meio termo”¹¹²⁶. Longe de constituir conduta neutra – aliás, uma impossibilidade hermenêutica –, a opção de aprofundar a transposição pitagórica do conceito matemático para a moral derivou da tendência conservadora do filósofo. Essa característica pode ter explicação em sua biografia, pois o Império Macedônico o considerava pessoa de alta confiança. ADOMEIT nota: “para adquirir essa posição e conservá-la, deve-se dominar a arte do equilíbrio – também no pensar!”¹¹²⁷.

ARISTÓTELES distinguiu dois gêneros de justiça. Ambos os gêneros, com suas três espécies, incorporariam e superariam todas as noções precedentemente examinadas no pensamento grego.

ARISTÓTELES herdou dos tempos de HESÍODO a noção do justo como *dike*¹¹²⁸, isto é, o sentido de igualdade: “o igual é o meio termo entre a linha maior e a menor de acordo com a proporção aritmética. Esta é a origem da palavra *dikaion* (= justo); ela quer dizer *dikha* (= dividida ao meio), como se se devesse entender esta última palavra no sentido de *dikaion*”¹¹²⁹. O filósofo registra o sentimento coletivo grego: “se as pessoas recebem o meio termo, obtêm o que é justo”¹¹³⁰. A justiça aristotélica guarda, ainda, o sentido de medida, de moderação, oriundo da filosofia de SÓLON¹¹³¹, pois “a lei determina igualmente que ajamos como agem os homens corajosos (ou seja, que não desertemos de nosso posto, nem fujamos, nem nos desvencilhemos de nossas armas), e como os homens moderados (ou seja, que não cometamos o adultério nem ultrajes), e como homens amáveis (ou seja, que não agridamos os outros, nem falemos mal deles)”¹¹³². A associação entre a isonomia e o res-

¹¹²⁶ ARISTÓTELES, *Ética*, 1128 b, p. 92.

¹¹²⁷ *Filosofia*, p. 127. Outros trechos no mesmo sentido, podem ser lidos nas pp. 117, 118 e 123, por exemplo.

¹¹²⁸ Cf. o item 11.2.1.

¹¹²⁹ ARISTÓTELES, *Ética*, 1132 a, p. 98.

¹¹³⁰ ARISTÓTELES, *Ética*, 1132 a, p. 98.

¹¹³¹ Cf. o item 11.2.2.

¹¹³² ARISTÓTELES, *Ética*, 1129 b, p. 92-93.

peito ao direito ínsito à excelência moral que integra o conceito aristotélico de justo descende em linha direta da *dykaiosine* da *polis*¹¹³³.

ARISTÓTELES definiu a justiça geral como excelência moral, em que sintetiza as concepções antecedentes de justiça, pois se compõe da isonomia da *dykaiosine*, garantida pelo meio termo¹¹³⁴; da medida de SÓLON, cognoscível por meio do *logos*¹¹³⁵, e da interdição do excesso de HESÍODO¹¹³⁶:

“A excelência moral, então, é uma disposição da alma relacionada com a escolha de ações e emoções, disposição essa consistente num meio termo (o meio termo relativo a nós) determinado pela razão (a razão graças à qual um homem dotado de discernimento o determinaria). Trata-se de um estado intermediário, porque nas várias formas de deficiência moral há falta ou excesso do que é conveniente tanto nas emoções quanto nas ações, enquanto a excelência moral encontra e prefere o meio termo”¹¹³⁷.

A multivocidade da excelência moral fez com que ARISTÓTELES, como era de seu feitio, dissecasse seus “atributos”¹¹³⁸, em dois gêneros: a justiça distributiva e a corretiva. A justiça corretiva divide-se em vindicativa e em comutativa. O modo por que pensadas as definições dessas justiças revela a evidente influência do pitagorismo na associação de categorias éticas a matemáticas¹¹³⁹. Mais precisamente, a justiça distributiva seria uma proporcionalidade geométrica, ao passo que a justiça comutativa seria da aritmética.

¹¹³³ Cf. o item 11.2.3.

¹¹³⁴ Cf. o item 11.2.3.

¹¹³⁵ Cf. os itens 11.1 e 11.2.2.

¹¹³⁶ Cf. o item 11.2.1.

¹¹³⁷ ARISTÓTELES, *Ética*, 1106 b, p. 42.

¹¹³⁸ ARISTÓTELES, *Ética*, 1130 b, p. 94.

¹¹³⁹ Cf. o item 11.3.3.

11.5 – A justiça corretiva aristotélica

ARISTÓTELES aperfeiçoa a idéia dos pitagóricos, que associaram a justiça à igualdade matemática. Deve-se retribuir o bem ou o mal que nos foi causado em igual medida.

A justiça corretiva, lê-se em ARISTÓTELES, “é de fato uma espécie de igualdade, e a injustiça nessas relações é uma espécie de desigualdade, mas não conforme a espécie de proporção mencionada acima [a geométrica], e sim conforme a proporção aritmética”¹¹⁴⁰. O aprimoramento da idéia consiste em não mais trabalhar com médias místico-aritméticas¹¹⁴¹, mas em correlacionar elementos da relação jurídica na mais elementar forma de proporção aritmética. Os termos dessa equação – isto é, igualdade – são ambos os sujeitos de direito e as correspondentes vantagens a repartir. Ao contrário da justiça distributiva, em que se indaga das qualidades dos envolvidos,

“é irrelevante se uma pessoa boa lesa uma pessoa má, ou se uma pessoa má lesa uma pessoa boa, ou se é uma pessoa boa ou má que comete adultério; a lei contempla somente o aspecto distintivo da justiça, e trata as partes como iguais, perguntando somente se uma das partes cometeu e a outra sofreu a injustiça, e se uma infligiu e a outra sofreu um dano”¹¹⁴².

A solução para similar estado de injustiça é a seguinte:

¹¹⁴⁰ Prefere-se a expressão “justiça corretiva”, em detrimento da justiça comutativa mais corrente, por diversos motivos. O primeiro deles parece a fidelidade ao original, pois a nomenclatura grega de ARISTÓTELES é “diakoion diorthotikon”, lê-se em BÖCKENFÖRDE, *Geschichte*, p. 113. A idéia de comutatividade, ademais, não se aplica à justiça vindicativa, mas apenas à que preside as trocas, como se vê, por exemplo, em HOUAISS, *Dicionário*, p. 782, já que comutar significa trocar, permutar, substituir, transformar. A tradução de MÁRIO DA GAMA KURY da *Ética a Nicômacos*, p. 97, prestigia o ponto de vista aqui defendido: “a espécie restante de justiça é a corretiva, que tanto se manifesta nas relações voluntárias quanto nas involuntárias”.

¹¹⁴¹ Cf. a nota 1121.

¹¹⁴² ARISTÓTELES, *Ética*, 1131 b - 1132 a, p. 97.

“... sendo portanto esta espécie de injustiça uma desigualdade, o juiz tenta restabelecer a igualdade, pois também no caso em que a pessoa é ferida e a outra fere, ou uma pessoa mata e a outra é morta, o sofrimento e a ação estão mal distribuídos, e o juiz tenta igualizar as coisas por meio da penalidade, subtraindo do ofensor o excesso do ganho. [...]. O juiz então restabelece a igualdade; as coisas se passam como se houvesse uma linha dividida em dois segmentos desiguais, e o juiz subtraísse a parte que faz com que o segmento maior exceda a metade, e a acrescenta ao segmento menor. Quando o todo houver sido afinal dividido igualmente, então as partes litigantes dirão que têm aquilo que lhes pertence [...]”¹¹⁴³.

11.6 – A quarta fonte: a justiça corretiva vindicativa aristotélica

A justiça corretiva vindicativa aristotélica consiste, pois, no normal dos casos em retribuir ao agressor, em igual medida, o dano que nos causou.

O próprio ARISTÓTELES reconhece, em parte, que “igualizar as coisas por meio da penalidade, subtraindo do ofensor o excesso de ganho” não chega a ser um proveito para o ofendido. “O termo ‘ganho’ se aplica geralmente a tais casos [de justiça corretiva], ainda que ele não seja um termo apropriado em certos casos – por exemplo, no caso da pessoa que fere – e ‘perda’ se aplica à vítima; de qualquer forma, uma vez estimado o dano, um resultado é chamado ‘perda’ e o outro é chamado ‘ganho’”¹¹⁴⁴.

ARISTÓTELES rompe a unidade do conceito, ao afirmar que “algumas pessoas pensam que a reciprocidade é justa de maneira irrestrita, como dizem os pitagóricos, que definem a justiça irrestrita como reci-

¹¹⁴³ ARISTÓTELES, *Ética*, 1132 a, p. 97-98.

¹¹⁴⁴ ARISTÓTELES, *Ética*, 1132 a, p. 97.

procidade”¹¹⁴⁵. A justiça corretiva divergiria da reciprocidade em certos casos: “se uma autoridade fere uma pessoa qualquer, tal autoridade não deve ser ferida pela pessoa em retaliação; se, porém, uma pessoa qualquer fere uma autoridade, deve ser não somente ferida, mas também punida”¹¹⁴⁶.

O enorme poder da retribuição social força o filósofo a uma justificativa bastante emocional num quadro de ética *more geometrico*: “as pessoas procuram retribuir o mal com o mal (se não podem agir desta maneira elas se sentem como se fossem escravos)”¹¹⁴⁷.

11.7 – A quinta fonte: a justiça corretiva comutativa aristotélica

Seria enganoso, porém, supor que a justiça corretiva esteja adstrita ao que hoje se chama de atos ilícitos. O conceito era mais lato e abrangia a idéia de sinalagma contratual: “os termos ‘perda’ e ‘ganho’ nestes casos procedem das operações de troca voluntária [...], nas compras e vendas que a lei deixa à discrição das partes”¹¹⁴⁸.

Os conceitos de perda e de ganho, um pouco forçados na justiça vindicativa, encontram aqui seu lugar natural. ARISTÓTELES pondera que “os termos ‘perda e ganho’ [...] procedem das operações de troca voluntária; com efeito, para cada pessoa passar a ter mais do que aquilo que lhe pertencia se chama ganhar, e passar a ter menos do que seu quinhão original se chama perder”¹¹⁴⁹. O ideal de justiça estaria alcançado “quando, porém, as pessoas não saem nem com mais nem com me-

¹¹⁴⁵ ARISTÓTELES, *Ética*, 1132 b, p. 98.

¹¹⁴⁶ ARISTÓTELES, *Ética*, 1132 b, p. 98.

¹¹⁴⁷ ARISTÓTELES, *Ética*, 1132 b, p. 98.

¹¹⁴⁸ ARISTÓTELES, *Ética*, 1132 b, p. 98. Para o “dar a cada um o que é seu” das *Institutas*, I, I, I, como outro reflexo da proporcionalidade jusnaturalista no direito romano, cf. XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 1.

¹¹⁴⁹ ARISTÓTELES, *Ética*, 1132b, p. 98.

nos do que tinham, mas apenas com o que já lhes pertencia, elas dizem que têm o que é seu, e que nem perderam nem ganharam”¹¹⁵⁰.

“A justiça comutativa das relações sinalagmáticas simples”, nota WIEACKER, “tem expressões nas idéias antigas do justo preço, da *laesio enormis*”, na proibição da usura com base na “desproporção objetiva das prestações” e na “condição básica” de que “ninguém pode se enriquecer à custa de outrem sem causa jurídica”¹¹⁵¹.

11.8 – A sexta fonte: justiça distributiva aristotélica

A justiça distributiva remonta a antiga tradição no pensamento grego iniciada por ANAXIMANDRO e que atingiu seu apogeu com ARISTÓTELES.

WIEACKER observa que a justiça distributiva exerceria a mais forte influência na proporcionalidade atual¹¹⁵². E, de fato, eis aqui a fonte mais importante no conceito moderno de proporcionalidade, ao lado da vinculação teleológica do direito. Essa idéia, sob a forma estoíca, atingiu o direito romano, como se lê em ULPIANO, no *ius suum cuique tribuere*¹¹⁵³.

A justiça distributiva haveria de prevalecer “na distribuição de funções elevadas de governo, ou de dinheiro, ou das outras coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade, pois em tais coisas uma pessoa pode ter uma participação desigual ou igual à de outra pessoa”¹¹⁵⁴. Em se tratando de distribuir benefícios, ARISTÓTELES afirma que a justiça se estabelece quando, à luz do critério do mérito de cada um, “a pessoa está disposta a não dar demais a si mesma e muito pouco à outra pessoa

¹¹⁵⁰ ARISTÓTELES, *Ética*, 1132b, p. 98.

¹¹⁵¹ WIEACKER, *Wurzel*, p. 877.

¹¹⁵² WIEACKER, *Wurzeln*, p. 876.

¹¹⁵³ *Digesto* 1,1,1 § 1, e WIEACKER, *Wurzeln*, p. 876-877.

¹¹⁵⁴ ARISTÓTELES, *Ética*, 1131 a, p. 95.

do que é desejável, e muito pouco a si mesma e demais à outra pessoa do que é nocivo”¹¹⁵⁵:

“O justo, portanto, pressupõe no mínimo quatro elementos, pois as pessoas para as quais ele é de fato justo são duas, e as coisas nas quais ele se manifesta – os objetos distribuídos – são também duas. E a mesma igualdade existirá entre as pessoas e as coisas envolvidas, pois da mesma forma que as últimas – as coisas envolvidas – são relacionadas entre si, as primeiras também o são; se as pessoas não forem iguais, elas não terão uma participação igual nas coisas, isto é a origem de querelas e queixas (quando pessoas iguais têm e recebem quinhões desiguais, ou pessoas desiguais recebem quinhões iguais). [...].

O justo é, então, uma das espécies do gênero ‘proporcional’ (a proporcionalidade não é uma propriedade apenas das quantidades numéricas e sim da quantidade em geral). Com efeito, a proporção é uma igualdade de razões, envolvendo no mínimo quatro elementos [...]; o justo envolve também quatro elementos no mínimo, e a razão entre um par de elementos é igual à razão existente entre o outro par, pois há uma distinção equivalente entre as pessoas e as coisas. [...] Os matemáticos chamam esta espécie de proporção geométrica [...]”¹¹⁵⁶.

ARISTÓTELES anteviu que a dificuldade da justiça distributiva não estava em sua formulação proporcional, mas no critério a informar essa espécie de equação matemática: “todas as pessoas concordam em que o justo em termos de distribuição deve sê-lo ‘de acordo com o mérito de cada uma’; de fato, todas as pessoas concordam em que o que é justo em termos de distribuição deve sê-lo de acordo com o mérito em certo sentido, embora nem todos indiquem a mesma espécie de mérito”¹¹⁵⁷. De todo modo, quando se trata da justiça distributiva, eis a máxima a-

¹¹⁵⁵ ARISTÓTELES, *Ética*, 1133 b, p. 101.

¹¹⁵⁶ ARISTÓTELES, *Ética*, 1131 a - 11331 b, p. 96-97.

¹¹⁵⁷ ARISTÓTELES, *Ética*, 1131 a, p. 96.

ristotélica: “o justo nesta acepção é portanto o proporcional, e o injusto é o que viola a proporcionalidade”¹¹⁵⁸.

A proporção geométrica estaria no centro da concepção da proporcionalidade como ocorre na fixação da pena segundo múltiplos fatores ou na administração interventiva ou de prestações, quando em causa a ponderação de vários critérios atinentes a várias pessoas¹¹⁵⁹. “As proporções justas de direitos e ônus, entre o ato ilícito e a compensação de danos e o postulado a proporcionalidade já estão necessariamente incluídos, na concepção de que a tarefa característica da justiça seria a distribuição do quinhão de cada um segundo o *status*, produção, mérito ou culpa”¹¹⁶⁰. WIEACKER conclui:

“Em ambos os aspectos da justiça distributiva, o princípio da proporcionalidade encontra [...] sua última justificação no fato de que uma proporção necessária e geral, determinada caso a caso, entre situação de fato e conseqüência jurídica, situação e remédio, ato e punição já se segue do princípio da igualdade, que, por sua vez, se fundamenta na essência da própria norma jurídica como uma regra *geral*”¹¹⁶¹.

Decorridos cerca de 1.400 anos desde então, CHAÏM PERELMAN provaria a vitalidade dessa concepção de justiça, ao aplicar sua essência a

¹¹⁵⁸ ARISTÓTELES, *Ética*, 1131b, p. 97.

¹¹⁵⁹ WIEACKER, *Wurzeln*, p. 877.

¹¹⁶⁰ WIEACKER, *Wurzeln*, p. 877: “In der Vorstellung auszeichnende Aufgabe der Gerechtigkeit sei die Zuteilung des einem jeden nach Status, Leistung, Verdienst oder Schuld Zukommenden, waren aber auch notwendig die richtigen Proportionen von Rechten und Lasten, Unrecht und Schadenausgleich und damit das Postulat der Verhältnismäßigkeit eingeschlossen”.

¹¹⁶¹ WIEACKER, *Wurzeln*, p. 877: “In beiden Aspekten der distributiven Gerechtigkeit findet das Verhältnismäßigkeitsprinzip [...] seine letzte Rechtfertigung darin, daß eine notwendige und allgemeine, also jeweils bestimmbar Proportion zwischen Sachverhalt und Rechtsfolge, Zustand und Abhilfe, Tat und Strafe schon aus dem Gleichheitsgrundsatz folgt, der seinerseits im Wesen der Rechtsnorm selbst als einer *allgemeinen* Regel Begründet ist”.

seis fórmulas¹¹⁶², mas concluir com engano: “pode-se definir a justiça formal ou abstrata como um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”¹¹⁶³. O equívoco reside na assimilação da isonomia a critério meramente “formal” de justiça. O princípio da igualdade não se reduz a dado formal de ordenamentos jurídicos, mesmo quando formulado em termos filosóficos; ao contrário, é um dos conteúdos mais característicos dos direitos estruturados, porque derivado da extraposição ética¹¹⁶⁴. Basta simples evocação do modo fragmentado de pensar o direito ontem e hoje, que não se interessa pelo tema da igualdade entre os homens, para notar-se o quanto a isonomia proporcional não se presta ao reducionismo das fórmulas ocas. Ela é, antes de tudo, conteúdo.

II.9 – A sétima fonte: o ser humano judaico-cristão

O rol das fontes antigas da proporcionalidade ainda parece merecer um acréscimo, ditado pelo contexto mais amplo das pesquisas de FIKENTSCHER.

A enumeração das origens antigas que permitiram o estabelecimento da proporcionalidade na Idade Moderna parece incompleta até aqui, porque somente se ocupa com idéias gregas, isto é, da extraposição ética trágica, em alguma medida absorvida pelo direito romano. O rol não indica o aporte da outra modalidade de extraposição ética – a eleutérica.

¹¹⁶² PERELMAN, *Justiça*, p. 9: “1 – a cada qual a mesma coisa; 2 – a cada qual segundo os seus méritos; 3 – a cada qual segundo suas obras; 4 – a cada qual segundo suas necessidades; 5 – a cada qual segundo sua posição e 6 – a cada qual segundo o que a lei lhe atribui”. A observar apenas certa incongruência da classificação, por carecer da unicidade de critério: os princípios 1 e 6 de justiça dizem respeito a aspectos rigorosamente isonômicos, ao passo que os demais mesclam critérios materiais à noção de igualdade.

¹¹⁶³ PERELMAN, *Justiça*, p. 19.

¹¹⁶⁴ Cf. a propósito os itens 6.3.5, 6.2.10.4, 6.2.10.5 e 19.2.4.

A menção à fonte localizada na extraposição eleutérica parece impor-se aqui, porque a proporcionalidade não é conceito aleatoriamente originado, mas lapidado com muita paciência para atender a um propósito: a obtenção do equilíbrio entre os fins racionais e socialmente úteis do direito contrapostos ao respeito a certos atributos do ser humano tidos como intangíveis e irrevocáveis. Por outras palavras, a proporcionalidade tenta suavizar os embates entre, de um lado, os fins socialmente úteis ditados pela extraposição ética trágica e pesquisados com o *logos* e, de outro, a necessidade de impor limites a esse diálogo para proteger o ser humano¹¹⁶⁵. Ora, essa hipótese de trabalho determina a inclusão das fontes antigas ligadas às religiões cristã e judaica, e não apenas das origens gregas da idéia.

O catálogo abrange o elemento-chave da extraposição eleutérica, pois a proporcionalidade visa a protegê-lo, ao sopesá-lo com o outro elemento teleológico herdado da extraposição trágica, ou seja, que o direito deve servir à realização de finalidades socialmente úteis. Essa necessidade parece decorrer da tese de WIEACKER da vinculação teleológica do direito. Um liame teleológico deve, por definição, referir-se a alguma finalidade, sob pena de perder tal qualidade e se degradar a mero chavão ou tópico desprovido de conteúdo. Mas, já se viu que isso não ocorreu com a proporcionalidade, em simetria, aliás, a um princípio sinepéico¹¹⁶⁶.

O fim herdado da extraposição eleutérica que a proporcionalidade tente equilibrar com as finalidades sociais do direito é a proteção da substância ética imputada ao ser humano pela religião judaica e, em es-

¹¹⁶⁵ A tese central aqui defendida, isto é, da proporcionalidade como articulação entre elementos divergentes da extraposição trágica e da eleutérica, pode ser vista no item 9. As implicações do *logos* na proporcionalidade são tratadas no item 11.1. As influências da vinculação teleológica do direito podem ser vistas no item 11.2. Os primórdios da idéia de respeito ao ser humano estão no item 6.2.10.5; seus desenvolvimentos ulteriores, sob a forma de dignidade humana, serão abordados no item 15.3.4.2.

¹¹⁶⁶ Cf. o item 11.2.5.

pecial, pela cristã. O embrião dessa idéia teológica – posteriormente secularizada¹¹⁶⁷ em vários direitos positivos na expressão “dignidade da pessoa humana”¹¹⁶⁸ – encontra-se no Judaísmo da Antigüidade e é exacerbado no Cristianismo¹¹⁶⁹. A substância ética imputada ao ser humano, em razão de sua pura e simples existência, também é antecedente filosófico da proporcionalidade da Idade Antiga. O ser humano tem sido merecedor da salvaguarda da proporcionalidade, em decorrência da dignidade que as mencionadas religiões – especialmente o Cristianismo – lhe conferiram. Esse mecanismo de proteção possui antecedentes óbvios na Antigüidade. O primeiro deles está no Judaísmo¹¹⁷⁰.

Lê-se no *Gênesis* que deus teria dito: “ façamos o homem à nossa imagem e semelhança”¹¹⁷¹. A repercussão disso no respeito ao ser humano parece evidente e está mesmo expressa no referido livro do Velho Testamento: “todo aquele que derramar o sangue humano, terá o seu próprio sangue derramado pelo homem, porque Deus fez o homem à sua imagem”¹¹⁷². Os seres humanos haverão de se respeitar, porque todos seriam reflexos divinos. Não se explica, porém, o paradoxo de associar o princípio da retribuição social com a essa imagem da divindade, pois a pena de talião a fere tanto quanto a agressão pela qual se pune alguém. Tal incongruência não obscurece o fato de se deferir condição especial ao ser humano, confirmada, posteriormente, com a entrega aos homens, simbolizados por Noé, do domínio sobre todas as criaturas da

¹¹⁶⁷ Cf. a nota 995.

¹¹⁶⁸ Cf., por exemplo, o art. 1º, III, da Constituição 1988, segundo o qual “a República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamento [...] a dignidade da pessoa humana”, de onde emanam os direitos dos artigos 5º a 17 da Constituição. Cf. ainda o art. 1, 1, da Constituição alemã de 1949, de acordo com o qual “a dignidade do ser humano é intocável” (“Die Würde des Menschen ist unantastbar”).

¹¹⁶⁹ Isso será visto com algum pormenor adiante, a partir da nota 1588, ainda que a tese haja sido enunciada no item 9.

¹¹⁷⁰ Cf. o item 6.2.10.5.

¹¹⁷¹ *Bíblia*, Gênesis, 1 : 26. Fins didáticos aconselharam a repetição da idéia, em duas outras passagens do primeiro livro da fé judaica: Gênesis, 5 : 1 e 9 : 6.

¹¹⁷² *Bíblia*, Gênesis, 9 : 6.

Terra¹¹⁷³. Os *Salmos* não apenas reafirmam o poder dado ao homem, mas já lhe conferem uma honra: “que é o homem, digo-me então, para pensardes nele? Que são os filhos de Adão para que vos ocupeis com eles? Entretanto, vós o fizestes quase igual aos anjos, de glória e honra o coroastes. Deste-lhe poder sobre as obras de vossas mãos, vós lhe submetestes todo universo...”¹¹⁷⁴.

O Cristianismo levaria essa idéia às últimas conseqüências, ao afirmar que Deus se encarnou em homem, JESUS, com o fim de redimir os males de toda a humanidade, por meio de sua livre submissão ao sacrifício¹¹⁷⁵. Tamanha seria a dignidade do homem, que deus lhe assumiu a forma, para salvá-lo com o exemplo do sofrimento pessoal na cruz. O pensamento medieval retomaria a correlação entre a liberdade do sofrimento divino e a dignidade do homem, com as implicações dos direitos fundamentais e da proporcionalidade contemporâneos¹¹⁷⁶.

BÖCKENFÖRDE resume a evolução decorrente da idéia do homem como imagem e semelhança de Deus:

“Por meio disso, o ser humano obtém um *status* insuprimível. Sua existência como criatura à imagem e semelhança de Deus ter razão de ser em si mesmo. Ele não mais se dissolve na existência da comunidade terrena, tal como na concepção de membro ou parte da *polis*, ou da *res publica*. Tais vinculações são relativizadas e transcendidas. O indivíduo é relacionado, em sua individualidade, diretamente a deus e, por isso, se torna intocável. Isso funda sua

¹¹⁷³ *Bíblia*, Gênesis, 9 : 1-5.

¹¹⁷⁴ *Bíblia*, Salmos, 8 : 4-6. Essa coroação do homem, que se eleva sobre as demais criaturas parece outra transposição de princípio sociais para a natureza – cf. o item II.I.

¹¹⁷⁵ Cf. o item 6.2.10.5, especialmente a nota 600 e segs. para pormenores e para as repercussões teológicas e jurídicas daí decorrentes.

¹¹⁷⁶ Cf. o item 15.3.4.2. a esse respeito; cf., ainda, nota 995, para os problemas decorrentes da imposição desse conceito secularizado – mas nem por isso asséptico – a povos de culturas apoiadas noutros valores.

dignidade, filosoficamente falando, sua posição subjetiva inatacável”¹¹⁷⁷.

¹¹⁷⁷ *Geschichte*, p. 174: “Dadurch [der Mensch als Gottes Ebenbild und Gleichnis erschaffen] erhält der Mensch einen unverlierbaren Status. Sein Dasein als Geschöpf und Ebenbild Gottes ist ein Dasein um seiner selbst willen. Er kann nicht länger in einer irdischen Gemeinschaftsexistenz aufgehen, wie etwa in der Vorstellung als Mitglied und Teil einer Polis oder Res publica. Solche Bindungen werden relativiert und transzendiert. Der Einzelne ist in seiner Individualität unmittelbar zu Gott, und darin ist er unantastbar. Dies begründet seine unverlierbare Würde, philosophisch gesprochen seine unangreifbare Subjektstellung”. Cf., ainda, as páginas 172 e 224.

12 – Declínio da estruturação, em especial do *logos*

Nem mesmo o esplendor da filosofia grega, a que se devem muitos dos pressupostos da proporcionalidade no direito¹¹⁷⁸, deve gerar a falsa impressão de que o curso da história naquele período favorecia as culturas estruturadas. A troca o foco pelo panorama mostra que as coisas não iam bem para ambas as modalidades de estruturação cultural – a grega e a judaica.

As orações sobre a cultura judaica são expressas por meio da voz passiva durante a maior parte do tempo da Era Axial, compreendida entre cerca de 800–200 a. C.¹¹⁷⁹. Os judeus foram deportados pelo Império Assírio para a Babilônia, onde foram mantidos cativos entre os anos de 607–538 a. C.¹¹⁸⁰. Autorizados por CIRO a regressar à Palestina, sua terra foi sucessivamente rebaixada à condição de província persa, egípcia, síria e romana. Em 70 d. C., registrou-se a diáspora, após o templo jerosolimitano ter sido destruído pela segunda vez, agora pelo Império Romano.

O declínio da democracia, a ascensão das tiranias, as intermináveis guerras entre suas cidades e a falta de proteção das minorias contra as decisões da maioria¹¹⁸¹ contribuíram para a predominância da fragmentação política na Grécia que a fragilizou, perante potências estrangeiras. A debilidade social interna das cidades helênicas tornou impossível a resistência a outros inimigos externos, apesar da vitória sobre os persas. Em 335 a. C., a Grécia foi submetida pela Macedônia, terra de ARISTÓTELES¹¹⁸². Roma anexou a Macedônia, em 146 a. C., e assim degradou a Grécia à qualidade de sua província.

¹¹⁷⁸ Cf. os itens 11.1 a 11.8.

¹¹⁷⁹ Cf. a nota 141.

¹¹⁸⁰ Cf. a nota 575.

¹¹⁸¹ Cf., por exemplo, o item 9.

¹¹⁸² MÁRIO DA GAMA KURY, na introdução à *Ética a Nicômacos*, p. 7.

JASPERS denomina romanos e macedônios de “povos adventícios”¹¹⁸³, por terem entrado na história ocidental por conta da força de seus impérios. Contudo, “sua pobreza espiritual consiste em que não foram tocados no cerne de sua alma pelas experiências de ruptura [axiais]”¹¹⁸⁴. Daí por que “são muito capazes de conquistar, administrar e organizar politicamente o mundo temporal, de se apropriar e preservar a cultura, de garantir uma continuidade da tradição, mas não conseguem continuar ou aprofundar a experiência”¹¹⁸⁵. Roma continuou fragmentada, apesar – ou porque – era apenas elegante ter em cada lar patrício um filósofo-escravo grego como preceptor das crianças nobres. O uso romano do pensamento aristotélico, que opunha a lógica à tópica apenas em razão da qualidade de suas premissas, parece bastante indicativo do que então ocorria. CÍCERO compôs para amigo jurista apenas um catálogo dos tópicos úteis nas discussões forenses¹¹⁸⁶. O meio ambiente cultural, o advogado, o filósofo ou todos eles não pareciam interessados nas inúmeras possibilidades de conhecimento abertas pelo conceito estruturado e tridimensional de sistema, muito embora se tenham encantado com a forma típica do saber fragmentado – a lista de lugares-comuns – em que se justapõem diversos elementos, aspectivamente num único plano¹¹⁸⁷. O Império Macedônio, que um dia se estendeu até a Índia, oferece exemplo sem par. O então príncipe ALEXANDRE teve como preceptor ninguém menos do que ARISTÓTELES¹¹⁸⁸; ambos se separaram, tão logo o aluno se tornou imperador¹¹⁸⁹.

¹¹⁸³ JASPERS, *Ursprung*, p. 78: “nachkommende Völker”.

¹¹⁸⁴ JASPERS, *Ursprung*, p. 78: “Ihre geistige Armut liegt daran, daß sie von den Durchbruchserfahrungen nicht im Kern ihrer Seele getroffen sind”.

¹¹⁸⁵ JASPERS, *Ursprung*, p. 78-79: “Daher vermögen sie wohl in der geschichtlichen Welt politisch zu erobern, zu verwalten, zu organisieren, Bildung anzueignen und zu bewahren, eine Kontinuität der Überlieferung zu retten, aber nicht die Erfahrung fortzusetzen oder zu vertiefen”.

¹¹⁸⁶ VIEHWEG, *Tópica*, p. 28 e segs.

¹¹⁸⁷ Cf. o item 6.3.3.

¹¹⁸⁸ Ainda que se registre a influência da fragmentação da política grega na obra de ARISTÓTELES – cf. as notas 735 e segs e 1659 a propósito.

¹¹⁸⁹ MÁRIO DA GAMA KURY, na introdução à *Ética a Nicômacos*, p. 7.

13 – Um enigma medieval?

A visão panorâmica da bibliografia de nosso tema gera perplexidade em razão de fenômeno qualificável de enigma medieval. Não fosse a vigília solitária e arguta de WIEACKER¹¹⁹⁰, a historiografia da proporcionalidade no direito exibiria lacuna de pelo menos dois mil anos. De fato, quase todos os demais autores apontam ARISTÓTELES como o ponto de partida daquela idéia, que, contudo, simplesmente desaparece num nevoeiro literário e somente ressurge do nada em 1215, com a Carta Magna inglesa.

Daí ser necessário indagar: o que aconteceu com a proporcionalidade ao longo dos mil anos compreendidos entre cerca de 200 e 1215? Como o antecedente histórico da proporcionalidade reapareceu com tanto vigor após um milênio de aparente sumiço¹¹⁹¹?

Eis aí o enigma medieval a demandar pesquisa neste estudo.

13.1 – Os antecedentes do enigma medieval

A mais completa doutrina continental a respeito do nosso tema ignora a Idade Média, no que lhe diz respeito. As obras escritas em alemão identificam, em geral, o nascimento da proporcionalidade durante a Idade Moderna¹¹⁹². A maioria de seus autores, por isso, apenas silencia

¹¹⁹⁰ Cf. os itens II.2, II.3, II.6, II.7 e II.8.

¹¹⁹¹ A escolha do ano de 200 d. C. aproximadamente deveu-se à biografia de ULPIANO – cf. o texto seguinte à nota 1043. Tudo isso com o desconto de então a vinculação teleológica do direito já era empregada como lugar-comum oco, para justificar até arbitrariedades do Império Romano do Oriente.

¹¹⁹² Cf. o item II, para a exceção isolada de WIEACKER a propósito da Antigüidade, à qual HIRSCHBERG, *Verhältnismässigkeit*, p. 2, nota 10, apenas referencia, mas passa ao largo, por somente se interessar pelos “precursores imediatos” tema.

sobre o Medievo. Uns poucos citam a Magna Carta; ainda assim como curiosidade medieval, perfeita para colorir o texto sem, contudo, acrescentar-lhe algo de proveitoso¹¹⁹³. A excelente tese de BARBARA REMMERT, circunscrita à história da proporcionalidade, nega-lhe, com todas as letras, a existência durante a Idade Média, em razão do caráter estático das ordens jurídicas fragmentadas de então¹¹⁹⁴. O direito medieval desconheceria limites ao poder político similares à proporcionalidade, por disciplinar a sociedade de modo atemporal, impondo a cada classe o desempenho de papel fixo para todo o sempre¹¹⁹⁵. Tais direitos positivos não limitariam os meios utilizáveis na consecução dos fins juridicamente estabelecidos, conquanto seus pressupostos gerais de legitimidade se prestassem a críticas. Tais ordens jurídicas contentar-se-iam com a verificação do respeito de papéis sociais predeterminados; daí por diante, vigeria a ampla liberdade do poder.

Apesar da opinião germânica, a doutrina anglo-americana com desabrido orgulho e a brasileira dela derivada exibem a Magna Carta inglesa de 1215 como a certidão de batismo da proporcionalidade, nelas chamado de devido processo legal material ou substancial¹¹⁹⁶. A transcri-

¹¹⁹³ JAKOBS, *Verhältnismäßigkeit*, p. 2; HOTZ, *Verhältnismässigkeit*, p. 1, por exemplo.

¹¹⁹⁴ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 8, cf. as notas 2318 a 2321. Para prevenir mal-entendidos, note-se que a autora mencionada não se vale das categorias de FIKENTSCHER em sua análise histórica da proporcionalidade. As razões declinadas por REMMERT para justificar o caráter estático das ordens jurídicas medievais são aqui acolhidas, malgrado se discorde do ponto de vista de que o Medievo careceria de antecedentes filosóficos da proporcionalidade. Isso será desenvolvido ao longo deste tópico.

¹¹⁹⁵ Contra esse raciocínio já milita o argumento comum a WIEACKER, item 11.2.4 e HIRSCHBERG, nota 2362, aqui aceito, de que a limitação teleológica do direito constitui pressuposto, antigo e moderno, para o estabelecimento da proporcionalidade. Talvez a diferença de enfoque registrado tenha que ver com o fato de a autora aludida somente se interessar pela proporcionalidade e por seus antecedentes diretos, ao passo que aqui se pesquisam especialmente seus pressupostos culturais.

¹¹⁹⁶ Para STUBBS, CUSHMAN e BITAR, cf. as notas 1199 a 1201. SANTIAGO DANTAS, *Due process*, p. 41; SAMPAIO DÓRIA, *Due process*, p. 10, SIQUEIRA CASTRO, *Razo-*

ção de seu capítulo 39 parece inevitável: “nenhum homem livre será detido ou preso ou tirado de sua terra ou posto fora da lei ou exilado ou, de qualquer outro modo destruído (arruinado), nem lhe imporemos nossa autoridade pela força ou enviaremos contra ele nossos agentes, senão pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra”¹¹⁹⁷. BITAR explica: “a expressão (*per*) *legem terrae* ou, em inglês (*by*) *the law of the land* veio, com o tempo, a ser intercambiante com a locução *due process of law*. Esta, pela primeira vez aparece no século XIV, na Inglaterra [...] (1354) e sir EDWARD COKE [...] afirmou serem o *due process of law* e o *law of the land* sinônimos intercorrentes”¹¹⁹⁸.

O conflito doutrinário aumenta, à medida que se penetra nos trabalhos ingleses. A primorosa pesquisa histórica de STUBBS, fundada em fontes medievais diretas, agrava nosso enigma do desaparecimento dos pressupostos da proporcionalidade na Antigüidade e do seu ressurgimento, aparentemente repentino, na Carta Magna. ORLANDO BITAR notou: “ROBERT E. CUSHMAN, estribado em STUBBS [...], indica um decreto de CONRADO II, datado de 28 de maio de 1037, no qual, infismável precursor do cap. 39 da Magna Charta, lia-se: ‘nenhum homem será privado de seu feudo ... senão pela leis do Império e pelo julgamento de seus pares’”¹¹⁹⁹.

abilidade, p. 7; ROSYNETE LIMA, *Devido processo*, p. 22; ALBERTO NOGUEIRA, *Devido processo*, p. 18 e PAULO FERNANDO SILVEIRA, *Devido processo*, p. 18.

¹¹⁹⁷ *Apud* BITAR, *Constituição*, p. 110.

¹¹⁹⁸ BITAR, *Constituição*, p. 111. Cf. SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 11, para a sinonímia também nos Estados Unidos. A propósito da flutuação terminológica, cf. ainda ROSYNETE LIMA, *Processo*, p. 33.

¹¹⁹⁹ BITAR, *Constituição*, p. 110-111. O teor da cláusula mencionada encontra-se em STUBBS, *History*, vol. 1, p. 578, nota 1: “*praecipimus ... ut nullus miles ... tam de nostris majoribus valvassoribus quam eorum militibus sine certa et convicta culpa suum beneficium perdat nisi secundum consuetudinem antecessorum nostrorum et iudicium parium suorum. [...] . Si contentio fuerit de beneficio inter capitaneos, coram imperatore definiri debet; si vero fuerit contentio inter minores valvassores et majores de beneficio, in iudicio parium suorum definiatur per iudicem curtis*”.

Essa nova peça do quebra-cabeça medieval não parece à primeira vista oferecer dificuldade diversa do recuo do citado marco inicial inglês. Recua-se a aparição da proporcionalidade de 1215 para 1037 e não se fala mais nisso. Afinal de contas, a diferença não é tão grande assim.

Mas, a biografia de CONRADO II, o SÁLICO, altera o panorama do problema: esse soberano imperou sobre território que hoje forma a Alemanha, e não a Inglaterra. Isso equivale a dizer que os antecedentes históricos diretos e imediatos do devido processo legal se encontram documentalmente provados no centro da Europa, por volta do ano 1000. Isto é, quase 200 anos antes da Magna Carta.

Há mais dificuldades. ROSYNETE LIMA cita outra obra de STUBBS, em que o inglês aponta o juízo pelos pares como característica geral de certos direitos medievais¹²⁰⁰. STUBBS relata: “o *judicium parium* não era certamente novidade; ele está no fundamento de todo o direito alemão; e a fórmula aqui usada [no cap. 39 da Magna Carta] foi provavelmente adotada das leis dos césares francônios e saxões...”¹²⁰¹.

STUBBS está correto na observação de que o juízo pelos pares consistia no fundamento de todo o direito germânico. Há provas disso no *Espelho de Saxônia*, a compilação jurídica elaborada por EIKE VON REPGOW entre 1220 e 1230. A Saxônia, recorde-se, é a região da atual Alemanha de onde partida a primeira leva de invasores da Inglaterra¹²⁰². KLAUS-PETER SCHROEDER observa: “evidente é a inclinação de EIKE para a tradição; ele desejava preservar o direito de sua própria pátria e não se esforçou rumo a nenhuma originalidade artificial. Apesar disso, sua originalidade é óbvia [...]. Note-se que a cultura jurídica no domínio germânico-alemão ao tempo de EIKE era extensamente ágrafa. Vivia-se

¹²⁰⁰ ROSYNETE LIMA, *Devido processo*, p. 33.

¹²⁰¹ STUBBS, *History*, vol. I, p. 577-578: “the *judicium parium* was indeed no novelty; it lay at the foundation of all German law; and the very formula here used [chapter 39 of Magna Charta] is probably adopted from the laws of Franconian and Saxon Caesars...”.

¹²⁰² Cf. as notas 1255 e 1256.

na Alemanha [...] ‘*consuetudinibus antiquitus et jure non scripto*’¹²⁰³. Especificamente quanto ao juízo pelos pares, segundo a lei da terra, confira-se o seguinte trecho de SCHROEDER: “minuciosamente EIKE se ocupa do processo judicial medieval. O mais alto juiz é o rei, de quem emana toda a autoridade judiciária [...]. O tribunal central toca a um barão, que o preside regularmente três vezes ao ano. “O barão ou seu representante dirige, como juiz, apenas as audiências; a sentença é dada pelos jurados: ‘a sentença devem eles sobriamente ditar, a respeito de qualquer homem, seja ele alemão ou não, servo ou livre; somente eles e ninguém mais devem ditá-la. Sentados devem ditá-la’¹²⁰⁴”.

Pois bem, a situação do problema é a seguinte: enquanto a doutrina alemã rejeita a existência de antecedentes da proporcionalidade da Idade Média, autores ingleses e norte e sul-americanos exibem pergaminhos medievais, em especial a Magna Carta, como sua certidão de batismo. Tais documentos, eis a forma agravada do problema, não foram redigidos apenas na ilha inglesa, mas também foram elaborados a mando de imperadores germânicos.

13.2 – Uma explicação simples, mas nada convincente

Todos esses ingredientes do problema podem sugerir explicação tentadora e simples: culpar o insulamento doutrinário germânico pela

¹²⁰³ SCHROEDER, *Geschichte*, p. 16-17: “Unübersehbar ist EIKES Neigung zum Hergebrachten; er wollte das Recht seiner eigenen Heimat bewahren und strebte keine künstliche Originalität an. Und doch ist auch seine rechtschöpferische Leistung unübersehbar [...] Zu beachten bleibt ebenso, daß die Rechtskultur im germanisch-deutschen Raum zur Zeit EIKES eine weitgehend schriftlose war. Man lebte in Deutschland [...] ‘*consuetudinibus antiquitus et jure non scripto*’”.

¹²⁰⁴ SCHROEDER, *Geschichte*, p. 11: “Minutiös befaß sich EIKE mit dem mittelalterlichen Gerichtsverfahren. Oberster Richter ist der König, von ihm leitet sich jegliche Gerichtshoheit ab [...]. Der Graf selbst oder ein Stellvertreter leitet als Richter nur die Verhandlungen, das Urteil wird von den Schöffen gefunden: ‘Urteil sollen sie nüchtern finden über jeden Mann, er sei deutsch oder wendisch,

falha ou pelo desinteresse nas fontes alheias, como as inglesas. Algo muito relevante, ocorrido na margem oposta do Mar do Norte, teria escapado aos alemães, porque somente se entrecitam, salvo raríssimas exceções. Pior, dado que os escritores alemães atuais se limitam a seus compatriotas contemporâneos, teriam deixado passar em branco até seus relevantes ancestrais de épocas remotas.

A explicação da divergência em termos de falha na pesquisa teutônica dos antecedentes alheios e próprios do devido processo tem lá sua razão. Sobre ser muito aborrecida e privar nosso enigma do mínimo de interesse, tal solução não esclarece aspecto decisivo do problema posto. Acaso correta a suposição de que a desapareição de seus antecedentes durante aquele período se devesse apenas a uma pesquisa meio descuidada, seria possível traçar percurso ininterrupto da idéia de proporcionalidade no continente europeu desde cerca do ano 1000 até o presente. Claro, a deficiência do registro de determinada tradição não a destrói; apenas torna necessário reescrevê-la de maneira acurada.

Entretanto, o problema se mostra aqui em sua verdadeira dimensão, inconciliável com simples deficiência na pesquisa de fontes: a tradição continental registrada por volta do ano 1000 não se manteve intacta nem, muito menos, contínua até os dias atuais, como a narrativa futura o demonstrará com o vagar imprescindível. Ao contrário, a mencionada corrente de pensamento foi interrompida, e somente pôde ser retomada em termos seguros no princípio do século XIX; ainda assim apenas no plano do controle de atos administrativos, mas não dos legislativos¹²⁰⁵. O exame de todos os atos estatais por meio da proporcionalidade somente se firmou na Europa continental após a Segunda Guerra Mundial¹²⁰⁶.

lebeigen oder frei; da soll sonst niemand Urteil finden denn sie. Sitzend sollen sie Urteil finden' [...]"

¹²⁰⁵ Cf., por todos, REMMERT, *Übermaßverbot*, Schlußbetrachtung, p. 200 e segs.

¹²⁰⁶ Cf., por todos, REMMERT, *Übermaßverbot*, Schlußbetrachtung, p. 200 e segs.

13.3 – A formulação de enigma de múltiplas facetas

A ponderação dos aportes teóricos ao devido processo legal mostra que a contribuição dos direitos continentais decaiu na medida do crescimento das contribuições feitas pelos países filiados ao *common law*. Essa inversão de papéis se nota pelo menos desde o século XIII. Algumas datas obtidas de STUBBS merecem reflexão.

Os decretos germânicos consagradores do devido processo datam, no mais tardar, de 1037 e 1137, ao passo que a Magna Carta foi obtida do rei inglês em 1215. STUBBS não indica evolução posterior do devido processo no continente, apesar de COKE, no século XVII, já registrar nada menos do que trinta e duas confirmações do referido documento inglês, acrescidas de outros de natureza similar, como a *Petition* e o *Bill of Rights*, por exemplo¹²⁰⁷. Na Inglaterra, uma cadeia ininterrupta de atos até hoje permite falar-se de longa tradição contínua do devido processo legal, herdada e desenvolvida pelos Estados Unidos. O mesmo não vale para o continente.

O insulamento da doutrina alemã não explica o essencial da repercussão histórica da idéia de proporcionalidade ao longo de nada menos que seis séculos, a despeito de esclarecer parte da divergência referida.

O enigma compõe-se, portanto, de diversas indagações. Por que a doutrina alemã nega a existência de antecedentes medievais da proporcionalidade, ao passo que autores ingleses, americanos, franceses, italianos, argentinos e brasileiros apontam a Magna Carta como seu ponto de partida histórico? Por que o direito alemão, que contava com a garantia do juízo pelos pares segundo as leis do reino, registrada documentalmente antes da inglesa, se apartou dessa tradição durante 600 anos? Por que o mesmo se deu em outros países da Europa continental e na América latina? Por que a Inglaterra e os Estados Unidos não só conserva-

¹²⁰⁷ CORWIN, *Law*, p. 178.

ram, mas também ampliaram o devido processo legal? Por que os direitos positivos de matriz continental retomaram a tradição do *due process of law* e da proporcionalidade no direito, de modo a se reaproximarem do *common law*?

13.4 – A explicação oferecida para o enigma

A tese simplista resolve, quanto muito, a periferia do problema, mas lhe mantém o centro em brumas. Por isso, deve-se tentar explicação capaz de esclarecer a ininterrupta tradição anglo-americana do devido processo legal iniciada no Medievo e viva até hoje, confrontada com a tradição continental similar, drasticamente interrompida entre os séculos XIII e XIX.

. . – *A formulação da hipótese de trabalho*

A formulação de uma hipótese de trabalho deve levar em conta a tese central de FIKENTSCHER, menos como a expressão de uma suposta – mas tola – coerência com o que atrás se escreveu, e muito mais como método de se obter resposta adequada ao enigma posto. Recorde-se-lhe o postulado básico, já empregado neste trabalho para explorar outros aspectos da proporcionalidade: cada direito positivo ou família deles representa método particular de realização de uma concepção de justiça¹²⁰⁸. Uma vez que o sentimento de justiça encerrado no íntimo de cada um de nós não se presta ao fim de ordenar a sociedade, nós o traduzimos na linguagem do direito, em normas aptas a reger condutas.

A aceitação dessa premissa conduz diretamente ao estabelecimento de hipótese de trabalho, cujo acerto merece teste: o curso de ambas as

¹²⁰⁸ Cf. o item 5. Aliás, a idéia de família de direitos resulta mesmo da homogeneidade da noção de justo e do modo de realizá-lo ou, em termos simples, da

tradições hermenêuticas da idéia de proporção no direito pode relacionar-se com o âmago dos direitos comparados no enigma – o continental e o britânico.

Chega-se à formulação dessa hipótese, de início, mediante o paralelismo entre as duas tradições examinadas. De um lado, a ininterrupta tradição anglo-americana do devido processo legal, documentada ao longo de 800 anos, isto é, desde 1215 até o presente; de outro, a rejeição da mesma idéia pelos direitos positivos do continente, ao longo de 600 anos¹²⁰⁹. Chama a atenção que o desenvolvimento e a negação dos antecedentes da proporcionalidade entre os séculos XIII e XIX obedeceram rigorosamente à distinção entre as famílias jurídicas do *common law* e as do direito continental. Naquele intervalo, a presença de tais pressupostos é confirmação particular da lei geral e simétrica de diferença entre as duas famílias de direitos ocidentais. Quer dizer, não se registra o desenvolvimento das idéias afins do devido processo legal nos direitos positivos continentais, da mesma forma que não houve interrupções da expansão do instituto do *due process of law* no direito anglo-americano. Onde havia o *common law*, houve também antecedentes positivos da proporcionalidade; mas, a vigência do direito continental eliminou antecedentes positivos dela após o século XIII.

Outro dado confirma a necessidade da verificação da hipótese de trabalho, além do evidente paralelismo entre a metodologia jurídica e o direito constitucional. O destino da proporcionalidade ao longo dos mencionados 600 anos foi selado exatamente no período histórico durante o qual o antigo direito ocidental, então indiviso, cindiu-se nas espécies romano-germânica e inglesa; mais precisamente, por volta da

semelhança entre a filosofia e a metodologia jurídicas compartilhadas. De novo, forma e fundo condicionam-se reciprocamente.

¹²⁰⁹ Embora não sejam europeus, os direitos sul-americanos estão abrangidos pela segunda categoria, tanto pela influência do direito romano, quanto pelo desconhecimento da proporcionalidade desde o início de sua existência até a retomada da idéia nos países que os geraram.

primeira metade do século XIII. O futuro do devido processo legal foi decidido no mesmo período em que as ordens continentais e a britânica mais divergiram, isto é, ao redor do Século XIII, quando se formou o *common law*.

O direito brasileiro fornece outro elemento em prol da adoção do mencionado ponto de partida teórico. A introdução da idéia de proporcionalidade em nosso direito, de arcabouço romano-germânico, fez-se primeiramente por autores clássicos ligados à tradição do *due process of law* e, não, em virtude das lições do direito constitucional produzido no continente europeu¹²¹⁰. O mesmo resultado preliminar também parece decorrer da evolução do direito argentino¹²¹¹.

Portanto, deve-se verificar se a disparidade entre o desenvolvimento do devido processo legal nos direitos anglo-americano e nos continentais reflete distinção mais geral, essencial entre aquelas famílias jurídicas, ao invés de ser uma seqüência de 600 anos de improváveis coincidências históricas. Por outras palavras, cuida-se de saber se a diversidade de cursos do princípio da proporcionalidade pode ser compreendida a partir de fenômeno mais geral.

. . . – *A chave do enigma*

A resposta aqui oferecida ao enigma é simples. A enorme diferença entre os antecedentes do moderno devido processo legal anglo-americano e os da proporcionalidade continental entre os séculos XIII e XIX deve-se ao fato de que a Inglaterra e seu direito foram erguidos sobre a base da estruturação social, em período durante o qual o continente europeu viveu sob parâmetros fragmentados de ordenação social.

¹²¹⁰ ORLANDO BITAR, SANTIAGO DANTAS e SAMPAIO DÓRIA – cf. a bibliografia.

¹²¹¹ A propósito, cf. a abordagem de JUAN FRANCESCO LINARES, *Razonabilidad*.

O estudo do período mencionado parece confirmar a lei teórica de que os pressupostos da proporcionalidade e de seu análogo, o devido processo legal, somente nascem em culturas estruturadas¹²¹². Na formulação inversa, ordenamentos jurídicos fragmentados desconhecem tais condições.

A diferença entre o *common law* e os direitos continentais europeus e latino-americanos não se deve principalmente ao fato de que o primeiro opera com base na decisão de casos concretos, enquanto os demais privilegiam a idéia de aplicação de leis escritas¹²¹³. A distinção reside nos modos de pensar subjacentes a cada grupo de direitos. O direito anglo-americano tornou-se estruturado, quando as demais ordens mencionadas ainda se encontravam mergulhadas em culturas fragmentadas.

A precoce estruturação da sociedade inglesa, em comparação ao restante da Europa, resolve o enigma da existência de devido processo legal em determinados sistemas jurídicos ocidentais e explica por que outros deles repudiaram tal idéia na mesma época.

Nisso reside, ademais, a explicação antropológica e jurídica para o fenômeno geralmente descrito em termos vagos, subjetivos e imprecisos, como o chamado “amor à justiça”¹²¹⁴ dos ingleses e americanos, similar ao dos gregos pela *polis*. JENNINGS afirma: “é uma atitude, uma expressão de princípios liberais e democráticos, vagos em si mesmos quando se procura analisá-los, mas suficientemente claros nos seus resultados”¹²¹⁵. Entre grandes pensadores e juristas dedicados à comparação dos ordenamentos da Europa continental e insular, estabeleceu-se o consenso de que o direito anglo-americano possui vasta tradição de garantia de liberdades, ao passo que as normas jurídicas dos países latinos,

¹²¹² Cf. os itens 9 e 10.

¹²¹³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 3.

¹²¹⁴ TOCQUEVILLE, *apud* DICEY, *Introduction*, p. 186.

¹²¹⁵ JENNINGS, *Constitution*, p. 47: “It is an attitude, an expression of liberal and democratic principles, in themselves vague when it is sought to analyse them, but clear enough in their results”.

centro-europeus e eslavos costumam servir de instrumento de dominação dos respectivos povos¹²¹⁶. Os autores anglo-americanos, quase em uníssono, denunciam a relação direta existente entre a influência do direito romano e a diminuição da liberdade: quanto mais se herdou do primeiro, tanto menos se tem da segunda¹²¹⁷.

Todas essas afirmações são verdadeiras, embora não esgotem a realidade. A demonstração de sua veracidade permanece com frequência algo obscura, quer por ser feita em termos de narrativa de fatos e mais fatos, quer por se apoiar em depoimentos subjetivos. DICEY, por exemplo, vale-se de longas transcrições de relatos de viagens de TOCQUEVILLE para ilustrar as diferenças referidas¹²¹⁸. O direito comparado carece de explicação global e precisa para as multisseculares liberdades pessoais e do devido processo legal ingleses, em seus aspectos teóricos e, sobretudo, práticos.

A solução do problema com base na dicotomia de estruturação inglesa precoce *versus* fragmentação continental entre os séculos XIII e XIX

¹²¹⁶ Por exemplo, STUBBS, *History*, vol. 1, *passim*, e BITAR, *Fontes*, p. 264-265: “GUSTAV RADBRUCH [...] ressalta a perfeita continuidade do Direito inglês, nenhum abismo separando a Idade Média dos tempos modernos, gerado o Common Law sob um impulso democrático, em oposição à força autocrática do direito romano. Este era um sistema repugnante (conotação inglesa) à idéia britânica do Direito”. A mesma idéia é defendida do lado inglês por DICEY, *Introduction*, *passim*, que ainda cita confirmações de VOLTAIRE, TOCQUEVILLE, DE LOLME, GNEIST, p. 184. Cf. a passagem mencionada de RADBRUCH, *Espírito*, p. 21. O mencionado autor alemão, *Espírito*, p. 22, fala em deliberada repulsa britânica ao direito romano, “pois pronto se reconheceu na Inglaterra a periculosidade do Código de Bizâncio, o perigo da expressão absolutista”. A Inglaterra somente admitiu o direito romano como método de estudo, não como direito material, segundo RADBRUCH, que cita obra de MELANCHTON, de 1525, já apontando tal característica no pensamento jurídico britânico. Cf. WIEACKER, nota 1043, para o alerta de que, em Bizâncio, a vinculação teleológica do direito – a necessidade de persecução de fim útil – se degradou a lugar-comum jurídico, desprovido de conteúdo e empregado por imperadores até mesmo para a legitimar suas arbitrariedades contra os súditos. A propósito, cf. ainda a afirmação de WIEACKER, na nota 1249.

¹²¹⁷ Além dos autores mencionados na nota 1216, cf. ainda FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 288.

esclarece apenas um aspecto da questão, vale dizer, focaliza o momento a partir do qual ambos os ramos jurídicos ocidentais divergiram. Parte relevante do enigma, no entanto, diz respeito à presença do juízo pelos pares – o equivalente do devido processo legal – em toda a Europa germânica. Os sistemas jurídicos continental e inglês formaram um todo bem mais semelhante, antes que tomassem rumos algo diversos. Eram semelhantes, a ponto de ambos apresentarem o mesmo antecedente da proporcionalidade.

Portanto, a solução do problema deve declinar motivos responsáveis por certa unidade do direito europeu inicial, na raiz comum do devido processo legal. Ela também deve, num momento posterior, estudar as causas de divergência entre o direito continental e o inglês. Por fim, será o momento de mostrar a convergência contemporânea das famílias jurídicas ocidentais a propósito da proporcionalidade.

. . – *Divergência quanto à causa preponderante da estruturação social inglesa adiantada*

FIKENTSCHER supõe, confessando carecer de provas para demonstrá-lo, que a precoce estruturação da sociedade inglesa decorra do elemento normando de sua civilização¹²¹⁹. O autor mencionado admite não dispor de provas da paternidade normanda do fenômeno; malgrado prove a ocorrência da precoce organização da Inglaterra segundo modelo estruturado.

A causa histórica apontada pelo autor alemão não parece a mais adequada para a explicação do fenômeno. A mudança da nacionalidade condutora do processo estudado parece mais de acordo com os dados históricos que se pôde reunir a respeito. A divergência aludida reduz-se

¹²¹⁸ DICEY, *Introduction*, p. 184-187.

¹²¹⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 12 e 454.

ao seguinte: enquanto FIKENTSCHER retira a estruturação do povo inglês de seu elemento normando, aventa-se, aqui, a predominância do impulso anglo-saxão na geração desse resultado. Claro que não se pode descartar a possibilidade de o resultado advir da interação das duas mencionadas fontes. O ponto de vista ora defendido apenas se estabelece em termos de prevalência, não de monopólio de influência, tampouco postulado por FIKENTSCHER. O leitor certamente já se terá indagado, a esta altura, pela base capaz de autorizar a formulação de hipótese diversa do referido escritor alemão, justamente o criador das categorias norteadores deste estudo. Como se articularia essa rebelião parcial? A resposta é: com o auxílio do velho bispo STUBBS, que já estendeu a mão a outras pessoas dedicadas ao estudo do devido processo legal¹²²⁰. Na verdade, não se cuida de promover insurreição contra o autor dos “*Métodos do Direito*”, mas de novamente endossar-lhe as principais conclusões e, por exceção, propor alternativa no pormenor.

A opção teórica doravante apresentada constitui, em suma, uma leitura conjunta da obra de FIKENTSCHER e STUBBS, em que os fatos narrados pelo historiador inglês são compreendidos à luz da teoria do estudioso alemão. Espero que o leitor tampouco os tenha ao cabo da tarefa.

. . . – *Ganhos decorrentes da solução apresentada para a compreensão da proporcionalidade*

As dificuldades oriundas do tom freqüentemente impressionista e vago com que se compara o direito inglês aos demais editados na Europa parecem superadas pela tese de FIKENTSCHER a respeito da diversidade de momentos da estruturação social *stricto sensu* das nações daquele continente. A adoção da teoria de FIKENTSCHER explica diversos antecedentes históricos do devido processo legal e da proporcionalidade. A solução ora sugerida para o impasse aspira a conferir tratamento mais

¹²²⁰ CUSHMAN, BITAR e ROSYNETE LIMA, por exemplo.

harmonioso aos conceitos de proporcionalidade, *rule of law*, devido processo legal substancial e processual¹²²¹. Almeja-se usar o cânone hermenêutico da “repercussão histórica”¹²²² do nosso tema e, assim, decifrar-lhe a evolução no tempo, tanto da perspectiva interna de cada uma das espécies de direito referidas, quanto da comparação entre elas.

Normalmente, a doutrina brasileira aborda os quatro mencionados conceitos – proporcionalidade, *rule of law*, devido processo legal substancial e processual – com o auxílio de cortes epistemológicos profundos mas individuais. Os resultados assim obtidos esclarecem com minúcia a gênese de cada noção, embora pareçam algo insatisfatórios, se confrontados com o princípio hermenêutico da repercussão histórica de certa idéia ao longo do tempo. Muitos dos estudos não demonstram a origem comum do tema nas famílias jurídicas ocidentais; não raro fecham os olhos para o período histórico divergente (séc. XIII a XIX) e, por fim, não explicam por inteiro a similitude presente entre a proporcionalidade e o devido processo legal. Também é comum ver na literatura especializada a correta unificação parcial de ambas as correntes, com recurso a atos simbólicos como a edição de leis. A escolha de marcos históricos isolados dificulta a visão da causa comum do fenômeno – a estruturação social –, ocorrida em momentos diversos em cada país estudado. A compreensão ora ensaiada pretende ressaltar o fio contínuo da história da proporcionalidade, ao inverso da perspectiva freqüente de registrá-la de modo parcelado. A narrativa tenta copiar o modelo do cinema, dotado do privilégio do movimento permanente, ao invés da técnica já experimentada alhures, que se poderia comparar à exposição de telas individuais em pinacotecas.

O esforço aqui desenvolvido enfatiza o modo de pensar estruturado como a causa determinante do surgimento das idéias assemelhadas

¹²²¹ Disse isso sem nenhuma veleidade, que seria duplamente ridícula no caso, porque o mérito da autoria da tese geral não me cabe, mas toca a FIKENTSCHER,

¹²²² Cf. a nota 41.

do devido processo legal substancial americano e da proporcionalidade européia, herdadas pelo direito brasileiro.

Outro ganho específico dessa nova aproximação do tema parece residir na naturalidade com que, assim, se pode transitar do devido processo legal processual para o material, em virtude do substrato estruturado comum. O passo nesse sentido era culturalmente quase óbvio, apesar de alguma dificuldade em sua imputação à garantia do devido processo legal. Daí discordar-se aqui de certos enfoques doutrinários, que abordam a feição material e processual como coisas rigorosamente distintas ou, ao menos, estanques.

14 – A comunhão de valores germânicos como causa da presença do devido processo legal na Europa continental e insular

A garantia processual de alguém se ver julgado por seus pares, segundo as leis do reino, resulta de valores compartilhados pelas sociedades germânicas presentes na Inglaterra e na Alemanha. Essa pauta axiológica se encontra documentada nas primeiras fontes escritas sobre os povos bárbaros, ou seja, à época de JÚLIO CÉSAR (101-44 a. C.) e de TÁCITO (cerca de 55-120 d. C.)¹²²³.

Os primeiros impulsos para reestruturação cultural do Ocidente parecem ter partido de características da vida comunitária germânica, posteriormente refinadas com a redescoberta do modelo da filosofia grega. Pouco pode ser afirmado com grande precisão, em decorrência da falta de fontes escritas a respeito dos costumes originais das sociedades bárbaras. Dois estrangeiros coevos – JÚLIO CÉSAR e, sobretudo, TÁCITO – produziram os registros mais pormenorizados a respeito desses povos. TÁCITO, um republicano convicto forçado a viver na Roma imperial, revelou admiração pelos povos que designou de germânicos e um tanto idealizadamente os contrapôs à decadência ética romana de então¹²²⁴. O pano de fundo ideológico da comparação cultural empreendida pelo romano não afeta a credibilidade da obra no que interessa ao nosso tema.

A obra de TÁCITO retrataria, no entender de FIKENTSCHER, o período de transição das sociedades germânicas, que abandonavam a frag-

¹²²³ O tratamento indistinto da Europa central e da Grã-Bretanha nesse momento histórico justifica-se pelo fato histórico de que a Inglaterra e seu direito resultaram do “amalgama” dos povos anglo-saxão e normando, sucessivos conquistadores, nessa ordem, da Grã-Bretanha – cf. STUBBS, *History*, vol. 1, p. 584; cf. a nota 1254.

¹²²⁴ Cf., por exemplo, MÁRIO CURTIS GIORDANI, *Reinos bárbaros*, vol. 1, p. 16.

mentação pré-axial amontoada¹²²⁵ e iniciavam a formação de comunidades jurídicas organizadas à semelhança da *polis* primitiva¹²²⁶. O mesmo fenômeno também teria ocorrido nas sociedades eslavas, islandesa e, talvez, em certas tribos indígenas norte-americanas, embora com diferenças cronológicas¹²²⁷. Essas sociedades compartilhariam rudimentares extraposição trágica e consciência do inesgotável resíduo de injustiça imanente a qualquer solução normativa dos problemas humanos¹²²⁸.

A leitura da *Germânia* com ajuda da teoria antropológica dos três foros sociais – moral, direito e religião – indica que os povos germânicos não confiaram a casta específica a definição dos critérios morais, que, assim, não se separaram inteiramente do direito¹²²⁹. Três instituições jurídicas germânicas descritas por TÁCITO interessam sobremaneira ao estudo do início da retomada da tradição antiga de estruturação social e dos antecedentes da proporcionalidade.

As questões relativas ao bem comum não eram resolvidas pela elite dirigente bárbara, mas pelo conjunto dos cidadãos, por assim dizer, à semelhança do que outrora acontecia na Grécia. TÁCITO notou, quanto às “assembléias dos povos germânicos”¹²³⁰: “os chefes deliberam sobre as coisas de somenos importância, e as de maior monta decidem todos”¹²³¹, após a audiência dos chefes dos clãs¹²³². O relato do historiador romano

¹²²⁵ Cf. o item 6.2.10.1.

¹²²⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 128.

¹²²⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 128.

¹²²⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 128.

¹²²⁹ Cf. a nota 104 e seguintes.

¹²³⁰ TÁCITO, *Germânia*, cap. XI, p. 42.

¹²³¹ TÁCITO, *Germânia*, cap. XI, p. 42.

¹²³² TÁCITO, *Germânia*, 11: “De minoribus rebus principes consultant; de maioribus omnes, ita tamen, ut ea quoque, quorum penes plebem arbitrium est, apud principes pertractentur”. A tradução alemã afirma: “Die Volksversammlung. 11. Über geringere Angelegenheiten entscheiden die Stammeshäupter, über wichtigere die Gesamtheit; doch werden auch die Dinge, für die das Volk zuständig ist, zuvor von den Stammeshäuptern beraten”. Original obtido em

indica a existência de mecanismo bárbaro rudimentar assemelhado à democracia grega: assuntos comunitários se resolvem mediante o diálogo de todos os homens livres. As reuniões ocorriam nas “primícias da lua nova ou da cheia”, “quando não haja fato fortuito e imprevisto”¹²³³. TÁCITO narra: os povos germânicos “oferecem a desvantagem de não se reunirem todos (ao mesmo tempo), para não parecerem dirigidos (comandados)”¹²³⁴. A direção da assembléia tocava aos sacerdotes, que impunham à multidão o silêncio¹²³⁵. “Em seguida o rei ou o chefe, pela ordem da idade de cada um, segundo a nobreza, segundo a hierarquia guerreira, segundo a eloquência, se fazem ouvir, mais pela autoridade de persuasão do que pela própria força”¹²³⁶. Eis o processo de tomada de decisão: “se desagradou a decisão, repelem-na em clangor; mas se agradou, agitam as frêneas; é a forma mais honrada de assentimento (aprovação), de louvar com as armas”¹²³⁷.

Com o cuidado a cercar as afirmações sobre o direito de povos ágrafos¹²³⁸, WILLOWEIT também notou:

“Além dos elementos constitucionais marcados pela dominação nobre, TÁCITO conhece também uma *assembléia popular (concilium, cap. 11-13)* dos homes capazes de usar armas, na qual se exerce a justiça e se sentencia sobre criminosos graves. Ali também é o lugar onde temas políticos e litígios privados têm voz. Não existe ainda nenhuma separação entre direito e política, conflitos sociais públicos e privados e, por isso, nenhuma competência específica. Esse fórum central da vida coletiva, a ‘reunião’, submete-se a um ritual estrito. [...]. Não sem razão a pesquisa viu na reunião uma

<http://www.thelatinlibrary.com/tacitus/tac.ger.shtml#9>, acessado em 20.2.2005, às 10:09 h.

¹²³³ TÁCITO, *Germânia*, cap. XI, p. 42.

¹²³⁴ TÁCITO, *Germânia*, cap. XI, p. 42.

¹²³⁵ TÁCITO, *Germânia*, cap. XI, p. 42-43.

¹²³⁶ TÁCITO, *Germânia*, cap. XI, p. 43.

¹²³⁷ TÁCITO, *Germânia*, cap. XI, p. 43.

¹²³⁸ *Verfassungsgeschichte*, p. 54-55.

instituição de caráter comunitário e a contrapôs às relações de domínio nobres. A inter-relação de domínio e comunidade, um dos grandes temas da história constitucional medieval, na verdade já encontra voz em TÁCITO”¹²³⁹.

O costume democrático, empregado na direção dos negócios públicos, valia para o julgamento de litígios. TÁCITO revela, quanto à jurisdição germânica: “é lícito perante a assembleia (concílio) acusar e do mesmo modo conhecer de crime capital. [...]. Elegem [os germânicos] em as mesmas assembleias os chefes, a quem cumpre administrar justiça nas aldeias e (cantões) povoados; cada um possui cem assessores populares para assisti-los (aconselhá-los) e prestigiar-lhes a autoridade”¹²⁴⁰. A aplicação de penas era, contudo, privativa dos sacerdotes¹²⁴¹.

O autor romano registrou outro dado fundamental para a posterior construção da proporcionalidade: “os reis são escolhidos entre a nobreza [...]. Nem os reis desfrutam de infinito e livre poder [...]”¹²⁴². Nota-se nessa característica social a contraposição da liberdade bárbara ao titular do poder, que, assim, carece do mando absoluto, vigente na Roma

¹²³⁹ *Verfassungsgeschichte*, p. 55: “Außer den vom Adel geprägten herrschaftlichen Verfassungselementen kennt TACITUS aber auch eine *Volksversammlung* (*concilium*, cap. 11-13) der waffenfähigen Männer, auf welcher Gericht gehalten und über Schwerverbrecher geurteilt wird. Hier ist es auch der Ort, wo politische Angelegenheiten und private Streitigkeiten zur Sprache kommen. Es gibt noch keine Trennung von Recht und Politik, öffentlichen und privaten Sozialkonflikten und daher kein spezialisierten Zuständigkeiten. Diese zentrale Forum des Gemeinlebens, das ‘*Ding*’, unterliegt einen strengen Ritual. [...]. Nicht zu Unrecht hat die Forschung im Ding eine Institution genossenschaftlichen Charakters gesehen und den adelig-herrschaftlichen Verhältnissen gegenübergestellt. Das Inandergreifen von Herrschaft und Genossenschaft, einer der großen Themen der mittelalterlichen Verfassungsgeschichte, bringt in der Tat schon Tacitus zur Sprache”.

¹²⁴⁰ TÁCITO, *Germânia*, cap. XII, p. 44.

¹²⁴¹ TÁCITO, *Germânia*, cap. VII, p. 36: “a ninguém é permitido senão aos sacerdotes punir, amarrar, e nem vergastar nem como pena, nem por ordem do chefe, mas como inspiração de deus, que eles crêem dirigir as guerras”.

¹²⁴² TÁCITO, *Germânia*, cap. VII, p. 36. Cf. a nota 1277 para a importância atribuída por STUBBS a esse princípio jurídico do direito germânico.

fragmentada. WIEACKER ressalta a “concepção germânica de que o direito não é um comando arbitrário, mas uma tradição de vida inatacável”¹²⁴³.

A limitação do poder arbitrário, alcançado em última análise, por meio da proporcionalidade tem sua origem aqui, na liberdade bárbara, posteriormente aperfeiçoada com o auxílio do *logos* grego e da pessoa cristã.

A “essência da Constituição inglesa”, composta segundo BITAR pelos princípios da supremacia do parlamento e da *rule of law*, já se encontrava, em semente, nos povos germânicos descritos por TÁCITO¹²⁴⁴. Não se trata, evidentemente, de coincidências. A isso voltaremos mais tarde¹²⁴⁵.

14.1 – A divergência entre os direitos de matriz continental e o direito inglês

O direito bárbaro continha “retrocessos e avanços para a mentalidade jurídica” em comparação com a cultura filosófica e jurídica da Antigüidade¹²⁴⁶. “Retrocessos foram”, enumera WIEACKER: “a involução de uma cultura jurídica que retrogradou da sensibilidade adulta e racional e de uma vontade política planificadora para uma consciência jurídica essencialmente determinada pela intuição e pelo sentimento de vida”, e a “pulverização de uma ordem universal” em diversas pequenas comunidades jurídicas, com “limitações da liberdade jurídica e da segurança pessoal”¹²⁴⁷. Tais inconvenientes teriam sido compensados “por novos

¹²⁴³ WIEACKER, *História*, p. 27, com apoio em diversos outros autores.

¹²⁴⁴ Cf. a nota 2359.

¹²⁴⁵ Cf. o item 14.6.

¹²⁴⁶ WIEACKER, *História*, p. 20.

¹²⁴⁷ WIEACKER, *História*, p. 21.

valores”¹²⁴⁸, conservados até hoje nas ordens jurídicas europeias. Eis o panorama europeu após a queda de Roma, traçado por WIEACKER:

“A ordem autoritária do absolutismo – que após a inteira destruição da liberdade municipal e cidadã tinha pesado impiedosamente sobre os súbditos – cedeu passo à comunidade de homens solidários e livres unidos pela autoridade espiritual da igreja e pela tradição cultural da Antigüidade mais do que pelo débil poder central. O direito já não era o comando de um senhor, mas a tradição não escrita da vida que obrigava também o detentor da suserania; o funcionário já não representava uma competência funcional objetiva, mas uma relação de fidelidade entre o senhor e seus companheiros. O súbdito tornou-se ‘compártcipe do direito’ [...]. Os direitos invioláveis dos homens livres substituíram o direito objetivo em relação ao qual o absolutismo tardo-romano dispunha ilimitadamente; franquias e liberdades multifacetadas substituíram as liberdades dos *politén* e *cives*, estes em via de extinção no império tardio. E, finalmente, a vigorosa sensibilidade de uma cultura militar, marcada pelas solidariedades tribais e pela fidelidade da camaradagem de armas [...] enriqueceu o sistema de virtudes da Antigüidade tardia e do Cristianismo com novos valores, que eram precisamente favoráveis ao respeito pela liberdade e pelos direitos pessoais”¹²⁴⁹.

A intensidade da influência dos valores bárbaros na sociedade e no direito medievais alterou-se no espaço e no tempo. Precisamente essa variação desfez a relativa unidade jurídica dos povos estudados, calcada no substrato bárbaro comum. O grau da repercussão das concepções bárbaras no direito medieval parece responsável pelas causas mais remotas da distinção entre *civil* e *common law*, uma ruptura de identidade ocorrida no século XIII, isto é, quando escrita a cláusula do devido processo legal na Inglaterra.

¹²⁴⁸ WIEACKER, *História*, p. 21.

A maioria dos autores credita a diferença aludida à influência do direito romano nas ordens jurídicas germânicas. O continente e suas ordens jurídicas voltaram a ser influenciados, a partir de certo momento, pelo direito romano, não mais imposto pelo império decaído, mas pelos reis bárbaros.

O Império Romano ainda legaria à Europa continental herança mais fragmentadora do que a antecedente: a igreja seguiu o padrão cesarista de administração do Cristianismo, ao invés de prosseguir no modelo democrático posto em ação por PAULO no Novo Testamento, ao tentar reunir os poderes temporal e religioso¹²⁵⁰. A administração da fé e dos problemas sociais adquiriu feições do mando absolutista. A localização do papado em Roma não é casual. O Ocidente assistiu, assim, à vagarosa substituição dos titulares de poder, embora se tenha conservado o modo de governo e de resolução das questões éticas. O papa e os reis durante séculos lutariam para impor suas determinações. Tais observações traduzem a realidade, embora ainda não atinjam o cerne do processo, vale dizer, a penetração de noções do modo de pensar fragmentado, nas sociedades germânicas, anteriormente baseadas em rudimentos de estruturação social. Isso se deu tanto pela administração eclesiástica e temporal, quanto pelo direito romano imperial. A tríplice influência fragmentada – do direito romano e dos poderes absolutistas temporais e papal – minou pouco a pouco as características estruturantes das sociedades germânicas. A Grã-Bretanha não viveu esse processo.

A solução do nosso enigma advém de dois processos históricos com pontos de viragem situados por volta da mesma época: a continuidade da tradição bárbara orientada para a estruturação social rudimentar na Inglaterra e seu abandono no continente europeu em prol da frag-

¹²⁴⁹ WIEACKER, *História*, p. 21-22. GIOVANNI COSI, *Bill*, p. 47, também divisa na origem democrática do direito e na limitação dos soberanos germânicos descritas em TÁCITO o nascedouro das liberdades ocidentais.

¹²⁵⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 288.

mentação. Os eventos podem ser descritos em termos documentais como a inserção do devido processo legal e outras garantias em documentos solenes, como a Magna Carta e suas inúmeras confirmações inglesas, em contraponto ao esquecimento, pelo continente, de que ele mesmo, antes dos ingleses, já gozava da franquia formalizada do julgamento pelos pares. Um direito passou a escrever algo, ao passo que o outro se esqueceu daquilo que havia registrado.

As diferenças entre os modos de pensar repercutiram sinepeicamente produzindo diferentes modos de comunicar e realizar o valor justiça¹²⁵¹. FIKENTSCHER assim contrastou ambos os métodos jurídicos ocidentais:

“A observação um pouco mais aprofundada demonstrará que a ênfase do pensamento jurídico anglo-americano recai no processo, no proceder com os problemas jurídicos – de modo breve, no *método* – e, ao contrário, o tratamento europeu continental de questões jurídicas é direcionado para a busca da solução justa imediata, para a realização da verdadeira justiça e, assim [...], recai enfaticamente no domínio *jusfilosófico*”¹²⁵².

¹²⁵¹ Cf. o item 5.

¹²⁵² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 3: “Die ein wenig vertiefte Betrachtung wird lehren, daß das Schergewicht anglo-amerikanischen Rechtsdenkens im Verfahren, im Umgang mit Rechtsproblemen, kurz in der *Methode* liegt, wogegen die kontinental-europäische Behandlung von Rechtsfragen auf das Finden der unmittelbar gerechten Lösung, auf die Verwirklichung der wahren Gerechtigkeit gerichtet ist und damit [...] schwerpunktmäßig auf rechtsphilosophischem Gebiet liegt”. A propósito do significado específico dos termos “filosofia” e “método do direito” na teoria de FIKENTSCHER, cf. o item 5 e 6.I. A distinção entre o direito continental e o britânico nessa base metodológica *lato sensu* tampouco escapou a BITAR, *Fontes*, p. 272, que registrou haver, no *common law*, a “preeminência do processo e da técnica de suscitamento do Judiciário (direito de ação) à própria atividade provedora das fontes formais da norma”. O mesmo pode ser lido em XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 201 e segs: “para compreender a natureza profunda do direito inglês, é preciso ter em mente a anterioridade do processo em relação ao fundo do direito” (“Pour comprendre la nature profonde du droit anglais il faut aussi garder à l’esprit l’antériorité de la procédure par rapport au fond du droit”).

Essa lição é absolutamente indispensável à compreensão da diferença entre o direito inglês e o continental, assim como da existência do devido processo legal no primeiro e de seu desaparecimento em boa parte da história do segundo.

14.2 – O devido processo legal como resultado da precoce estruturação social anglo-americana

Veja-se, agora, como a tradição germânica anotada por TÁCITO e outras fontes passou de prática tribal a instituto escrito de direito nacional. Mais tarde será o momento de examinar o oblívio continental.

. . . – *O direito inglês: das origens germânicas à conquista normanda*

A leitura conjunta das obras de FIKENTSCHER e de STUBBS conduz ao fortalecimento da tese do jurista alemão acerca da precoce estruturação social inglesa, embora também pareça revelar-lhe o engano na conjectura da causa histórica do fenômeno. O ponto de vista aqui defendido funda-se na abundante prova documental exibida pelo autor inglês sobre a história de seu país, além de considerar o fato de o pensador alemão ter admitido que carecia de pistas seguras para embasar sua hipótese de trabalho. Parece correto empregar a filosofia geral e jurídica do autor alemão, mas retocá-la no pormenor, com o auxílio dos fatos indicados pelo historiador britânico.

Imersos em nosso direito, cujas regras estudamos e vivemos, bem lhe conhecemos a essência; ou pelo menos julgamos fazê-lo. Isso nos dispensa, de um modo ou de outro, de recordar os caracteres definidores da família jurídica a que se filia nosso sistema jurídico. O mesmo, contudo, não vale para o sistema anglo-americano, pois a maioria de nós desconhece suas características primitivas, da Baixa Idade Média, responsáveis pela identidade do *common law*. A documentação doravante exposta atende ao fato de que compoem a mencionada maioria. Quem

se supuser incluído na exceção aludida, deve pular algumas páginas. A eventuais leitores da última espécie, tomo a liberdade de recordar as palavras do magistrado e ex-presidente da *English Law Commission*, Lord LESLIE SCARMAN: “o *common law* sabe tão pouco sobre o seu nascimento como vocês ou eu sabemos sobre o nosso. Cresceu, de forma assistemática, e é tão natural na cena inglesa como o carvalho, o freixo e o sabugueiro”¹²⁵³.

Já não é mais segredo bem guardado o fato de a Inglaterra e seu direito resultarem do “amalgama” dos povos anglo-saxão e normando, sucessivos conquistadores da Grã-Bretanha¹²⁵⁴. Eis a conclusão sintetizada por STUBBS:

“A grande característica do sistema constitucional inglês [...] – o princípio do seu crescimento, o segredo de sua construção – é o desenvolvimento contínuo de instituições representativas, a partir do mais elementar estágio, isto é, do seu emprego em propósitos locais e em sua forma mais simples, até aquele em que o Parlamento surge como a concentração de todo mecanismo local e provincial, o repositório de todos os poderes coletivos dos três estados do reino. Nós traçamos na história anglo-saxã a origem das instituições locais, e na história dos reinos normandos a criação de um poderoso sistema administrativo. Não que os anglo-saxões não tivessem mecanismo administrativo, ou que a política normanda carecesse de organismo local e provincial, mas que a força dos primeiros estava nos estratos mais baixos do sistema social e a da segunda estava nos superiores, e que as partes fortes de cada um deles se tornaram permanentes”¹²⁵⁵.

¹²⁵³ SCARMAN, *Direito*, p. 14.

¹²⁵⁴ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 584.

¹²⁵⁵ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 584: “The great characteristic of the English constitutional system [...] – the principle of its growth, the secret of its construction, – is the continuous development of representative institutions from the first elementary stage, in which they are employed for local purposes and in the simplest form, to that in which the national parliament appears as the concentration of local and provincial, the depository of the collective powers of the three estates of the

STUBBS sublinha, como dado fundamental, a etnia germânica da primeira leva de invasores da Grã-Bretanha, que nela desembarcou por volta dos séculos v e vi¹²⁵⁶. Os ingleses herdaram dos povos germânicos principalmente os elementos primitivos de sua cultura e instituições, além do sangue e da língua¹²⁵⁷. Por isso, concepções similares de liberdade vigoraram no continente e na Grã-Bretanha¹²⁵⁸. Os decretos citados dos reis alemães e a Magna Carta confirmam tal comunhão de valores entre os povos germânicos durante longo período¹²⁵⁹.

O insulamento da Inglaterra produziu, ao ver de STUBBS, a mais pura evolução de direito germânico, porque historicamente aquele sistema se subtraiu às influências imperiais romanas e da união com a Itália, ao contrário do sucedido com o Império Germânico¹²⁶⁰. A segregação insular preservou em maior grau o caráter germânico do direito inglês do que na ordem jurídica saxã, de onde proveio. Essa informação parece reforçar a tese de que aqueles povos bárbaros apresentavam tendência à estruturação, ainda que em bases simplificadas. STUBBS declinou os seguintes motivos para afirmar que o direito inglês seria a forma

realm. We have traced in the Anglo-Saxon history the origin and growth of the local institutions, and in the history of the Norman reigns the creation of a strong administrative system. Not that the Anglo-Saxon rule had no administrative mechanism, or that the Norman polity was wanting in its local and provincial organism, but that the strength of the former was in the lower, and that of the latter in the upper ranges of the social system, and that the stronger parts of each were permanent". Embora não correlacionem ambos os elementos a determinada etnia, cf. DICEY e BITAR, na nota 704, a respeito dos dois ingredientes básicos da Constituição inglesa: a supremacia do parlamento e do direito. A exposição seguinte, baseada na obra de STUBBS, tentará demonstrar que o poder parlamentar revela a influência normanda, ao passo que a obediência ao direito traduz a contribuição anglo-saxã.

¹²⁵⁶ STUBBS, *History*, vol. I, cap. I, 2 e 3.

¹²⁵⁷ STUBBS, *History*, vol. I, p. 2; cf. a nota 821, para a referência à língua como forma de se transmitir não apenas um meio de comunicação, mas todo um sistema conceitual.

¹²⁵⁸ WIEACKER, na nota 1249.

¹²⁵⁹ Cf. as notas 1198 a 1201.

¹²⁶⁰ STUBBS, *History*, vol. I, p. 6.

mais bem conservada das imemoriais instituições germânicas documentadas por TÁCITO:

“A Inglaterra não herdou nenhuma porção da legislação romana, exceto na forma de axiomas científicos e profissionais, introduzidos num período tardio e pelos estudos eclesiásticos ou escolásticos internacionais. Seu direito comum é, em extensão muito maior do que comumente reconhecido, baseado em usos anteriores ao influxo do feudalismo, isto é, no estrito costume primitivo. [...]. O resultado dessa comparação sugere a probabilidade de que a política desenvolvida pelas raças alemãs em solo britânico é a mais pura produção do seu primitivo instinto”¹²⁶¹.

As assembléias populares descritas por TÁCITO mantêm-se na Grã-Bretanha, pois o quadro geral de prestígio do homem livre permanece intacto, apesar da multiplicação de órgãos colegiados eletivos¹²⁶². As particularidades da conquista territorial empreendida pelos povos germânicos na ilha inglesa determinaram a criação do rei, o líder nas batalhas, ao contrário do que sucedia no continente, com a eleição de chefes, cujos herdeiros recebiam-lhe apenas o patrimônio, mas não o sucediam na política¹²⁶³.

A jurisdição primitiva dos conquistadores germânicos da Inglaterra era exercida por cortes distritais, compostas por cem homens livres eleitos, embrião do júri moderno, tal como narrado por TÁCITO sobre o

¹²⁶¹ STUBBS, *History*, vol. I, p. 10-11: “England has inherited no portion of Roman legislation except in the form of scientific or professional axioms, introduced at a late period, and through the ecclesiastical or scholastic international studies. Her common law is, to a far greater extent than is commonly recognised, based on usages anterior to the influx of feudality, that is, on strict primitive custom [...]. The result of this comparison is to suggest the probability that the polity developed by the German races on British soil is the purest product of their primitive instinct”. No mesmo sentido, XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 197.

¹²⁶² STUBBS, *History*, vol. I, p. 40-62; cf. as notas 1231 a 1240.

¹²⁶³ STUBBS, *History*, vol. I, p. 72.

direito no continente¹²⁶⁴. As dificuldades de reunião das centúrias de pessoas provocaram a criação de corpo de doze juízes permanentes, às vezes vitalícios, para julgar em nome do conjunto de cidadãos-guerreiros¹²⁶⁵. “A corte dos cem” – narra STUBBS – “era competente para declarar o direito popular em qualquer matéria; sua jurisdição era criminal assim como civil, e voluntária assim como contenciosa. Ela julgava criminosos, resolvia disputas e testemunhava a transferência de terras”¹²⁶⁶. Portanto, a Inglaterra conviveu desde sempre com a origem democrática ou estruturada do direito.

O direito inglês primitivo conheceu a “assembléia de sábios”, o conselho supremo da nação, que funcionava junto ao rei, além desses órgãos jurisdicionais populares¹²⁶⁷. Importantes leis germânicas, na Inglaterra e fora dela, principiavam por esclarecer que sua edição havia sido precedida de consulta a tais conselhos de sábios¹²⁶⁸; também se registra sua intervenção “plena e autoritativa” em assuntos de relevo¹²⁶⁹ e na transferência de terras¹²⁷⁰. “A *witenagemot* era, ademais, uma corte de justiça, malgrado apenas em última instância, ou em casos nos quais as partes envolvidas não eram processáveis senão pela jurisdição real”¹²⁷¹. Deci-

¹²⁶⁴ STUBBS, *History*, vol. I, p. 103-104. Para o trecho de TÁCITO, cf. a nota 1242.

¹²⁶⁵ STUBBS, *History*, vol. I, p. 115-116.

¹²⁶⁶ STUBBS, *History*, vol. I, p. 115-116: “the hundred court was entitled to declare folk right in every suit; its jurisdiction was criminal as well as civil, and voluntary as well as contentious. It tried criminals, settled disputes, and witnessed transfers of land”.

¹²⁶⁷ STUBBS, *History*, vol. I, p. 133, cf. BITAR, *Sistema parlamentar*, p. 213 e segs, para explanação sintética do desenvolvimento das instituições inglesas.

¹²⁶⁸ STUBBS, *History*, vol. I, p. 141-143.

¹²⁶⁹ STUBBS, *History*, vol. I, p. 140.

¹²⁷⁰ STUBBS, *History*, vol. I, p. 144.

¹²⁷¹ STUBBS, *History*, vol. I, p. 146: “The witenagemot was, further, a court of justice, although only in the last resort, or in cases in which the parties concerned were not amenable to no other jurisdiction than the royal jurisdiction”. Segundo STUBBS, *History*, vol. I, p. 177, o colegiado referido chegou, em cinco exemplos, a condenar reis à prisão, ao exílio e à proscricção, no exercício da jurisdição.

dia casos civis e processava criminosos¹²⁷². A competência desse conselho abrangia a imposição de tributos extraordinários em conjunto com o rei¹²⁷³; a deliberação de políticas gerais, como a paz e a guerra, a direção da armada e do exército; a aceitação do Cristianismo¹²⁷⁴; a escolha de bispos e príncipes locais, *eldormen*¹²⁷⁵, a eleição e a deposição de reis¹²⁷⁶. O conselho de sábios aponta para a natureza limitada dos poderes reais, outra característica estruturada.

A concepção real germânica, presente entre os anglo-saxões, pouco tinha de comum com a dos imperadores romanos. STUBBS registra com especial cuidado a passagem de TÁCITO onde contrapostos os poderes absolutos dos imperadores romanos à idéia de monarquia limitada entre os germânicos¹²⁷⁷. O historiador do direito inglês enfatiza o “caráter limitado da realeza”¹²⁷⁸, na medida em que o rei não é “apêndice ornamental”¹²⁷⁹, nem “ditador segundo o modelo imperial”¹²⁸⁰. O rei “não é a fonte de justiça, que sempre foi administrada nas cortes locais; ele é o defensor da paz pública, não o mantenedor autocrático de direitos de súditos que dele derivam todos os seus direitos”¹²⁸¹. O rei encarna

¹²⁷² STUBBS, *History*, vol. 1, p. 146: “The witenagemot was, further, a court of justice, although only in the last resort, or in cases in which the parties concerned were not amenable to no other jurisdiction than the royal jurisdiction”. Segundo STUBBS, *History*, vol. 1, p. 177, o colegiado referido chegou, em cinco exemplos, a condenar reis à prisão, ao exílio e à proscricção, no exercício da jurisdição.

¹²⁷³ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 148.

¹²⁷⁴ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 148.

¹²⁷⁵ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 149.

¹²⁷⁶ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 151-153.

¹²⁷⁷ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 28.

¹²⁷⁸ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 158: “the limited character of kingship”.

¹²⁷⁹ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 158: “ornamental appendage”.

¹²⁸⁰ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 158: “ruler after the imperial model”. Tampouco o rei era o proprietário de todas as terras, pois somente delas podia dispor com o acordo da *witan* - STUBBS, *History*, vol. 1, p. 158.

¹²⁸¹ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 158: “He [the king] is not the fountain of justice, which has always been administered in the local courts; he is the defender of the public peace, not the autocratic maintainer of the rights of subjects who derive all their rights from him”.

a dignidade e unidade da raça, é o líder inquestionável das hostes e o supremo juiz de última instância¹²⁸². As relações mantidas entre o rei e o povo parecem confirmar de novo a inclinação germânica à estruturação: “a sanção que torna [o rei] inviolável e seguro não é a simples tolerância de seu povo, mas o caráter que lhe é impresso pela unção e coroação e por ele mesmo reconhecido nas promessas de bem governar e manter a religião, paz e justiça”¹²⁸³.

STUBBS descreve o passo seguinte da história do direito inglês como a transformação do modelo pessoal em territorial de organização da sociedade¹²⁸⁴. As duas características propulsionadoras do antigo direito germânico – a liberdade pessoal e o direito político – associaram-se, no período seguinte, à propriedade fundiária¹²⁸⁵: “na constituição germânica primitiva, o homem livre de puro sangue é a unidade política plenamente qualificada; o rei é o rei da raça; as hostes são o povo em armas; a paz é a paz nacional; as cortes são o povo em conselho; a terra é propriedade da raça e o homem livre tem direito a sua porção”¹²⁸⁶. No período seguinte, “a posse da terra torna-se a insígnia da liberdade; o homem livre é inteiramente livre, porque possui terra, ele não possui terra porque é livre; as hostes são o corpo dos proprietários de terra em armas; as cortes são as cortes dos proprietários de terras”¹²⁸⁷. Apesar dessa revira-

¹²⁸² STUBBS, *History*, vol. I, p. 158.

¹²⁸³ STUBBS, *History*, vol. I, p. 158: “the sanction which makes him [the king] inviolable and secure is not the simple toleration of his people, but the character impressed on him by unction and coronation and acknowledged by himself in the promises he has made to govern well and maintain religion, peace and justice”.

¹²⁸⁴ STUBBS, *History*, vol. I, p. 184-185.

¹²⁸⁵ STUBBS, *History*, vol. I, p. 184-185.

¹²⁸⁶ STUBBS, *History*, vol. I, p. 184-185: “in the primitive german constitution the free man of pure blood is the fully qualified political unit; the king is the king of race; the host is the people in arms; the peace is the national peace; the courts are the people in council; the land is the property of the race, and the free man has a right of his share”.

¹²⁸⁷ STUBBS, *History*, vol. I, p. 185: “the possession of land has become the badge of freedom; the freeman is fully free because he possesses land, he does not

volta, STUBBS afirma que o sistema ainda se baseava em laços pessoais, pois mesmo os desprovidos de terra escolhiam seu senhor, assim como o âmbito público se definia em termos de direitos entre os homens¹²⁸⁸.

A dependência dos desprovidos de terra em relação aos que a possuem ocorre apenas numa fase ulterior¹²⁸⁹. Isso provocou a destruição dos pequenos príncipes tribais e a concentração do poder no rei nacional, que assumiu o papel de fonte de justiça e de paz. O rei, ainda assim, era assessorado pela *witan*. A legislação escrita permanece, porém, como a redução a termo dos velhos costumes, sob a sanção da *witenagemot*¹²⁹⁰.

STUBBS assinala a existência de inúmeros órgãos colegiados abrangentes do clã, da representação das cidades na corte dos cem e desta no condado, assim como costumes que impunham a certos comitês a execução da lei¹²⁹¹. “Mas, com certeza, o velho espírito de liberdade encontrava espaço nas cortes locais”¹²⁹². O autor inglês completa: “a coesão da nação era maior nos estratos inferiores”¹²⁹³, de modo que “o povo estava escolado em agir conjuntamente nas pequenas coisas, até que chegado o tempo de agir em conjunto nas grandes”¹²⁹⁴. Salvo engano, aqui está a descrição de comunidades ensaiando, rudimentarmente que seja, o exercício da estruturação social.

possesses the land because he is free, the host is the body of landowners in arms; the courts are the courts of the landowners.

¹²⁸⁸ STUBBS, *History*, vol. I, p. 185. Ora, a sociedade estruturada se qualifica, do ponto de vista jurídico, por ser teia multidirecional de relações fundadas no direito e, não, linha de subordinação vertical – cf. o item 6.3.5 e a nota 1321.

¹²⁸⁹ STUBBS, *History*, vol. I, p. 185.

¹²⁹⁰ STUBBS, *History*, vol. I, p. 213.

¹²⁹¹ STUBBS, *History*, vol. I, p. 230.

¹²⁹² STUBBS, *History*, vol. I, p. 230: “But still more certainly in the local courts the old spirit of freedom found room”.

¹²⁹³ STUBBS, *History*, vol. I, p. 231: The cohesion of the nation was greatest in the lowest ranges”.

¹²⁹⁴ STUBBS, *History*, vol. I, p. 230: “... people were schooled to act together in small things, until the time came when they could act together for great ones”.

Portanto, o quadro poderia ser descrito como a evolução do direito bastante fiel aos fundamentos das origens estruturadas germânicas, registrada já nos escritos de TÁCITO. O monarca detinha os tradicionais poderes germânicos limitados. O fato de o direito inglês ser inicialmente costumeiro e imposto por cortes populares tem estreita relação com a limitação dos poderes monárquicos bárbaros. Os representantes do povo declaravam o costume vigente na comunidade que, assim, deveria impor-se às partes em litígio.

. . . – O “amalgama” inglês: a conquista dos anglo-saxões pelos normandos

As opiniões de FIKENTSCHER e de STUBBS dividem-se, quanto ao papel desempenhado pela conquista normanda no direito inglês. O autor alemão suspeita de que os normandos possuiriam organização germânica típica, resultante da ação individual em pé de igualdade, combinada com ações coletivas hierarquizadas, que lhes teria facilitado a conquista da Grã-Bretanha¹²⁹⁵. Assevera que se deveriam encontrar em posição de criticar o velho panteão politeísta em assembleias rudimentares a respeito das justas decisões de temas coletivos, de modo remotamente assemelhado à *polis*¹²⁹⁶. FIKENTSCHER cita em apoio de sua convicção a tradição normanda de independência entre Estado e igreja, o estabelecimento de tribunais dotados de processo dialógico, a existência de conselhos junto aos príncipes e a manutenção de democracia direta na constituição dos condados anglo-saxões. Tais características teriam colaborado para formar tradição comunitária similar à *polis*, cujos interesses se regulavam por assembleias dos homens livres¹²⁹⁷.

¹²⁹⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 121.

¹²⁹⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 12. Cf. ainda o item 13.4.3.

¹²⁹⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 454.

. . . – *A fragmentação normanda e sua causa*

A tese de FIKENTSCHER parece abalada por evidências apresentadas por STUBBS e outros historiadores gerais. A situação no continente e particularmente na França, de onde partiria a segunda leva de conquistadores da Grã-Bretanha, durante o mesmo período do direito inglês sumariado¹²⁹⁸, era a inversa da descrita no quadro inglês. STUBBS observa que as páginas da história continental estavam recheadas de atos de soberanos e de conselhos e que a realidade social raramente atingia a superfície¹²⁹⁹. O direito vagarosamente se tornava o costume feudal ou permanecia na “pedra imutável da jurisprudência romana”¹³⁰⁰. O costume feudal, inconsciente do seu desenvolvimento, não reclamava participação ativa do povo, ao passo que o direito romano não se submetia a desenvolvimento¹³⁰¹. Nota-se, em ambos os casos, a falta de consciência histórica, típica das ordens jurídicas fragmentadas imperantes no continente europeu, exceto pela glosa adaptadora do direito romano,¹³⁰². A cristianização francesa teria confirmado a regra romana de obediência sem liberdade, com o auxílio da idéia do sofrimento terreno como esperança de obtenção de vida melhor após a morte¹³⁰³.

¹²⁹⁸ Cf. o item 14.2.1.

¹²⁹⁹ STUBBS, *History*, vol. I, p. 232

¹³⁰⁰ STUBBS, *History*, vol. I, p. 232: “resting on the changeless rock of Roman jurisprudence...”.

¹³⁰¹ STUBBS, *History*, vol. I, p. 232.

¹³⁰² STUBBS, *History*, vol. I, p. 232; cf. o item 6.3.2. sobre as noções de tempo e de história dos povos fragmentados e estruturados.

¹³⁰³ STUBBS, *History*, vol. I, p. 232. WIEACKER, *História*, p. 25, mostra que latinos e germanos tinham pontos de vista diferentes, em relação à tradição romana, mesmo antes da formação das nações européias. Os povos romanizados tinham como seus “as formas de vida elementares e o direito vulgar da antigüidade tardia” (p. 26). Os germanos então estabelecidos dentro do império tinham que aprender tais valores; “do lado de fora do *limes* e nos territórios abandonados por Roma estes elementos culturais foram transmitidos pelos francos” (p. 26). Os germanos assentados entre as populações romanizadas, esclarece WIEACKER, *História*, p. 27, tiveram seus chefes transformados “ao mesmo tempo em magistrados romanos; a sua legislação decorria, nos primeiros tempos, ainda do poder imperial e era dirigida pelos letrados e clérigos romanizados; a administração local romana permaneceu no essen-

A suposição de FIKENTSCHER de que os normandos seriam os responsáveis pela precoce estruturação inglesa parece desconhecer um dado primordial do problema: os normandos não conquistaram a Inglaterra, vindos diretamente de países nórdicos, apesar de possuírem origem escandinava transparente até em sua denominação – *nordman*, homem do norte¹³⁰⁴. Os invasores escandinavos receberam território do norte do reino franco, em troca de paz, proteção, vassalagem ao rei e conversão ao Cristianismo, após inclementes saques e destruição da França setentrional no século IX e início do seguinte. Tudo acordado em 911, por meio do tratado de Saint-Clair-sur-Epte¹³⁰⁵. Isso significa dizer que, ao invadirem a Grã-Bretanha já não viviam de acordo com suas instituições primitivas, mas sob a forma dos francos cristianizados pela influência da religião e instituições romanas.

Um dado registrado por LOT¹³⁰⁶, cronista da época, apresenta interesse: os francos, invadidos por pequeno número de normandos, viviam em “desmoralização”, com exemplos de fraqueza de seus guerreiros. Na oportunidade, predominaria um “particularismo egoísta”¹³⁰⁷, caracterizado por LOT pelo fato de que “só os clérigos e uma minoria leiga conservam “um ideal de solidariedade, senão nacional, pelo menos cristã. A maioria da população não cuida disso de modo algum. Cada um sonha apenas com seu canto de terra e não se preocupa nem com o Estado nem com o vizinho”¹³⁰⁸. Em suma, os francos, que rapidamente absor-

cial”. Segundo WIEACKER, *História*, p. 28, “diferentemente se passaram as coisas [...] com aqueles germanos que ou não atingiram o território do império (como os saxões antigos, os frisios ou os germanos do norte) ou que aí irromperam violentamente e se fixaram após a queda da civilização romana ([...] anglos, saxões e jutões na Grã-Bretanha). A influência romana chegou muito tarde, com repercussões até hoje, afirma WIEACKER (p. 28).

¹³⁰⁴ GIORDANI, *Mundo Feudal*, vol. I, p. 18.

¹³⁰⁵ GIORDANI, *Mundo Feudal*, vol. I, p. 41.

¹³⁰⁶ *Apud* GIORDANI, *Mundo Feudal*, vol. I, p. 38.

¹³⁰⁷ GIORDANI, *Mundo Feudal*, vol. I, p. 38.

¹³⁰⁸ *Apud* GIORDANI, *Mundo Feudal*, vol. I, p. 38.

veram os normandos, já pareciam fragmentados¹³⁰⁹. As conclusões de WIEACKER também parecem sustentar o ponto de vista de que os normandos se fragmentaram em contato com o reino franco: “a formação do Estado franco, no coração da Europa entre os germanos romanizados e não romanizados, assumiu um papel chave [no direito europeu]. [...]. De todas as nações germânicas era a franca que – pela sua convivência raiana de um século junto ao Reno e pela sua conversão à igreja ortodoxa latina – estava preferencialmente vocacionada para a posse da herança imperial”¹³¹⁰. A “idéia de uma sucessão do *imperium romanum*” surgiu no império merovíngio e carolíngio e provocou o renascimento do direito romano¹³¹¹.

O grau de integração e de absorção dos costumes fragmentados pode ser visto até mudanças culturais extremamente profundas, como a língua. Apesar de sua língua original ser germânica¹³¹², os normandos já utilizavam idioma de perfil latino em 1066, quando invadiram a Grã-Bretanha. Um século e meio de estabelecimento na Normandia bastou para essa mudança radical. Aproximadamente o mesmo ocorreu com seus costumes. Os normandos implantaram na Inglaterra o sistema feudal ao qual tinham aderido em 911. A posse da terra gerou o modelo social do feudalismo, cujos diversos níveis hierárquicos se agrupam em elos de deveres de serviço e defesa¹³¹³.

STUBBS parece mais convincente do que FIKENTSCHER na prova da estruturação aludida: a Inglaterra estruturou-se mais cedo do que outros povos europeus, apesar dos normandos. Eles já não se regiam por direito dotado de impulsos estruturantes, ao conquistarem a Inglaterra; ao

¹³⁰⁹ Sobre a deficiência de fontes sobre a história normanda e o mencionado processo de aculturação, cf. STUBBS, *History*, vol. 1, p. 271; FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 12; e GIORDANI, *Mundo Feudal*, vol. 1, p. 18 e segs

¹³¹⁰ GIORDANI, *História*, p. 28.

¹³¹¹ GIORDANI, *História*, p. 28.

¹³¹² STÖRIG, *Línguas*, p. 122.

¹³¹³ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 274.

contrário, transformaram-se em portadores da fragmentação continental.

Ouçá-se MAUROIS:

“Ainda que se possam dizer da mesma raça dos Anglo-Dinamarqueses e primos muito próximos dos Anglo-Saxões, os seus Normandos [de GUILHERME, o CONQUISTADOR], em cento e cinqüenta anos, transformaram-se tão profundamente que nenhum Inglês lhes compreende a língua. Até os caracteres tornaram-se assaz diferentes. O cronista GUILHERME DE MALMESBURY [c. 1080-1142], que compara as duas nações, pinta a nobreza inglesa entregando-se à bebida, à glotonaria e à devassidão em casas bastante pobres de aparência, ao passo que os ‘Franceses, em esplêndidos solares, vivem com frugalidade’. Em compensação, os senhores ingleses, mais generosos, não procuram quase, diz ele, enriquecer-se, ao passo que os Normandos ‘invejam os seus iguais, saqueiam seus súditos e trocariam de soberano se nisso tivessem algum dinheiro que ganhar’. O próprio Rei normando, com grande indignação do cronista saxão, arrenda as suas terras tão caro quanto pode, e transfere-as a quem quer que lhe ofereça aluguer mais elevado, o que é de bom administrador, mas não de perfeito cavaleiro”¹³¹⁴.

A elite conquistadora falou francês, enquanto os conquistados persistiram no saxão durante séculos¹³¹⁵. A “conquista ia tornar-se o ponto de partida das liberdades inglesas”, sentenciou MAUROIS¹³¹⁶. A realeza britânica será imediatamente vigorosa, porque nasceu de uma conquista, ao passo que o rei da França terá que se impor pela força a todo o país¹³¹⁷. Mas, a força do poder central permitirá a organização das liberdades locais, legadas pelos saxões, e fará com que os barões as respeitem. Aliás, o rei impõe tais limites aos barões, para não ser ameaçado com seu fortalecimento. O historiador francês não deixa de ter razão, ao a-

¹³¹⁴ GIORDANI, *História*, p. 59.

¹³¹⁵ MAUROIS, *História*, p. 61.

¹³¹⁶ MAUROIS, *História*, p. 61.

¹³¹⁷ MAUROIS, *História*, p. 61.

pontar o paradoxo de a invasão haver funcionado como catalisador da liberdade na Inglaterra, muito embora não fosse ela o seu nascedouro.

Eis aqui nova demonstração, agora por MAUROIS, da estruturação social inglesa, malgrado a conquista normanda. O invasor fragmentado realizou pacto de início silencioso com o povo conquistado: os anglo-saxões poderiam continuar com seu direito, desde que aceitassem o domínio normando. A síntese de MAUROIS sobre a origem das liberdades britânicas antecipa o mecanismo da história constitucional inglesa aqui defendido: o antigo direito anglo-saxão, estruturado com simplicidade, lutou tenazmente para manter-se contra os institutos fragmentados de dominação normanda, rapidamente aprendidos pelos conquistadores em sua permanência de 150 anos no reino franco, quando entraram em contato com as idéias imperiais românicas da França. Seria muito improvável que os normandos tivessem substituído nada menos do que o seu idioma germânico em prol da língua latina praticada pelos francos, mas não lhes tivessem imitado a organização política, uma característica social bem menos plástica do que o idioma¹³¹⁸.

Tal atrito de mentalidades e a diferença numérica entre invasores e invadidos refletiu-se no instituto da realeza. GUILHERME, o CONQUISTADOR, não é soberano absoluto, pois “jurou no momento da sua coroação manter as leis e os costumes anglo-saxões; deve respeitar os direitos feudais [...]”¹³¹⁹. O equilíbrio do país é assegurado, “não por uma chave de abóbada central, mas por um travejamento de direitos locais que se completam e se sustêm uns aos outros”, nota MAUROIS. “O Rei normando é fortíssimo; nenhuma constituição escrita limita sua vontade; mas, se ele violasse o juramento de suserano, os seus vassalos julgar-se-iam autorizados a ‘desligar-se’ e a denunciar o juramento de feudalida-

¹³¹⁸ Cf. a nota 821, para a referência à língua como forma de se transmitir não apenas um meio de comunicação, mas todo um sistema conceitual; cf., ainda, a nota 1257.

¹³¹⁹ MAUROIS, *História*, p. 65.

de”¹³²⁰. A insurreição é direito. Ora, a denominação da categoria “sociedade estruturada” foi extraída precisamente da idéia arquitetônica de edifício que se mantém de pé graças não apenas à superposição de pesados e imóveis elementos verticais, mas também em virtude da existência de vigas, ou seja, traves longitudinais a unir seus elementos. Do ponto de vista do direito, cuida-se da existência de relações jurídicas transversais entre os membros da coletividade. O modelo das sociedades fragmentadas é piramidal, carente das traves transversais; as peças amontoadas apontam para uma única referência, a cúspide, um símbolo a ilustrar a hierarquia numa só linha de comando, até a base do edifício social. MAUROIS enfatiza com argúcia que o sistema inglês se estrutura num “travejamento de direitos”, ou seja, de relações transversais, e não com referência a um superior hierárquico de perfil absolutista.

STUBBS afirma que os normandos desembarcaram na Inglaterra dispostos a pôr em marcha o feudalismo, com o qual habituados na França, ainda que em adaptação particular. Tal sistema jurídico baseava-se na posse da terra e cada lorde julgava, taxava e comandava a classe inferior. A “abjeta escravidão” formava o nível mais baixo e a “tirania irresponsável”, a mais alta¹³²¹. A infra-estrutura social continuou a ser regida pelo direito anglo-saxão, ao passo que a superestrutura oficial assumiu a forma normanda continental¹³²². Para ADAMS, a coroa normanda “exercia a mais arbitrária e autocrática forma de governo de toda a Europa”¹³²³. O sistema normando de governo era, observa STUBBS, “despótico”, fragmentado, porque subtraía o rei de qualquer limitação¹³²⁴. O soberano pretendeu, de um lado, outorgar-se os poderes reais da antiga tradição anglo-saxã, livrando-se, porém, do controle da *witenagemot*; de outro, quis investir-se dos direitos franceses, sem as limitações feudais¹³²⁵. Não

¹³²⁰ MAUROIS, *História*, p. 65.

¹³²¹ STUBBS, *History*, vol. I, p. 278.

¹³²² STUBBS, *History*, vol. I, p. 302.

¹³²³ *Apud* SAMPAIO DÓRIA, *Due process*, p. 10.

¹³²⁴ STUBBS, *History*, vol. I, p. 366.

¹³²⁵ STUBBS, *History*, vol. I, p. 366.

conseguiu nenhum desses intentos, porque os barões se consideravam sócios do rei na empreitada da conquista¹³²⁶ e, sobretudo, porque a base social anglo-saxã, mais numérica, tampouco aprovou essa ordem política.

O rei viu-se a contragosto obrigado a prestar juramentos de governar com respeito à lei e realizando justiça. As promessas, a partir daí, deixaram de ser apenas verbais e passaram a ser escritas nas cartas inglesas de confirmação do direito antigo¹³²⁷. Por isso, a Carta Magna não é documento único na história britânica, ao contrário do que grande parte da bibliografia faz parecer. Ela se insere na longa tradição inglesa de juramentos de respeito aos direitos e liberdades costumeiros, conquando seja de longe o mais importante deles, a ponto de STUBBS quase reduzir o direito constitucional inglês à sua glosa¹³²⁸. MAUROIS anotou sobre a Magna Carta: “os barões não julgavam estar fazendo uma nova lei; exigiam o respeito dos seus antigos privilégios”¹³²⁹, inconfundíveis com as amplas liberdades modernas¹³³⁰. O documento foi exigido do rei da época, em face de acontecimentos muito concretos; nas palavras do cronista COGGESHALL, desejava-se acabar com “os maus costumes que o pai e o irmão do rei haviam estabelecido e os abusos que o rei JOÃO havia acrescentado”¹³³¹. Essa concepção é retratada com felicidade ímpar por DICEY, a propósito das declarações de direito inglesas: “tais decretos (se assim podem ser chamados) são muito mais registros da existência de um direito do que leis que o confirmam. De novo, a expressão ‘garantido’ é [...] extremamente significativa”¹³³². No caso da Magna Carta, o povo oprimido mudou de lado e se aliou aos barões contra o soberano

¹³²⁶ STUBBS, *History*, vol. I, p. 278 e segs.

¹³²⁷ STUBBS, *History*, vol. I, p. 367.

¹³²⁸ STUBBS, *History*, vol. I, p. 572.

¹³²⁹ MAUROIS, *História*, p. 97.

¹³³⁰ MAUROIS, *História*, p. 98.

¹³³¹ *Apud*, GIORDANI, *Mundo feudal*, vol. I, p. 72.

JOÃO SEM TERRA, obrigado, então, a celebrar pacto com nobres e plebeus, em que lhes confirmava velhos direitos, como o do julgamento por seus pares¹³³³. “A Grande Carta”, notou STUBBS, “é o primeiro ato público da nação, após ter percebido sua própria identidade: a consumação do trabalho para o qual inconscientemente reis, prelados e juristas laboraram ao longo de um século”¹³³⁴.

. . . – O common law: *das origens judiciárias ao direito nacional*

Eis a sentença de CORWIN sobre o período de surgimento do direito inglês contemporâneo: “o verdadeiro ponto de partida na história do *common law* é o estabelecimento por HENRIQUE II, no terceiro quarto do século XII, de um sistema de cortes locais, com uma corte de apelação central”¹³³⁵.

A *Curia Regis* passaria a desempenhar papel fundamental na história do direito inglês. Esse órgão resultou da fusão da *witenagemot* anglo-saxã à alta corte de justiça normanda. A *Curia Regis* era o supremo tribunal, onde o rei se sentava para administrar justiça, com o conselho de seus

¹³³² DICEY, *Introduction*, p. 207: “and these enactments (if such they can be called) are rather records of the existence of a right than statutes which confer it. The expression again, ‘guaranteed’, is [...] extremely significant”.

¹³³³ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 569 e segs.

¹³³⁴ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 596: “The Great Chart is the first great public act of the nation, after it realised its own identity: the consummation of the work for which unconsciously kings, prelates, and lawyers have been labouring for a century”.

¹³³⁵ CORWIN, *Law*, p. 172: “the true starting point in the history of the common law is the establishment by HENRY II in the third quarter of the twelfth century of a system of circuit courts with a central appeal court”. MAUROIS situa-se entre as epígrafes de CORWIN e a abundância de informações quase vertiginosa de STUBBS a propósito do surgimento do *common law*. Todos, no entanto, concordam que o direito inglês foi produzido pelos tribunais, desde seu princípio.

ministros¹³³⁶. Dela nasceu a corte de apelações central mencionada por CORWIN. A *Curia Regis*, um comitê da assembléia nacional, funcionava como instância originária dos litígios travados entre partes demasiado poderosas para serem julgadas em cortes dos cem ou do condado; também atuava em apelações¹³³⁷.

A justiça era inicialmente administrada em segundo grau pelo soberano e seus ministros, em cada ponto onde a corte real se detinha¹³³⁸. Sucede que o constante deslocamento da *Curia Regis* por todo o país obrigava os litigantes a longos pèriplos em busca de sentença¹³³⁹. O sistema tinha inconvenientes graves, ilustrados por um litigante que durante cinco anos correu ao encalço dos juízes¹³⁴⁰.

HENRIQUE II logo viu ser necessário criar cortes locais, à imagem da *Curia Regis*. A partir de 1166, os juízes reais passaram a realizar, em datas fixas, “circuito”¹³⁴¹, isto é, percurso pelas províncias do país. Presidiam, então, assembléias compostas por senhores, clérigos, o inspetor e quatro homens livres de cada aldeia, e doze cidadãos de cada burgo¹³⁴². O júri encarregado de questões era eleito de modo complexo: os grandes do condado nomeavam quatro cavaleiros; “estes escolhiam dois cavaleiros que nomeavam dez outros que, com eles, completavam a centena”¹³⁴³. A fonte democrática de estabelecimento do direito material vigeu na Grã-Bretanha, mesmo depois de assegurado o domínio incontestável do poder normando.

¹³³⁶ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 418.

¹³³⁷ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 421-422.

¹³³⁸ MAUROIS, *História*, p. 86.

¹³³⁹ MAUROIS, *História*, p. 86.

¹³⁴⁰ MAUROIS, *História*, p. 86.

¹³⁴¹ MAUROIS, *História*, p. 86. Aqui, a origem da atual denominação da instância judicial intermediária no sistema americano – *circuit court*. Sem essa explicação, realmente ela soa enigmática aos nossos ouvidos.

¹³⁴² MAUROIS, *História*, p. 86.

¹³⁴³ MAUROIS, *História*, p. 86.

O sistema composto pela *Curia Regis* e pelos órgãos colegiados locais dirigidos por juízes itinerantes gerou o *common law*, designação que retrata a reprodução do direito comum a todo o país, em oposição aos antigos direitos locais. Lê-se em MAUROIS:

“As cortes feudais e populares haviam julgado em virtude dos usos locais, mas um juiz que se transportava de condado em condado tinha a tendência de fazer adotar por todos o uso melhor: os usos locais não foram destruídos, mas como que fundidos no cadinho da Lei Comum. A Corte central registrava os precedentes e assim se formou prontamente, na Inglaterra, uma legislação nacional, que abrangeu a maior parte dos casos”¹³⁴⁴.

As cortes locais ainda se encontravam presas ao sistema de formalidades estritas, juramentos, compurgação, ordálios e à novidade normanda do combate, quando instalado esse sistema judiciário¹³⁴⁵. E aqui a divergência entre a prática do júri de então e a atual: o processo germânico consistia em reunir juízes da comunidade capazes de determinar a conseqüência jurídica que, segundo o costume, haveria de ser imputada a fatos tornados certos por outros meios. Tais jurados não examinavam questões de fato; declinavam o direito aplicável ao caso. Os fatos eram trazidos pelas partes e estabelecidos por meio de juramentos e ordálios¹³⁴⁶. Esse processo bárbaro mostrou-se incapaz, portanto, de ponderações racionais de justiça¹³⁴⁷.

Já o método empregado pela *Curia Regis* a distinguiu das cortes locais justamente pelo traço de racionalidade. O tribunal central criado pelo rei decidia as causas segundo o teste de razoabilidade dos costumes. Em linguagem atual, conhecia de recursos extraordinários com o objetivo de unificar a jurisprudência nacional, diante de casos divergente-

¹³⁴⁴ MAUROIS, *História*, p. 87. Para descrição assemelhada do nascimento do direito comum, cf. RADBRUCH, *Espírito*, p. 40.

¹³⁴⁵ STUBBS, *History*, vol. I, p. 426.

¹³⁴⁶ STUBBS, *History*, vol. I, p. 653.

¹³⁴⁷ STUBBS, *History*, vol. I, p. 422.

mente julgados segundo os costumes locais. A *Curia Regis* e, depois, o *King's Bench* elegiam o padrão a ser adotado, pois, diferentemente do nosso sistema, não havia lei escrita. Ouça-se CORWIN a esse respeito: “na sua seleção de quais costumes reconhecer, de modo a lhes conferir preponderância nacional, e de quais suprimir, os juízes empregaram o teste da ‘razoabilidade’, um teste derivado inicialmente de idéias romanas e continentais”¹³⁴⁸. O referido autor, contudo, alerta: “a reta razão que subjaz à base do *common law*, por outro lado, foi desde o princípio a reta razão *judicial*”¹³⁴⁹, vale dizer, do juiz defrontado com casos concretos e, não com as glosas romanas ou vagos princípios filosóficos.

STUBBS observa que os *writs* expedidos pela *Curia Regis*, embora instrumentos conhecidos do velho direito anglo-saxão, “foram sem dúvida derivados, na sua forma normanda, do processo dos juristas carolíngios; eram os expedientes pelos quais o ‘jus honorarium’ do rei, como fonte de justiça, tornava possível remediar os defeitos do ‘jus civile’ ou ‘commune’, dos processos costumeiros das assembléias populares locais”¹³⁵⁰. Eis outra prova da influência imperial – e não da estruturada – trazida pelos normandos do continente.

O modo local e primitivo de resolver disputas mostrou sua fraqueza, ao ser comparado com o método da corte central. As normas processuais são, novamente, as responsáveis pela renovação do direito bri-

¹³⁴⁸ CORWIN, *Law*, p. 171: “for in their selection of what customs to recognize in order to give them national sway, and what to suppress, the judges employed the test of ‘reasonableness’, a test derived in the first instance from Roman and Continental ideas”.

¹³⁴⁹ CORWIN, *Law*, p. 171-172: “the right reason which lies at the basis of the common law, on the other hand, was from the beginning *judicial* right reason”. RADBRUCH, *Espírito*, p. 30, acentua no mesmo sentido que o direito não se interessou por noção “suprapositiva” do justo, mas pelo direito vigente, “o direito da terra”.

¹³⁵⁰ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 422: “These writs [...] were derived no doubt in their Norman form from the process of the Karolingian lawyers, they were the expedients by which the ‘jus honorarium’ of the king, as fountain of justice, was enabled to remedy the defects of the ‘jus civile’ or ‘commune’; the customary proceedings of the local moots”.

tânico. Os périplos dos juízes reais itinerantes formam o elo entre os sistemas legais novo e velho, entre a *Curia Regis* e as assembleias populares. O déficit de racionalidade da resolução de litígios por meio de combate e ordálios, por exemplo, impeliu as partes a pedir ao rei o especial favor de reexaminar suas causas segundo esses “novos métodos” praticados pelo soberano e seus conselheiros¹³⁵¹.

O processo de integração dos dois fatores do direito inglês iniciou-se nos reinados de HENRIQUE II e seus filhos. A ordem administrativa foi trabalhada no interior do direito comum, ao mesmo tempo em que o *common law* foi admitido a certa porção administrativa¹³⁵². As leis de HENRIQUE II – os *assizes* – não eram a reedição ou emenda de velhos costumes, “mas prioritariamente enunciavam e declaravam novos métodos do processo judicial”, destinados a integrar o *common law* nas cortes feudais ou populares¹³⁵³. Elas marcam a superação das distinções entre raça e sangue, assim como apagam a diferença entre o direito saxão e normando. Ambos os componentes do direito britânico não se limitaram às suas esferas originais, respectivamente ao direito privado e ao público¹³⁵⁴.

O rei, por meio do chamado *Great Assize*, outra norma de processo, permitiu aos litigantes substituir o combate pela investigação do seu direito por meio do júri¹³⁵⁵: “a mais importante novidade é a inquirição por meio de juramento [...] que forma um importante elo na história do júri”¹³⁵⁶. O mesmo valia para as cortes dos cem¹³⁵⁷. O júri popular dirá o

¹³⁵¹ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 422: “new mwthods”.

¹³⁵² STUBBS, *History*, vol. 1, p. 585.

¹³⁵³ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 614: “... they [assizes] rather enunciate and declare new methods of judicial procedure of the common law...”.

¹³⁵⁴ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 585.

¹³⁵⁵ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 503.

¹³⁵⁶ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 426: “but the most important novelty is the inquest by oath [...] which forms an important link in the history of jury”.

¹³⁵⁷ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 430.

direito civil, criminal e fiscal¹³⁵⁸. As Constituições de Clarendon substituíram o julgamento por meio de ordálios pelo juramento prestado por pessoas, pois aquelas formas irracionais eram instrumentos tirânicos introduzidos pelos normandos¹³⁵⁹. O processo inquisitorial nas cortes locais orientava-se pela idéia de representação, pois os jurados juravam declarar a opinião da comunidade a respeito do caso¹³⁶⁰. Isso preparou a transferência da idéia de representação na aplicação do direito para representação em sua edição no parlamento¹³⁶¹.

A inquisição de pessoas sob juramento era praticada na França e de lá foi transplantada para a Grã-Bretanha, ao tempo da conquista¹³⁶². STUBBS vê nisso influência remota do “Código Teodosiano”, por intermédio das capitulares francas¹³⁶³. HENRIQUE II foi considerado o introdutor desse método na Inglaterra¹³⁶⁴, ao consolidá-lo e expandi-lo por meio de seus juízes reais enviados para a investigação de temas fiscais e judiciais à moda carolíngia¹³⁶⁵. Por certo, contudo, inquirir testemunhas juramentadas nas cortes locais sobre as mencionadas matérias era elemento estranho ao direito anglo-saxão¹³⁶⁶. Enquanto RALPH NIGER a considerava um dos “expedientes de tirania” normanda, RANULF GLANVILLE caracteriza essa prática como benevolência real ao povo, com o conselho e consentimento dos nobres¹³⁶⁷. Os populares convertem-se em testemunhas do juiz real, encarregado da instrução por meio de depoimentos juramentados de membros respeitados da coletividade.

¹³⁵⁸ STUBBS, *History*, vol. I, p. 651.

¹³⁵⁹ STUBBS, *History*, vol. I, p. 660.

¹³⁶⁰ STUBBS, *History*, vol. I, p. 652.

¹³⁶¹ STUBBS, *History*, vol. I, p. 652.

¹³⁶² STUBBS, *History*, vol. I, p. 657.

¹³⁶³ STUBBS, *History*, vol. I, p. 657.

¹³⁶⁴ STUBBS, *History*, vol. I, p. 658.

¹³⁶⁵ STUBBS, *History*, vol. I, p. 656-657.

¹³⁶⁶ STUBBS, *History*, vol. I, p. 656-657.

¹³⁶⁷ STUBBS, *History*, vol. I, p. 658. RADBRUCH, *Espírito*, p. 86, fala mesmo no “júri opressor franco”, para qualificar o procedimento inquisitorial trazido da França pelos normandos e imposto aos ingleses.

O elemento normando introduz mais um mecanismo de investigação oficial dos fatos e do direito, em substituição ao modo democrático de fazê-lo, outra prova de que sua herança era fragmentada.

. . . – *O método como identidade do common law*

Não há espaço neste trabalho para rever com o vagar ideal toda a demonstração de FIKENTSCHER a respeito do longo processo de estruturação da Inglaterra e do *common law*. Haveremos de nos contentar com o essencial, remetendo o leitor àquela fonte, quanto ao restante¹³⁶⁸.

O primeiro pensador de interesse para o tema seria JOHN DE SALISBURY, religioso que viveu entre cerca de 1115 e 1180¹³⁶⁹. Com ele, iniciava-se a longa tradição inglesa de filosofia empírica, já em seu nascimento divergente do pensamento continental, interessado em especulações teóricas e na conciliação da filosofia antiga com o Cristianismo¹³⁷⁰.

Em 1180, surge a primeira obra jurídica publicada na Inglaterra, o “*Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae*”, editado por GLANVILLE, *Chief Justiciar* de HENRIQUE II e seu freqüente substituto como *Major Domus*. Obras modernas apontam seu sobrinho, HUBERT WALTER, como o redator do texto¹³⁷¹. O tratado referido não se dedicava à glosa do direito romano, ao contrário dos estudos levados a efeito em Bolonha e Paris. O conteúdo do livro de GLANVILLE descreve o processo praticado no tribunal real de Londres¹³⁷². O direito material somente era abordado quando em conexão com as fórmulas das a-

¹³⁶⁸ De modo geral, a exposição disso encontra-se em boa parte do vol. 2 de FIKENTSCHER, *Methoden*, dedicado ao método jurídico anglo-americano. Quando possível, a pesquisa própria tentará apoiar a daquele autor.

¹³⁶⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 14.

¹³⁷⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 14-15.

¹³⁷¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 15.

¹³⁷² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 15.

ções¹³⁷³. “Na Inglaterra, o método, não a matéria, estava no começo do direito”, anota FIKENTSCHER¹³⁷⁴. O livro referido determinou o curso do *common law*, por traduzir a mentalidade inglesa, presente tanto na filosofia, com JOHN DE SALISBURY, quanto na praxe judiciária, retratada pelos GLANVILLE¹³⁷⁵.

Um século depois, HENRY DE BRACON, juiz do *King’s Bench* sob HENRIQUE III¹³⁷⁶, escreveria a obra que influenciaria o meio milênio seguinte do direito inglês¹³⁷⁷. O tratado de BRACON também se ocupa da descrição dos processos usuais nas cortes britânicas¹³⁷⁸. Acentuou-se, assim, o traço distintivo entre os direitos inglês e continental, pois os juristas britânicos não nutriam o mesmo apreço pelas idéias de direito natural divino, praticadas no continente pelos canonistas. CORWIN pondera que os costumes locais foram revistos à luz da idéia de “razoabilidade”, extraída do direito natural, para se decidir qual deles haveria de preponderar no nível nacional, isto é, tornar-se o direito comum. Sucede que o referido teste não se deu com base em valores suprapositivos, de suposta inspiração divina, mas foi realizado segundo a ponderação judicial dos interesses envolvidos, em verdadeira comparação de casos¹³⁷⁹. KRIELE, com apoio no *Chief Justice HALE*, capta a essência da ponderação de casos que sempre norteou o teste inglês da razoabilidade: “comparar as normas alternativas que vêm ao caso, valorar as consequências previsíveis para a vida prática, humana, econômica e social e escolher aquela que, frente a uma ponderação imparcial dos efeitos fa-

¹³⁷³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 15.

¹³⁷⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 15: “In England stand die Methode, nicht der Stoff am Beginn des Rechts”.

¹³⁷⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 15-16. As diferenças em relação ao continente tornar-se-ão mais claras com as explicações contidas no item 15.

¹³⁷⁶ CORWIN, *Law*, p. 172.

¹³⁷⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 16.

¹³⁷⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 16.

¹³⁷⁹ CORWIN, *Law*, p. 171-172; para a transcrição de CORWIN, cf. as notas 1348 e 1349.

voráveis e desfavoráveis, traz o menor número relativo de desvantagens com o maior número de vantagens”¹³⁸⁰.

A predominância do aspecto metodológico no estabelecimento do direito também parece visível no ponto de partida do direito comum fixado por CORWIN: o estabelecimento de organização judiciária composta de cortes, cujas decisões se sujeitavam à revisão de órgão central¹³⁸¹. Aliás, o próprio CORWIN afirma: “o que agudamente distingue BRACON de seus predecessores e contemporâneos – homens como JOHN DE SALISBURY e Santo TOMÁS DE AQUINO – é seu conceito de direito. Graças a seu estudo de direito romano e, talvez, ainda mais a sua experiência como juiz, ele é notadamente positivista, mesmo à luz de testes modernos”¹³⁸². Para ele, direito é a “sanção comum do corpo político”¹³⁸³. A noção de direito de BRACON compunha-se dos costumes, decisões dos prudentes e da lei editada pelo rei¹³⁸⁴.

Indagado se a vontade real seria lei, BRACON ressalta, de início, os perigos da determinação apressada de seu suposto conteúdo¹³⁸⁵. Afirma, em seguida, a validade daquela equação, caso a vontade do soberano “tenha sido retamente definida com o conselho de seus magistrados, o próprio rei a tenha autorizado e sobre ela tenha havido deliberação e discussão”¹³⁸⁶. O direito inglês é processo *lato sensu* em seus aspectos

¹³⁸⁰ KRIELE, *Introducción*, p. 143.

¹³⁸¹ CORWIN, *Law*, p. 172. Para a transcrição de CORWIN, cf. a nota 1335.

¹³⁸² CORWIN, *Law*, p. 173: “what sharply distinguishes BRACON of his predecessors and contemporaries – men like JOHN OF SALISBURY and SAINT THOMAS AQUINAS – is his conception of law. Thanks to his study of the Roman law, and even more perhaps to his experience as a judge, this is even by modern tests stringently positivistic”.

¹³⁸³ BRACON, *apud* CORWIN, *Law*, p. 173: “the common sanction of the body politic”.

¹³⁸⁴ CORWIN, *Law*, p. 173.

¹³⁸⁵ CORWIN, *Law*, p. 173.

¹³⁸⁶ CORWIN, *Law*, p. 173: “that which has been rightly defined with the counsel of his magistrates, the King himself authorising it, and deliberation and discussion having been had upon it”.

fundamentais. O direito ora diz respeito ao modo pelo qual se resolvem os litígios no tribunal do rei, ora estabelece as formas por que o soberano pode editar normas. COKE imortalizaria passagem da doutrina de Bracton sobre a origem democrática, procedimentalmente legitimada, das normas do direito britânico, ao recitá-la face a face do rei JAIME I séculos depois: “o próprio Rei não deve estar sujeito a nenhum homem, mas somente a Deus e ao direito, pois o direito faz o Rei. Que o Rei atribua ao direito o que o direito lhe atribui, nomeadamente domínio e poder, pois não há Rei onde a vontade, e não o direito, tem o domínio”¹³⁸⁷. ROSCOE POUND, da mesma forma, notou: “enquanto os manuais de direito romano ensinavam aos homens da Idade Média que a vontade do príncipe tinha força de lei, a comunidade política germânica, na mesma época, pregava uma lei fundamental, acima e além do simples capricho régio”¹³⁸⁸. Eis aí a extraposição ética, típica das culturas estruturadas¹³⁸⁹.

¹³⁸⁷ Cf. BITAR, *Constituição britânica*, p. 265, para a circunstância histórica da frase pronunciada por COKE e parte do original latino de BRACON: “ipse autem rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem”. Para a passagem mais ampla usada para a livre tradução acima, cf. CORWIN, *Law*, p. 172: “the King himself ought not to be subject to man, but subject to God and law, for the law makes the King. Let the King then attribute to the law what the law attributes to him, namely, dominion and power, for there is no King where the will and not the law has dominion”.

¹³⁸⁸ *Apud* BITAR, *Constituição*, p. 84. SANTIAGO DANTAS, *Due process*, p. 41: “não é fácil num sistema já impregnado de positivismo jurídico, como o nosso (menos, em todo caso, que os sistemas românicos europeus), compreender quanto os países de *common law* derivam este conceito de *direito* de uma fonte mais profunda, mais tradicional, menos mutável, do que a *lei*”.

¹³⁸⁹ Cf. o item 6.3.5. O desenvolvimento da consciência social e jurídica inglesa também se refletia em filósofos como DUNS SCOTUS e OCKHAM, por exemplo, segundo FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 17. Recusaram, em decidida oposição ao tomismo, a completa integração do ser terreno à razão divina, pensamento vigente no restante da Europa (p. 17-18). O ser não seria monopólio de deus; qualquer objeto e qualquer relação também compartilhariam do atributo da existência (p. 18; cf. a nota 1714). A suposição do amor divino a tudo quanto existe, a que se apela para superar o sofrimento, dispensou SCOTUS e a filosofia inglesa da proposta tomista de normatividade haurida da existência (p. 18). Similar crítica inglesa ao direito natural de suposta origem divina afastou os males de se derivar a ética da natureza, o

Os ingleses estavam demasiado distantes do Vaticano para sofrer sua influência, ao contrário da maior parte da Europa. A Grã-Bretanha seguiu seu curso natural, isolado, enquanto a maior parte do continente se agitava com as polêmicas eclesiásticas, em especial com a disputa entre as pretensões reais e papais¹³⁹⁰.

Essa razão impediu que o saber da Antigüidade, monopolizado pela igreja no continente como arma na luta contra os reis, entravasse o desenvolvimento do direito inglês¹³⁹¹. A inexistência da disputa entre o poder temporal e o espiritual na Inglaterra não deu margem ao surgimento, ali, da idéia de direito natural aristotélico¹³⁹². O diálogo sobre as questões éticas, travado nas assembléias populares e posteriormente aprimorado no parlamento e nas cortes judiciais, correu livre na Grã-Bretanha. Reis continentais e a igreja disputariam palmo a palmo o poder de determinar o conteúdo do direito natural, que pretendiam impor de modo unilateral. O restante da Europa continuaria a pensar o direito e tudo o mais segundo moldes fragmentados. Impunham-se ali verdades supostamente naturais e eternas, ditadas por ambas as forças auxiliadas pelos letrados – o rei e a igreja¹³⁹³.

Esse conjunto de fatores assegurou, daí por diante, a idéia de resolução dialógica dos problemas comunitários no Parlamento e nos tribunais, dois mecanismos estruturados de edição do direito. Entende-se,

“dever ser” do “ser”, ocorrido no continente, em decorrência da interpretação tomista da obra aristotélica. Para o aprofundamento do paralelo doravante esboçado, cf. o item 15, em especial a nota 1686 e segs

¹³⁹⁰ STUBBS, *History*, vol. 1, p. 234.

¹³⁹¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 25.

¹³⁹² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 25.

¹³⁹³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 20, nota que o método jurídico dialógico inglês não demorou a ser transformado também em teologia. WYCLIFF (1330–1384) defendeu a livre pesquisa, por qualquer pessoa, da verdade bíblica: os leigos também haveriam de ler e interpretar o testamento cristão. O clérigo inglês defendeu a circunscrição do poder eclesiástico aos temas religiosos, em conexão com o pensamento de OCKHAM e de MARSÍLIO DE PÁDUA (p. 20).

assim, todo o alcance da afirmação de FIKENTSCHER de que a estrutura do direito anglo-americano é dada sobretudo pelas regras metodológicas de resolução de litígios e menos pelas soluções materiais encontradas com sua ajuda¹³⁹⁴. KRIELE parece compartilhar desse asserto: “a democracia parlamentar deve ser entendida histórica e teoricamente como transposição da idéia do processo judicial ao processo político de legislação”¹³⁹⁵. O restante da Europa ainda desconheceria tal método por muitos séculos.

Há, por isso, mais do que mera coincidência entre a proximidade histórica da Carta Magna de 1215 e o início do método do direito inglês, ocorrido nos meados do século XII¹³⁹⁶. A fixação do devido processo legal na “Grande Carta”, a retratar tradição bem mais antiga, confirma a afirmação de FIKENTSCHER de que a ênfase no aspecto metodológico do direito inglês, antes de tudo, o diferencia dos sistemas continentais¹³⁹⁷. A Inglaterra permaneceu fiel às origens germânicas do seu direito comunitário, avesso à teoria romana do monarca *legibus solutus*, ao invés de adotar o direito natural aristotélico, nada apto à discussão, porque imposto pela autoridade dogmática da igreja. Ora, o devido processo legal mencionado na Magna Carta e nos equivalentes estatutos continentais consolidava, por escrito, o direito ao diálogo mantido na corte dos cem do primitivo direito germânico, relatado por TÁCITO na Germânia, já no século I d. C., e por STUBBS na Grã-Bretanha¹³⁹⁸. O direito germânico de perfil rudimentarmente estruturado perdeu-se no continente, muito embora ali ainda estivesse presente até por volta de 1230, como se lê em SCHROEDER:

“Poder e limites do rei alemão, descreveu EIKE [VON REPGOW] numa série de [...] artigos de conteúdo constitucional. O rei é

¹³⁹⁴ Cf. a nota 1374; para a complementação da idéia aqui desenvolvida, cf. ainda o item 14.2.5 e as notas 1252, 1683 e 1684.

¹³⁹⁵ KRIELE, *Introducción*, p. 142.

¹³⁹⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 23. Cf. a nota 1381

¹³⁹⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 23.

mesmo o mais alto juiz; contudo, não está acima do direito, tal como no enunciado jusromanista de que ‘*princeps legibus solutus*’, mas ele mesmo se subordina ao direito e à tradição. Se ele desrespeitar o direito, violará seu dever de fidelidade em relação ao povo e ao reino. Ao rei injusto, pode-se opor resistência, de acordo com o direito do reino do *Espelho da Saxônia*, sem que se agrida o dever de fidelidade ao rei”¹³⁹⁹.

As ordens jurídicas estruturadas reconhecem aos membros da coletividade franquias inalienáveis, decorrentes, agora, de inúmeras fontes convergentes. Suas normas, ao menos em parte, resultam da atividade popular nos tribunais. O critério de justiça se encontra para além da disponibilidade de qualquer dos membros da assembléia de homens livres, pois nem mesmo o rei pode impor seu ponto de vista, exceto pela força dos argumentos. É a isonomia laica derivada da igualdade do direito de falar nas rudimentares assembléias germânicas, posteriormente refinadas em órgãos democráticos de atuação processual rígida das sociedades estruturadas, como o parlamento e as cortes judiciárias. O domínio dos povos bárbaros aportou à Europa a idéia de liberdade individual a ser respeitada até pelo príncipe. Desses e de outros tantos fatores de estruturação nascem as declarações de direitos humanos inglesas, repetidas e reforçadas pela Constituição americana, provida de sanção até para seu desrespeito legislativo¹⁴⁰⁰.

¹³⁹⁸ Cf. o item 14.

¹³⁹⁹ SCHROEDER, *Geschichte*, p. 15: “Macht und Grenzen des deutschen Königs beschreibt EIKE in einer Reihe von weiteren Artikeln verfassungrechtlichen Gehalts. Der König ist zwar oberster Richter; er steht aber nicht über dem Recht gemäß dem römisch-rechtlichen Satz ‘*princeps legibus solutus*’, sondern ist selbst Recht und Herkommen unterworfen. Brach er das Recht, so verletzt er sein gegenüber Volk und Reich bestehende Treuepflicht. Der ungerechten König darf nach dem Landrecht des Sachsenspiegel Widerstand geleistet werden, ohne daß man seine dem König gegenüber bestehende Treuepflicht verletzt”.

¹⁴⁰⁰ Para estudo aprofundado da formação histórica do modelo norteamericano em comparação com o continental europeu, cf. BITAR, *Constituição*.

14.3 – A *rule of law* como fundamento da proporcionalidade à inglesa

O resultado da evolução histórica inglesa ininterrupta reflete tanto os impulsos estruturantes anglo-saxões, quanto os fragmentadores normandos. Ambos os componentes podem ser vistos nos dois princípios básicos daquele sistema jurídico, sintetizados por DICEY: a supremacia do parlamento, como corpo representativo da nação, e o respeito à “*rule of law*”. A soberania parlamentar deriva da organização normanda do governo central, outrora nas mãos dos soberanos conquistadores. A *rule of law*, ao contrário, parece derivada dos costumes germânicos elementarmente estruturados, ao reconhecer direitos individuais, ao distribuir a criação e aplicação do direito inicialmente pelas cortes populares locais e ao repelir as arbitrariedades típicas da tradição continental. Até o rei está sob o direito, disseram BRACON e COKE¹⁴⁰¹. Para a pesquisa da proporcionalidade, interessa sobretudo o princípio da *rule of law* – “supremacia do direito” –, inconfundível com a velha legalidade formal dos direitos continentais¹⁴⁰². KRIELE percebeu a diferença entre a supremacia do direito na sociedade inglesa e o Estado de direito, a cujo respeito se escreveram bibliotecas: “enquanto a *rule of law* se orienta para a dialética do processo judicial, a idéia de Estado de direito apela a um soberano que decide de forma unilateral”¹⁴⁰³.

DICEY resume em três máximas a idéia de *rule of law*. Ela significa, em primeiro lugar, “a ausência de poder arbitrário de parte da autoridade”¹⁴⁰⁴. O direito britânico somente admitiria a intromissão na liberdade ou no patrimônio de alguém como decorrência de violação de norma de direito, apurada pelos tribunais ordinários, em contraste com regimes nos quais se tolera o exercício pessoal de competências amplas e arbitrá-

¹⁴⁰¹ Cf. a nota 1387.

¹⁴⁰² Cf. BITAR, *Constituição*, p. 35.

¹⁴⁰³ KRIELE, *Introducción*, p. 146

¹⁴⁰⁴ BITAR, *Fontes*, p. 284; a indicação dessas regras se deve a BITAR, *Fontes*, p. 283 e segs, transcritas na nota 2359.

rias de restrição às liberdades¹⁴⁰⁵. IVOR JENNINGS e BITAR criticam DICEY, basicamente pelo fato de sua *rule of law* ser, em boa parte, o resultado de suas convicções liberais, ao invés de espelhar sempre com fidelidade o direito inglês positivo¹⁴⁰⁶. Assim, a primeira regra teria sido excepcionada com a superação de noções liberais puras de governo. Fenômenos como o trabalho infantil, a poluição de cursos e fontes d'água e do ar, baixos salários e outros males da industrialização forçaram a intervenção pública em campos outrora deixados ao arbítrio dos particulares¹⁴⁰⁷. Epidemias agravaram a necessidade de tais intervenções¹⁴⁰⁸. A Inglaterra, por certo, nunca foi um Estado-polícia, mas também incorporou a seu direito as intervenções racionais do poder público no domínio privado¹⁴⁰⁹. O direito inglês proscreve a arbitrariedade, exceto a parlamentar, como anota a súmula de DICEY, mas desconhece a idéia de liberdades absolutas¹⁴¹⁰. A intervenção do poder público com base em lei e até de regulamentos foi admitida, em decorrência de necessidades sociais novas, não administradas a contento pelo modelo de economia liberal¹⁴¹¹. Os órgãos do Estado, exceto o Parlamento, não podem interferir arbitrariamente na liberdade dos cidadãos.

A segunda regra de DICEY afirma que “todo homem se sujeita ao direito comum administrado pelos tribunais ordinários”¹⁴¹². JENNINGS

¹⁴⁰⁵ KRIELE, *Introducción*, p. 188.

¹⁴⁰⁶ Respectivamente, *Constitution*, p. 54 e 290, e *Fontes*, p. 248; para outra crítica extensa aos pressupostos de DICEY, cf. JENNINGS, *Constitution*, Apêndice II, p. 285 e segs

¹⁴⁰⁷ JENNINGS, *Constitution*, p. 289-290.

¹⁴⁰⁸ JENNINGS, *Constitution*, p. 290.

¹⁴⁰⁹ JENNINGS, *Constitution*, p. 291.

¹⁴¹⁰ JENNINGS, *Constitution*, p. 290, e BITAR, *Fontes*, p. 284, nota 175, com riqueza de indicação de outros autores britânicos no mesmo sentido.

¹⁴¹¹ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 208.

¹⁴¹² KRIELE, *Introducción*, p. 193: “every man subject to ordinary law administered by ordinary tribunals”. Note-se a correlação estreita entre a concepção de tempo, de processo e de direito. FIKENTSCHER, *Rechtanthropologie*, p. 33-34, aponta a seguinte entre outras relações entre o tempo e o direito no interior de uma cultura: “com a concepção de tempo relaciona-se evidentemente o sentido ou sua

recapitula, ademais, que a igualdade inglesa não nasceu de considerações filosóficas, mas da distribuição de bens econômicos, depois transplantada para o direito¹⁴¹³. A doutrina, de qualquer modo, parece de acordo sobre a impossibilidade da distinção entre iguais¹⁴¹⁴. A unicidade de jurisdição não despe a administração de poderes de polícia, mas acentua a igualdade, ao delegar ao mesmo órgão o controle dos abusos do poder público e dos particulares¹⁴¹⁵.

Por fim, “os princípios gerais da constituição resultam de decisões judiciais determinantes do direito das pessoas privadas em casos particulares apresentados perante as cortes”¹⁴¹⁶. JENNINGS acresce que os princípios jurídicos ingleses não são apenas os definidores das garantias individuais, mas também aqueles que outorgam poderes ao Estado¹⁴¹⁷.

falta para procedimentos e processo. Isso já se nota pelo fato de que um processo é um instituto jurídico na coordenada do tempo. À medida que imputa a uma parte num processo uma determinada posição, a parte logo surge como uma pessoa: ela se torna uma portadora de direitos e deveres; a idéia de direito subjetivo surge” (“Mit dem Zeitverständnis wiederum hängt offenbar Sinn oder fehlender Sinn für Verfahren und Prozeß zusammen. Dies wird schon durch die Tatsache nahegelegt, daß ein Verfahren ein Rechtsaustrag auf der Zeitachse ist. Wird nun in einem Rechtsverfahren einem Rechtsuchende ein bestimmter Standort zugemessen, erscheint dieser Rechtsuchende auf einmal als Person: Er wird Träger von Rechten und Pflichten, die Idee des subjektiven Rechts entsteht”).

¹⁴¹³ JENNINGS, *Constitution*, p. 48.

¹⁴¹⁴ JENNINGS, *Constitution*, p. 48, e BITAR, *Fontes*, p. 284-286.

¹⁴¹⁵ JENNINGS, *Constitution*, p. 292-293, e BITAR, *Fontes*, p. 284-285.

¹⁴¹⁶ KRIELE, *Introducción*, p. 195: “the general principles of the constitution [...] are with us the result of judicial decisions determining the rights of private persons in particular cases brought before courts”.

¹⁴¹⁷ JENNINGS, *Constitution*, p. 294, e BITAR, *Fontes*, p. 286-287. LARENZ, *Methodenlehre*, p. 339, pondera que, em certos casos, não se está propriamente diante da dualidade regra-exceção, mas de disciplina jurídica resultante de “pressupostos” que “só estão completamente dados em ambas as disposições tomadas conjuntamente”. Nessas hipóteses, “só tomadas conjuntamente ambas as disposições se pode conhecer a concepção do legislador - a saber, a combinação de duas idéias jurídicas”. É o que parece suceder aqui.

Ora, a proporcionalidade faz-se necessária nos sistemas jurídicos onde determinada idéia careça de pretensão absoluta. O equilíbrio entre imperativos públicos e direitos privados, todos juridicamente assegurados, gera a proporcionalidade¹⁴¹⁸. E bem compreendidas as três regras, com as observações acima, todas parecem demandar a intervenção da proporcionalidade.

O estágio atual do conceito da *rule of law* pode ser aferido com base na seguinte passagem de DE SMITH E BRAZIER:

“pode-se dizer [...] que o conceito é usualmente compreendido no sentido de implicar: (i) que os poderes exercidos por políticos e agentes públicos hão de ter um fundamento legítimo; eles hão de ser baseados na competência conferida pelo direito; e (ii) o direito deve atender a certos padrões mínimos de justiça, tanto substancial quanto procedimental. Ademais, o direito que afete a liberdade individual há de ser razoavelmente certo ou previsível; onde o direito conceda poderes discricionários amplos, deve haver salvaguardas adequadas contra seu abuso; casos iguais devem ser tratados de modo igual e discriminação injusta não deve ser validada pelo direito; uma pessoa não pode ser privada de sua liberdade, *status* ou qualquer outro interesse substancial, a menos que lhe seja dada a oportunidade de ser ouvida de modo justo perante um tribunal imparcial e assim por diante”¹⁴¹⁹.

¹⁴¹⁸ Segundo JENNINGS, *Constitution*, p. 209, “o excesso e o desvio de poder franceses “teriam claramente paralelos nos *writs* de prerrogativa. [...]. Aproximadamente, existe o paralelo com o nosso direito de remédios contra as autoridades públicas” (“... these remedies clearly have their parallel in the prerogative writs [...]. There is, moreover, a parallel with our law for remedies against public authorities.”).

¹⁴¹⁹ DE SMITH E BRAZIER, *Law*, 18-19: “one can say [...] that the concept is usually intended to imply: (I) that the powers exercised by politicians and officials must have a legitimate foundation; they must be based on authority conferred by law; and (II) that the law should conform to certain minimum standards of justice, both substantive and procedural. Thus the law affecting individual liberty ought to be reasonably certain or predictable; where the confers wide discretionary powers there should be adequate safeguards against their abuse; like should be treated alike, and unfair discrimination must be not sanctioned by law; a person ought not to be

Os pontos de contato com o conceito continental de proporcionalidade parecem óbvios.

14.4 – A proporcionalidade na discussão oficial inglesa

Tais conclusões a propósito da *rule of law* permitem vê-la, ao que parece, como a plataforma sobre a qual lentamente até hoje o direito inglês debate a existência ou o reconhecimento da proporcionalidade em seus domínios. O estado presente da polêmica encontra-se narrado com pormenores na obra de XYNOPOULOS¹⁴²⁰.

O controle dos atos administrativos naquele país não está teoricamente tão bem desenvolvido, quanto nas demais nações da Europa ocidental, apesar de a Inglaterra ser a origem das liberdades modernas. Isso não implica nenhum juízo no que tange ao efetivo respeito dos poderes públicos aos direitos individuais. A explicação para a diferença talvez esteja no grau de respeito dedicado pelo poder público inglês aos direitos de seus súditos. Quem não se defronta amiúde com a arbitrariedade não necessita de mecanismos tão apurados para evitá-la. Séculos de estruturação social podem ter comovido até o Executivo inglês.

Questões culturais de inegável relevo jurídico à parte, a relativa atrofia inglesa no tema possui explicação na soberania do Legislativo e no sistema parlamentar de governo: o Judiciário britânico, que se firmou contra o rei graças ao Parlamento, não se sente autorizado a controlar intensamente o Legislativo, com o qual se confunde parte da direção da administração pública no regime parlamentar¹⁴²¹. As autoridades administrativas sempre gozaram de margem de discricionariedade muito ampla nas soluções dos problemas postos pelo panorama social contempo-

deprived of his liberty, status or any other substantial interest unless he is given the opportunity of a fair hearing before an impartial tribunal; and so forth”.

¹⁴²⁰ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, citada na bibliografia.

¹⁴²¹ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 209.

râneo, decorrente da assunção pelo Estado britânico de novas funções decorrentes da superação do liberalismo clássico e dos fenômenos da era industrial¹⁴²². Tal concepção chegou ao ponto de determinar a criação de “tribunais” administrativos, caracterizados pelo conhecimento técnico de seus membros, cuja competência abrange a solução dos litígios decorrentes da nova atuação estatal¹⁴²³.

A reversão do quadro de absentéismo de controle judicial iniciou-se com a utilização da proporcionalidade, na anulação de atos administrativos praticados *ultra vires*¹⁴²⁴. O conceito britânico possui semelhanças e diferenças com os vícios de incompetência e excesso de poder dos atos administrativos, entre nós explicitados na Lei da Ação Popular¹⁴²⁵. Ambos os institutos se assemelham, por encararem o problema como questão de direito¹⁴²⁶; divergem no modo como construída a repulsa ao ato inválido, e na extensão em que compreendida a idéia de excesso de poder da figura do ato *ultra vires*. Certos casos de atos classificados como *ultra vires* assemelham-se ao que no Brasil se chama de desvio de finalidade, não necessariamente doloso, ao passo que a Europa continental prefere deduzir a ilicitude da conduta do exame formal do rol legal de competências de certo agente público¹⁴²⁷. A origem da jurisprudência do ato *ultra vires* encontra-se em vagas considerações teleológicas da lei executada pela administração. A lei é sempre o padrão à vista do qual se afere a configuração de ato praticado com o defeito aludido, em razão do dogma da soberania do Parlamento¹⁴²⁸. O ato era originalmente con-

¹⁴²² XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 209.

¹⁴²³ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 211 e segs.

¹⁴²⁴ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 218.

¹⁴²⁵ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 39. Lei 4.717/1965: “Art. 2º - São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência de motivos; e) desvio de finalidade”.

¹⁴²⁶ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 218.

¹⁴²⁷ BITAR, *Fontes*, p. 284.

¹⁴²⁸ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 218-219; BITAR, *Fontes*, 284, e PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 37.

siderado *ultra vires* quando destoava do objetivo legal. A técnica de invocação de ato legislativo mantém, ao menos do ponto de vista oficial, a supremacia do Parlamento, em cuja atividade o Judiciário não poderia interferir¹⁴²⁹. O Judiciário estaria a proteger a lei, ao invés de se imiscuir na administração ou na legislação.

A decisão do caso “Associated Provincial Picture Houses *versus* Wednesbury Corporation”, de 1948, estendeu o conceito de ato *ultra vires*, por meio da presunção antropomórfica do Parlamento. Raciocinou-se então que o Legislativo jamais autorizaria o exercício de certos poderes administrativos, quando o ato com base neles praticado for “tão desarrazoado, que nenhuma autoridade jamais o editaria”¹⁴³⁰. Por outras palavras, o Parlamento somente terá concedido poderes razoáveis ao administrador. O ato somente seria defeituoso, afirma o julgado, acaso não pudesse ser tido como razoável segundo o padrão de nenhuma outra autoridade executiva, ainda que o próprio tribunal divirja da medida¹⁴³¹. XYNOPOULOS observa que o critério estaria ultrapassado na Inglaterra, pois conteria a exigência de desarrazoabilidade absoluta, de rara ocorrência; ademais, careceria de parâmetro objetivo¹⁴³².

A evolução jurisprudencial culmina no voto do Lorde DIPLOCK, em caso de 1984¹⁴³³, onde distingue três espécies sujeitas a anulação na via judicial: a “ilegalidade”, a “irracionalidade” e a “impropriedade procedimental”¹⁴³⁴. A ilegalidade passa nessa nova decisão a ter sentido mais parecido com nossa idéia de contradição objetiva com a lei, dispensan-

¹⁴²⁹ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 218.

¹⁴³⁰ *Apud* XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 219: “... si l’acte que en résulte est ‘aussi déraisonnable, qu’aucune autorité raisonnable ne l’aurait jamais édicté”.

¹⁴³¹ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 219.

¹⁴³² XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 219.

¹⁴³³ Council of Civil Service Unions and others *versus* Minister for the Civil Service.

¹⁴³⁴ *Apud* XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 220: “illegality”, “irrationality” e “impropriety”.

do as presunções psicológicas da doutrina clássica dos atos *ultra vires*¹⁴³⁵. A “irracionalidade é limitada e se determina principalmente com referência à finalidade da lei que confere ao ministro o poder discricionário”¹⁴³⁶. O cartesianismo de XYNOPOULOS e parte da doutrina britânica acentuam, com razão, o caráter errático – aos nossos olhos, pelo menos – da prática inglesa da razoabilidade: seus parâmetros de controle seriam vagos, assim como enigmática a escolha dos órgãos a serem fiscalizados com o auxílio da noção¹⁴³⁷. DIPLOCK, curiosamente, não descartou, antes pareceu sugerir, a adoção futura da “proporcionalidade”, tal como praticada no continente europeu¹⁴³⁸.

Algo semelhante ocorreu com a parcela da doutrina inglesa empenhada no uso da proporcionalidade como meio de aprimoramento do controle judicial dos atos administrativos, que, aliás, nisso divisa apenas um novo nome dado a velha prática processual¹⁴³⁹. JOWELL e LESTER, os maiores defensores da proporcionalidade na Grã-Bretanha, propõem classificação tripartite para o controle dos poderes administrativos¹⁴⁴⁰. Os atos manifestamente arbitrários, à luz de critério absoluto, continuariam interditados pela jurisprudência antiga, conhecida como “razoabilidade

¹⁴³⁵ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 220.

¹⁴³⁶ J. BELL, *apud* XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 224: “l’irracionalité est limitée e se détermine principalement par référence à la finalité de la loi que confère au ministre le pouvoir discrétionnaire”.

¹⁴³⁷ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 224-225. Aliás, uma das vantagens sublinhadas pelos partidários de tal controle tem que ver com a transparência metodológica resultante da eventual aceitação da proporcionalidade em termos continentais: os juízes britânicos não mais necessitarão recorrer a figuras jurídicas como a exorbitância da competência fixada pelo Parlamento. Assim, não se terão de tachar de “absurdos” os atos apenas desproporcionais. Cf. XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 240, com citação de autores ingleses. Nas palavras de JOWELL e LESTER, *apud* XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 240, os juízes deveriam pensar no que dizem e dizer o que pensam”, ao invés de recorrer a figuras jurídicas artificiais (“les juges devraient penser ce qu’ils disent, et dire ce qu’ils pensent”).

¹⁴³⁸ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 226.

¹⁴³⁹ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 229.

¹⁴⁴⁰ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 278.

de *Wednesbury*”, em alusão ao precedente mencionado¹⁴⁴¹. Os atos administrativos praticados de má-fé ou fraudulentamente seriam reprovados com base em padrão semelhante ao “desvio de poder” francês, também praticado no Brasil. Ambos os autores sugerem por fim – e aqui o ponto de maior interesse – que se destaquem da jurisprudência da “razoabilidade de *Wednesbury*” os casos nos quais se reconheça ter a administração interferido de modo excessivo em direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos. Segundo os mencionados autores, “parece tão tipicamente britânico exigir que os meios empregados pela autoridade competente não sejam mais constrangedores do que o necessário para atingir um fim legítimo, que não deveria haver dificuldade de absorver o conceito de proporcionalidade pelo processo judiciário”¹⁴⁴².

XYNOPOULOS afirma que o direito inglês, de modo geral, nega em sua superfície a existência da proporcionalidade¹⁴⁴³. Isso, contudo, não impediu que o voto de um dos membros da Câmara dos Lordes proferido em julgamento a reconhecesse como parte da ordem jurídica inglesa. É bem verdade que outro de seus membros o tenha negado peremptoriamente¹⁴⁴⁴ e um terceiro se tenha dispensado do exame do problema, pois o caso não importaria tal necessidade¹⁴⁴⁵. O julgado daria o tom oficial do debate na Inglaterra¹⁴⁴⁶.

¹⁴⁴¹ Cf. a nota 13 e segs: “*Wednesbury reasonableness*”.

¹⁴⁴² XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 229-230.

¹⁴⁴³ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 236 e segs.

¹⁴⁴⁴ As causas que informam o pensamento dessa corrente foram declinadas pelo Lorde LOWRY: o controle da discricionariedade administrativa pelo juiz segundo o novo cânone seria um abuso de poder pelo Judiciário, carente de legitimidade eleitoral, a pretexto de coibir outro abuso administrativo; os juízes não disporiam de competência técnica para os assuntos administrativos; a segurança jurídica seria abalada e o aumento de causas versando sobre esse novo aspecto da proporcionalidade congestionaria o Judiciário, que se veria incapacitado de atender a contento sua normal carga de trabalho, *apud* XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 242.

¹⁴⁴⁵ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 238.

¹⁴⁴⁶ O próprio XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 243, concorda em que a admissão dessa proporcionalidade à moda de preceito continental rígido contrariaria o espírito do direito inglês – digo eu, não do americano – em dois aspectos. No pri-

Apesar da preponderante negativa formal, o resultado da pesquisa de XYNOPOULOS aponta a existência de uma proporcionalidade “subterrânea” na Grã-Bretanha¹⁴⁴⁷.

. . . – *A proporcionalidade “subterrânea” inglesa*

XYNOPOULOS, auxiliado pela doutrina britânica, demonstrou a existência de juízos de proporcionalidade em inúmeros julgados das altas cortes britânicas, malgrado as juras em contrário da ortodoxia judicial da Inglaterra¹⁴⁴⁸. O autor aludido apreciou negativamente a atual prática inglesa da proporcionalidade subterrânea. O domínio da revisão judicial realizada com o auxílio da proporcionalidade seria pequeno, porque circunscrito aos atos discricionários do Executivo; sua frequência seria esporádica e a intensidade, tímida¹⁴⁴⁹. XYNOPOULOS detectou alguns problemas metodológicos decorrentes da opção disfarçada e absenteísta da política judiciária britânica: os limites da intervenção seriam de tal modo fluidos, ao ponto de a doutrina inglesa afirmar que a escolha de um entre vários instrumentos disponíveis para veicular o juízo de proporcionalidade seria questão de “gosto do juiz”¹⁴⁵⁰. O pragmatismo e a negativa oficial gerariam insegurança jurídica.

As dificuldades enfrentadas pela proporcionalidade somente podem ser compreendidas a contento, acaso se recorde a correlação geral de forças do sistema constitucional britânico: o Parlamento goza de supre-

meiro deles, cuida-se da introdução de norma de perfil doutrinário, e não deduzida de casos. De outro, perde-se com isso certo grau de maleabilidade, ínsito e muito caro aos sistemas jurídicos, cujo átomo é a decisão judicial. Tudo indica que o mesmo não se pode dizer do sistema americano.

¹⁴⁴⁷ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 279 e segs: “proportionnalité souterraine”.

¹⁴⁴⁸ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 280 e segs.

¹⁴⁴⁹ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 307-308, e PHILIPPE, *Proportionnalité*, p.

macia e, assim, pode editar lei provida de qualquer conteúdo¹⁴⁵¹. O Judiciário, por sua vez, controla a administração com base na lei e testa se a atividade executiva nela se enquadra – princípio da proibição de atuação *ultra vires*¹⁴⁵². O complicador para os estrangeiros está em que o Judiciário não faz leitura servil da lei, mas lhe transfere ou insinua conteúdos próprios, com o objetivo de repudiar atos arbitrários do Executivo. Formalmente, o controle se faz à vista da lei; mas o que a lei diz é explicitado em larga medida pelos juízes.

A noção britânica de má-fé é um dos disfarces sob os quais a proporcionalidade se oculta¹⁴⁵³. A expressão agrupa, em verdade, considerações de ordens distintas, por abarcar tanto os casos de ilegalidades subjetivas, quanto as objetivas. Compreendem-se aí, por exemplo, as hipóteses de desonestidade, fraude e malícia dos agentes públicos, aparentemente empenhados na persecução de fim lícito. Esse aspecto da má-fé se equipara ao desvio de finalidade dos atos administrativos discricionários, em termos doutrinários franceses, de que nos servimos no Brasil. A mencionada causa de revisão judicial, contudo, evoluiu para significar também o teste objetivo de racionalidade das escolhas executivas: examinam-se as conseqüências objetivas dos atos, prescindindo-se da intenção do agente¹⁴⁵⁴. Trata-se de assimilação de categorias distintas; é como se o agente que atue desarrazoadamente agisse sempre de má-fé. Essas dificuldades levaram XYNOPOULOS a assinalar o declínio da camuflagem da proporcionalidade sob a má-fé, tachada de técnica marginal e ultrapassada.

¹⁴⁵⁰ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 279.

¹⁴⁵¹ Cf. o item 14.3.

¹⁴⁵² Cf. a nota 1424.

¹⁴⁵³ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 281: *bad faith*.

¹⁴⁵⁴ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 282-283.

A proporcionalidade vem, por vezes, contrabandeada sob os rótulos da “falta de prova” e das “considerações irrelevantes”¹⁴⁵⁵. Aqui, interfere um pouco de tudo, isto é, de direito material e processual¹⁴⁵⁶. O juiz serve-se, às vezes, do fato de o poder público não haver considerado elementos trazidos pelo interessado, para anular-lhe as opções administrativas, ao argumento da má-fé. A onipotência do Parlamento explica o vício: supõe-se que a lei vedaria o exercício indiscriminado da competência deferida pelo Legislativo ao administrador e, assim, autorizaria o juiz a analisar a validade da equação administrativa dos interesses público e particular. O vício procedimental parece ter possibilitado a substituição do juízo executivo pelo balanceamento judicial. Os exemplos dizem respeito à recusa de análise de projetos rivais na instalação de campo público, à recusa de busca de solução que sopesse melhor as vantagens e os inconvenientes de certa decisão, à não-avaliação de oferta de bem alternativo pelo expropriado, à supervalorização de um só aspecto do caso, ainda que pertinente. XYNOPOULOS qualifica tal doutrina como pano de fundo onde se desenvolve a proporcionalidade e lhe nota a confusão entre o erro de materialidade pura e de apreciação errônea de fatos¹⁴⁵⁷.

Noutros casos, esclarece XYNOPOULOS, o juízo de proporcionalidade insinua-se por debaixo da interpretação de conceitos legais. Os tribunais, apenas em aparência, verificam se o poder público ou a parte privada agiu *ultra vires* da lei editada pelo Parlamento¹⁴⁵⁸. Os exemplos dizem respeito à discriminação no trabalho em razão do sexo ou da extensão da jornada do empregado e a temas de imigração. No grupo atinente à igualdade laboral, o Judiciário verificou a existência, em certo

¹⁴⁵⁵ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 283 e segs.

¹⁴⁵⁶ Acerca da transformação de vícios procedimentais em oportunidades para o exame da razoabilidade da medida administrativa, cf. PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 41.

¹⁴⁵⁷ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 286-287.

¹⁴⁵⁸ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 287 e segs.

caso, de “diferença material” a justificar a disparidade de tratamento entre os trabalhadores.

A doutrina do “*estoppel*” também coloca o juiz inglês na situação de ponderar entre dois bens jurídicos. O termo, que remonta ao verbo *to stop* – parar, pode ser traduzido como “interdição, embargo”, ambas as palavras no sentido de proibição. A “doutrina do *estoppel*” é, em verdade, conceito jurídico aparentado com a boa-fé continental¹⁴⁵⁹. Segundo XYNOPOULOS, o juiz inglês tem sido chamado a ponderar entre valores públicos e privados em diversas oportunidades da invocação da “doutrina do *estoppel*”, sempre recusada quando se entende que o poder público atuou *ultra vires*¹⁴⁶⁰. O Judiciário inglês, seguindo esse raciocínio, sopesou diversos valores e negou aplicação do *estoppel*, para permitir ao poder público a cobrança de diferenças em contas de eletricidade, ainda que o montante erroneamente apurado tenha resultado de equívoco de seu funcionário. O Estado foi autorizado a impedir obra privada, mesmo depois de o servidor público ter erroneamente informado ao interessado a desnecessidade de licença. A balança voltou a pender pela coletividade na recusa judicial de obrigar o Estado a continuar a pagar auxílio-transporte a estudante que dele não precisaria, a despeito de o Executivo ter reconhecido a necessidade num primeiro momento. O fato de certo município haver tolerado que outro se utilizasse de sua rede de esgotos não lhe retiraria o direito de fazer cessar tal prática. Pensão mal

¹⁴⁵⁹ ESSER, *Grundsatz*, p. 31 e segs. Segundo ESSER, *Grundsatz*, p. 32, nota 99, e p. 127, nota 140, citando decisão americana, por força do *estoppel*, a parte não pode assumir posições incoerentes com seu comportamento anterior. Assim, por exemplo, quem silenciou quando deveria falar, não pode falar quando deve calar; e quem sugeriu a redação do ato jurídico não pode alegar que as palavras ali empregadas não correspondem a sua intenção. O “*estoppel*” guarda semelhança mais estreita com a *Verwirkung* alemã – cf. ESSER, *Grundsatz*, p. 31. A *Verwirkung* e a *Erwirkung* são institutos alemães para os quais MENEZES CORDEIRO sugere os equivalentes latinos *supressio* e *surrectio* – cf. o meu *Fato Consumado*, item 5.3. Em comum, a *supressio* e a *surrectio* e o *estoppel* têm a idéia de vedação ao exercício retardado de determinado direito subjetivo contra a boa-fé de terceiro, que possuía fundados motivos para crer na omissão permanente do seu titular.

¹⁴⁶⁰ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 291 e segs.

concedida teve de ser cessada, porque, ponderando os interesses em jogo, o tribunal entendeu que seu deferimento ilegal seria desequilibrado. O contexto em causa tem muito de julgamentos de equidade e nem sempre aqui se deseja, em verdade, realizar o teste da proporcionalidade, como o próprio XYNOPOULOS reconhece¹⁴⁶¹.

Outra modalidade de lidar com a proporcionalidade subsumir-se-ia ao controle geral de razoabilidade, cláusula tida por implícita no direito inglês, mesmo contra expressa manifestação legal em sentido contrário¹⁴⁶². O razoável aqui, explica PHILIPPE, consiste na solução concreta encontrada pelo juiz para cada caso, com base na racionalidade dos precedentes e nas aspirações da comunidade¹⁴⁶³. XYNOPOULOS observa que o direito inglês conheceria a proporcionalidade, sob o controle de razoabilidade, ao proclamar a impossibilidade de o poder público desapropriar mais bens do que os necessários à realização de finalidade pública, assim como de vedar sanções do poder de polícia havidas como desproporcionais às infrações cometidas¹⁴⁶⁴.

O direito britânico também disporia, ao lado da proibição de excesso, de casos menos freqüentes, da “proporcionalidade-balanço”, isto é, da revisão judicial de atos administrativos com base na cláusula de razoabilidade, considerando-se vantagens e desvantagens de determinada medida pública¹⁴⁶⁵. Certa decisão judicial obrigou o Executivo a ponderar os benefícios e o custo da construção de certa estrada, pois não havia realizado tal balanço, mesmo diante de opiniões divergentes acerca da obra. O exame da proporcionalidade da medida torna-se bem mais estrito, observa XYNOPOULOS, quando se está diante da chamada

¹⁴⁶¹ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 292.

¹⁴⁶² XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 293 e 294.

¹⁴⁶³ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 35. Para as afinidades a similitude entre a razoabilidade britânica e certas concepções do Conselho de Estado francês, como o desvio de poder, cf. a doutrina de PEPY, *apud* PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 41, nota 168.

¹⁴⁶⁴ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 294.

¹⁴⁶⁵ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 295 e segs.

“razoabilidade legal”, isto é, quando o próprio texto da lei impõe à autoridade executiva aquele conceito jurídico indeterminado¹⁴⁶⁶. Aqui, não basta que o Executivo demonstre não ter agido de forma desproporcional; por meio da inversão do ônus da prova, o Judiciário exige a demonstração de que a alternativa escolhida seja claramente proporcional à finalidade em causa.

O quadro geral de timidez inglesa registrado conhece a variação da intensidade do controle da proporcionalidade, a depender das matérias a que referida¹⁴⁶⁷. A fiscalização por esse modelo somente tem animado decisões isoladas e de menor vulto no urbanismo¹⁴⁶⁸, ao passo que aumenta de importância na verificação do respeito às liberdades individuais, em especial as da Declaração de Direitos de 1689¹⁴⁶⁹. Seu maior papel é desempenhado, contudo, na avaliação da intervenção do Estado no domínio econômico¹⁴⁷⁰. A relevância da proporcionalidade nesse âmbito decorre da ideologia liberal, conforme expõe XYNOPOULOS: “é certo que o controle de proporcionalidade, por natureza protetivo, no plano individual, da liberdade da pessoa contra o abuso do poder estatal, opera no plano econômico muito mais como um princípio da filosofia liberal...”¹⁴⁷¹.

¹⁴⁶⁶ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 296: “statutory reasonableness”.

¹⁴⁶⁷ Além de XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 303, cf. ainda PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 35-36.

¹⁴⁶⁸ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 303.

¹⁴⁶⁹ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 301.

¹⁴⁷⁰ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 304 e segs. Aqui, os exemplos dizem respeito à concessão de licenças; à censura de filmes controvertidos; à instalação de comércio; à cassação de concessão a companhia aérea privada rival das estatais; a salários de servidores públicos; baixa de tarifas públicas anulada; à invalidação da concessão de passe livre em transporte a idosos, por excessiva oneração dos demais pagantes; à necessidade de aumento do preço da locação de bens públicos; à recusa de contribuição para educação em patamares diversos a depender da prosperidade da região, pois isso representaria injustificada transferência regional de renda etc..

¹⁴⁷¹ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 306: “il est vrai que le contrôle de proportionnalité, par nature protecteur, sur le plan individuel, de la liberté de la personne contre les abus de la puissance étatique, opère sur le plan économique plutôt comme un principe protecteur de la philosophie libérale...”.

Por se tratar de prática “subterrânea”, o manuseio inglês da proporcionalidade se ressentia de clareza, de previsibilidade e se mostra ainda tímido.

. . . – *O questionável déficit britânico*

A soberania do Parlamento inglês, contra a qual não se podem opor garantias de nenhuma espécie, tem desafiado os juristas de tradição continental, que nele divisam quisto arbitrário no direito inglês e, pois, traço incompatível com a tradição do devido processo legal. O predomínio do *common law* sobre o Parlamento, obtido por COKE no “Caso Bonham”, foi logo revertido em termos de soberania parlamentar¹⁴⁷².

O medo do abuso do Parlamento, este o primeiro ponto a frisar, parece assentado muito mais em categorias da experiência histórica e do poder jurídico despótico continentais do que propriamente de visão adequada da cultura inglesa. O ponto de vista britânico está resumido na sentença de DE SMITH E BRAZIER: “nossa história ainda está conosco. Mas a constituição não é uma peça de museu”¹⁴⁷³. O curso da história britânica demonstra ser o Parlamento o guarda das liberdades contra o poder real¹⁴⁷⁴. IVOR JENNINGS terá proferido a frase mais interessante a propósito: “o Parlamento edita muitas leis de que muitas pessoas não gostam. Mas, ele nunca edita qualquer lei de que uma parcela substancial da população violentamente desgoste”¹⁴⁷⁵. Na interpretação ora proposta, o Parlamento exerce o papel de representante da comunidade na

¹⁴⁷² A propósito, BITAR, *Fontes*, p. 281 e segs.

¹⁴⁷³ DE SMITH e BRAZIER, *Law*, p. 15: “our history is still with us. But the constitution is not a museum piece”.

¹⁴⁷⁴ JENNINGS, *Constitution*, p. 45-46; SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 15-16; BITAR, *Constituição*, p. 111, transcrito na nota 1502; SAMPAIO DÓRIA, *Due process*, p. 20.

¹⁴⁷⁵ JENNINGS, *Constitution*, p. 139: “Parliament passes many laws which many people do not want. But it never passes any laws which any substantial section of the population violently dislikes”.

defesa dos valores anglo-saxões, há muito incorporados ao direito comum, em oposição ao poder real normando, igualmente absorvido pelo direito comum e transformado em soberania parlamentar. O Parlamento inglês tem sido historicamente o braço estruturado, de inspiração anglo-saxã das assembléias populares, contra o mando fragmentado normando trazido do continente. Por isso, em princípio, não faz muito sentido temer arbitrariedades do Parlamento, embora tenham existido. O suposto atrito contemporâneo entre o devido processo legal e a soberania do parlamento parece decorrer de uma incompreensão do sistema inglês, derivada da experiência e princípios continentais. O Parlamento não é o sucessor britânico do *legibus solutus* romano, mas seu inimigo capital.

Apenas nesse quadro parece possível compreender o alcance do comentário de LÚCIO BITTENCOURT sobre a frase de DICEY de que o termo inconstitucional “*não tem conteúdo*, no sistema inglês; traduz uma *censura*, no regime francês; significa *nulidade*, para o americano”¹⁴⁷⁶. O termo carece de sentido no direito inglês sobretudo por uma questão substancial, e não de adjetivação, como nos demais sistemas. A Inglaterra contemporânea não concebe o Parlamento como fonte da opressão e, portanto, seu inimigo. O arbítrio quase nunca parte do Legislativo inglês, de modo que, realmente, não faz nenhum sentido impor “*censura*” ou “*nulidade*” à sua atividade. Isso nem sempre foi assim, como o comprovam os *bills of attainder* e outros exemplos¹⁴⁷⁷. As categorias da censura e da nulidade foram criadas após o Parlamento britânico ter escolhido o lado em cujo favor lutar – o da estruturação social, garantidora de liberdades. Isso parece ter sido esquecido pela literatura dedicada ao “problema inglês”.

A doutrina continental e latino-americana, repita-se, transfere sua realidade para a britânica, de modo que julga ser possível instaurar-se a ditadura no Reino Unido, porque a Constituição britânica seria flexí-

¹⁴⁷⁶ BITTENCOURT, *Controle*, p. 12.

¹⁴⁷⁷ SCARMAN, *Direito*, p. 28.

vel. Tais autores não vêem que o modo de pensar estruturado em funcionamento durante milênios oferece mais liberdade do que garantias institucionais plantadas em solo fragmentado. O importante é a manutenção do processo, do método dialógico da estruturação em busca de valores não submetidos ao poder de quem quer que seja¹⁴⁷⁸. A Inglaterra parte da concepção da política e do direito como instrumentos democraticamente regrados de diálogo – método – para se encontrarem os critérios axiológicos determinantes do direito. JENNINGS conclui, por isso, que a essência do direito inglês não se encontra no governo, nas limitações do Parlamento ou no caráter das leis penais,

“mas no fato de que o poder político remanesce em última análise em eleições livres, levadas a cabo num Estado onde a crítica ao governo não é apenas permitida, mas constitui mérito, e onde partidos baseados em políticas opostas não são apenas permitidos, mas encorajados. Onde as coisas se passam assim, o governo precisa necessariamente ser conduzido de maneira tal, a assegurar o consenso ativo e voluntário do povo...”¹⁴⁷⁹.

O mesmo pode ser lido em DE SMITH e BRAZIER, “há uma aceitação amplamente difundida do princípio de que regras restritivas do jogo político são mais importantes do que a contenção do poder ou a pressão do poder legal até seu limite máximo à custa da liberdade individual. Nesse sentido, podemos dizer que constitucionalismo ou governo limi-

¹⁴⁷⁸ Cf. a nota 1479, para a passagem de JENNINGS sobre a relevância da liberdade no processo político para o estabelecimento do direito.

¹⁴⁷⁹ JENNINGS, *Constitution*, p. 59: “but the fact that political power rests in last analysis on free elections, carried out in a State where criticism of the Government is not only permissible but a positive merit, and where parties based on competing policies or interests are not only allowed but encouraged. Where this is so, Government must necessarily be carried on in such a manner as to secure the active and willing consent of the people ...”. Ainda KRIELE, *Introducción*, p. 143-144, também pondera: “a possibilidade de argumentar e decidir racionalmente apesar de consideráveis diferenças de opinião descansa numa faculdade de julgar e num sentido de justiça que eram comuns – supunha-se – a todos os homens (ainda quando distintos com diferentes graus de talento e desenvolvimento) [...] pressupostos, portanto, como *sensus communis* – *common sense*”.

tado ou *rule of law* – o sentido dessas expressões se sobrepõe – existe na Grã-Bretanha”¹⁴⁸⁰. E prosseguem:

“apesar da ausência de garantias ou proibições constitucionalmente entrenchadas ou bastiões institucionais inexpugnáveis contra o abuso do poder, sérias interferências em liberdades individuais básicas são raras nos tempos de paz e a proteção das minorias dissidentes na Grã-Bretanha é mais eficaz do que em muitos Estados que gozam de uma superabundância de dispositivos delineados para obter tal fim”¹⁴⁸¹.

Ainda assim, não se tem a garantia de que o Parlamento agirá com sensibilidade suficiente para não interferir nas liberdades além do proporcionalmente requerido pelas circunstâncias, ou até sem nenhum limite. SCARMAN identifica nisso, aliás, a desvantagem do direito inglês, incapaz de “resistir à vontade do Parlamento, por mais atemorizada ou preconcebida que seja”¹⁴⁸². E fornece exemplos de tal prática¹⁴⁸³.

¹⁴⁸⁰ DE SMITH e BRAZIER, *Law*, p. 18: “... there is a widely diffused acceptance of the principle that the restrictive rules of political game are more important than the retention of power, or the pressing of legal power to the ultimate limit at the expense of individual liberty. In this sense we can say that constitutionalism or limited government or the rule of law – the meaning of these expressions overlap – exists in Britain”. Entre nós, BITAR, *Constituição*, p. 54, citando MUNRO, diz que a Constituição americana é “conceito dinâmico e não estático, darwiniano e não newtoniano”. No mesmo sentido, SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 60, com apoio da doutrina americana, fala em “concepção instrumental” do direito em relação à evolução social como característica do direito norte-americano. As mudanças sociais poderiam ser incorporadas e descartadas pelo sistema, que permanece formalmente o mesmo. Trata-se, ao que parece, de nova confirmação do caráter predominantemente metodológico do direito anglo-americano, também anotado pelos autores ingleses aludidos. Pautas muito abertas permitem várias concretizações, ao sabor da opinião prevalente em certo momento.

¹⁴⁸¹ DE SMITH e BRAZIER, *Law*, p. 17-18: “despite the absence of constitutionally entrenched guarantees and prohibitions or impregnable institutional bullwarks against the abuse of power, serious encroachments on basic individual freedoms are rare in times of peace, and the protection of dissenting minorities in Britain is more efficacious than in many states which enjoy a superabundance of devices designed to achieve this end”.

¹⁴⁸² SCARMAN, *Direito*, p. 28.

¹⁴⁸³ SCARMAN, *Direito*, p. 28 e segs

. . . – *Pressupostos americanos do devido processo legal substancial*

Coube aos Estados Unidos prover os sistemas jurídicos ocidentais de mecanismo tendente a garantir as características da estruturação cultural mesmo contra as maiorias parlamentares. No que interessa à proporcionalidade, o direito americano assegurou direitos reforçados contra o arbítrio, ao sujeitar os atos legislativos inconstitucionais à sanção de nulidade decretada pelo Judiciário. Sob todos os aspectos, a evolução citada exhibe o traço ininterrupto da história do *common law*¹⁴⁸⁴.

CORWIN observa notavelmente que o *common law*, “antes de ser direito superior, era direito positivo, no mais estrito sentido do termo; um direito regularmente administrado nos tribunais ordinários na resolução de controvérsias entre indivíduos privados”¹⁴⁸⁵. Por isso, “muitos dos direitos que a Constituição dos Estados Unidos protege neste momento contra o poder legislativo foram primeiramente direitos de um indivíduo protegidos pelo *common law* contra seus vizinhos”¹⁴⁸⁶. A garantia constitucional dos direitos individuais americanos prolonga a tradição inglesa de compelir o monarca ao compromisso de respeito aos velhos direitos e liberdades dos cidadãos. Isso se fazia, nos primeiros tempos,

¹⁴⁸⁴ Cf. a nota 1216. SAMPAIO DÓRIA, *Due process*, p. 20, observa: “a diversidade entre o direito constitucional inglês e seu congênere norte-americano repousa antes numa variação de técnicas que de substância, e se explica por peculiaridades e contingências históricas, inevitáveis na vida de cada povo. Os valores e os princípios que permeiam as instituições políticas, sociais e econômicas de ambas as nações são, em sua essência, fruto de idêntica concepção do homem e do universo, conquanto realizados praticamente através de diferentes técnicas e instrumentos de atuação jurídica”.

¹⁴⁸⁵ CORWIN, *Higher Law*, p. 169-170: “before it was higher law it was positive law in the strictest sens of the term, a law regularly administered in the ordinary courts in the settlement of the controversies between private individuals”.

¹⁴⁸⁶ CORWIN, *Higher Law*, p. 169-170: “Many of the rights which the Constitution of the United States protects at this moment against legislative power were first protected by the common law against one’s neighbors”.

mediante juramento verbal do soberano, no ato de coroação; passou-se depois à confirmação escrita dos antigos direitos, como na Magna Carta, para se chegar a documentos oriundos de assembléias, como o *Bill of Rights*¹⁴⁸⁷. JENNINGS afirma: “a Declaração de Direitos americana vai mais longe do que a prática britânica do século XVIII, pois a Revolução Americana foi um protesto contra a tirania de GEORGE III e seus ministros. Em grande parte, porém, repete a substância da experiência inglesa”¹⁴⁸⁸.

A grande inovação americana não consistiu em inventar os direitos da pessoa, mas em aperfeiçoar o método jurídico de sua proteção: tais garantias passaram a integrar um nível hierárquico mais elevado do que as demais e, sobretudo, protegido até mesmo contra eventuais do legislador. O fenômeno, mais uma vez, tem muito de método novo a serviço de valores antigos. JOHN ADAMS parece textual a respeito: “a América não fez descobertas de princípios de governo que não fossem longamente conhecidos. Moralidade e liberdade e também ‘liberdade moral’, o que quer que signifique, eram conhecidos desde a criação”¹⁴⁸⁹. Assim como o *cogito ergo sum* pretendeu situar-se no ponto de Arquimedes filosófico, a partir do qual se poderia pensar todo o resto, as garantias americanas – eis o seu mérito – puseram em prática, no direito, as revoluções de DESCARTES na filosofia, de BACON nas ciências naturais, de LUTERO na teologia e de HOBBS na filosofia prática: deu-se novo fundamento ao direito¹⁴⁹⁰.

¹⁴⁸⁷ Cf. BITAR, *Fontes*, p. 270, para o *Bill of Rights* e a nota 1328 para os demais.

¹⁴⁸⁸ *Constitution*, p. 240-241: “The American Bill of Rights goes further than the British practice of the eighteenth century, for the American Revolution was a protest against the tyranny of GEORGE III and his ministers. In large part, however, it repeats the substance of English experience”.

¹⁴⁸⁹ *Apud* KOBUSCH, *Person*, p. 108: “America has made no discoveries of principles of government that have not been long known. Morality and liberty and ‘moral liberty’, too, whatever it may mean, have been known from the creation”.

¹⁴⁹⁰ KOBUSCH, *Person*, p. 106. A idéia de independência norte-americana também se justificou com recurso à analogia entre as nações e as pessoas: as nações, entendidas como pessoas morais compostas, gozariam de liberdade, da mesma forma que o ente moral do ser humano – cf. KOBUSCH, *Person*, p. 104.

E aqui parece necessário notar o caráter bifronte do Parlamento britânico para se compreender a evolução no método do direito positivo posta em prática nos Estados Unidos. Embora fosse o protetor das liberdades individuais na política interna inglesa, o Parlamento co-participava dos desmandos da coroa britânica nas colônias norte-americanas. “Já que o Direito Inglês é incapaz, em qualquer circunstância, de desafiar uma lei”, admite SCARMAN, “ele está, nos tempos perigosos e difíceis, à mercê da lei opressora e injusta”¹⁴⁹¹.

O Legislativo representava para os americanos a fonte permanente das normas jurídicas opressoras da colônia¹⁴⁹², diversamente da Grã-Bretanha, onde o Parlamento era geralmente o garantidor de liberdades¹⁴⁹³. SIQUEIRA CASTRO, invocando SCHWARTZ, mostra que as declarações de direitos americanas se opunham ao Parlamento inglês, ao contrário das similares britânicas, que eram por ele votadas contra o rei: “a experiência política norte-americana, em virtude das marcas deixadas pelo jugo parlamentar do colonizador britânico, difere da trajetória institucional percorrida pelas revoluções liberais inglesa e francesa, que se cifraram na confiança, erigida em verdadeira idolatria das Assembléias Populares”¹⁴⁹⁴. A Constituição da Pensilvânia, de 1776, oferece o exemplo mais evidente disso, ao consignar textualmente que os colonos se opunham por meio dela ao “propósito de reduzi-los a uma total e abjeta submissão à dominação despótica do Parlamento britânico”¹⁴⁹⁵.

Os representantes do povo americano decidiram, por isso, neutralizar os inconvenientes da soberania legislativa, mediante a edição de instrumento normativo não mais à disposição do Parlamento, mas senhor deste. Votou-se, assim, a Constituição americana com o objetivo prin-

¹⁴⁹¹ SCARMAN, *Direito*, p. 30-31.

¹⁴⁹² SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 16.

¹⁴⁹³ Cf. a nota 1474.

¹⁴⁹⁴ SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 25.

¹⁴⁹⁵ *Apud* SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 17: “...”purpose of reducing them to a total and abject submission to the despotic domination of the British parliament”.

principal de assegurar direitos e garantias dos indivíduos, oponíveis até ao Legislativo. Como o rei foi degradado à condição de Executivo, o administrador, com mais razão, se sujeitava a cumprir o texto constitucional. A Constituição americana, por assim dizer, corrige um “*mischief*” ou “defeito” do *common law*, à semelhança das leis do Parlamento britânico¹⁴⁹⁶. Continua-se fiel à tradição, embora com inovações.

Os americanos viram logo que não bastava proclamar certas normas em documentos de mesmo nível que a lei; tampouco satisfazia elevar as garantias acima da legislatura ordinária, pois as violações daqueles direitos continuavam a ser perpetradas pelo Parlamento. Era preciso dar mais um passo e anular juridicamente as normas editadas pelo Legislativo em dissonância com a Constituição¹⁴⁹⁷. A sanção de nulidade dos atos inconstitucionais foi deduzida pela Suprema Corte americana do sistema do *common law*, em continuidade à evolução do direito inglês por obra dos julgados e, excepcionalmente, pela intervenção legiferante ou do constituinte¹⁴⁹⁸.

¹⁴⁹⁶ A propósito da “*mischief rule*”, *i. e.*, da “regra [de superação] do defeito”, cf. as notas 1550 e 1551.

¹⁴⁹⁷ Acerca da evolução histórica do controle de constitucionalidade, cf. fundamentalmente BITAR, *Constituição, passim*.

¹⁴⁹⁸ Eis o argumento de MARSHALL, *Decisões*, p. 24-26: “A questão, si uma resolução da legislatura incompatível com a Constituição, pode tornar-se lei do país, é uma questão profundamente interessante para os Estados Unidos, mas, felizmente, de nenhuma dificuldade proporcional à sua magnitude. Para resolvê-la, basta o reconhecimento de certos princípios que foram longa e optimamente estabelecidos. Que o povo tem direito originário de estabelecer para o seu futuro governo os princípios que se lhe antolharem mais concernentes a sua própria felicidade, são os alicerces sobre que se assenta todo o edifício americano. [...]. A vontade originária e soberana organiza o governo, assina aos diversos departamentos seus respectivos poderes. E pode contentar-se com isso ou fixar certos limites para que não sejam ultrapassados por esses departamentos. Pertence à ultima classe o governo dos Estados Unidos. Os poderes da legislatura são definidos e limitados; e para que esses limites não possam se tornar confusos ou apagados, a Constituição é escrita. Para que fim os poderes são limitados, e com que intuito se confia à escrita essa delimitação, si a todo o tempo esses limites podem ser ultrapassados por aqueles que se quis refrear? A distinção entre um governo de limitados ou de ilimitados poderes se extingue desde que tais limites não confinem as pessoas contra quem são postos e des-

Conquanto tenha predominado apenas com o sistema americano, a idéia possuía precedente na Inglaterra, ou seja, o “Caso Bonham”, em que COKE defendeu e impôs efemeramente a prerrogativa de o Judiciário controlar a validade das leis perante o direito comum¹⁴⁹⁹. Tanto o direito americano desenvolve coerentemente a tradição herdada, que SCARMAN sugere mesmo o movimento inverso, isto é, que a Inglaterra siga a direção apontada pelos Estados Unidos: “antes da época da soberania legislativa irrestrita, [...] os juízes do *common law* sentiam-se aptos a

de que atos proibidos e atos permitidos sejam de igual obrigatoriedade. É uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição *veta* qualquer deliberação legislativa incompatível com ela; ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinários. Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está mesmo no nível conjuntamente com as resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; si a segunda parte é verdadeira, então as constituições escritas são absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável. Certamente, todos quantos fabricaram constituições escritas consideraram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma constituição escrita, deve ser que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível. Essa teoria adere essencialmente às constituições literais e deve conseqüentemente ser tida e havida por este Tribunal como um dos principais fundamentos da nossa sociedade. [...]. Se, pois, os Tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam”. A jurisdição constitucional européia, até mesmo pelo seu artificial e ainda agora não inteiramente esclarecido engaste institucional nos três poderes, foi engendrada como defesa da lei, não da Constituição, por mais paradoxal que possa parecer essa conclusão. Fosse a defesa da Constituição o interesse primordial, o tema poderia – como nos Estados Unidos – ser confiado a todos os juízes da nação, pois o desprestígio da lei não seria grande coisa, quando comparado com a preservação da Constituição. Em rigor, a jurisdição concentrada representa um tardio eco europeu fragmentado contra a idéia do *rule of law*. De resto, a origem artificial parece confirmá-lo, muito mais como a resposta continental ao avanço americano. Lastimavelmente, tal resposta continental ainda leva marcas muito fortes da origem fragmentada, que não podem ser aqui aprofundadas, mas apenas mencionadas. “A ação direta de inconstitucionalidade parece confirmar essa inversão de valores”, notou INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO.

¹⁴⁹⁹ BITAR, *Constituição*, p. 84.

sentarem-se para o julgamento de uma lei [...] e os nossos legisladores não se furtavam às promulgações [...] protetoras dos direitos fundamentais do indivíduo – a Magna Carta e o *Habeas Corpus*, por exemplo”¹⁵⁰⁰. Se a Inglaterra retomará esse caminho, parece hoje historicamente menos relevante, diante do fato de os Estados Unidos terem desenvolvido os princípios básicos da estruturação jurídica iniciada na Grã-Bretanha, proscrevendo qualquer forma de arbítrio, até o arbítrio do Legislativo mediante sanção judicial.

Faltava, ainda, vencer uma etapa: a guerra estaria perdida na última batalha, acaso o Legislativo pudesse escapar ao controle de constitucionalidade alegando qualquer motivo. Bastaria ao legislador lançar o mais disparatado dos argumentos, para impedir a decretação judicial da invalidade de sua obra. Similar alternativa teórica invalidaria boa parte da essência metodológica do direito anglo-americano, pois a discussão seria inapelavelmente falseada por argumento dotado apenas da força, mas subtraído ao exame dialógico. Todos os mecanismos anteriormente criados para a garantia da estruturação social e banimento da fragmentação de nada adiantariam, se a maioria no Congresso Nacional pudesse, com seu voto, tornar racional e jurídica qualquer medida que desejasse. Essa última brecha parece ter sido fechada com o devido processo legal material americano¹⁵⁰¹.

14.5 – A evolução americana: o devido processo legal “material” ou “substancial” contra o legislativo

BITAR e MATHEWS afirmam que o *due process of law*, já na origem britânica, era “limitação do Parlamento sobre o Rei, pois se o Rei agisse de

¹⁵⁰⁰ SCARMAN, *Direito*, p. 32.

¹⁵⁰¹ Cf. a nota 1252. SANTIAGO DANTAS, *Due process*, p. 45: “não basta a expedição de um ato legislativo formalmente perfeito para preencher o requisito do *due process of law*. Se assim fosse, a cláusula seria inoperante como limite ao arbítrio legis-

acordo com as leis do Parlamento, os direitos individuais estariam resguardados”¹⁵⁰². Agora, se o Legislativo obedecer ao prescrito na Constituição, os direitos individuais estarão assegurados, porque o Judiciário pode controlar as leis do Congresso Nacional.

O avanço do devido processo legal americano comportou várias fases. Não se cuidava, num primeiro período, do conteúdo dos atos do Legislativo, mas de como atos judiciais deveriam ser praticados. Era, em suma, o devido processo legal procedimental transplantado do sistema inglês para a América do Norte. A garantia constava das declarações de direito de várias colônias, antecedentes da Constituição americana¹⁵⁰³. Esta, aliás, careceria de rol de tais direitos, acrescidos por meio de emendas. A Quinta Emenda, de 1791, consagrou o devido processo legal no âmbito federal, ao passo que a Décima Quarta, votada após a Guerra de Secessão em 1868, o estendeu aos Estados. A emenda mais recente foi além do padrão da Carta Magna, pois nela se determinou que nenhum “Estado poderá privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa a igual proteção da lei”.

Duas decisões isoladas são tomadas como contempladoras do devido processo legal material, ainda durante o período em que se interpretava essa categoria no sentido procedimental¹⁵⁰⁴. A frase de CARDOZO vale para ambas: “como é normal no desenvolvimento de um sistema de

lativo, pois o requisito constitucional estaria atendido com a simples existência formal da lei”.

¹⁵⁰² Constituição, p. 111.

¹⁵⁰³ Constituição, p. 112. Para o texto das declarações de direitos das colônias e das Constituições estaduais, cf. ROSYNETE LIMA, *Devido processo*, p. 42, nota 17, SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 10 e segs, e BITAR, *Constituição*, p. 111.

¹⁵⁰⁴ BITAR, *Constituição*, p. 112. SAMPAIO DÓRIA, *Due process*, p. 30, identifica decisão da Suprema Corte da Carolina do Norte, de 1804, como a primeira vez em que se utilizou do devido processo legal com o sentido substancial. Tal decisão repercutiu em outras cortes estaduais, *Due process*, p. 30-31, sem, contudo, atingir a Suprema Corte federal, exceto nos dois incidentes narrados no texto acima.

direito casuístico, as controvérsias sórdidas dos litigantes são a matéria-prima da qual se modelarão definitivamente grandes e brilhantes verdades”¹⁵⁰⁵. O “Caso Dred Scott”, ilustra primorosamente a verdade enunciada. A Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade de lei que declarava livres escravos saídos de Estado escravista: a norma seria inválida, porque privaria os interessados de sua propriedade – o escravo – sem o devido processo, por motivo arbitrário, vale dizer, a alteração de lugar onde se encontravam¹⁵⁰⁶. O objeto imediato do segundo caso tampouco resguardava o mais alto interesse público, pois a Suprema Corte julgou inválida lei que determinava a destruição sumária de bebidas alcoólicas, pelo mesmo motivo declinado no caso anterior, isto é, a privação da propriedade sem o devido processo¹⁵⁰⁷. Ambos os casos não passam de exceções, ensaios para a jurisprudência da segunda fase¹⁵⁰⁸.

Os reais motivos que levaram à extração das últimas conseqüências materiais do devido processo legal no direito americano nem sempre são narrados. BITAR os deriva de mudanças econômicas radicais. Os Estados Unidos saltaram da condição de país agrário e pouco populoso, para a de maior economia do planeta, por volta do início do século XX¹⁵⁰⁹. A solução jurídica encontrada para harmonizar a liberdade com os reclamos de nação moderna, industrializada, urbana e composta também por

¹⁵⁰⁵ CARDOZO, *Nature*, p. 35: “But as a system of case law develops, the sordid controversies of litigants are the stuff out of which great and shining truths will ultimately be shaped”.

¹⁵⁰⁶ BITAR, *Constituição*, p. 105-106 e 112; cf. também ROSYNETE LIMA, *Devido processo*, p. 73, nota 48.

¹⁵⁰⁷ BITAR, *Constituição*, p. 112; cf. também ROSYNETE LIMA, *Devido processo*, p. 74, nota 49, para descrição mais circunstanciada do caso. Aqui, parece haver, pelo menos, mistura entre as duas modalidades de devido processo legal, a demonstrar que a transição de uma para outra no direito norte-americano tem sua consistência teórica além de histórica. O caráter sumário da medida interferia com temas procedimentais, que, de resto, pouco valeriam mesmo num processo administrativo longo, uma vez constatada a natureza alcoólica da bebida.

¹⁵⁰⁸ BITAR, *Constituição*, p. 112.

¹⁵⁰⁹ BITAR, *Constituição*, p. 109-110; explicação similar encontra-se em CUSHMAN, *Due process*, p. 265-266.

uma classe operária foi encontrada no devido processo legal, assim como a Inglaterra também havia modificado o conceito de supremacia do direito – *rule of law* – liberal de DICEY, em atenção aos fenômenos da era moderna¹⁵¹⁰. Abriu-se, assim, a segunda fase do devido processo legal.

A dedução da proporcionalidade à americana a partir da garantia textual do “devido processo legal” somente pode ser explicada em parte pelo mecanismo descrito por ESSER para o estabelecimento de princípios jurídicos: “nós empurramos sob o código os pontos de vista e as experiências obtidas em verdade casuisticamente para poder aproveitá-los dedutivamente como premissas maiores do sistema [...]. A “ancoragem” das idéias jurídicas gerais “no texto é *cura posterior* e, com suficiente frequência, denuncia a visível escolha puramente aleatória do ponto da lei tido por mais viável e o verdadeiro procedimento dessas conexões ‘sistemáticas’”¹⁵¹¹. SAMPAIO DÓRIA explica que “a busca de preceito constitucional explícito, para servir de veículo de atuação a todo um indefinido e indefinível corpo de ‘leis naturais’, não tardou em deparar com o único dispositivo da Constituição, que se prestava idoneamente a essa finalidade: a cláusula *due process of law*”¹⁵¹². O autor citado prossegue:

“Convenientemente vaga em sua expressão literal (embora, conforme vimos, com um nítido sentido processual em sua tradição histórica), proibindo a infringência a direitos relativos à vida, liberdade e propriedade, a cláusula em apreço vinha a talhe de foice para se constituir em instrumento hábil a amparar a expansão das

¹⁵¹⁰ Cf. JENNINGS, nota 1423; até nisso, ambos os direitos se parecem.

¹⁵¹¹ ESSER, *Grundsatz*, p. 162: “Man unterschiebt die in Wahrheit kasuistisch gewonnenen Einsichten und Erfahrungen dem Codex, um sie als Obersätze des Systems deduktiv auswerten zu können. [...]. Dessen [des allgemeinen Rechtsgedankens] ‘Verankerung’ im Text ist dann *cura posterior*, und oft genug verrät die sichtliche rein zufällige Wahl der Gesetzesstelle, die gerade praktikabler erscheint, den wahren Verlauf solcher ‘systematischer’ Anknüpfungen”.

¹⁵¹² SAMPAIO DÓRIA, *Due process*, p. 30; no mesmo sentido, SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 55.

limitações constitucionais ao exercício do poder legislativo federal e estadual”¹⁵¹³.

Outro motivo histórico que terá contribuído para a extração dessa consequência jurídica do devido processo legal – e não da subsunção arbitrária desse conteúdo à cláusula citada – pode encontrar-se na Décima

¹⁵¹³ SAMPAIO DÓRIA, p. 30. Este autor, *Due process*, p. 14, nota 18, refere-se a MC ILWAIN como o autor “que se desgarra da corrente doutrinária ortodoxa, para concluir que a expressão *per legem terrae* encerrava também o sentido de ‘direito material comum, derivado de costumes imemoriais’”. Mesmo qualificando a manifestação de excepcional, SAMPAIO DÓRIA, *Due process*, p. 19, nota 30, cita a definição de DANIEL WEBSTER de 1819: “com a expressão *law of the land*, o que se pretende claramente exprimir é uma lei genérica; uma lei que ouve antes de condenar; que inquire e decide somente após um julgamento. O sentido é que cada cidadão conservará sua vida, liberdade, propriedade e imunidades sob a proteção das coordenadas que governam a sociedade”. SANTIAGO DANTAS, *Igualdade*, p. 42-43, registra o uso inglês da cláusula do devido processo legal contra o arbítrio e a tirania do Executivo, mas não contra o Parlamento soberano. E, com base nisso, diferencia o *material due process* americano do inglês: na América, mesmo o Legislativo se sujeita a tal controle. Para a opinião de que as coisas nem sempre foram assim até na Inglaterra, cf. SCARMAN, nota 1500. Essa conclusão também parece aceita de alguma forma pela Suprema Corte americana: “aplicada na Inglaterra apenas como guarda contra a usurpação e tirania executivas, aqui eles [os padrões do devido processo legal] se tornaram bastiões contra a legislação arbitrária” (*Hurtado versus California*, *apud* SANTIAGO DANTAS, *Due process*, p. 43: “applied in England only as guards against executive usurpation and tyranny, here they [standards] have become bulwarks also against arbitrary legislation”). A Constituição de Delaware, de 1776, estabelecia que “todo homem livre, contra qualquer injustiça que lhe seja feita por outra pessoa em seus bens, terras ou pessoa, deve ter ação por meio do curso da lei da terra, e deve ter justiça e reparação pela injúria que lhe foi feita de modo livre de pagamento e totalmente sem qualquer denegação e rapidamente sem qualquer demora, de acordo com o direito da terra” (*apud* SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 12: “every freeman for every injury done him in his goods, lands or person, by another person, ought to have remedy by the course of the law of the land, and ought to have justice and right for the injury done to him freely without sale, fully without any denial and speedily without delay, according to the law of the land”). Ao que parece, a norma da referida constituição não apenas estabelece a disciplina de questões processuais, mas deixa clara a impossibilidade absoluta de alguém sofrer injustiça pessoal ou patrimonial sem que seja por isso compensada. Há aqui disposição de direito material, embutida em norma à primeira vista apenas processual. SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 12, observa ainda que a *law of the land* foi “sempre associada a um corajoso princípio de resistência contra o arbítrio dos governantes” nas declarações de direitos coloniais.

Quarta Emenda à Constituição americana. Essa modificação constitucional somente geraria a real abolição da escravatura, não a meramente formal, acaso se aceitassem apenas as distinções pessoais fundadas em motivos juridicamente relevantes. Meros pretextos discriminatórios executivos, judiciais e legislativos não se sustentam no teste da razoabilidade – *reasonableness*¹⁵¹⁴. A proibição de arbítrio legislativo em tema de igualdade expandiu-se para todos os demais direitos individuais¹⁵¹⁵.

O novo conceito de devido processo legal seria aplicado a inúmeros casos que subiram à Suprema Corte, porque a validade de leis estaduais era contestada em face da Décima Quarta Emenda constitucional. A industrialização, a urbanização e o surgimento da classe operária impuseram às unidades da federação, dotadas de amplas competências legislativas, a necessidade de regular os mais diversos aspectos da vida social¹⁵¹⁶. Tal legislação restringiu direitos dos particulares, como é característico do poder de polícia. O Tribunal confrontou as exigências do bem comum com a liberdade do cidadão, entendida de maneira lata para comportar “não apenas o direito do cidadão não sofrer violência, mas o de desfrutar livremente de todas as suas faculdades, usando-as por todos os meios lícitos”¹⁵¹⁷. A liberdade compreende “além da intangibilidade pessoal, o direito do indivíduo em contratar e lançar-se nas ocupa-

¹⁵¹⁴ Apesar desse arcabouço teórico, a Suprema Corte americana ainda declararia válidas por quase um século as discriminações raciais levadas a cabo por particulares, ao argumento de que as emendas constitucionais somente se impunham ao Estado, não às pessoas privadas. Da mesma forma, o referido tribunal diria ainda que a política segregacionista, conhecida como “iguais, mas separados”, seria compatível com a isonomia. A propósito, cf. ROSYNETE LIMA, *Devido processo*, p. 137, e SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 72, entre outras passagens, em ambos os autores.

¹⁵¹⁵ Tal hipótese parece encontrar algum apoio na seguinte observação de SANTIAGO DANTAS, *Razoabilidade*, p. 43: “essa compreensão do *due process of law*, como restrição ao arbítrio do Legislativo, atinge a maturação doutrinária na mesma época em que o princípio se incorpora às restrições feitas aos poderes dos Estados, na 14ª Emenda Constitucional (1868)”.

¹⁵¹⁶ Descrições pormenorizadas dos casos entre nós devem-se a LÊDA BOECHAT, *Corte Suprema*, p. 139 e segs.; ROSYNETE LIMA, *Devido processo*, p. 106 e segs., e SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 48 e segs e 63 e segs.

¹⁵¹⁷ BITAR, *Constituição*, p. 114.

ções da vida, adquirir úteis conhecimentos, casar-se, fundar um lar e criar filhos, adorar a Deus conforme os ditames de sua própria consciência e, em geral, gozar daqueles privilégios há muito reconhecidos pelo *common law*, como essenciais à busca da felicidade pelos homens livres”¹⁵¹⁸.

CUSHMAN esclarece que, à falta de precedentes a respeito, a Suprema Corte construiu a teoria de que a legislação dotada de “caráter arbitrário” desafiaria a cláusula do devido processo legal¹⁵¹⁹. “Uma lei poderia ser dita arbitrária apenas se a necessidade social ou o interesse ao qual serve não seja justificativa suficiente à restrição da liberdade envolvida”, pois o exercício do poder de polícia envolve a restrição de direitos de particulares com base em alguma necessidade pública presumivelmente justificadora daquele cerceamento¹⁵²⁰. Donde sua definição do instituto: “o balanceamento desses dois elementos vitais, um contra o outro é, nos seus termos mais simples, o teste do devido processo legal aplicado à legislação social”¹⁵²¹. O Juiz HARLAM veria no devido processo legal substancial o “equilíbrio que nossa [dele] nação, construída sobre os postulados do respeito à liberdade do indivíduo, alcançou entre aquela liberdade e as demandas da sociedade organizada”¹⁵²². BITAR qualifica o devido processo legal material de “*instrumento amplo de realização de justi-*

¹⁵¹⁸ BITAR, *Constituição*, p. 114. Eis novamente a linha evolutiva ininterrupta do devido processo legal inglês, prolongado coerentemente nos Estados Unidos; cf. a nota 310, para os conteúdos complementares entre a “busca da felicidade” anglo-americana e a “questão do sofrimento” germânica, de modo que a segunda não é necessariamente um pessimismo.

¹⁵¹⁹ CUSHMAN, *Due process*, p. 266.

¹⁵²⁰ CUSHMAN, *Due process*, p. 266: “... a law could be said to be arbitrary only if the social necessity or interest it server was not a sufficient justification of the restriction of liberty involved”.

¹⁵²¹ CUSHMAN, *Due process*, p. 266: “The judicial balancing of these two vital elements one against the other is in its simplest terms the test of the due process of law as applied to social legislation”.

¹⁵²² “*Griswold versus Connecticut*”, 381, US 479 (1965), *apud* SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 153: “... balance which our Nation, built upon postulates os respect for the liberty of the individual, has struck between taht liberty and the demands of organized society”.

ça”, para “proteger os direitos mais sagrados do indivíduo [...] contra a ação arbitrária do Governo. Mesmo tais direitos, na medida que o bem público o exigir (poder de polícia), poderão ser restringidos ou abolidos, contanto que o sejam *debaixo de processo regular*”¹⁵²³. BITAR enuncia em termos mais precisos: “a dificuldade está exatamente em se saber nesta zona dúbia de legitimidade ou ilegitimidade dos *meios*, quando foram observadas ou desprezadas as normas do *due process*”¹⁵²⁴. SIQUEIRA CASTRO define o devido processo legal material como “amálgama entre o princípio da ‘legalidade’ (*rule of law*) e o da razoabilidade (*reasonableness*) para o controle de validade dos atos normativos e da generalidade das decisões estatais”¹⁵²⁵.

BITAR condensa a prática americana do devido processo legal substancial em quatro padrões:

“*Rule of expediency* – por ela se deve perquirir se, realmente eram *necessárias* as restrições que, pelo poder de polícia, se impuseram aos direitos do indivíduo. Eram requeridas pelo bem público? Tal *standard* é tanto mais importante quanto por ele se julgará da *oportunidade* do ato legislativo. Imagine-se a triagem por tal crivo de toda a legislação social – do período de Reconstrução ao New Deal e se aquilatará da projeção assombrosa do controle jurisdicional.

Balance of convenience – mais sutil do que o primeiro: inquire da *proporção* equitativa entre o grau de intervenção da lei nos direitos dos particulares e a vantagem coletiva superveniente, avaliação ultra sensível que a Corte fará *in casu*.

Rule of reasonableness, que investiga a *racionalidade* e a razoabilidade dos atos. ‘Se a finalidade para a qual a lei foi promulgada era razoável, se são empregados *meios* razoáveis para alcançar seu objetivo, se tais meios guardam uma *proporção substancial* e razoável

¹⁵²³ BITAR, *Constituição*, p. 115.

¹⁵²⁴ BITAR, *Constituição*, p. 114.

¹⁵²⁵ SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 77.

com os *fins* da lei e se esta não impõe *limitações irrazoáveis* sobre a liberdade de contrato ou os direitos adquiridos [...], então a Corte aceitará a lei como expressão legítima e constitucional do poder de polícia'. Definindo tal exigência por contraste, [...] é outra correlata – a não *arbitrariedade* da lei: que ela não restrinja a liberdade individual ou o direito de propriedade mais severamente do que o justifique o interesse da comunidade.

Rule of certainty – segundo a qual as leis de polícia social devem deixar bem claro e certo tudo o que proscvem ou consentem, sob as sanções *certas* que indicarem”¹⁵²⁶.

O resultado da construção, caso a caso, desses quatro padrões decisórios e do conceito alargado de liberdade resultou na declaração de inconstitucionalidade de inúmeras leis estaduais, tidas por desafiadoras do devido processo legal. A jurisprudência norte-americana da segunda fase anulou normas legais, cujo objetivo era intervir no regime dos contratos, para evitar a tirania do poder econômico. Puseram-se abaixo normas de proteção dos trabalhadores adultos e infantis, jornada laboral, “tabelamento de preços, condições de comércio, indústria, profissão, relações de trabalho e sindicais”¹⁵²⁷ etc.: “a justificação mais comum”, afirma KRIELE, “era que tais leis são ‘comunistas, socialistas ou populistas’ e que a Constituição protege a *liberdade e a propriedade*”¹⁵²⁸. Curiosamente, no entanto, aquela mesma Corte, no mesmo período, não viu problemas em interferir em leis econômicas relativas às empresas concessionárias de serviço público. Ao inverso da vigorosa liberdade de contratar reconhecida aos padeiros¹⁵²⁹, as grandes empresas ferroviárias necessitari-

¹⁵²⁶ BITAR, *Constituição*, p. 115 e 116.

¹⁵²⁷ *Apud* SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 67.

¹⁵²⁸ ROSYNETE LIMA, *Devido processo*, p. 115, que indica a vigorosa crítica de KRIELE, *Introducción*, p. 283, a propósito do liberalismo professado pelo Tribunal americano – “individualismo possessivo” – gerado pelo livre mercado. Acerca do uso do devido processo legal material para a defesa da ideologia liberal pela Suprema Corte americana, cf. ainda SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 58 e segs.

¹⁵²⁹ KRIELE, *Introducción*, p. 297, sobre o *leading case* “*Lochner versus New York*”.

am de tutela do Judiciário, para evitar que suas tarifas e preços públicos fossem aviltados pelo poder público¹⁵³⁰. A Suprema Corte reviu seu entendimento, para manter leis estaduais solidamente apoiadas, por exemplo, em estudos científicos sobre a utilidade médica das medidas nelas impostas com a ulterior prevalência do ponto de vista do advogado, depois Juiz BRANDEIS¹⁵³¹.

A penúltima das fases do devido processo legal material registrou-se após 1937, quando a Suprema Corte aderiu ao *New Deal* e reconheceu a validade da intervenção do Estado em domínios anteriormente proclamados indenés à ação do poder público, por conta exatamente do mencionado instituto¹⁵³². Se, por um lado, isso enfraqueceu os valores libertários herdados do direito inglês, por outro, impediu que o poder econômico transformasse em quimera os direitos dos trabalhadores, bem como garantiu a satisfação das necessidades decorrentes do progresso tecnológico.

A nova jurisprudência, em contrapartida desse avanço sobre a esfera do cidadão, também proporcionou ganhos ao instituto, sintetizados por LÊDA BOECHAT: o devido processo legal “deixou de ser uma limitação à legislação social, à decretação de impostos e tarifas e à ação regulamentadora do governo em geral” e “passou a ser aplicada como proteção nos casos que envolvam a liberdade de expressão, reunião e religiosa, inclusive os direitos do trabalho, através da aplicação de novos conceitos da liberdade de palavra”¹⁵³³. A ampliação do espectro dos direitos submetidos ao teste de razoabilidade do devido processo legal material permitiu à Suprema Corte criar o chamado “*personal substantive process of law*”, entendido como o ponto de apoio de direito positivo para o reconhecimento de novos direitos fundamentais, não previstos

¹⁵³⁰ LÊDA BOECHAT, *Corte Suprema*, p. 140 e segs

¹⁵³¹ ROSYNETE LIMA, *Devido processo*, p. 116-117, com indicações bibliográficas.

¹⁵³² BITAR, *Constituição*, p. 116 e segs; ROSYNETE LIMA, *Devido processo*, p. 118-119; SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 67 e segs.

expressamente na Constituição, mas dela derivados pelo Tribunal¹⁵³⁴. São as liberdades ausentes do texto original da Constituição e das emendas relativas ao devido processo legal, mas tidas como existentes no sistema com base na cláusula de escape da Nona Emenda: “a enumeração na Constituição de certos direitos não deve ser interpretada para negar ou restringir outros retidos pelo povo”¹⁵³⁵. Assume relevo, nesse contexto, a definição do Juiz HARLAM, segundo a qual o devido processo legal seria um “*continuum* racional que, de modo geral, inclui a liberdade contra todas as imposições arbitrárias e restrições sem propósito e que também reconhece que certos interesses exigem um exame particularmente cuidadoso das necessidades do Estado usadas para justificar sua redução”¹⁵³⁶.

O devido processo legal deixou de ser barreira intransponível do liberalismo e se desdobrou em pauta tríplice de avaliação de atos normativos ou concretos do poder público¹⁵³⁷. Transfere-se ao argüente da inconstitucionalidade das leis econômico-sociais o ônus da prova de sua irracionalidade¹⁵³⁸. Ao contrário, a restrição legal referida às chamadas liberdades pessoais – imprensa, palavra, associação, voto, liberdade de locomoção –, torna-se presumivelmente suspeita; vige aí o chamado “escrutínio estrito”¹⁵³⁹. As discriminações de sexo e de raça entre os te-

¹⁵³³ LÊDA BOECHAT, *Corte Suprema*, p. 229.

¹⁵³⁴ ROSYNETE LIMA, *Devido processo*, p. 123 e segs; e SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 69 e segs.

¹⁵³⁵ “The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage other retained by the people”.

¹⁵³⁶ *Apud* ROSYNETE LIMA, *Devido processo*, p. 126.

¹⁵³⁷ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 42.

¹⁵³⁸ PAULO FERNANDO SILVEIRA, *Devido processo*, p. 137-138; e SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 70.

¹⁵³⁹ PAULO FERNANDO SILVEIRA, *Devido processo*, p. 137-138; e SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 70.

mas requerem, por fim, tratamento mais rigoroso, embora não cheguem à qualidade de temas hoje suspeitos¹⁵⁴⁰.

14.6 – Conclusões anglo-americanas

Essa incursão possível no direito anglo-americano parece autorizar o estabelecimento de algumas conclusões relevantes.

A teoria de FIKENTSCHER a propósito da precoce estruturação da sociedade inglesa com base nas idéias dialógicas de processo judicial e de processo parlamentar parece confirmada pelos demais autores pesquisados. A diferença entre o modo de pensar estruturado britânico e o fragmentado continental é o verdadeiro fenômeno traduzido com as noções vagas de amor à justiça dos ingleses, em comparação com o despotismo continental. Tal característica torna-se patenteia-se na idéia ímpar a seu tempo – a *rule of law* inglesa: a limitação pelo direito até do poder real e posteriormente estatal. Nenhuma pessoa – natural ou jurídica – se encontra acima do direito. O Parlamento, com todas as mitigações, excepciona essa regra. Mas, raramente abusa de sua condição; historicamente, apresenta-se como o defensor do direito contra o arbítrio real.

A ponderação das fontes examinadas parece autorizar a hipótese de que a parcela anglo-saxã, não a normanda, foi a responsável pela estruturação inglesa, anterior à dos demais direitos ocidentais. A história do direito inglês, hoje produto de duas mentalidades, relata a luta dos anglo-saxões para manter seus valores tipicamente bárbaros e estruturados – liberdade pessoal, edição democrática do direito e sujeição generalizada à lei – contra o conquistador normando, rapidamente convertido ao mando e ao direito fragmentado, durante sua permanência na Europa imperial. As lições despóticas aprendidas no reino franco agravaram-se pela sede de poder despitada na conquista. FIKENTSCHER talvez tenha

¹⁵⁴⁰ PAULO FERNANDO SILVEIRA, *Devido processo*, p. 137-138.

associado a nacionalidade normanda de HENRIQUE II à estruturação inglesa, porque a origem imediata do atual sistema jurídico britânico se encontra na organização judiciária por ele criada. Os dados recolhidos em STUBBS, MAUROIS e WIEACKER autorizam que se lance aqui a hipótese inversa, quer dizer, a estruturação sobreveio em decorrência da luta mantida pelos antigos valores anglo-saxões contra as pretensões normandas. O mérito da estruturação britânica decorre do empenho do velho direito germânico em manter-se sob a ordem jurídica imposta pelos reis normandos. Tudo isso sem prejuízo do fato de HENRIQUE II se ter empenhado na absorção daqueles valores, até porque pretendia fundar seu poder na suposta qualidade de sucessor dos velhos reis germânicos da Inglaterra.

O imemorial preceito germânico de confiar às assembléias de cidadãos o estabelecimento e a aplicação do direito em caso de litígios parece, afinal de contas, a fonte da característica básica do direito inglês: ele é, antes de tudo, um método de resolução de casos, e não armazém de certezas eternas de direito material. As rudimentares assembléias em clareiras de florestas evoluíram a partir dessa concepção processual e dialógica do direito. As primitivas cortes dos cem tornaram-se júris presididos por magistrados do rei, mas cujo veredicto cabia aos cidadãos. Por fim, o processo originou o Parlamento; como o nome diz, o Legislativo assenta-se no diálogo. O direito inglês é o diálogo em processos regulados com precisão para alcançar resultados nem sempre conhecidos. O direito continental, ao contrário, julga-se possuidor de resultados milimetricamente justos, obtidos unilateralmente, por métodos quase sempre desconhecidos¹⁵⁴¹.

As conclusões gerais autorizam outras tantas, particulares ao nosso tema. Permitem mais precisamente a compreensão das relações entre a *rule of law*, o devido processo legal procedimental e o devido processo legal substancial. As premissas declinadas autorizam a afirmação da es-

¹⁵⁴¹ Cf. as notas 1479, 1683 e 1684.

treita interdependência, desses institutos do direito anglo-americano. A base para afirmá-lo encontra-se no modo de pensar estruturado vigente na Grã-Bretanha desde muito cedo. Nisso vai mais do que explicação calcada em categorias. As notas abstratas da estruturação social devem ser traduzidas em realidades da ordem jurídica britânica que a materializou. Nada melhor do que regressar aos primeiros textos do devido processo legal. Em 1037, a garantia era: ‘nenhum homem será privado de seu feudo ... senão pela leis do Império e pelo julgamento de seus pares’¹⁵⁴². O famoso capítulo 39 da Magna Carta assegurava que “nenhum homem livre será detido [...] ou, de qualquer outro modo destruído (arruinado) [...], senão pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra”¹⁵⁴³. As dificuldades do retorno ao início de tudo são muitas, pois “a expressão *due process of law* vem dos arcanos da *common law*”, segundo BITAR¹⁵⁴⁴. Ela é algo tão complexo e misterioso que mesmo CUSHMAN, outro iniciado na categoria, ponderou sobre a Magna Carta, seus antecedentes e sucessores: “nenhum desses documentos explicava o que se entendia por lei da terra ou devido processo legal, mas nós dispomos da autoridade de Sir EDWARD COKE, segundo quem ambas as expressões significavam a mesma coisa”¹⁵⁴⁵. A explicação do que há de muito comum entre estruturação social, *rule of law*, lei da terra, devido processo legal processual e devido processo legal material encontra-se exatamente nessa identidade.

A provável causa talvez substancial da amnésia das conexões aludidas deve-se à denominação hoje consagrada pela história *due process of law*, ainda cambiada com a “*law of the land*”, até há cerca de duzentos e cin-

¹⁵⁴² Cf. a nota 1199.

¹⁵⁴³ Cf. a nota 1197, para o texto integral da cláusula.

¹⁵⁴⁴ BITAR, *Lei*, p. 110

¹⁵⁴⁵ CUSHMAN, *Due process*, p. 265: “none of these documents explained what was ment by the law of the land, or due process of law, but we have the authority of Sir EDWARD COKE that the two phrases meant the same”. Ele se referia à Magna Carta e aos decretos germânicos mencionados na nota 1199 e segs.

qüenta anos¹⁵⁴⁶. A nomenclatura contemporânea ressalta o aspecto processual da concepção jurídica germânica: o juízo pelos pares. Cada cidadão tem o direito de ver os processos relativos a sua vida, liberdade e patrimônio julgados por pessoas da sua própria condição; em verdade, seus vizinhos de tribo; depois, do condado. Quando se pensa no povo anglo-saxão conquistado, a garantia do juízo pelos pares representava enorme segurança contra a opressão dos invasores normandos¹⁵⁴⁷. Todos sabemos o quão plástico se torna o direito nas mãos de juízes parciais. Por isso, autores nacionais e estrangeiros enfatizam que, no princípio, a garantia era processual¹⁵⁴⁸. Era, também, processual.

A regra possui, todavia, uma outra dimensão, mais importante do que o processo, entendido como seqüência de atos judiciários. Essa dimensão torna-se mais clara na antiga e equivalente expressão da “*law of the land*”. As assembleias populares dos povos germânicos, desde os tempos imemoriais, retomemos TÁCITO e STUBBS, não apenas aplicavam o direito aos litígios que lhes eram submetidos, mas declaravam qual era o direito positivo. Portanto, as “cortes dos cem” eram juízes e explicitavam do direito costumeiro, isto é, nascido não da imposição do poder fragmentado normando, mas do costume rudimentarmente estruturado germânico. Sinteticamente, a aplicação e a criação do direito eram democráticas ou estruturadas. RADBRUCH nota que a garantia citada deve-

¹⁵⁴⁶ CUSHMAN, *Due process*, p. 265, e BITAR, *Lei*, p. 110.

¹⁵⁴⁷ STUBBS registrou-o com perfeição – cf. a nota 1359.

¹⁵⁴⁸ ALBERTO NOGUEIRA, *Devido processo*, p. 22-23, nota 7, salienta a suposta ruptura na construção das duas modalidades de devido processo legal. PAULO FERNANDO SILVEIRA, *Devido processo*, p. 65 e segs, afirma que o devido processo legal material não se estabeleceu com o auxílio do *common law*, que representaria mesmo obstáculo ao desenvolvimento daquele instituto. LÊDA BOECHAT, *Corte Suprema*, p. 92, nega que o devido processo legal tenha exercido qualquer papel no controle do mérito de atos e normas no direito inglês, pois lá o referido instituto teria feição apenas processual. SAMPAIO DÓRIA, *Due process*, p. 12-13, fala em “nítido caráter processual da norma” do devido processo legal, que, na origem, garantiria apenas um “processo ordenado”. SAMPAIO DÓRIA, *Due process*, p. 18, afirma que, mesmo quando da edição da 14ª Emenda, “*due process* refere-se, só e só, a garantias proces-

ria ser entendida como direito a ser julgado “*per legale iudicium parium vel, quer dizer, et per legem terrae*”¹⁵⁴⁹. Seriam, pois, exigências cumulativas. Estamos diante de valores subtraídos ao poder de qualquer dos indivíduos, ou seja, da extraposição ética, que demanda diálogo para o estabelecimento do direito. As cortes germânicas, na origem, destinavam-se a estabelecer o direito, não os fatos como hoje. Determinado o direito aplicável à espécie, as partes eram remetidas às provas de então, como ordálios e o combate. O conteúdo do direito advinha dos costumes; não de decretos imperiais.

A essência popular dessa ética extraposta não se altera com a criação do novo sistema judicial pelos soberanos normandos. O veredicto nas cortes inglesas continua a ser proferido em função das normas costumeiras, apuradas segundo o entendimento de homens comuns, embora as cortes inglesas fossem presididas por magistrados indicados pelo rei, que nelas introduziram novos meios de prova racionais, como o testemunho juramentado. A corte central de apelação, típica da organização normanda, dispunha de mais poder para influenciar a conformação do direito. A circunstância de manter contato com as várias partes do reino permitiu-lhe divisar a variedade de costumes locais, que submeteu a seu teste de razoabilidade, de modo a preservar uns e rejeitar outros como padrões jurídicos nacionais. Não se trata, de novo, de inventar o direito, a partir da vontade do príncipe, mas de selecionar normas estabelecidas em processos dialógicos por júris comuns.

Por fim, nem mesmo a crescente intervenção parlamentar na elaboração do direito alterou esse quadro, pois a interpretação das leis escritas inglesas sempre se sujeitou a regras estritas. DICEY confirma a tradição judiciária do *common law*: o corpo do direito é formado por normas extraídas de pronunciamentos judiciais; as intervenções do Legislativo consi-

suais”. Nesse sentido, SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 35 e 48. Para o ponto de vista contrário de SANTIAGO DANTAS, *Due process*.

¹⁵⁴⁹ RADBRUCH, *Espírito*, p. 81.

deram-se exceções e, por isso mesmo, merecem interpretação restritiva, quando não propositalmente acanhadas. A “regra do defeito”, talhada por COKE em 1584, de acordo com a qual a lei serve para corrigir um defeito do *common law* sobressai no cânone britânico de interpretação das leis¹⁵⁵⁰. Por isso, a magistratura, ao interpretá-la, deve indagar-se da situação do direito comum vigente antes de sua edição, verificar onde se encontrava o defeito a ser por ela remediado e determinar-lhe o alcance com as vistas postas nessa finalidade. Não deve ir adiante com analogias e outros procedimentos dos direitos de matriz continental. FIKENTSCHER, com apoio em ROSCOE POUND e RUPERT CROSS, declina as regras de interpretação da lei no Reino Unido: a interpretação literal vige como princípio. Este é restringido pela “regra de ouro” subsidiária, que veda resultados absurdos, e pela interpretação teleológica negativa de não falsear o objetivo tópico perseguido com a lei específica, isto é, de aplicá-la de modo apenas a sanar o defeito específico para o qual votada¹⁵⁵¹. É como se os juízes dissessem: como não se pode impedir o Parlamento de imiscuir-se no *common law*, que o estrago seja o menor possível. O Parlamento, de resto, também é instituição democrática. Em síntese, a gênese democrática do direito, no Parlamento, em assembleias populares ou nos tribunais do júri compostos pelos cidadãos do reino sempre foi característica do direito inglês.

A evolução do direito inglês assim vista mostra que a chamada “lei da terra” se referia a um direito específico – ao direito costumeiro –, cria-

¹⁵⁵⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 120-121: *mischief rule*, que também pode ser traduzida por regra do “dano, prejuízo ou injúria”. BITAR, *Fontes*, p. 288: “sem o *enforcement* das cortes, ninguém poderia afirmar que tinha um direito e os próprios *statutes* do Parlamento, durante largo tempo, se consideravam meros *addenda* e *errata* do *common law* (*Geldart*) e a lei escrita é tida como fonte secundária do direito, sob o primado da jurisprudência”. Ainda sobre o papel dessa regra e o modo de se interpretar as leis na Inglaterra, cf. RADBRUCH, *Espírito*, p. 25-26; e XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 198.

¹⁵⁵¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 115-116 e 124; exatamente no mesmo sentido da interpretação restritiva das leis por parte da magistratura inglesa, cf. BITAR, *Fontes*, p. 292, e *Constituição*, p. 35; RADBRUCH, *Espírito*, p. 45; e SAMPAIO DÓRIA, *Due process*, p. 23.

do, reconhecido e aplicado pelo povo britânico. “A lei da terra” é, pois, a manutenção, na Inglaterra, do princípio jurídico germânico segundo o qual, nem todo conteúdo é direito. Apenas o conjunto de normas éticas criadas pela comunidade merece tal qualificação; não assim os preceitos impostos pelo poder político. Ordens às quais não se pode recusar obediência por uma questão de força não são direito. Isso não significa dizer, contudo, que apenas os costumes imemoriais mereciam a designação de “lei da terra”. Também aqui, a “lei da terra” há de ser compreendida como princípio processual em sentido amplo, como é característico do direito britânico, para abarcar o coletivamente consentido¹⁵⁵².

O princípio da origem estruturada e dialógica do direito, no processo judicial ou no processo legislativo britânicos, associa-se a outra diretiva do direito germânico, já registrada por TÁCITO, confirmada na *rule of law* de DICEY e consolidada modernamente¹⁵⁵³: todos – inclusive o rei e exceto o Parlamento – se sujeitam ao direito. O Parlamento, apesar de recaídas raras, não é tirânico; pelo contrário, historicamente lutou contra os autocratas. A irrelevância da divisão direito público *versus* privado, notadamente para dispensar o Estado de se sujeitar ao direito¹⁵⁵⁴, confirma que o rei inglês não pode impor normas; vive sob elas. O *legibus solutus* britânico, admitido por JOHN DE SALISBURY, é o rei, cujo caráter o impede de ter vontade de violar a lei, e não aquele que não a viola por temer sanções¹⁵⁵⁵. Numa hipótese ou noutra, o rei então já não era *legibus solutus*. Por isso, arbitrariedades estatais nem sequer merecem o

¹⁵⁵² No sentido aqui defendido, cf. a nota 1506; em sentido contrário, cf. a nota 1548.

¹⁵⁵³ Para a doutrina de DE SMITH E BRAZIER, que se afirmam apoiados na opinião comum dos juristas ingleses, cf. a nota 1419.

¹⁵⁵⁴ BITAR, *Fontes*, p. 286-287, nota que também a distinção entre direito público e privado carece de sentido no sistema inglês. Para uma visão quase apaixonada da inexorável imposição do direito pelas cortes inglesas, descritas como paradigmas, cf. BITAR, *Fontes*, p. 190-191.

¹⁵⁵⁵ CORWIN, *Higher Law*, p. 165. BITAR, *Constituição*, p. 288, nesse sentido, afirma: “como aconteceu em muitas outras hipóteses, essa prerrogativa do Rei [a de

nome de direito. Ademais, logo se supriu a ausência de sanções para o rei, impensáveis para BRACON, porque o soberano era o autor dos *writs* restauradores das liberdades¹⁵⁵⁶. A Magna Carta declarou ser “o Parlamento [...] o particular guarda da [sua] integridade e identidade”, e nomeou uma comissão de nobres e outra em cada condado com o propósito de garantir-lhe o respeito¹⁵⁵⁷.

Portanto, o modo de pensar estruturado inglês, constituiu desde muito cedo a base sobre a qual se esteiam as duas modalidades de devido processo legal, irmãs gêmeas. Já na origem, a cláusula do devido processo legal significava tanto o juízo pelos pares, quanto o uso do “direito da terra” como padrão jurídico. Os juízes e o direito eram, nesses casos, anglo-saxões, e não invasores. Quando a pendência se desse entre nobres conquistadores, o problema tornava-se normando e, por isso, alheio aos nativos. Parece importante reter que a garantia do devido processo legal absorveu o sentido da expressão “lei da terra”, apesar de não mais a registrar. Daí ficou a impressão de o instituto referir-se apenas a salvaguardas processuais. Os aspectos mais relevantes do devido processo legal, ao menos quando se tratar de discutir a proporcionalidade, são a criação democrática do direito por meio da sanção judicial de costumes e a paulatina sujeição de todos às normas do direito assim editadas¹⁵⁵⁸. Esses princípios negativamente formulados recusam a qualidade de di-

conceder *habeas corpus*] veio a ser encarada como direito do súdito”. Trata-se de algo similar a de poderes-deveres administrativos.

¹⁵⁵⁶ CORWIN, *Higher Law*, p. 174.

¹⁵⁵⁷ CORWIN, *Higher Law*, p. 179: “the particular guard of the integrity and identity of *Magna Carta* was Parliament”.

¹⁵⁵⁸ SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 10: “tal [a lei da terra] significa dizer que esses direitos naturais [reconhecidos na Magna Carta] somente poderiam sofrer limitações segundo os procedimentos e por força do direito comumente aceito e sedimentado nos precedentes judiciais, ou seja, pelos princípios e costumes jurídicos consagrados pelo *common law*”. Discorda-se aqui de que fossem eles direitos naturais; sempre foram vistos antes de mais nada como direitos positivos – cf., decididamente no sentido aqui defendido, CORWIN, em especial a nota 1485, mas também a nota 1379.

reito ao que não for democraticamente decidido, assim como rejeitam até os atos reais ou estatais formalmente válidos, embora contaminados por arbitrariedades. Admitido que a proporcionalidade aspira a conter o arbítrio no direito por meio do uso das categorias de meio e fim, parece demonstrada sua íntima relação com a *rule of law*, o devido processo legal procedimental e o material.

Outro traço genético comum entre as duas modalidades do devido processo legal merece registro: ele abrange não apenas o “juízo pelos pares” das partes, isto é, pelo povo, mas também o uso da “lei da terra” como parâmetro democrático de decisão. Um processo judicial qualificável como “devido”, justo, honesto, adequado é a melhor garantia para a obtenção do “direito da terra”, isto é, livre de imposições tirânicas ou fragmentadas.

A velha expressão do *common law* de que todas as pessoas têm direito ao “seu dia na corte” transmite precisamente a conjugação das dimensões processual e material do devido processo legal. O processo judicial desenvolvido nas cortes é o modo pelo qual se testa pelo crivo popular se determinada pretensão estatal pode ser tida como ajustada à “lei da terra” ou ao “devido processo legal” ou se, afinal, não passa de tentativa descabida do poder estatal, econômico, sindical de obter o que não lhe cabe, segundo o critério da reta razão jurídica coletiva. O devido processo procedimental é o método jurídico pelo qual se verifica determinada pretensão atende ao devido processo material ou à lei da terra.

Já em 1873, data da primeira edição da sua “*História Constitucional da Inglaterra*”, STUBBS profetizava o seguinte, quanto ao *judicium parium*:

“Em todos esses pontos, vemos claramente o crescimento do princípio da representação, especialmente aplicado ao trabalho das cortes de condados ou crescendo com elas. O ‘judicium parium’ mencionado na Magna Carta, contudo, tem aplicação mais larga do que isso. Ele abarca todos os casos de pena no condado, na corte dos cem e das cortes senhoriais e exhibe um princípio que,

enraizado na antigüidade primitiva, é capaz de desenvolvimento infinito e aplicação benéfica...”¹⁵⁵⁹.

O direito norte-americano encarregou-se de demonstrar as enormes possibilidades de expansão do conceito antevistas pelo autor inglês, em renovada demonstração de que o direito anglo-americano evoluiu segundo um *continuum* lógico, e não aos saltos, como se descreve em especial no capítulo da transformação do devido processo legal procedimental em material. Isso se comprova pelos três passos finais dados pelo direito norte-americano na estruturação de nosso tema.

O devido processo legal haveria de tornar-se oponível até mesmo ao Legislativo americano, considerando que o Parlamento britânico era a fonte das arbitrariedades praticadas na colônia, pois mesmo ali o devido processo legal obrigava os agentes executivos¹⁵⁶⁰. O método empregado para tanto consistiu numa adaptação das tradicionais declarações de direitos inglesas às necessidades americanas: as cartas inglesas foram transformadas em garantias utilizáveis contra administradores, juízes e também contra o legislador, deixando de ser instrumento jurídico à disposição da maioria parlamentar¹⁵⁶¹. Direitos foram garantidos em instrumentos de nível hierárquico superior ao da lei e se tornaram, por isso, indenes à manipulação do legislador ordinário.

A edição de determinada norma jurídica não lhe assegura o cumprimento. Tornou-se, portanto, necessário prover a norma constitucional da sanção adequada a seu descumprimento parlamentar. A solução

¹⁵⁵⁹ STUBBS, *History*, p. 663-664: “in all these points we see distinctly the growth of a principle of representation, especially applied to the work of the county courts ou growing up with them. The ‘judicium parium’ however, which is mentioned in the Magna Carta has a wider application than this. It covers all cases of amercemet in the county, the hundred, and the manorial courts, and exhibits a principle which rooted in primitive antiquity, is capable of infinite development and benefical application...”.

¹⁵⁶⁰ SAMPAIO DÓRIA, *Due process*, p. 14 e segs; SANTIAGO DANTAS, *Due process*, p. 43; SIQUEIRA CASTRO, *Razoabilidade*, p. 10-11; ROSYNETE LIMA, *Devido processo*, p. 40 e segs; e PAULO FERNANDO SILVEIRA, *Devido processo*, p. 20.

consistiu em declarar a nulidade da lei, tal como na Inglaterra se fazia com os demais atos do poder público, aí incluído ninguém menos do que o rei¹⁵⁶².

Isso ainda não bastava à completa solução do problema, porque o Legislativo ou o interessado na preservação de alguma arbitrariedade por ele decretada poderia, sempre, lançar argumento irracional para a conservação da lei limitadora das garantias individuais. A prevalência de qualquer afirmação, ainda que desprovida de fundamento, desafiaria duplamente a tradição jurídica anglo-americana.

Essa atitude reintroduziria a arbitrariedade no direito. O fato de o Parlamento inglês poder dar-se a esse luxo não deveria apagar o progresso americano de vedar a seu Legislativo tal faculdade absurda. A continuidade do arbítrio disfarçado sob qualquer argumento anulária, no último instante, muito do avanço anglo-americano, sobretudo se considerada a crescente intervenção legislativa no mundo moderno. De resto, a fixação do conteúdo do direito com apelo a argumentos fracos agride a essência do direito anglo-americano, pois, “na Inglaterra, o método, não a matéria, estava no começo do direito”, anota FIKENTSCHER¹⁵⁶³. Os anglo-americanos insistem no predomínio do método dialógico, ao contrário de cada jurista continental, que se crê na posse da única resposta milimetricamente justa para qualquer problema¹⁵⁶⁴. Em síntese, um método consistente é mais apto à rejeição de maus argumentos.

¹⁵⁶¹ Cf. SCHWARTZ, nota 1494.

¹⁵⁶² Cf. SCARMAN, citado na nota 1500, e a tentativa de COKE, nota 1472, rechaçada pela Inglaterra.

¹⁵⁶³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 15: “In England stand die Methode, nicht der Stoff am Beginn des Rechts” – cf. a nota 1374.

¹⁵⁶⁴ Para a complementação da idéia aqui desenvolvida, cf. ainda o item 14.2.5 e as notas 1252, 1479, 1480, 1481, 1683 e 1684.

Tal pré-compreensão ajuda a entender o Juiz MATTHEWS, da Suprema Corte, ao demonstrar a correlação entre o devido processo legal material e o processual na mentalidade anglo-americana:

“a lei não é o poder arbitrário que dá força aos seus éditos ignorando a pessoa e a propriedade de seus súditos, quer manifestado pelo decreto de um monarca pessoal, quer pelo de uma multidão impessoal. A força atribuída a essas limitações pelo processo judicial é o meio de que dispõem as comunidades autogovernantes para proteger os direitos dos indivíduos e das minorias, tanto contra o poder dos mais numerosos, como contra a violência dos agentes públicos que transcendem os limites de sua autoridade legal, ainda quando agem em nome e com a autoridade do Governo”¹⁵⁶⁵.

Donde a célebre frase do Juiz FRANKFURTER:

“*due process* não pode ser aprisionado dentro dos traiçoeiros lindes de uma fórmula [...] *due process* é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável fé democrática que professamos. *Due process* não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício de julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo”¹⁵⁶⁶.

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, partindo de premissas assentadas na hermenêutica filosófica, não da história do direito inglês, defende a existência da mesma relação entre o devido processo legal material e o processual, no contexto de sociedades democráticas ou estruturadas:

“Nos regimes absolutistas – onde a vontade do príncipe todo-poderoso está acima da lei – já não é possível hermenêutica alguma, pois um senhor onipotente, melhor do que ninguém, sempre poderá ‘explicar’ de modo ‘eficaz’ as suas próprias palavras, dando-lhes o sentido ‘correto’, mesmo que esse sentido se evidencie em

¹⁵⁶⁵ *Hurtado v. California*, 110 U. S. 516 (1884), apud LÊDA BOECHAT, *Suprema Corte*, p. 95.

¹⁵⁶⁶ Apud SAMPAIO DÓRIA, *Due process*, p. 34.

total desacordo com as regras usuais de interpretação porque, para ele, essas regras não são vinculantes¹⁵⁶⁷. [...]. Daí a importância de que se revestem, nos países de tradição democrática, o princípio do *devido processo legal* e as chamadas *garantias judiciais*, como instrumentos de racionalização/otimização do debate processual e, conseqüentemente, de legitimação dos seus resultados¹⁵⁶⁸. [...]. Porque foi produzida segundo o devido *processo legal* em sentido amplo (*substantive due process/procedural due process*; justificação *externa/interna*), a decisão judicial, que assim se obteve, estará revestida de legitimidade e eficácia, tornando-se insuscetível de desfazimento”¹⁵⁶⁹.

A distinção contemporânea entre devido processo legal material e processual decorre da rebelião das coisas contra as palavras, uma vingança ontológica contra a arbitrariedade das línguas. A condensação das locuções “juízo pelos pares” e “direito da terra” na cláusula do “devido

¹⁵⁶⁷ INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *Interpretação*, p. 48, e *Hermenêutica*, p. 69.

¹⁵⁶⁸ INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *Interpretação*, p. 49, e *Hermenêutica*, p. 70.

¹⁵⁶⁹ INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *Interpretação*, p. 51, e *Hermenêutica*, p. 72.

Cf. a nota 234, sobre a estrutura epistemológica perspectiva e aspectiva dessa teoria, bem como para outros exemplos dessa combinação no direito. O autor referido, *Hermenêutica*, p. 71–72, revela: “a tal ponto chegaram essas exigências de motivação – de resto plenamente compreensíveis no contexto do Estado de Direito – que já não basta apresentar razões *normativas*, reputadas necessárias, mas *não suficientes*, para justificar as decisões jurídicas ou quaisquer outras de repercussão social. Torna-se necessário, então, *justificar a própria justificação*, oferecer uma justificação última e profunda, que se baseie em outras razões – tais como *justiça, razoabilidade, oportunidade e correção* – que não derivam diretamente das normas e princípios do ordenamento jurídico, mas devem ser objetivas e acessíveis à compreensão de todos quantos, direta ou indiretamente, sejam afetados pelas decisões dos aplicadores do direito”. ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 2., p. 73 e segs, exemplifica com HOBBS a referida impossibilidade de genuína hermenêutica no clima de autoritarismo. Muito embora o próprio HOBBS, *Leviatã*, p. 171, admitisse que “todas as leis, escritas ou não, têm necessidade de interpretação” e que “nenhuma lei escrita [...] pode ser bem compreendida sem uma perfeita compreensão das causas finais para as quais [...] foi feita”, logo vem o retrocesso, na p. 170: “o conhecimento dessas causas finais está com o legislador. Para este, portanto, nenhum dos nós da lei pode ser insolúvel, seja achando-lhe as pontas e por aí desatando-o, seja fazendo quantas pontas lhe aprouver (como ALEXANDRE fez com sua espada ao nó górdio), através do poder legislativo, coisa que nenhum intérprete pode fazer”.

processo legal” satisfizes as exigências semânticas apenas do *judicium parium*, por comungarem da idéia de processo. A expressão *due process of law*, contudo, não dá nenhum indício da existência de padrões materiais ou substanciais a serem atendidos pela norma que se pretenda direito. A ontologia pôs em marcha sua insurreição paciente para resolver o impasse. E parece vitoriosa, a julgar pelos adjetivos “material”, “substancial” e “pessoal”, hoje aplicados ao *due process of law*.

15 – Antecedentes continentais da proporcionalidade: a pessoa contra a fragmentação cultural

Qualquer resposta convincente ao enigma medieval relativo à disparidade da evolução da proporcionalidade nos ordenamentos europeus e americanos deve abordar pelo menos quatro aspectos, dos quais dois já se pormenorizaram em passagens anteriores.

Explicou-se que o julgamento pelos pares segundo a lei da terra representou garantia comum ao direito inglês e ao continental durante bom tempo, porque a mencionada salvaguarda compunha o direito germânico, precariamente estruturado e predominante na Europa, ao longo de grande parte do Medievo¹⁵⁷⁰.

Espera-se ter provado a contento que a estruturação social anglo-americana assegurou a manutenção e o desenvolvimento ininterruptos do devido processo legal, em sentido amplo, que abarca a origem democrática do direito, a vedação do arbítrio e a legitimação do poder político por meio de discussão processual – judicial e parlamentar – da ética social, com respeito às minorias, assegurado até contra o Legislativo, na forma norte-americana¹⁵⁷¹. Trata-se, ademais, de proteção tão extensa, que indaga da correção teleológica entre meios e fins restritivos de direitos individuais empregados por qualquer dos três poderes.

Cuida-se, agora, de expor a razão histórica pela qual o equivalente continental do devido processo legal – o julgamento pelos pares, segundo as leis do Império Germânico – desapareceu da Europa, de modo que, nela e na América Latina, a proporcionalidade teve que ser construída com apelo a outra ordem de idéias.

¹⁵⁷⁰ Cf. o item 14.2.1.

¹⁵⁷¹ Cf. os itens 14.3, 14.4 e 14.5.

Na última das mencionadas fases, será o momento de comparar os resultados em parte convergentes dos sistemas jurídicos europeus e americanos a respeito da proporcionalidade.

15.1 – Um princípio de estática social e a exceção precursora da proporcionalidade

O curso tomado pela tradição da proporcionalidade na Europa continental e na América Latina parece determinar a abordagem de dois aspectos.

O direito continental, à semelhança do inglês, baseou-se durante longo tempo nos valores germânicos. As fontes documentais declinadas por STUBBS e SCHROEDER, no que tange ao julgamento pelos pares segundo a lei da terra, mostram o predomínio do direito germânico na Alemanha até bem próximo da edição da Carta Magna. O devido processo legal desaparece do continente europeu a partir do momento contemporâneo a seu registro solene na Inglaterra na Carta Magna. O eclipse da idéia dura aproximadamente seiscentos anos. Impõe-se de imediato a busca do motivo histórico determinante de tal fenômeno acaso a observação a propósito do travamento dos antecedentes da proporcionalidade naquele intervalo tenha algo de verdadeiro. Na linguagem da física, deve-se cogitar da existência de um princípio de estática social forte o suficiente para paralisar e até retroceder o juízo pelos pares segundo a lei da terra, instituto bárbaro responsável em grande parte pela identidade e continuidade do sistema jurídico anglo-americano¹⁵⁷².

A explicação para a supressão dos antecedentes continentais do mecanismo da proporcionalidade parece a seguinte: o continente europeu fragmentou-se de modo particularmente acentuado no século XIII e somente saiu desse quadro social por volta dos últimos anos do século XVIII. A integração do Brasil ao Ocidente, como resultado da coloniza-

¹⁵⁷² Cf. o item 14.2.

ção portuguesa, historicamente fragmentada e deliberadamente fragmentadora da colônia, produziu aqui um direito da mesma índole das ordens continentais daqueles seis séculos.

O quadro da narrativa da desapareição dos antecedentes durante certo período será insuportavelmente parcial, porque explicará o sumiço da proporcionalidade durante determinado período, mas nada informará sobre sua afirmação posterior, nos direitos de origem romana da América e da Europa. Logo, o esforço haverá de se estender à exposição de certo aspecto dinâmico dos mencionados direitos, que lhes possibilitou a criação moderna da proporcionalidade. Trata-se de acompanhar o curso de um, e apenas um, dos muitos aspectos da estruturação social que abriram caminho nas ordens fragmentadas vigentes durante os seis séculos citados, determinante da criação ulterior do instituto analisado. Considerando que a estruturação social, nela incluídos os antecedentes da proporcionalidade, precisou de seiscentos anos de luta para reverter o ambiente de fragmentação, seria bizarro estudar o nada, isto é, a desproporcionalidade jurídica durante aquele período. O melhor é imitar, nessas circunstâncias, o processo criminal e tentar o exame indireto do corpo de delito, vale dizer, estudar o impacto da fragmentação continental na tese da proporção no direito e, em paralelo, eleger uma idéia decisiva na construção da proporcionalidade, mas já presente durante o intervalo examinado.

A necessidade de escolha de um objeto para ilustrar a transformação da cultura fragmentada medieval em sociedades estruturadas modernas angustia, pois há inúmeros exemplos possíveis¹⁵⁷³. A delimitação do tema deste trabalho mitiga a dificuldade aludida. A definição da proporcionalidade como a peça de articulação da extraposição trágica com

¹⁵⁷³ A aplicabilidade da dicotomia estruturação *versus* fragmentação a domínios culturais tão díspares quanto as ciências naturais, o urbanismo, o direito, as artes plásticas etc., faz com que o interesse por determinado setor do conhecimento realize arbitrariamente o corte epistemológico desse universo teórico. A mutilação daí decorrente é certa, mas inevitável.

a eleutérica, isto é, do emprego de várias categorias gregas para proteger a pessoa judaico-cristã, felizmente reduz a gama de possibilidades¹⁵⁷⁴.

A recordação de que os elementos gregos do modo de pensar estruturado decaíram nas sociedades européias e, conseqüentemente, nas colônias americanas latinas e de que o eixo da história ocidental é o advento de JESUS aconselha eleger a pessoa como objeto do nosso exame indireto¹⁵⁷⁵. Isso parece tanto mais acertado, porque as decaídas categorias helênicas tiveram seu lugar tomado na história ocidental pela idéia de pessoa, construída tanto a partir de estudos cristológicos, quanto da liberdade e individualidade bárbaras. A seleção do conceito inicialmente teológico de pessoa, posteriormente secularizado no direito¹⁵⁷⁶, parece ideal para o estudo das repercussões do modo de pensar fragmentado, outrora subjacente aos direitos continentais: esse exame permite explicar tanto o distanciamento pretérito, quanto a convergência atual dos direitos continentais e o anglo-americano. A noção de pessoa escolhida mostrará como a fragmentação agiu na Europa e como, num segundo momento, o conceito de pessoa auxiliou, como tantos outros, a estruturação social. A eleição dessa criação ocidental parece apresentar a vantagem de ilustrar o lentíssimo abandono da pré-compreensão estática do direito em prol da dinâmica, condição para o estabelecimento da proporcionalidade. As conclusões relativas a esse ramo do direito ocidental mostrarão que a proteção à pessoa é fundamentação alternativa ao devido processo legal material. Ambos os caminhos, embora diferentes, levam a destinos básicos estruturados similares.

A continuidade da tradição continental de pessoa desde a Antigüidade tardia, passando pela escolástica, pelo jusracionalismo, iluminismo até a contemporaneidade parece justificar, ademais, sua eleição como objeto especial do estudo do direito continental. O acompanhamento

¹⁵⁷⁴ Cf. o item 9.

¹⁵⁷⁵ Cf. o item 15.3.3 para as discussões cristológicas sobre a pessoa de Cristo e a nota 1588 e segs para o problema do eixo cristão da história ocidental.

¹⁵⁷⁶ Cf. a nota 995.

da estruturação social europeia por intermédio da categoria da pessoa humana obedece à simetria histórica de sua construção. A complementariedade a atual proporcionalidade prova que a suposta lógica da proporcionalidade em prática no século XXI reflete a paciente construção do instituto jurídico desde a Antigüidade, muito ao contrário de se tratar de verdade matemática espelhada no direito. A eleição da pessoa como exemplo do fenômeno referido também pareceria justificada apenas pela recordação da seguinte passagem de RADBRUCH: a “imagem [do homem] mudou nas diversas épocas da evolução do direito. É possível inclusive dizer: a mudança da imagem do homem proposta ao direito é o que ‘faz época’ na sua história. Nada é tão definitivo para uma época jurídica como a concepção do homem pela qual esta se rege”¹⁵⁷⁷.

A observação do percurso do conceito de pessoa demonstra de maneira clara como em poucos outros institutos, o caráter cultural, convencional ou meramente ocidental da proporcionalidade. Daí o equívoco do ardor objetivista contemporâneo que ainda propende a emprestar-lhe a certeza de outrora das ciências puras, em continuidade à tradição aristotélica de reificação até da ética. Nota-se então a índole histórica da proporcionalidade e da pessoa em suas contínuas interseções e se vê como se montaram dois conceitos jurídicos dotados hoje de aparência natural ou evidente em nosso hemisfério. A pessoa metafísica integrou-se de tal forma ao conceito biológico homem, que já não distinguimos os atributos naturais, lógicos e éticos superpostos no ser humano. O êxito das modernas ciências aplicadas faz com que a admissão da ubiqüidade das noções de causa e efeito e de meio e fim pareça um imperativo de racionalidade. Nesse contexto de domínio do espírito objetivo, o direito apresenta a proporcionalidade – sobretudo porque a serviço da defesa da pessoa, outro dado supostamente natural – como sua resposta racional ao pensamento da era moderna. O progresso conceitual dos direitos ocidentais decorrentes da assimilação de padrões científicos modernos não devem impedir que se veja o quanto há de conven-

¹⁵⁷⁷ RADBRUCH, *Hombre*, p. 17.

cional – e não de natural – no conceito de proporcionalidade, também ele construído teleologicamente para proteger outra construção ocidental – a pessoa metafísica. A idéia é tentar demarcar os limites da construção.

Não é simples a busca de narrativa aceitável da luta travada no campo da proporcionalidade entre conceitos estruturados de racionalidade jurídica, como meio-fim e a pessoa, e o predomínio esmagador da fragmentação social nos direitos continentais. SARAMAGO identifica uma dessas dificuldades:

“Difícilimo acto é o de escrever, responsabilidade das maiores, basta pensar no extenuante trabalho que será dispor por ordem temporal os acontecimentos, primeiro este, depois aquele, ou, se tal mais convém às necessidades do efeito, o sucesso de hoje posto antes do episódio de ontem, e outras não menos arriscadas acrobacias, o passado como se tivesse sido agora, o presente como um contínuo sem princípio nem fim, mas por muito que se esforcem os autores, uma habilidade não podem cometer, pôr por escrito, no mesmo tempo dois casos no mesmo tempo acontecidos”¹⁵⁷⁸.

A impossibilidade da sincronia das narrativas é dificuldade a ser devidamente considerada. Tendo que escolher, optei, não sem grande vacilação, por ensaiar aproximação muito imperfeita da sincronia da realidade: para cada fase da predominância do modo fragmentado de pensar, indica-se o embrião estruturado do nosso tema, a pessoa, em cujo benefício hoje se emprega a proporcionalidade. Tem-se plena consciência de que não se alcança a sincronia, embora se tente assim evitar corte epistemológico mais visível, consistente nas duas colunas ou no expor em rigorosa sucessão a fragmentação e, depois, a proporcionalidade, a partir da pessoa, por exemplo.

O irresolúvel problema de todas as narrativas não exime a advertência ao leitor da precariedade do estilo do autor de boa-fé: eventual

¹⁵⁷⁸ SARAMAGO, *Jangada*, p. 12.

desproporção entre o modo de pensar fragmentado continental e a idéia de pessoa não deve causar impressão distorcida do equilíbrio dessas forças. Navegamos num oceano de fragmentação, onde há pequenas ilhas conceituais de estruturação. Qualquer impressão contrária não passa de distorção cartográfica, que esta legenda aspira a reparar.

A fragmentação continental resultou de diversos fatores concorrentes, enfocados doravante em pares com o contemporâneo estádio da elaboração do conceito de pessoa.

15.2 - Roma desafiada por Jesus em pessoa

A linearidade do desenvolvimento do direito anglo-americano não se verificou nos direitos do continente europeu, nem nos que lhes seguiram as pegadas, à semelhança do ocorrido com o brasileiro, até certo ponto. Eventos como o colapso sucessivo de ambas as porções do Império Romano, as invasões muçulmanas, o esfacelamento do império carolíngio, a ascensão política da Igreja, a formação dos Estados nacionais, as guerras religiosas, a independência colonial, o socialismo e os totalitarismos do século xx, por exemplo, testemunham o quão conturbada foi a evolução do direito dos países protagonistas desses acontecimentos.

. . - *A memória romana*

O colapso das civilizações estruturadas da Antigüidade afetou com profundidade a evolução do direito ocidental como um todo anteriormente¹⁵⁷⁹. Conquistada pelo Império Romano, a Europa continental e suas sucessoras da América latina daí receberam seu primeiro impulso fragmentador.

¹⁵⁷⁹ Cf. notadamente o 15.2.2, mas também o item 12.

A Europa continental manteve-se na fragmentação do direito romano imperial, malgrado dali tenha partido o elemento germânico responsável pela precoce estruturação social inglesa. Juristas continentais e insulares concordam em que a profundidade da recepção do direito romano determinou a extensão da esfera individual: quanto mais direito romano, menos liberdade bárbara¹⁵⁸⁰. WIEACKER assim delinea a herança de Roma, em comparação ao direito costumeiro germânico, avesso a monarcas dotados de poderes absolutos:

“O império romano legou àquilo que viria a ser o Ocidente desde logo a burocracia e a organização administrativa e financeira dessa monarquia absoluta centralizada [...]. Para os jovens povos [germânicos], o direito não era, originariamente, senão a própria tradição das formas básicas da vida; que pudesse ser também uma criação do poder do Estado e uma tradição cultural, isso aprenderam-no com os romanos. Estes povos deparavam, neste ponto, com as duas formas do conceito romano de direito: a lei imperial que – como comando do poder – impunha a sua pretensão absoluta de vigência em relação a todos os membros da comunidade submetida, tornando assim pela primeira vez possíveis formas alargadas de domínio”¹⁵⁸¹.

A influência da noção imperial romana exercida sobre os reinos bárbaros da maior parte da Europa alterou o curso dos direitos germânicos no continente. O Sacro Império Romano-Germânico, com seu governante *legibus solutus* onde antes havia o juízo “pelos pares segundo a lei da terra”, parece o símbolo mais evidente desse processo. O modo de pensar jurídico fragmentado de Roma governava a Europa continental de sua tumba, parafraseando MAITLAND¹⁵⁸².

¹⁵⁸⁰ Cf. a nota 1216 e WIEACKER, nota 1249; tudo isso, malgrado o direito romano tenha incorporado de início um dos fundamentos filosóficos antigos da proporcionalidade – cf. o item 11.2.4.

¹⁵⁸¹ WIEACKER, *História*, p. 16.

¹⁵⁸² MAITLAND, *apud* BITAR, *Fontes*, p. 289: “nós enterramos as formas de ação [do *common law*]; elas, porém, de seu túmulo, nos governam”.

Em suma, a fragmentação continental deve-se em boa medida à herança romana.

. . . – *A rudimentar estruturação social germânica em apoio à liberdade*

A concepção antropológica germânica, apegada ao sentimento de liberdade individual e avessa aos poderes absolutos conferidos aos monarcas orientais, também moldou o ser humano ocidental, apesar de também ter sido submetida ao poder do Império Romano e posteriormente à sua influência ideológica¹⁵⁸³.

As considerações sobre a influência da rudimentar estruturação social dos povos germânicos na formação do devido processo legal valem para a construção da proporcionalidade no continente europeu: o impulso rumo à liberdade pessoal e à rejeição da arbitrariedade na condução dos negócios públicos irrompeu na Europa continental e de lá se transportou para a Inglaterra com a invasão do arquipélago britânico¹⁵⁸⁴. A diferença entre a história da proporcionalidade em ambas as partes da Europa residiu na mitigada influência do direito romano no sistema inglês¹⁵⁸⁵, no fato de ali a liberdade bárbara não ter sido sacrificada como no continente, dada a produção democrática do direito no sistema anglo-americano. O contraponto do restante da Europa consistiu na interrupção abrupta de ambos os valores bárbaros por último mencionados¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁸³ Cf. a nota 1249.

¹⁵⁸⁴ Para evitar repetições, indicam-se ao leitor os itens 14.1 e 14.2.1.

¹⁵⁸⁵ Cf. a nota 1261.

¹⁵⁸⁶ Cf. o item 15.3.4.

. . . – *Nada pessoal contra o imperador?*

Não é obra do acaso que a origem remota do conceito de pessoa se encontre na sociedade estruturada judaica, tragada pelo Império Romano fragmentado. Tampouco parece aleatório o fato de a figura de JESUS DE NAZARÉ exacerbar os impulsos relativos ao conceito de pessoa recebidos da tradição religiosa em que se encontrava imerso¹⁵⁸⁷.

A concepção antropológica judaica recebeu do Cristianismo o reforço ideológico inestimável da encarnação divina em homem e, assim, principiava sua marcha para se tornar uma das características fundamentais das civilizações estruturadas do Ocidente, devidamente refletida na construção de cerca de mil e oitocentos anos depois.

O aprimoramento intelectual da concepção antropológica da teologia judaica e da organização social bárbara predominante na Europa continental representariam as pontas de lança da estruturação social no continente europeu, com repercussão direta na proporcionalidade.

15.3 – A pessoa substitui o *logos* em luta contra a fragmentação cultural

JASPERS nota que o eixo da história do Ocidente é cristão, visível sobretudo na organização da igreja¹⁵⁸⁸. A essência da igreja ocidental, porém, resultou num “todo, como tal não planejado por ninguém”, composto pelos impulsos religiosos do Judaísmo na forma do Cristianismo, pela amplitude e capacidade de esclarecimento da filosofia da Grécia e pela organização e capacidade pragmática de Roma¹⁵⁸⁹. Esse complexo mecanismo foi posto em movimento por novas concepções

¹⁵⁸⁷ Cf. o item 11.9.

¹⁵⁸⁸ Não confundir com a Era Axial da história geral, verificada entre 800–200 a. C.; cf. a nota 140.

¹⁵⁸⁹ JASPERS, *Ursprung*, p. 84: “... ein Ganzes, das als solches niemand geplant hat ...”.

religiosas e filosóficas, cujo representante mais relevante foi AGOSTINHO¹⁵⁹⁰.

A má fase vivida por ambos os modelos de estruturação social nos primórdios de nossa era começou a passar, graças à religião e à filosofia de obscuro carpinteiro da Palestina. Essa é história por demais conhecida para exigir recapitulação num trabalho ocidental. A religião nascida em província não muito elogiada pelos seus conquistadores tornou-se o credo oficial do Império Romano apenas alguns séculos depois de fundada. O modesto artesão, errante em suas pregações e supliciado na infamante cruz, se tornou ninguém menos do que Deus encarnado. Sua existência transformou-se, por isso, no eixo da história do hemisfério ocidental. FIKENTSCHER vê na rapidez com que a nova religião passou de subversão à confissão oficial do Império Romano a correção da tabela periódica das culturas, bipartida entre sociedades fragmentadas e estruturadas. A velocidade do processo de conquista das sociedades mediterrâneas pelo novo credo decorreria do fato de o helenismo ter-lhe preparado o terreno. Os povos de tais sociedades, apesar de tudo, ainda retiveram algo da pré-compreensão estruturada à conversão: a extrapolação trágica preparou o caminho da eleutérica.

A substituição de modelos e a pressão bárbara provocaram o declínio do ideal filosófico grego. À medida que o *logos* perdia força, o Cristianismo assumia-lhe a função. A adversidade das circunstâncias históricas quanto à estruturação social com base na razão grega foi compensada pelo estímulo ao modelo alternativo, organizado em torno da fé cristã.

A figura simultaneamente divina e humana de JESUS tornou-se o principal mecanismo de preservação de resquícios do patrimônio estruturado, uma vez que o Cristianismo leva às últimas conseqüências e transcende a noção judaica do homem à imagem e semelhança de Deus¹⁵⁹¹. A idéia de pessoa parece ter ocutomado o lugar de destaque

¹⁵⁹⁰ JASPERS, *Ursprung*, p. 84.

¹⁵⁹¹ Cf. a nota 1171.

outrora ocupado pelo *logos*. Retomou-se o velho dogma, com força de convencimento inédita, na medida em que o advento do messias, em carne e osso, seria a prova cabal do postulado da similitude entre Deus e os homens. A atenção abandonou as abstrações da lógica e das ciências e passou a focar deus.

A inovadora natureza híbrida ou hipostática de JESUS, simultaneamente Deus e homem, representou a revitalização teológica cristã da fé judaica e moldou o conceito ético de pessoa. A circunstância de o conceito de pessoa ter sido derivado da divindade, e não do exame do ser humano, soa quase como paradoxo. O desenvolvimento sinuoso da pessoa cristã parece explicado pela natureza teológica – e não lógica – da idéia de divindade encarnada em homem. Tudo se completa no velho dogma religioso da similitude humana à divindade.

FIKENTSCHER defende o ponto de vista de que PLATÃO teria construído conceito similar ao de pessoa, a partir da capacidade racional do ser humano, chamado de *aidos*, ou seja, a vergonha e respeito que cada ser humano deve ter diante de outrem¹⁵⁹². A idéia careceu, contudo, de repercussão histórica imediata. O processo de construção do conceito de pessoa dotada de dignidade importa menos aos nossos fins do que sua repercussão histórica nos direitos estruturados contemporâneos. Os homens viram-se entregues à barbárie jurídica do nazismo, quando se degradou a pessoa a “expediente mental”¹⁵⁹³ destinado a promover apenas a unidade de um complexo de normas de direitos e deveres¹⁵⁹⁴. A teoria

¹⁵⁹² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 411-419. ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 1, p. 63 e segs e, em especial, p. 68, alerta para o fato de SÓCRATES haver deixado em aberto indagação similar em *Críton*.

¹⁵⁹³ A expressão crítica é de LARENZ, *Methodenlehre*, p. 76: “Denkbehelf”. Especificamente acerca do esvaziamento do conteúdo ético da pessoa, cf. LARENZ, *Methodenlehre*, p. 76.

¹⁵⁹⁴ KELSEN, *Teoria Pura*, p. 243: “a pessoa física ou jurídica que ‘tem’ [...] deveres jurídicos e direitos subjetivos é estes deveres e direitos subjectivos cuja unidade é figurativamente expressa no conceito de pessoa. A pessoa é tão somente a personificação desta unidade”. Seria injusto não registrar aqui, todavia, que a reação jurídica ao nazismo se deu pelos positivistas, que opuseram, sem sucesso, as normas

“geral” dos direitos ocidentais, de outro lado, funda-se na relação jurídica, protagonizada sempre por duas pessoas.

A relevância do conceito de pessoa para a filosofia e teoria jurídicas repete-se na construção da proporcionalidade, em que se mesclam ambas as modalidades de extraposição: a proporcionalidade contemporânea funde idéias trágicas e eleutéricas, de maneira tal que a racionalidade grega é empregada como instrumento de defesa de valores éticos gregos, como a limitação teleológica do direito e a isonomia, e judaico-cristãos, como o respeito à pessoa gerada à imagem e semelhança da divindade. A filosofia racionalista grega opera como instrumento de proteção da essência ética estruturada, advinda tanto da Grécia quanto de Israel. A proporcionalidade promove a preservação racional da pessoa.

. . . – *Antecedentes da pessoa na Antigüidade*

Sua ulterior importância magna no Ocidente e o tema deste escrito dispensam-nos de rastrear à exaustão a origem da noção de pessoa. A etimologia da palavra oscila entre a máscara do teatro grego *prósopon*, literalmente “o que é posto diante dos olhos”¹⁵⁹⁵, e a ação de *personare*, soar a voz do ator pelo orifício da dita máscara¹⁵⁹⁶.

As pesquisas de paternidade da idéia ética de pessoa apontam basicamente dois filósofos. GUSTAV NASS recorda diversos trechos da obra de ARISTÓTELES, onde ultrapassada a noção de pessoa como mero intérprete de um papel. O pensamento aristotélico já associaria o termo pessoa às “características da pessoa”, em vários exemplos. ARISTÓTELES fala,

vigentes na Alemanha ao projeto absolutista, sustentado numa falsa extraposição ética. Cf. o item 11.2.5 a respeito dessa correlação sinépica entre uma ética pseudo-extraposta e o totalitarismo.

¹⁵⁹⁵ SÉRGIO COTTA, *Persona*, p. 160: “... ciò che è posto ‘davanti agli occhi’...”.

¹⁵⁹⁶ COTTA, *Persona*, p. 160, e NASS, *Person*, p. 10.

em passagem textual, de “pessoa rabugenta”¹⁵⁹⁷. Examina, noutro escrito, a possibilidade de a “pessoa ser injusta em relação a si mesma”¹⁵⁹⁸; escreve que “a amizade e a justiça parecem relacionar-se com os mesmos objetos e manifestar-se entre as mesmas pessoas [...], mas a extensão de sua amizade é limitada ao âmbito de sua associação, da mesma forma que a extensão da existência da justiça entre tais pessoas”¹⁵⁹⁹. NASS indica principalmente passagem do conceito de justiça como proporcionalidade para provar a invenção aristotélica da pessoa:

“E a justiça é a qualidade que nos permite dizer que uma pessoa está predisposta a fazer, por sua própria escolha, aquilo que é justo, e, quando se trata de repartir alguma coisa entre si mesma e outra pessoa, ou entre duas outras pessoas, está disposta a não dar demais a si mesma e muito pouco à outra pessoa daquilo que é desejável, e muito pouco a si e demais à outra pessoa do que é nocivo, e sim dar a cada pessoa o que é proporcionalmente igual, agindo de maneira idêntica em relação a duas outras pessoas”¹⁶⁰⁰.

Já WEISCHEDEL indica outra fonte do conceito de pessoa:

“Mas os estóicos [...] encontram o sentido da vida da concordância consigo mesmo. Atrás disso, esconde-se o pensamento de que o homem não mais se acha seguramente fundado no cosmos ou na *polis* e assim somente pode estabelecer-se sobre si mesmo. Sua tarefa ética não é mais realizar uma virtude geral, mas a idéia particular de ser humano que nele reside como indivíduo. Assim, emerge pela primeira vez na história do espírito o conceito de per-

¹⁵⁹⁷ NASS, *Person*, p. 10, referindo-se ao Livro X da *Politéia*: “mürrische Person”.

¹⁵⁹⁸ NASS, *Person*, p. 10. A tradução portuguesa empregada no texto relativo a essa nota e às duas seguintes deve-se a MÁRIO DA GAMA KURY e foi extraída de ARISTÓTELES, *Ética*, 1139 b, p. 110.

¹⁵⁹⁹ NASS, *Person*, p. 10, e ARISTÓTELES, *Ética*, 1159 b, p. 162.

¹⁶⁰⁰ NASS, *Person*, p. 10, e ARISTÓTELES, *Ética*, 1133 b, p. 101.

sonalidade, que mais tarde, perpassado pelo pensamento cristão, [...] atingirá grande significação”¹⁶⁰¹.

. . . – *A influência no direito romano por meio do Estoicismo*

A cultura romana tornou-se permeável ao Estoicismo, embora fosse avessa ou incapaz de aprofundar a pesquisa filosófica, como o afirma JASPERS¹⁶⁰². WIEACKER assevera: “é certo que quase todas as grandes épocas da jurisprudência técnica têm como pano de fundo teorias ético-sociais aceites em geral: assim, a jurisprudência romana clássica tem o seu pano de fundo na filosofia da Academia e, sobretudo, da Stoa”¹⁶⁰³. O conceito de pessoa migrou da filosofia grega para o direito romano, por meio de CÍCERO, aluno do estóico FILON¹⁶⁰⁴, de CATÃO e de VARRÃO, entre outros¹⁶⁰⁵. A filosofia estóica serviu, então, ao direito romano como instrumento de sistematização da massa de casos resolvidos pelos grandes juristas, assim como possibilitou àquela ordem enfrentar os desafios da evolução decorrente da expansão do império e do contato com vários povos¹⁶⁰⁶. A crise assim gerada nos valores acanhados da comunidade primitiva demandava organização mais complexa, emprestada do padrão de racionalidade estrangeiro¹⁶⁰⁷. Os juristas da sociedade fragmentada romana necessitaram dos instrumentos intelectuais estruturados

¹⁶⁰¹ WEISCHEDEL, *Hintertreppe*, p. 77: “Nun finden aber die Stoiker den Sinn des Lebens [...] in der Übereinstimmung mit sich selber. Dahinter steckt der Gedanke, daß sich der Mensch, nicht mehr sicher gegründet im Kosmos und in der Polis, nur noch auf sich selber stellen kann. Seine sittliche Aufgabe ist es nicht eine allgemeine Tugend, sondern die in ihm als Individuum liegende besondere Idee des Menschen zu verwirklichen. Damit taucht zum erstenmal in der Geitesgeschichte der Begriff der Persönlichkeit auf, der dann später, im Durchgang durch das christliche Denken zu grosse Bedeutung gelangen wird”.

¹⁶⁰² Cf. a nota 1183 e segs.

¹⁶⁰³ WIEACKER, *História*, p. 279–280.

¹⁶⁰⁴ NASS, *Person*, p. 11.

¹⁶⁰⁵ ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 15.

¹⁶⁰⁶ ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 8–11, 13, e NASS, *Person*, p. 11.

¹⁶⁰⁷ ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 14–15, 17–18, e NASS, *Person*, p. 11.

gregos para conferir tratamento aproximadamente sistemático à quantidade gigantesca de problemas e soluções concretas acumuladas ao longo dos séculos de existência de sua ordem jurídica. ALEXANDRE CORRÊA insiste em que o pensamento grego teria funcionado em relação ao direito romano como o método destinado a desbastar a matéria-prima oferecida pela ética romana: “urgia, no momento [da expansão do direito romano], possuir um método de trabalho que permitisse ao juriconsulto ordenar e classificar a massa ingente de casos, decididos sem regras claras e racionais, pela prática, submetida a uma tradição cujo sentido começava a perder-se”¹⁶⁰⁸.

¹⁶⁰⁸ ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 42. A estrita separação do método jurídico do conteúdo de determinado direito não pode passar em branco aqui, ainda que não comprometa a contribuição do autor citado para a compreensão dos antecedentes da proporcionalidade. FIKENTSCHER demonstrou, de um lado, que os ordenamentos jurídicos são os modos de realização de concepções de justiça, de maneira que o seu todo implica determinado método jurídico – cf. o item 6. Não se pode, pois, distinguir uma parte eticamente comprometida de outra, supostamente anódina. Donde a impossibilidade de se demarcar com precisão o limite entre o puro conteúdo jurídico e o método por cujo meio tal substância é criada e desenvolvida. A mesma crítica pode ser lida em ESSER – cf. nota 1054. Recorde-se a interação entre a igualdade e a substância do pensamento helênico no direito, como fonte da moderna proporcionalidade (cf., por exemplo, o item 10), no que tange à transposição específica de categorias gregas apenas aparentemente formais ou metodológicas para outros ordenamentos jurídicos. ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 44, equivocou-se, ao escrever que o direito possui problemas especiais e, “neste domínio a Lógica, a Dialética permanecem ‘neutras’, nenhum subsídio trazendo ao jurista para a decisão ‘material’ do caso concreto, para a descoberta e a aplicação do princípio ético adequado à espécie ocorrente”. Ainda no sentido da utilização do método filosófico grego pelo direito romano, cf. ainda *Estoicismo*, p. 44, 46, 48, 50. O autor aludido esqueceu-se de que a lógica e a dialética, aliás também pensada em termos lógicos, como observou ARISTÓTELES, integram o modo de pensar estruturado e, assim, não possuem a universalidade que lhes atribui – cf. VIEHWEG, *Tópica*, p. 24-25. Suas aplicações aos direito mostram-se ainda mais particulares. Até a lógica apresenta parcialidade nas respostas jurídicas por seu meio alcançáveis: sua adoção exclui de antemão as soluções alternativas fragmentadas estabelecidas com base no poder de fato, por exemplo. Ainda que as mesmas providências concretas sejam adotadas em sociedades estruturadas e fragmentadas, seus fundamentos diferem em tudo. Eis aí a lição básica da sinépia – cf. o item 7.

Especificamente no tema da proporcionalidade, denominada de analogia pelos gregos, o próprio ALEXANDRE CORRÊA fornece a prova de que o método não se

ALEXANDRE CORRÊA indica, entre outras idéias pertinentes ao conceito de pessoa, os seguintes valores absorvidos pelo direito romano da filosofia estóica: “‘*æquitas*’, ‘*benignitas*’, ‘*pietas*’, ‘*caritas*’, ‘*humanitas*’”¹⁶⁰⁹. O citado autor assinala que a doutrina estóica impressionou os juristas romanos de modo especial na defesa da igualdade entre os homens e da constituição de um Estado universal¹⁶¹⁰. E aponta inúmeros desdobramentos positivos de ambas as idéias principais no direito romano, como a “proteção jurídica dispensada [...] a todos os homens livres residentes em Roma”¹⁶¹¹, abrandamento do patriarcado tradicional¹⁶¹², melhora da condição servil¹⁶¹³, dever de alimentos além da fronteira da família civil¹⁶¹⁴, proibição do enriquecimento ilícito¹⁶¹⁵ e a “decadência do formalismo”¹⁶¹⁶.

separa do conteúdo do direito, ainda que noutras passagens afirme, também, a herança de conteúdos jurídicos helênicos pelo direito romano, como em *Estoicismo*, p. 54-66. Lê-se à p. 52: “... o elemento formal, representado pela Lógica estóica, atingiu a Jurisprudência [romana] em todos os seus mais importantes setores. Uma das grandes transformações da mentalidade jurídica sobreveio com o emprego da ‘analogia’ [...]; transportada para o direito, a analogia concorreu para a sistematização e a compreensão mais profunda do sentido das leis: o jurista procura antes de tudo a ‘ratio legis’, o interesse superior a que ela visa proteger e, partindo desse conhecimento, aplica o mesmo dispositivo aos casos omissos, cuja natureza reclama tratamento idêntico ao dispensado aos casos previstos”. Ora, a transformação do conceito de proporcionalidade de igualdade quantitativa para semelhança qualitativa, que reclamaria a mesma solução para casos assemelhados, ainda guarda imediata ligação com o valor da igualdade afirmado na Grécia antiga pela primeira vez (item 11.2.4), e com a própria noção matemática da qual descende, pois a proporção é uma equação: seus dois lados devem estar em igualdade, $a - b = b - c$. Aliás, ARISTÓTELES parece ter defendido tal mutação, ao afirmar: “a proporcionalidade não é uma propriedade apenas das quantidades numéricas, e sim da quantidade em geral” – cf. o item 11.8.

¹⁶⁰⁹ ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 55.

¹⁶¹⁰ ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 33.

¹⁶¹¹ ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 58.

¹⁶¹² ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 59.

¹⁶¹³ ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 59.

¹⁶¹⁴ ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 59.

¹⁶¹⁵ ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 60.

¹⁶¹⁶ ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 61.

ALEXANDRE CORRÊA, especificamente no direito das pessoas, divisa influência estóica na classificação das pessoas constante das *Institutas* entre os homens livres e o escravos¹⁶¹⁷, embora os servos também fossem nelas considerados coisas¹⁶¹⁸. “Esta dualidade na conceituação jurídica é interpretada por quase todos os romanistas como indicativa da tendência ao reconhecimento da natureza racional e humana do escravo e por conseguinte da sua personalidade”¹⁶¹⁹, muito embora MOREIRA ALVES observe em tom peremptório: “os escravos [...], em Roma, jamais foram sujeitos de direito, mas, sim, coisas, isto é, objetos de direito”¹⁶²⁰. Uma tendência histórica pode nunca se tornar lei. O aumento dos atos praticáveis por meio dos escravos romanos, a vinculação dos senhores em negócios onerosos pela manifestação de vontade intermediada por servos e a direção de empreendimentos complexos por escravos em nome do seu dono também seriam construções decorrentes da evolução econômica de Roma, mas calcadas no suporte filosófico estóico¹⁶²¹.

Marcas do progresso do conceito de pessoa em favor dos escravos seriam visíveis em institutos diversos dos concebidos em favor do homem livre¹⁶²². É desnecessário verificar se, afinal de contas, os escravos passaram a ter personalidade jurídica em alguma fase do direito romano, pois não se discutem neste contexto os pormenores do direito romano; apenas se acompanha a formação da proporcionalidade como idéia típica das civilizações estruturadas. Basta registrar o progresso da idéia da pessoa, em contraponto ao recuo da lógica helênica, processo acentuado com a queda do Império Romano. ALEXANDRE CORRÊA lista vários benefícios jurídicos, por ele chamados de direitos deferidos aos escravos. Eles consistiam em ações judiciais contra o herdeiro do dono para dele

¹⁶¹⁷ I, 9, *apud* ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 76.

¹⁶¹⁸ II, 13, *apud* ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 76.

¹⁶¹⁹ ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 77-78.

¹⁶²⁰ MOREIRA ALVES, *Direito*, vol. 1, p. 108.

¹⁶²¹ ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 78.

¹⁶²² ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 80.

obter a liberdade legada em testamento¹⁶²³; para processar o dono que fabrica moeda falsa¹⁶²⁴; para a obtenção de liberdade fideicomissária; para ver aprovada prestação de contas abonada por árbitro, mas recusada maliciosamente pelo dono¹⁶²⁵; para impedir a violação do mecanismo ficto de pagamento do resgate¹⁶²⁶. A edição de leis protetivas dos escravos contra maus tratos dos donos ainda merece destaque nessa enumeração¹⁶²⁷.

EPICTETO contribuiria decisivamente para a formação do conceito de pessoa com a seguinte imagem: “lembra que és ator em um drama, de tal espécie que agrada a seu autor, curto ou longo. Segundo seu bel-prazer, deverás desempenhar o papel de um homem pobre, de um aleijado, de um governador ou de um particular; vê que desempenhes o papel com naturalidade. Pois compete a ti representar bem o caráter que te foi atribuído; a escolha do caráter compete a outrem”¹⁶²⁸.

. . . – *Os debates cristológicos da Antigüidade tardia*

O conceito de pessoa foi empregado com o objetivo de expressar as relações entre Deus e Cristo e entre ambos e o Espírito Santo, quando a balança histórica passou a beneficiar o Cristianismo¹⁶²⁹. De um lado, a relação entre Pai e Filho transmitia a idéia de algo acidentalmente agregado à substância verdadeira; de outro, a palavra *persona* – máscara – denotava o caráter aparente ou não-substancial da pessoa¹⁶³⁰. Daqui nasceram as disputas trinitárias, resolvidas já no Concílio de Nicéia, em

¹⁶²³ ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 80.

¹⁶²⁴ ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 81.

¹⁶²⁵ ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 81.

¹⁶²⁶ ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 81.

¹⁶²⁷ ALEXANDRE CORRÊA, *Estoicismo*, p. 81-82.

¹⁶²⁸ EPICTETO, *Pensamento*, p. 57.

¹⁶²⁹ ABBAGNANO, *Dicionario*, p. 909, e FERRATER MORA, *Dicionario*, p. 402.

¹⁶³⁰ ABBAGNANO, *Dicionario*, p. 909.

325¹⁶³¹. Uma das questões mais importantes ali tratada dizia respeito à relação entre a “natureza” e a “pessoa” em Cristo, a comprovar a mudança da ênfase dos antecedentes históricos da atual proporcionalidade, do *logos* matemático para a elaboração teológica, secularizada novecentos anos mais tarde na dignidade da pessoa¹⁶³². O mencionado concílio firmou o dogma da natureza dúplice – divina e humana de JESUS –, reunida, todavia, na mesma pessoa, única e indivisível¹⁶³³. A pessoa passou tanto a religar o humano e o divino em Cristo, quanto representou o conceito que permitiu a distinção entre ambas as naturezas¹⁶³⁴.

A longa reflexão teológica trinitária empreendida pela Patrística grega dá novo passo na “aventura semântica”¹⁶³⁵ da palavra pessoa, que perde o sentido metafórico e passa a designar a “pessoa individual e individuada”¹⁶³⁶. Passa-se a empregar o termo *ypóstasis* – hipóstase, substrato – para exprimir tal transformação e afastar os mencionados inconvenientes do termo *persona*¹⁶³⁷. A chamada “união hipostática” em Cristo assim se decompõe: *ousia* (essência), *physis* (natureza) e *ypóstasis* (pessoa)¹⁶³⁸.

AGOSTINHO seria o primeiro ou dos primeiros a empregar o conceito de pessoa para designar a trindade e o homem, sem confundilos¹⁶³⁹. A idéia, assinala FERRATER MORA, não teria “ido muito longe”, acaso o mencionado pensador não tivesse preenchido tais conceitos com a “substância da experiência, que desde então se chama justamente de pessoal”, isto é, não a experiência comum os seres humanos, mas as

¹⁶³¹ ABBAGNANO, *Diccionario*, p. 909, e FERRATER MORA, *Diccionario*, p. 402.

¹⁶³² Cf. a nota 995.

¹⁶³³ FERRATER MORA, *Diccionario*, p. 402.

¹⁶³⁴ FERRATER MORA, *Diccionario*, p. 402.

¹⁶³⁵ COTTA, *Persona*, p. 159 e 160.

¹⁶³⁶ COTTA, *Persona*, p. 161.

¹⁶³⁷ COTTA, *Persona*, p. 161; ABBAGNANO, *Diccionario*, p. 909; e FERRATER MORA, *Diccionario*, p. 402.

¹⁶³⁸ COTTA, *Persona*, p. 161.

¹⁶³⁹ FERRATER MORA, *Diccionario*, p. 402.

vivências que conduzem a pessoa à sua própria personalidade¹⁶⁴⁰. “E como invocarei meu Deus?”, indaga-se AGOSTINHO, “se ao invocá-lo, O invoco sem dúvida dentro de mim? [...]. Por conseguinte, [eu] não existiria, de modo nenhum [eu] existiria, se não estivésseis em mim”¹⁶⁴¹.

A pessoa é, nessa altura da reflexão cristã, a junção do homem com o Deus pessoal, por meio da participação e analogia¹⁶⁴². Ainda não se distingue a pessoa do indivíduo¹⁶⁴³. O termo *indivíduo*, a partir de BOÉCIO, passa a ter o sentido da lógica, isto é, de ente unitário e indivisível¹⁶⁴⁴. O termo pessoa designa apenas os seres racionais, como se vê no brocardo “*persona est naturae rationalis individua*”, repetido durante boa parte da Idade Média¹⁶⁴⁵.

JASPERS recorda-nos de que o domínio bárbaro da Europa transformou a herança cultural da Antigüidade numa “substância irrefletida” até por volta do primeiro milênio da era cristã¹⁶⁴⁶. Os povos adormecidos despertaram para a reflexão dos temas fundamentais da vida apenas com estímulos semelhantes aos da Era Axial. A correção desse asserto histórico parece comprovada pela etapa seguinte no desenvolvimento do conceito de pessoa, advinda apenas por volta do século XIII¹⁶⁴⁷.

¹⁶⁴⁰ FERRATER MORA, *Diccionario*, p. 402.

¹⁶⁴¹ AGOSTINHO, *Confissões*, Livro I, cap. 2, p. 31.

¹⁶⁴² COTTA, *Persona*, p. 165.

¹⁶⁴³ COTTA, *Persona*, p. 165.

¹⁶⁴⁴ COTTA, *Persona*, p. 165.

¹⁶⁴⁵ COTTA, *Persona*, p. 165, ABBAGNANO, *Diccionario*, p. 910, e FERRATER MORA, *Diccionario*, p. 403.

¹⁶⁴⁶ JASPERS, *Ursprung*, p. 82: “... unreflektierte Substanz”.

¹⁶⁴⁷ KOBUSCH, *Person*, p. 23, inicia a história da pessoa moderna apenas na mencionada centúria.

. . . – *O direito natural no duelo das investiduras*

Debitar todo o quadro jurídico fragmentado da Idade Média ao direito romano seria superestimar-lhe o poder, assim como depositar demasiada confiança na memória humana; em especial, na de povos ágrafos. A desapareição, no continente, do precursor da proporcionalidade – o juízo pelos pares, segundo a lei da terra – também se relaciona diretamente com a chamada “questão das investiduras”. Aparentemente, de forma ainda mais próxima do que a herança romana. A combinação do direito romano com a postura intelectual da igreja na luta contra o poder temporal bateu o martelo em prol da fragmentação e, assim, contra os antecedentes germânicos capazes de manter o devido processo legal no continente, à semelhança do ocorrido na Grã-Bretanha.

15.3.4.1 – O direito natural reinventado

As pretensões imperiais dos reis bárbaros chocaram-se com a nova força do Medievo – a Igreja –, pois também ela pretendia ditar a ética de então¹⁶⁴⁸. A igreja oporia o cesarismo teológico ao temporal¹⁶⁴⁹. A ar-

¹⁶⁴⁸ Faça-se um paralelo com MAUROIS, *História*, p. 61, cf. nota 1143: na Inglaterra, os conquistadores normandos não necessitaram sufocar os vencidos anglosaxões, porque, ao contrário do continente, seu domínio não foi ameaçado por outra força nativa, nem estrangeira. O Vaticano era muito distante da ilha e não oferecia grandes incômodos – cf. STUBBS, *History*, vol. 1, p. 234.

¹⁶⁴⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 287–288. Para JASPERS, *Ursprung*, p. 85, a tradição religiosa medieval no Ocidente tomou rumo diverso do percorrido nas religiões oficiais, tornadas base de Estados teocráticos. Tais credos, como o Zoroastrismo no Império Sassânida e o Cristianismo de Roma e de Bizâncio, serviram de fator de unificação política. O contrário se verificou no Ocidente, porque nele a Igreja não conseguiu realizar pretensão semelhante. “Como ela não foi satisfeita, a igreja lutou, desenvolveu aqui não apenas a vida espiritual, mas se tornou um fator de liberdade contra o poder temporal. A cristandade exigiu a liberdade justamente contra os adversários da Igreja” (“Aber da er nicht erfüllt wurde, die Kirche kämpfte, entfaltetete sie hier nicht nur das geistige Leben, sondern wurde ein Faktor der Freiheit gegen weltliche Gewalt. Das Christentum hat hier dann gerade auch in den Gegnern der Kirche die Freiheit gefördert”). Por certo que ela combateu em nome da liberdade contra o poder temporal. A liberação do poder temporal era,

ma para fazê-lo no campo jurídico chama-se direito natural – uma idéia grega redescoberta, remodelada e encouraçada para o combate com o poder temporal¹⁶⁵⁰.

A descoberta do pensamento grego antigo pela Igreja medieval colocou-a diante de inumeráveis problemas teóricos, agrupados, de modo geral, em poucos quesitos. Que destino dar àquele tesouro intelectual antigo: relegá-lo ao obívio ou tentar conciliá-lo com a fé cristã? A Igreja optou por conciliar sua teologia com o saber grego. A tarefa era sem dúvida árdua, mas não completamente disparatada, como pode parecer à primeira vista. Afinal, o *logos* e o Cristianismo foram construídos nas duas sociedades estruturadas conhecidas da Antigüidade, que compartilhavam, entre outras coisas, a extraposição ética, decisiva na elaboração do direito¹⁶⁵¹. Acaso se leve isso na devida conta, compreender-se-á como ambas as coisas puderam combinar-se para formar o Ocidente, cuja identidade repousa, em boa parte, no ser regulado pelo direito¹⁶⁵². Claro que a conciliação das duas filosofias não poderia ser perfeita; existiram e existem áreas de atrito entre elas, cuja diminuição é tarefa da proporcionalidade¹⁶⁵³.

A admissão pela igreja da necessidade intelectual de conciliar a fé cristã e a filosofia grega, ainda deixava em aberto saber quem o faria e como se realizaria tal empresa. TOMÁS DE AQUINO prontificou-se a tanto e cumpriu sua missão de modo melhor do que o esperado, a ponto de ter sido canonizado¹⁶⁵⁴. As duas maiores correntes do próprio pensa-

contudo, compensada pela submissão ao canônico. A luta pelo divórcio em países católicos ainda ilustra bem a dimensão do problema.

¹⁶⁵⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 287.

¹⁶⁵¹ Cf. o item 6.2.8.

¹⁶⁵² Cf. os itens 6.3.5, 6.2.8, 19.2.4e 11.2.4.

¹⁶⁵³ Cf. o item 9.

¹⁶⁵⁴ A respeito, WIEACKER, *História*, p. 24: “a transição para o séc. XII assiste ao encontro sempre aberto e provisório com a grande jurisprudência romana na versão do classicismo justinianeu, encontro acompanhado pela recepção da teoria jurídica e

mento grego – SÓCRATES-PLATÃO e ARISTÓTELES – apresentavam-se como os caminhos naturais para a realização da tarefa. O Ocidente confirma a observação de BORGES: “já se disse que todos os homens nascem aristotélicos ou platônicos. Isto equivale a declarar que não há debate de caráter abstrato que não seja um momento da polêmica de ARISTÓTELES e PLATÃO; através dos séculos e latitudes, cambiam os nomes, os dialetos, as caras, mas não os eternos antagonistas”¹⁶⁵⁵. A concordância entre o *logos* e o Cristianismo poderia ser ensaiada com base na dialética socrática, na “busca cooperativa da verdade” e da ética, à moda da praça pública da *polis*¹⁶⁵⁶. Ouça-se FIKENTSCHER a respeito: “no processo socrático do diálogo, podemos aproximar-nos da concepção dessas idéias – dos valores dirigentes –, ainda que nunca os alcancemos. Esse era o pensamento filosófico com o qual talhada a *polis*, provida de sua assembleia popular e de seus mecanismos de votação”¹⁶⁵⁷. Isso aconteceu nas cortes locais inglesas, ainda que sem o refinamento da cultura helênica. O método dialógico, porém, em nada contribuiria para o estabelecimento do poder eclesiástico, contestado pelos reis. A igreja preferiu ARISTÓTELES, inclinado à “análise empírico-racional do preexistente”, pois a certeza da fé não poderia conviver com a especulação socrática¹⁶⁵⁸ e porque o diálogo livre nela implícito não garantiria o poder ao clero, mas a quem detivesse o melhor argumento.

política de ARISTÓTELES que produziu, na *Suma* de S. TOMÁS, o primeiro sistema europeu de direito natural”.

¹⁶⁵⁵ BORGES, *Requiem*, p. 580. A explicação para o grego ARISTÓTELES figurar na defesa de método fragmentado está no fato de ele ter vivido em época na qual a *polis* há muito sucumbira ao exercício do livre arbítrio trágico, substituído pelo mando fragmentado de estilo oriental – cf. FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 354, por exemplo.

¹⁶⁵⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 368.

¹⁶⁵⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 352: “Im sokratischen Verfahren des Dialogs kann man sich nach dieser Auffassung diesen Ideen, den führenden Werten nähern, wenn auch sie niemals ganz erreichen. Dies war das philosophische Denkbild, das auf die Polis mit ihrer Bürgerversammlung und ihren Abstimmungsmechanismen zugeschnitten war”.

¹⁶⁵⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 14.

O pensamento aristotélico – em especial a transposição do conceito de enteléquia para a ética – poderia servir ao propósito de domínio político da Igreja. Aliás, a enteléquia aristotélica oferecia-se como arma ideal para o clero tentar impor seu mando fragmentado na Europa. Seja dada a palavra a FIKENTSCHER:

“Sabidamente, a concepção aristotélica básica opunha ao mundo das idéias platônico sua *diairesis*, que não busca nada *atrás* das coisas. ARISTÓTELES podia enumerar tudo. Isso o colocou obviamente perante a dificuldade de acomodar uma correspondente categoria de valores dirigentes. A resposta de ARISTÓTELES era a enteléquia. Ela procede à moda das concepções do gnosticismo oriental. As partes, que no sentido da *diairesis* somente podem ser adicionadas à categoria, têm *em si* seu sentido normativo; e aqui a diferença política fundamental: esse sentido é acessível ao conhecimento. Pode-se até conversar a respeito da enteléquia de uma parte, mas em última instância precisa-se conhecê-la ‘especulativamente’. No lugar do diálogo crítico, entra o domínio do sábio, e isso significa, na prática, que o dominante pode prescrever o conteúdo do saber”¹⁶⁵⁹.

¹⁶⁵⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 352-353: “Bekanntlich weicht die aristotelische Grundauffassung der platonischen Ideelehre seine *diairesis* entgegen, die *hinter* den Dingen nichts suchte. ARISTÓTELES konnte alles aufzählen. Das stellte ihn freilich vor die Schwierigkeit, eine entsprechende Kategorie führender Werten unterzubringen. Aristoteles’ Antwort war die Entelechie. Sie verfährt nach der Vorstellungsweise des orientalischen Gnostizismus. Die Teile, die im Sinne der *diairesis* nur zur Gattung aufadiert werden konnten, haben *in sich* ihre normative Zielbestimmung. Sie sind, und nun folgt der entscheidende politische Unterschied, der Erkenntnis zugänglich. Über die Entelechie eines Teils kann man zwar sprechen, letztlich aber muß man sie ‘spekulativ’ erkennen. An die Stelle des kritischen Dialogs tritt die Herrschaft des Wissenden, und das bedeutet in der Praxis, daß der Herrschende den Inhalt des Wissens vorschreiben kann”. Embora não trabalhe com as categorias da estruturação e da fragmentação, nem muito menos correlacione ARISTÓTELES a qualquer delas, ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 1, p. 99, parece confirmá-las em duas passagens relativas ao método fragmentador típico do mencionado filósofo. Na primeira delas, ARISTÓTELES sugere a decomposição dos elementos do Estado “até que nenhuma parte possa ser mais separada (por ser a menor parte do todo)”¹⁶⁵⁹. Quanto à avaliação aristotélica da *República* de PLATÃO, A-

Enteléquia é a transliteração do grego *en, telos* e *echein*, respectivamente, *em, finalidade* e *ter*, ou seja, aquilo que tem finalidade em si mesmo¹⁶⁶⁰. LALANDE fixa os sentidos do termo “enteléquia”, criado por ARISTÓTELES e traduzido como *perfecthabia* para o latim¹⁶⁶¹. No primeiro deles, significa tanto “o ato consumado por oposição ao ato que está em curso”, quanto “a perfeição que resulta dessa consumação”¹⁶⁶². A idéia é bem conhecida dos juristas, na categoria do ato jurídico perfeito¹⁶⁶³. A enteléquia também designa “a forma ou a razão que determina a atualização de uma potência”¹⁶⁶⁴. “Enquanto constitui a perfeição do processo de atualização, a enteléquia é o cumprimento de um processo, cujo fim se acha na própria entidade”, explica FERRATER MORA¹⁶⁶⁵. Na definição lapidar de HOUAISS, enteléquia é a “realização plena e completa de uma [...] finalidade natural”¹⁶⁶⁶. Este segundo sentido se tornou fundamental para o direito dos continentes europeu e sul-americano.

A Escolástica afirma a possibilidade de fragmentar todas as coisas, incluídos os temas éticos e jurídicos à sua unidade mínima para determiná-lhes o verdadeiro sentido, pois tudo teria uma enteléquia, uma perfeição interna, cognoscível cientificamente. Já a crítica inglesa ao direito natural afastou o perigo dessa derivação do “dever ser” do “ser”, imperante no continente sob o impulso da interpretação tomista de ARISTÓTELES:

DOMÉIT observa: “a crítica de ARISTÓTELES atinge cada detalhe precisamente, mas falha no todo”.

¹⁶⁶⁰ REGENBOGEN e MEYER, *Wörterbuch*, p. 184.

¹⁶⁶¹ LALANDE, *Vocabulaire*, p. 286; ABBAGNANO, *Diccionario*, p. 408; FERRATER MORA, *Diccionario*, p. 531. O último dos mencionados dicionaristas, p. 531, afirma que a palavra teria sido criada a partir da locução “o fato de possuir perfeição”.

¹⁶⁶² LALANDE, *Vocabulaire*, p. 286: “l’acte accompli par opposition à l’acte en train de se faire, et la perfection que résulte de cet accomplissement”.

¹⁶⁶³ ABBAGNANO, *Diccionario*, p. 408, fala em enteléquia aristotélica, quando se dá “o ato final ou perfeito, ou seja, cumprida a realização da potência”.

¹⁶⁶⁴ LALANDE, *Vocabulaire*, p. 286: “la forme ou la raison qui détermine l’actualisation d’une puissance”; no mesmo sentido, ABBAGNANO, *Diccionario*, p. 408.

¹⁶⁶⁵ FERRATER MORA, *Diccionario*, p. 531.

¹⁶⁶⁶ HOUAISS, *Dicionário*, p. 1161.

todos os objetos do mundo, incluídos os éticos, ganham tal realidade – reificação, para ser preciso –, que sua observação científica permitiria deles extrair conseqüências axiológicas¹⁶⁶⁷. KOBUSCH corrobora o ponto de vista de FIKENTSCHER, ao qualificar a filosofia aristotélica como “ontologia de objetos”, pois seus princípios, até os éticos, são obtidos da observação da natureza¹⁶⁶⁸. O pensamento de ARISTÓTELES fixa-se no “ser exterior” do homem.

A obtenção de valores de modo aristotélico difere do platônico, por ser observação da natureza, ao invés de diálogo entre pessoas de igual dignidade¹⁶⁶⁹. Somente quem está em injustiça ou elegeu a dúvida metódica se digna a ouvir o outro¹⁶⁷⁰. ARISTÓTELES, com a idéia da justiça pelas obras, agiria fragmentariamente¹⁶⁷¹, porque impõe o homem à divindade, de modo semelhante à corrente de JÓ no Judaísmo¹⁶⁷². Prefere-se aí o critério da qualidade das obras, diverso do parâmetro extra-posto do julgamento divino ou do diálogo socrático. “Tem direito quem se comporta bem, e o que é bom comportamento se subtrai à discussão geral assente numa ordem igualitária”¹⁶⁷³. O critério ético resulta do estudo dos sábios. TOMÁS DE AQUINO reportou-se expressamente à entelúquia na conciliação do Cristianismo com a filosofia grega, porque esse instrumento atendia aos anseios eclesiásticos de obtenção de poder¹⁶⁷⁴.

¹⁶⁶⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 18 e 19.

¹⁶⁶⁸ Cf. a nota 1737 e segs.

¹⁶⁶⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 267.

¹⁶⁷⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 297.

¹⁶⁷¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 256.

¹⁶⁷² Cf. a nota 575.

¹⁶⁷³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 256: “Recht hat, wer sich wohl verhält, und was Wohlverhalten ist, ist allgemeiner Diskussion auf Gleichordnungsebene entzogen”.

¹⁶⁷⁴ A propósito da indicação do uso do pensamento aristotélico, cf. REGENBOGEN e MEYER, *Wörterbuch*, p. 184; também nesse sentido, WIEACKER, *História*, p. 24, transcrito na nota 1654.

A interpretação tomista da obra aristotélica não discute a premissa entelequial – certas pessoas estão em condições de descobrir as verdades imanentes às coisas. No domínio jurídico, a quem cabe dizer o direito? Chega-se, assim, à chamada “questão das investiduras”¹⁶⁷⁵.

As respostas dos dois lados da contenda – o poder religioso e o temporal – apontavam no sentido de que o saber deveria determinar os conteúdos éticos. Similar postulado continental de predomínio do saber difere em tudo do modelo germânico, então já em prática na Inglaterra: a comunidade de leigos determina o direito. Primeiramente, porque ele é costumeiro; depois, porque os litígios versando sobre seu conteúdo se resolvem em cortes populares ou reais, mas que apenas selecionam qual dos padrões democraticamente estabelecidos deva prevalecer. Na Europa continental, MARSÍLIO DE PÁDUA defendeu o poder temporal, ao passo que BONIFÁCIO lutou em favor do eclesiástico, sempre no quadro da versão tomista da enteléquia. Nenhum dos autores oferece resposta conclusiva, porque ambos pressupõem a conciliação tomista: quem propender ao pensamento antigo defenderá o rei, enquanto quem se inclinar pelo Cristianismo postulará o mando da Igreja¹⁶⁷⁶.

Insinua-se novo conteúdo à velha noção de direito natural, para ajudar a fundamentar o ponto de vista da Igreja no duelo com o braço temporal. Eis a noção aristotélica de direito natural:

“A justiça política é em parte natural e em parte legal; são naturais as coisas que em todos os lugares têm a mesma força e não dependem de as aceitarmos ou não, e é legal aquilo que a princípio pode ser determinado indiferentemente de uma maneira ou de outra, mas depois de determinado já não é indiferente [...]. Algumas pessoas pensam que toda justiça é deste tipo, porque aquilo que existe por natureza é imutável e tem a mesma forma em todos os lugares (como o fogo que queima aqui e na Pérsia), ao passo que tais pessoas vêem mudanças no que é tido como justo. Isto,

¹⁶⁷⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 414-415.

¹⁶⁷⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 414-415.

porém, não é verdadeiro de maneira irrestrita, mas apenas em certo sentido; com os deuses, realmente, isto não é verdadeiro de modo algum, enquanto conosco, embora exista algo verdadeiro até por natureza, todos os dispositivos legais são mutáveis. Seja como for, existem uma justiça natural e uma justiça que não é natural. É possível ver claramente quais as coisas entre as que podem ser de outra maneira que são como são por natureza, e quais as que não são naturais, e sim legais e convencionais, embora ambas mutáveis”¹⁶⁷⁷.

A entelúquia, adaptada à fé cristã e transposta ao campo jurídico, resultou no direito natural teológico. O direito natural aristotélico, transmitido pelo Estoicismo, era o direito das gentes. A Igreja medieval transformou-o em direito superior, de origem divina¹⁶⁷⁸:

“ele [o direito natural] era aquilo que se podia encontrar, observar. A adaptação escolástica conduziu a que a observação recaísse na mão da autoridade eclesiástica. Desde a Escolástica, o direito

¹⁶⁷⁷ ARISTÓTELES, *Ética*, II 34 b, p. 103.

¹⁶⁷⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 583. Embora por motivos algo diversos, a conclusão acerca da inexistência de subordinação do direito positivo ao natural também parece decorrer da doutrina de MOREIRA ALVES, *Direito*, vol. 1, p. 95, a respeito da divisão tricotômica do direito romano. O direito civil seria o de determinada cidade, o direito das gentes seria o observado pelos romanos e outros povos deles conhecidos, ao passo que o “*ius naturale* – conceito derivado da filosofia estóica – é um conjunto de normas ditadas ao homem pela sua própria natureza racional, e em conformidade com a justiça. Daí o que caracteriza o *ius naturale* é a sua *universalidade*. Pois bem, se o *ius gentium* é o direito existente em todos os povos conhecidos dos romanos, e, portanto, universal, isso quer dizer que ele é uma expressão do *ius naturale*, porquanto em virtude de sua universalidade, é fruto da própria natureza do homem. Com base nisso, alguns juristas romanos identificaram o *ius gentium* e o *ius naturale*, e subdividiram o direito privado em dois termos apenas: o *ius civile* e o *ius gentium*. Outros, no entanto, seguiram orientação diversa, porque a identificação entre o *ius gentium* e o *ius naturale* não era perfeita (basta, aliás, atentar para o seguinte fato: de acordo com o direito natural, todos os homens são livres; a escravidão, sendo conhecida de todos os povos daquela época, é instituto do *ius gentium*, mas, não, do *ius naturale*). Por esse motivo, esses jurisconsultos eram favoráveis à subdivisão tricotômica”. Ora, se a escravidão, por exemplo, era válida no direito das gentes, parte do direito positivo romano, então as normas positivas não se subordinavam às supostamente naturais.

natural é interpretado vinculadamente pela igreja. A inexistência de dúvida epistemológica associada a isso resultou [...], em razão de protesto, na Reforma e na moderna democracia”¹⁶⁷⁹.

A elevação e a transformação simultâneas do direito em norma divina acarretaram diversas conseqüências. A mais importante delas foi a outorga ao poder eclesiástico do monopólio na revelação do direito, na medida em que ele era o único hermenauta autorizado dos textos bíblicos e da natureza criada por Deus. Isso é o mesmo que afirmar a impossibilidade de autêntica hermenêutica¹⁶⁸⁰. Aliás, essa postura teológica parece prova clara de que a concentração do poder de interpretar algo é modo de ditadura disfarçada. Tal postura nega a qualidade de pessoa à maioria dos membros de certa sociedade, que assim se vê privada de parte de sua dignidade humana, ao não se lhe reconhecer a capacidade de participação nos debates sobre o direito¹⁶⁸¹. Essa concepção agravou a

¹⁶⁷⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 583: “Es [das Naturrecht] war das, was man vorfinden, beobachten konnte. Die scholastische Adaptation führte dazu, daß die Beobachtung in die Hand der Kirchenautorität gelangte. Seit der Hochscholastik wird das Naturrecht von der Kirche autoritativ ausgelegt. Die damit verbundene erkenntnistheoretische Zweifellosigkeit führte [...] aus Protest dagegen zur Reformation und zur modernen Demokratie”.

¹⁶⁸⁰ Cf. a nota 1569.

¹⁶⁸¹ Nas democracias modernas de perfil continental, a participação faz-se por meio do sistema de representação popular, amputada da participação direta nos órgãos judiciais, tal como no sistema anglo-americano. O júri brasileiro constitui pequena exceção. Daí o equívoco de se pretender que a dignidade humana e o sistema democrático positivado em muitos países já estejam atendidos por meio de eleições periódicas para o Legislativo e o Executivo. A lição do direito anglo-americano mostra exatamente que a possibilidade de discussão do direito positivo, pelo cidadão nos tribunais independentes do país – senão como jurado, ao menos como parte –, também é parte essencial tanto do conceito de pessoa, quanto de democracia direta. Por isso, o direito constitucional de ação nas democracias não consiste apenas no poder de demandar indistintamente pessoas privadas e públicas, mas também a capacidade para intervir na conformação do direito positivo pelo Judiciário. A participação democrática na interpretação, desenvolvimento e criação do direito exige que, em mecanismo de participação direta, cada pessoa possa discutir, dialogar sobre o direito no Judiciário.

falta de consciência histórica do direito: supostas verdades divinas eram eternas e, portanto, não se sujeitavam ao decurso do tempo¹⁶⁸².

A evolução do direito continental “tomou o direito natural como soma, como síntese de revelações, não como método de questionamento”, em virtude da filosofia aristotélica, interpretada de modo a fundamentar a pretensão de poder eclesiástico¹⁶⁸³. Por isso, o direito continental é “filosoficamente seguro e metodologicamente inseguro, destreinado. A postura romano-continental condenou a dúvida, ao invés de honrá-la”¹⁶⁸⁴, até que viesse DESCARTES. Mas, ainda faltaria muito tempo para isso ocorrer. As cortes locais inglesas, compostas principalmente por gente do povo, fixavam democraticamente o conteúdo do direito, representando todos os concidadãos, enquanto os juristas do rei e os canonistas continentais discutiam a portas fechadas as verdades imutáveis do direito natural a ser obedecido pela plebe. Os doutores do continente discutiam as repercussões da união hipostática de Cristo no conceito de pessoa, ao tempo em que os juristas ingleses formavam o direito comum, com base na idéia de processo empregado para selecionar os melhores costumes locais merecedores de conversão no padrão nacional¹⁶⁸⁵. A liberdade do ser humano no restante da Europa continuava meramente teórica, ao contrário da Inglaterra. Os ingleses já se preocuparam com os métodos assecuratórios do diálogo, ao passo que os demais europeus já tinham suas verdades prontas¹⁶⁸⁶. As verdades jurídicas supos-

¹⁶⁸² Cf. a nota 1569.

¹⁶⁸³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 411: “Sie [die kontinentale Rechtsentwicklung] nimmt Naturrecht als Summe, als Zusammenfassung ablesbarer Offenbarungen, nicht als Methode der Hinterfragung”.

¹⁶⁸⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 411: “Sie [die kontinentale Rechtsentwicklung] ist philosophisch sicher und methodisch unsicher, ungeübt. Die romanisch-kontinentale Haltung verurteilt den Zweifel statt ihn zu ehren”. A propósito, cf. ainda a nota 1687. Ao reverso da postura continental, note-se o que diz JENNINGS, nota 1479, a respeito da dúvida metódica como esteio do direito e da política ingleses e como mérito social.

¹⁶⁸⁵ Cf. o item 9.

¹⁶⁸⁶ Para a predominância das respostas prontas de antemão, em detrimento do método adequado para sua obtenção, cf. a nota 1687.

tamente imutáveis ainda parece formar o cerne do debate dos direitos nos países latinos, como o Brasil: “a indagação jusnaturalista coloca-se no centro das discussões metódico-filosóficas. Os juristas não se ocupam de como se faz o direito, mas do que é justo. Em oposição à Inglaterra, surge o primado do ser sobre o dever ser no direito”¹⁶⁸⁷.

O *Decreto Graciano*, de 1160, está para o direito continental assim como a Carta Magna está para o direito inglês¹⁶⁸⁸. Desgraçadamente no sentido inverso dela. O Vaticano, por meio daquela obra, canonizou a interpretação tomista de ARISTÓTELES e reservou-se a função de único hermeneuta autorizado a interpretar o justo, a partir do direito natural, para impô-lo aos homens¹⁶⁸⁹. CORWIN confirma a tese de FIKENTSCHER a respeito do direito natural como instrumento de poder, assinalando a importância da concepção de direito superior ao longo do Medievo: “este claro reflexo da concepção ciceroniana de direito natural abriu caminho para os séculos posteriores, notadamente por meio dos escritos de Santo ISIDORO DE SEVILHA e do *Decretum* de GRACIANO. Mas, juntamente com essa concepção e contribuindo claramente para sua sobrevivência ao longo de período crítico, deu-se a identificação do direito

¹⁶⁸⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 33: “Die naturrechtliche Fragestellung rückt ins Zentrum der methodisch-philosophischen Diskussionen. Nicht wie Recht wird, sondern was gerecht ist, beschäftigt die Juristen. Also entsteht im Gegensatz zur Entwicklung in England ein Primat des Seins vor dem Sollen im Recht”. Em confirmação a isso, merece citação a seguinte passagem de WIEACKER, *História*, p. 18: “a partir do momento em que Santo AGOSTINHO pensou a comunidade jurídica terrena do império romano como cópia da cidade divina, a metafísica do direito – ainda que sob a forma da sua negação – tornou-se o tema condutor de todo o pensamento jurídico até o século passado [XIX]”. Em contrapartida, o direito inglês via-se a si mesmo como direito positivo, cujos pressupostos de criação positiva mereciam ser regrados em método seguro – cf. a nota 1479.

¹⁶⁸⁸ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 13.

¹⁶⁸⁹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 14. A respeito da impossibilidade de se falar em verdadeira hermenêutica nas sociedades arbitrárias, cf. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, notas 1567 a 1569.

superior com as Escrituras, com os ensinamentos da Igreja e do *Corpus Juris*”¹⁶⁹⁰.

O *Decreto Graciano* seria obra destinada a fundamentar o poder papal, mediante deliberadas falsificações de textos tradicionais da Igreja¹⁶⁹¹. A suposta compilação valeu-se para tanto da supressão de palavras, da adulteração de sentido de frases, da substituição de “sim” por “não” e velhacarias semelhantes, devidamente surpreendidas¹⁶⁹². “Por desgraça da religião e da igreja”, anotam os especialistas sob pseudônimo, “tornou-se esse livro, mercê dos cuidados de Roma, o código e o tratado jurídico do ocidente. [...]. Tomou a obra o lugar de todas as coleções anteriores e relativas ao direito da Igreja; tornou-se o manual, o repositório, não só dos canonistas, senão também dos teólogos escolásticos, que só por intermédio dela ficaram dali em diante conhecendo em grande parte os Padres e os Concílios”¹⁶⁹³. O *Decreto Graciano* pôs termo ao livre diálogo sobre a ética no continente europeu, na mesma medida que a Carta Magna reconheceu a existência da tradição dialógica da Inglaterra e assegurou documentalmente sua continuidade, mediante fiscalização das partes interessadas – nobres e plebeus. A canonização pelo *Decreto Graciano* da adaptação tomista do pensamento aristotélico fez com que se sucedessem ao longo de séculos tão-somente variações de temas sob o mesmo método entelequial: a ordem jurídica deve submeter-se a outra, de superior dignidade, porque emanada da fonte natural, racional

¹⁶⁹⁰ CORWIN, *Higher Law*, p. 164: “this clear reflection of the Ciceronian conception of natural law had found its way to later centuries notably through the writings of Saint ISIDORE OF SEVILLA and the *Decretum* of GRATIAN. But joined with the same conception, and clearly contributing to its survival over a critical period, was the identification of the higher law with Scripture, with the teachings of the Church, and with the *Corpus Juris*”.

¹⁶⁹¹ JANUS, *Papa*, p. 450.

¹⁶⁹² JANUS, *Papa*, p. 452-454.

¹⁶⁹³ JANUS, *Papa*, p. 454. Para se ter uma idéia, consta do decreto mencionado: “do mesmo modo que Cristo [...] esteve na terra sujeito à lei, suposto em realidade fosse o soberano dela, assim está o papa acima de todas as leis da igreja, podendo haver-se com elas segundo lhe pareça, como se dele só proviesse à lei toda a autoridade”, Caus. 25, qu. I, c. 11, 12 e 16, *apud* JANUS, *Papa*, p. 455.

ou, sobretudo, teológica. PAWLOWSKI notou a respeito: “até ele [SAVIGNY], a ciência do direito apresentava-se designadamente como um ramo da Filosofia prática (política) [...]. Legitimavam-se regulações jurídicas na medida em que deduzidas de postulados morais, religiosos ou metafísicos, de que se tem ainda bom exemplo em CHRISTIAN WOLFF (1679-1754): WOLFF expunha o direito como meio para a perfeição do homem desejada por Deus”¹⁶⁹⁴. Esse ponto de vista redundou na postura descrita por FIKENTSCHER:

“Em termos da fórmula da contradição entre ser e dever ser, domina nessa concepção uma aceitação essencialmente irrefletida do ser como o dever ser. Nem tudo o que o mundo cientificamente apreensível oferece há de se tornar objeto da crítica conforme a fé; ao contrário, no mundo observável, há suficiente sabedoria divina, a partir da qual se podem obter regras para o comportamento dos seres humanos entre si. Na fórmula da contradição entre o direito natural – positivismo, a evolução até ali deve ser caracterizada pelo fato de que o direito natural aristotélico foi recebido e confirmado pelo cristianismo, de tal forma que se tornam possíveis enunciados supremamente válidos sobre questões de comportamento a partir da observação da natureza. [...]. O bem na natureza não permanece oculto àquele que crê corretamente; ao reverso, o crente é capaz de dar auxílio existencial a si mesmo e aos outros”¹⁶⁹⁵.

¹⁶⁹⁴ PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 76, nm. 148: “Bis zu ihm [SAVIGNY] stellte sich nämlich die Jurisprudenz als ein Zweig der praktischen (politischen) Philosophie dar [...]. Man legitimierte rechtliche Regelungen dadurch, daß man sie aus moralischen, religiösen oder metaphysischen Postulaten ableitete, wofür man z. B. bei CHRISTIAN WOLFF (1679-1754) noch ein gutes Beispiel findet: WOLFF stellte das Recht als ein Mittel zur (gottgewollten) Vervollkommnung des Menschen dar [...]”.

¹⁶⁹⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 376: “Auf die Formel des Gegensatzes von Sein und Sollen gebracht, herrscht bei dieser Denkweise eine im wesentlichen unreflektierte Übernahme Sein als Sollen. Nicht alles, was die wissenschaftlich erfassbare Welt bietet, muß Gegenstand glaubensmäßiger Kritik sein, vielmehr steckt in der beobachtbaren Welt genug an göttlicher Weisheit, um daraus Regeln für das Verhalten der Menschen zueinander gewinnen zu können. Auf die Formel

A repercussão histórica dessa postura intelectual no direito da Europa continental e da América latina vem esclarecida pelo mencionado autor: “a adaptação de ARISTÓTELES por meio da Escolástica no século XIII conduziu no continente a relação que quase identificava o direito aos detentores do poder. A estes é dado manejar o direito natural, tornar a entelúquia útil no caso individual e extrair interpretativamente do ser humano e de sua ‘essência’, o que apóia o existente”¹⁶⁹⁶. O monopólio eclesiástico da fé tornou simples derivar dessas premissas a competência exclusiva da Igreja para ditar o direito, a partir dos preceitos da lei religiosa eterna. Nisso consistiram o dever de casa de TOMÁS DE AQUINO e o sentido normativo do *Decreto Graciano*. O monopólio interpretativo eclesiástico fundava-se não apenas na regra de competência para interpretar com exclusividade a natureza e os textos sagrados, mas também decorria do fato de os mencionados textos terem sido redigidos em língua morta, cujo aprendizado era reservado apenas aos membros da igreja. Nada mais lógico do que a Reforma ter sido iniciada por clérigo rebelde, LUTERO, cuja primeira providência consistiu em traduzir a Bíblia e assim romper o monopólio hermenêutico citado.

ELCIAS DA COSTA fornece-nos um dos expedientes mais concretos pelos quais se exercia o monopólio hermenêutico da igreja, que transformava, por ato de autoridade, qualquer estado de coisas – um ser – em conteúdo normativo – um dever ser – e, assim, legitimava intelec-

des Gegensatzes Naturrechte - Positivismus gebracht ist die Entwicklung dahingehend zu kennzeichnen, daß aristotelisches Naturrecht christlich angenommen und bestätigt wird, so daß letztgültige Aussagen über Verhaltensfragen durch Naturbeobachtung möglich werden. [...] Wer recht glaubt, dem wird das Gute nicht verschlossen bleiben, er kann vielmehr sich und anderen Lebenshilfen geben”.

¹⁶⁹⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 441: “Die ARISTOTELES-Adaptation durch die Scholastik im 13. Jahrhundert führte auf dem Kontinent zu einem Verhältnis zum Recht, das es nahelegte, das Recht mit denen zu identifizieren die die Macht haben. Es sind die, denen es gegeben ist, das Naturrecht zu handhaben, die Entelechie für den Einzelfall nutzbar zu machen und aus dem Menschen und seinem ‘Wesen’ jeweils das herauszuinterpretieren, was das Bestehende stützt”.

tualmente toda a sorte de arbitrariedade: “argumentava-se então [na Escolástica] com a seguinte forma silogística: ‘podia Deus ter assim feito; convinha que assim o fizesse. Portanto, assim o fez’”¹⁶⁹⁷. Ora, considerando que Deus – outra imposição inquestionável – não fala nem escreve a nenhum de nós a respeito dos comportamentos humanos que supostamente lhe conviriam, o papa e seus subordinados desincumbiam-se dessa tarefa e afirmavam o que aprazeria e o que desagradaria à divindade. Nisso reside o pleno sentido do dogma segundo o qual o papa seria o vigário – substituto – de Deus na Terra. Curioso esse suposto mandato divino: o homem medieval deveria obedecer a ordens, à vista apenas do substabelecimento passado pelo papa em prol dos seus subordinados; contudo, nunca se lhe exibiu a procuração original da divindade para o príncipe do Vaticano. O *Decreto Graciano* é o texto que pretende cumprir tal função, embora lhe falte o principal – a firma reconhecida do mandante. Assim, é natural que esse vício fosse mais adiante levantado pela Reforma, nascida na terra que outrora exportou a garantia do juízo pelos pares, segundo a lei do império.

A rudimentar estruturação germânica do continente¹⁶⁹⁸, debilitada pela influência romana¹⁶⁹⁹, foi propositalmente substituída com o *Decreto Graciano* pela fragmentação social, patrocinada pela Igreja com base no paradoxal monopólio hermenêutico¹⁷⁰⁰ de todas as supostas enteléquias do mundo natural e do ético. Cuida-se do mando fragmentado, muito similar às teocracias orientais.

A recepção aristotélica estabeleceu o positivismo no continente e na América latina, ainda que sob o nome de direito natural, pois o “positivismo significa sempre algo decidido a partir das aparências de primeiro plano e sem consideração ao controle por meio de condicionan-

¹⁶⁹⁷ ELCIAS DA COSTA, *Analogia*, p. 69. A fórmula latina era: “Potuit... (scil. Deus hoc facere); Decuit... (scil. Deus hoc facere); Ergo fecit”.

¹⁶⁹⁸ Cf. os itens 14 e 14.1.

¹⁶⁹⁹ Cf. o item 15.2.1.

¹⁷⁰⁰ Cf. as notas 1567 a 1569.

tes. O positivismo é uma pré-compreensão filosófica”¹⁷⁰¹. O positivismo de apelo jusnaturalista foi dali por diante cultivado em longa tradição, que passou por MARSÍLIO, THOMASIIUS, PUFENDORF, WOLFF, ROUSSEAU etc. STEN GAGNÉR sublinha que a disciplina jurídica continental sempre esteve voltada para o “eterno”, quer derivado da ordem divina, quer como produto da “perpétua razão humana” do Iluminismo¹⁷⁰². O eterno, supostamente subtraído à evolução histórica, poderia ser fixado em leis com aspiração à validade geral¹⁷⁰³. A “ideologia do direito natural” transformou-se em “ideologia legal”¹⁷⁰⁴. Manteve-se, no entanto, o positivismo, entendido como impossibilidade de se indagarem das causas primeiras das regras jurídicas impostas pela Igreja, reis ou parlamentos situados acima do direito.

A implantação desse novo modelo político e jurídico destruiu a garantia bárbara do devido processo legal segundo as leis do reino. O clero e a nobreza suprimiram o diálogo processual e passaram a ditar o que era a lei do reino, no sentido inverso da Carta Magna, que deu forma solene à garantia de criação e aplicação democráticas do direito. Quem já tem lá suas certezas éticas não precisa debatê-las com ninguém; pode impô-las a todos as pessoas do continente¹⁷⁰⁵. Então, para quê julgamento pelos pares segundo o direito do reino? Precisamente por isso, o juízo pelos pares declinou na Europa após a canonização do *Decreto Graciano*, por assim dizer, a Anti-Carta Magna. Prova-se, desse modo, outra vez, a correção do asserto de somente haver lugar para a

¹⁷⁰¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 416: “Positivistisch heißt stets: Von der vordergründigen Erscheinung her geurteilt, und ohne Rücksicht auf die Kontrolle durch die Bedingungen. Der Positivismus ist ein philosophisches Vorverständnis”.

¹⁷⁰² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 417.

¹⁷⁰³ *Apud* FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 417.

¹⁷⁰⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 417.

¹⁷⁰⁵ Donde a enorme diferença entre as definições comparadas de legalidade: o conceito inglês é legalidade de origem democrática; na origem, o equivalente continental não passa de saber se certa conduta está ou não regulada em ato formal – a lei; cf. a nota 1402.

proporcionalidade no direito de sociedades estruturadas; onde quer que o poder político imponha a fragmentação social, não lhe sobrarão espaço¹⁷⁰⁶.

A desapareção do antecedente germânico da proporcionalidade – a edição e aplicação comunitárias do direito – forçaria a Europa continental e a América latina a construí-la de outra maneira¹⁷⁰⁷. Essa alternativa teórica chama-se pessoa, curiosamente também desenvolvida pelos canonistas.

15.3.4.2 – O século XIII e a dignidade da pessoa

Além de dispor da herança dialógica socrática de da tradição germânica rudimentarmente estruturada, a Igreja poderia ter empregado o conceito de pessoa, elaborado por seus próprios canonistas no século XIII, para manter acesa a chama da estruturação social no continente europeu. A opção recaiu na adaptação tomista da enteléquia, pensada na mesma época. O privilégio da enteléquia obrigou o descarte, durante o século XIII, de muitas das grandes possibilidades abertas pelo conceito de pessoa, então criado em repulsa às duas noções objetivas do ser humano: o indivíduo da lógica, oposto à categoria, e o sujeito da natureza, isto é, o ser submetido às inexoráveis leis naturais¹⁷⁰⁸.

O primado da enteléquia aristotélica na adaptação escolástica, todavia, não se mostrou capaz de impedir o aprofundamento dos estudos cristológicos. O trabalho teológico então desenvolvido pelos canonistas seria, muito depois, secularizado para formar o “pano de fundo ético” de

¹⁷⁰⁶ Cf. o item 19.2.

¹⁷⁰⁷ Por certo que ambas as regiões também receberam influência do devido processo legal anglo-americano; contudo, isso se deu de modo retroativo ou complementar. Os direitos de perfil romano-germânico empregaram o conceito alheio como reforço de sua própria invenção, após construída a proporcionalidade a partir de outro caminho teórico.

¹⁷⁰⁸ Cf. a nota 1737 e segs.

“grande época da jurisprudência”¹⁷⁰⁹. O que era minoritário ou incipiente no contexto fragmentado tornou-se uma das bases do futuro direito estruturado.

O fato de as fontes filosóficas dos conceitos de proporcionalidade e de pessoa estarem abertas ao mesmo tempo sobre a mesma mesa de trabalho revela felizes coincidências no estudo associado de ambas. As coincidências parecem endossar o ponto de vista de que a pessoa substituiu temporariamente o *logos* na construção dos antecedentes remotos da proporcionalidade. O número de páginas em branco que este trabalho deveria ter dedicado a expressar o vácuo intelectual sobre a proporcionalidade entre 500 e 1200 d. C. haveria de ser dobrado. Naqueles setecentos anos, tampouco parece ter sido produzido algo digno de nota a respeito da idéia de pessoa. O inverso, ademais, também parece verdadeiro. A retomada de um daqueles conceitos ocorreu em sincronia com a do outro. Interessa sobretudo, nesse inventário de coincidências, o tratamento lógico da definição de pessoa. O novo conteúdo foi elaborado com auxílio do conceito ampliado de proporção. A proporcionalidade ainda era conhecida pelo étimo grego analogia no século XIII. O termo analogia possui dois significados: o matemático equivale à identidade de razões¹⁷¹⁰, ao passo que o moderno designa a extensão provável do conhecimento por meio de semelhanças entre objetos¹⁷¹¹. ABBAGNANO esclarece: “o uso medieval do termo serve de transição entre um e outro significado”¹⁷¹². A formulação das idéias de pessoa e de sua dignidade espelha a mutação de sentido do termo analogia ou proporcionalidade. A noção remota de identidade, a nova acepção de analogia, embora conserve a noção remota de identidade, permitiu transpor o ente moral da união hipostática de Cristo para todos os homens. ABBAGNANO demonstra que, justamente no século XIII e primeira metade do se-

¹⁷⁰⁹ WIEACKER, *História*, p. 279–280.

¹⁷¹⁰ Cf. a nota III 3.

¹⁷¹¹ ABBAGNANO, *Diccionario*, p. 67, FERRATER MORA, *Diccionario*, p. 99, e LANDE, *Vocabulaire*, p. 52.

¹⁷¹² ABBAGNANO, *Diccionario*, p. 67.

guinte, se registrou polêmica escolástica em torno do conceito de “analogia de proporcionalidade”. TOMÁS DE AQUINO defendia o ponto de vista de que “só Deus tem o ser por excelência; as criaturas têm o ser por participação; enquanto são, são similares a Deus, que é o primeiro princípio universal do ser, mas Deus não lhes é similar: esta relação é a analogia”¹⁷¹³. DUNS SCOTUS opunha-se a essa cisão com base em ARISTÓTELES, advogando a unicidade do conceito de ser, pelo “motivo fundamental de que, se assim não fosse, seria impossível conhecer algo de Deus e determinar qualquer atributo Dele, remontando pela via causal das criaturas”¹⁷¹⁴.

A analogia permitiu transferir o ente moral e a dignidade de Cristo a todos os homens. Os homens estão nas duas pontas do raciocínio: criaram o ente moral dotado de dignidade, imputaram-no a Cristo e, dessa fonte confiável, derivaram-no de volta para si mesmos. Por certo que a origem dogmática remonta ao Velho Testamento, na lição dos igualitários homens, todos feitos à imagem e semelhança de Deus¹⁷¹⁵. SERGIO COTTA indica idéia afim dessa nova ontologia moral, carregada de dignidade: cuida-se da “acurada distinção entre ‘imagem’ e ‘semelhança’ precisada pela Patrística grega e mantida particularmente viva na Igreja ortodoxa. A ‘imagem’ é um dado ontológico, portanto, não é cancelada nem cancelável mesmo no homem carnal, enquanto a maior ou menor fidelidade da ‘semelhança’ é conexas ao empenho pessoal do indivíduo”¹⁷¹⁶.

A construção da dignidade da pessoa humana recua à Baixa Idade Média, com os estudos escolásticos de Cristo. “A cristologia do final do

¹⁷¹³ S. Th., I, q. 4, a 3, *apud* ABBAGNANO, *Diccionario*, p. 68.

¹⁷¹⁴ ABBAGNANO, *Diccionario*, p. 69.

¹⁷¹⁵ Cf. a nota 1171 e segs.

¹⁷¹⁶ COTTA, *Persona*, p. 165: “Inoltre, se si tien conto della accurata distinzione tra ‘immagine’ e ‘somiglianza’ precisata dalla Patristica greca e mantenuta particolarmente viva nella Chiesa ortodossa, l’immagine’ è un dato ontologico, pertanto non è cancellata né cancellabile neanche nell’uomo carnale, mentre la maggiore o minore fedeltà della ‘somiglianza’ è connessa all’impegno personale dell’individuo”.

século XIII proveu o conceito de pessoa com aqueles predicados que se lhe imputam até hoje”¹⁷¹⁷. BOAVENTURA, em busca de explicação para o advento de Cristo, raciocinou que seu objetivo consistiria na redenção dos pecados cometidos pela humanidade desde Adão¹⁷¹⁸. Essa enorme carga de culpa somente poderia ser relevada por um ser humano, cuja grandeza fosse infinitamente maior que a de um homem comum¹⁷¹⁹. A pedra de toque de toda a construção, revela KOBUSCH, está no caráter voluntário do sacrifício de Cristo: sua liberdade. BOAVENTURA afirmou: “o infinito mérito do ato de redenção de Cristo, que absolve o pecado de Adão, se fundamenta na ‘infinita dignidade da sua pessoa’, ao invés de lhe advir do exterior”¹⁷²⁰. “PETRUS JOHANNIS OLIVI, um dos alunos de BOAVENTURA, expôs de modo mais claro o que a aceitação da natureza humana [de Cristo] significa frente aos pressupostos dessa idéia de uma dignidade infinita”¹⁷²¹, destaca KOBUSCH:

“Por meio da ligação da pessoa de Cristo à natureza humana, esta última adquire a mesma dignidade infinita, que supera a dignidade de uma simples criatura. A pessoa de Cristo é, por isso, também como pessoa humana, ‘algo incriado e o mais alto bem’. A ‘vida corpórea’ de Cristo, isto é, sua existência concreta e histórica, que é finita por definição, possui, como a existência de uma pessoa, uma dignidade superior à de uma mera criatura”¹⁷²².

¹⁷¹⁷ KOBUSCH, *Person*, p. 30: “Die Christologie des späteren 13. Jh. hat den Personbegriff mit jenen Prädikaten, die ihm bis heute zukommen”.

¹⁷¹⁸ KOBUSCH, *Person*, p. 30.

¹⁷¹⁹ KOBUSCH, *Person*, p. 30.

¹⁷²⁰ KOBUSCH, *Person*, p. 30: “Das unendliche Verdienst der Erlösungstat Christi, das die Schuld Adams tilgt, kommt ihr nicht von außen zu, sondern liegt in der ‘unendlichen Würde seiner Person’ begründet”. No original de BOAVENTURA, III Sent., d. 13, a. 1, q. 2, ad. 3, III, 280a, *apud* KOBUSCH, *Person*, p. 30: “meritum illud est infinitum, non ratione gratiae create in se, sed ratione infinitae dignitatis personae”.

¹⁷²¹ KOBUSCH, *Person*, p. 30: “Was die Annahme der menschlichen Natur von Hintergrund dieses Gedankens der unendliche Würde bedeutet, hat deutlicher als BOAVENTURA selbst einer seiner Schüler, PETRUS JOHANNIS OLIVI, dargestellt”.

¹⁷²² KOBUSCH, *Person*, p. 30: “Durch die Verbindung der Person Christi mit der menschlichen Natur kommt dieser dieselbe unendliche Würde zu, die jegliche

A pessoa humana teria a mesma dignidade da pessoa de Cristo, porque ambas compartilhariam do mesmo traço: a liberdade, que pressupõe a racionalidade e, por isso, diferencia o homem das demais criaturas. “O valor infinito da pessoa humana enobrecida pelo ato de redenção de Cristo reside na sua liberdade. Como elemento constitutivo essencial da pessoa a liberdade diferencia-se de todas as coisas materiais deste mundo”, nota KOBUSCH¹⁷²³. Com o auxílio da analogia mencionada e por meio da ligação da pessoa de Cristo com a natureza humana, imputou-se ao homem aquela mesma dignidade¹⁷²⁴. Assim, as distinções cristológicas aprofundadas no século XIII levaram à conclusão da liberdade do ser humano, deduzida a partir do conceito básico de ente moral comum a Cristo e ao ser humano¹⁷²⁵. KOBUSCH explica o surgimento dessa nova concepção:

“A questão herdada da Antigüidade cristã sobre a correta compreensão da união hipostática de ambas as naturezas em Cristo deu oportunidade aos autores da Idade Média a inovações revolucionárias na terminologia. Especialmente e à frente de todas, deve-se mencionar a doutrina de ALEXANDRE DE HALES, segundo o qual, o

Würde eines Geschaffenen übersteigt. Die Person Christi ist deswegen, auch als menschliche Person, ‘etwas Ungeschaffenes und das höchste Gut’. Das ‘körperliche Leben’ Christi, d. h. die konkrete geschichtliche Existenz Christi, die freilich von sich her endlich ist, hat als die Existenz einer Person eine die Würde jenes Geschaffenen schlechthin übersteigende Würde”. Eis o texto original de OLIVI, *Questiones de Incarnatione et Redemptione*, q.2,103, *apud* KOBUSCH, *Person*, p. 30, nota 33: “Christi persona, etiam in quantum est persona naturae humanae, est quid increatum et summum bonum”.

¹⁷²³ KOBUSCH, *Person*, p. 31: “Der unendliche Wert der durch die Erlösungstat Christi geadelten Person liegt in ihrer Freiheit. Sie ist als personkonstituierende Wesenselement von allem Dinghaften dieser Welt unterschieden”.

¹⁷²⁴ KOBUSCH, *Person*, p. 30.

¹⁷²⁵ KOBUSCH, *Person*, p. 23. Cf. KOBUSCH, *Person*, p. 44-54, para os aspectos criminais, e WIEACKER, *História*, p. 73-78, entre tantas outras passagens, para os civis.

subiectum, o *individuum* e a *persona* de Cristo haveriam de ser diferenciados”¹⁷²⁶.

ALEXANDRE DE HALES afirmou: “a pessoa pertence à ordem moral, o indivíduo diz respeito à racional e o sujeito se refere à ordem da natureza”¹⁷²⁷. O corpo e a alma de Cristo corresponderiam, assim, a seu ente natural, ao passo que seu indivíduo lhe daria a essência intelectual¹⁷²⁸. “De acordo com essa doutrina”, completa KOBUSCH, “a pessoa [...] possui o modo de existência de ‘coisa moral’ e, nessa medida, lhe corresponde a liberdade. Como ente livre, pois, a pessoa possui dignidade. ‘*Persona res moris est, quia dicit proprietatem dignitatem*’, diz ALEXANDRE DE HALES”¹⁷²⁹. Essa tríplice divisão do ser humano permite a compreensão do indivíduo. O indivíduo, contraposto à humanidade no âmbito natural, possui somente relativa identidade, na medida em que pode ser “qualquer pessoa”, o chamado “*individuum vagum*”. O ente racional, do campo intelectual, constitui-se pela “reunião de acidentes”¹⁷³⁰, inconcebíveis noutra pessoa. A individualização somente se completa por meio da incomunicabilidade – o indivíduo moral é a pessoa, distinguida por

¹⁷²⁶ KOBUSCH, *Person*, p. 23: “Denn die aus der christlichen Antike übernommene Frage nach dem rechten Verständnis der hypostatischen Union der beiden Naturen in Christus veranlaßte die Autoren des Mittelalters zu revolutionären Neuerungen in der Terminologie. Besonders und allem voran ist hier die Lehre des Alexander v. Hales zu erwähnen, nach der *subiectum*, das *individuum*, und die *persona* Christi unterschieden werden müssen”.

¹⁷²⁷ Eis o original de ALEXANDRE DE HALES, Glosa, *in Sent.*, d. 25, 244, 30, *apud* KOBUSCH, *Person*, p. 23, nota 3: “ita enim distinguuntur haec tria: persona, individuum, subiectum, quod ‘persona’ ad mores refertur et est nomen moris, ‘individuum’ pertinet ad rationalitatem, ‘subiectum’ ad naturalem”. KOBUSCH o traduziu do seguinte modo: “Danach gehört die Person zur Ordnung des Moralischen, das Individuum hängt mit der Ordnung des Vernunfthaften zusammen, das Subiectum schließlich bezieht sich auf die Ordnung der Natur”.

¹⁷²⁸ KOBUSCH, *Person*, p. 23–24.

¹⁷²⁹ KOBUSCH, *Person*, p. 24: “Die Person [...] hat nach dieser Lehre die Seinsweise eines ‘moralischen Dinges’, und zwar insofern ihr Freiheit zukommt. Als Wesen der Freiheit aber hat die Person ‘Würde’. *Persona res moris est, quia dicit proprietatem dignitatis* sagt ALEXANDER V. HALES”.

¹⁷³⁰ KOBUSCH, *Person*, p. 24: “Ansammlung der Akzidentien”.

uma propriedade, qual seja, a “dignidade”¹⁷³¹. Semelhante tripartição teria sido estabelecida em base estoíca, pois os adeptos daquela escola dividiam o saber em filosofia moral, natural e lógica¹⁷³². A distinção feita pelo direito romano entre o sujeito, os atos por ele praticados e as coisas assim afetadas teve “significado fundamental” no estabelecimento dessa nova ontologia¹⁷³³. KOBUSCH sublinha a importância do surgimento, no século XIII, da nova ontologia autônoma – a do ente moral –, cujo fundamento é a liberdade humana¹⁷³⁴.

A relação dos entes natural, racional e moral entre si parece tão importante quanto a criação da terceira ontologia – a relativa à pessoa. O ente moral ou pessoa não elimina o ente racional nem o natural, mas os eleva. A elevação resultaria da circunstância de que o ente moral também se comporia de características racionais e naturais, malgrado sua essência seja a dignidade, decorrente da liberdade¹⁷³⁵.

KOBUSCH assinala a novidade dessa terceira região ontológica – o ente moral – diante do pensamento aristotélico, predominante na Escolástica, embora de forma deturpada¹⁷³⁶. “A metafísica de ARISTÓTELES é, em realidade, uma ontologia de objetos”, pois seus princípios são todos obtidos na perspectiva das coisas da natureza (forma e matéria, ser e essência etc.)”¹⁷³⁷. Em virtude disso, o ser accidental – o indivíduo – e os

¹⁷³¹ KOBUSCH, *Person*, p. 24-25.

¹⁷³² KOBUSCH, *Person*, p. 25.

¹⁷³³ KOBUSCH, *Person*, p. 74.

¹⁷³⁴ KOBUSCH, *Person*, p. 25.

¹⁷³⁵ KOBUSCH, *Person*, p. 25.

¹⁷³⁶ ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 1, p. 105: “ARISTÓTELES não teme o resultado do não-resultado e aproxima-se de SÓCRATES, o produtor dos pontos de interrogação, o que prova que é *claramente* um filósofo, não um dogmático ou escolástico. Foi uma violação do seu nome quando aristotélicos da Idade Média e da Modernidade tentaram imputar-lhe a segurança por ele apresentada, sobretudo no campo formal, bem como as teses provavelmente apresentadas por ele no campo da valoração/ética/política”.

¹⁷³⁷ KOBUSCH, *Person*, p. 27: “Die aristotelische Metaphysik ist in Wirklichkeit ja eine Dingontologie, denn ihre Prinzipien sind alle im Hinblick auf die Dinge der Natur gewonnen (Form und Materie, Sein und Wesen usw.)”.

temas da razão discursiva foram afastados da metafísica aristotélica, como “categorias do ente”¹⁷³⁸. Por idêntica razão, o caráter ontológico do ser pensante é negado e a pesquisa orientada apenas para o “ser ‘exterior’ e autônomo, isto é, substancial ou categorialmente palpável”¹⁷³⁹. A metafísica cristológica do século XIII foi resposta crítica aos dois grandes conceitos de ser humano reificado ou tornado objeto, vale repetir, o indivíduo da lógica e o sujeito da natureza. ALEXANDRE DE HALES indicou diferentes disciplinas dedicadas ao exame de cada um dos entes reunidos no ser humano: a física aristotélica ou a filosofia natural ocupa-se do sujeito; o indivíduo é abordado pela lógica; e a pessoa pertence ao domínio da moral¹⁷⁴⁰. Assim se inaugurou a longa tradição filosófica de análise da pessoa até KANT, com a “Metafísica da Moral”¹⁷⁴¹, quer dizer, da pessoa moral. A frase de FAUSTUS RIENSIS tornou-se célebre no direito: “*persona res iuris est, substantia res naturae*”¹⁷⁴². Tal síntese, citada por muitos ao longo dos séculos XII e XIII¹⁷⁴³, causou impacto na teoria jurídica:

“Se, em realidade, ‘a pessoa é tema do direito e a substância é tema da natureza’, então se pode compreender em que medida Cristo não se tornou uma segunda pessoa, ao fazer-se homem, isto é, ao assumir corpo e alma, que, de resto, constituem uma pessoa própria. [...]. A pessoa, que como tal é provida de determinada

¹⁷³⁸ KOBUSCH, *Person*, p. 27: “Gattungen des Seienden”.

¹⁷³⁹ KOBUSCH, *Person*, p. 27: “Damit wird der ontologische Eigencharakter des gedachten Seins geleugnet, und die Untersuchung allein auf das ‘äußere’ und selbständige, d. h., substantielle bzw. Kategorial faßbar Seiende gelenkt.”

¹⁷⁴⁰ KOBUSCH, *Person*, p. 28-29.

¹⁷⁴¹ Traduzida entre nós, a meu ver, com desacerto, por “Metafísica dos Costumes”; trata-se, antes de tudo, do exame da pessoa, do ente moral, tanto assim que aquele sistema ético se funda na pessoa, portadora do valor absoluto – a dignidade. A propósito, cf. KOBUSCH, *Person*, p. 27.

¹⁷⁴² *Apud* KOBUSCH, *Person*, p. 29.

¹⁷⁴³ KOBUSCH, *Person*, p. 29.

dignidade, pode receber e conservar em modo mais elevado uma outra, em certa medida inferior”¹⁷⁴⁴.

A relação entre o novo conceito de pessoa – relacionado ao ente moral de Cristo – parece o dado mais importante do período para o estudo da proporcionalidade. A pessoa transformar-se-ia no precursor fundamental da proporcionalidade no continente¹⁷⁴⁵. Similares especulações do século XIII sobre a união hipostática de Cristo talvez soem como bizantinices teológicas àqueles que, no século XXI, estudam a proporcionalidade, e não o direito canônico. A recapitulação dos termos essenciais da ontologia do ente moral parece demonstrar o contrário. A manutenção da dignidade divina, mesmo quando Deus se abaixou ao raso da condição humana significa que os homens dispõem do suporte – hipóstase – imprescindível à dignidade. Os teólogos concluíram que a possibilidade foi concretizada. Se Cristo, apesar de tornado homem, tinha uma única pessoa, e não se desdobrou num ente divino e noutra humano, então o homem também possui parcela daquela dignidade, porque feito à imagem e semelhança de Deus. A consequência daí decorrente com repercussão imediata no campo jurídico encontra-se resumida por KOBUSCH: “a noção do valor inestimável da pessoa permaneceria, no entanto, abstrata e vazia, acaso não lhe fossem assegurados determinados direitos, que a protejam de toda a coisificação e a coloquem em situação de realizar sua liberdade pessoal”¹⁷⁴⁶. Eis a origem dos chamados direitos humanos, com cuja tutela a proporcionalidade cola-

¹⁷⁴⁴ KOBUSCH, *Person*, p. 29: “Wenn nämlich die Person eine ‘Sache des Rechts ist, Substanz aber eine Sache der Natur’, dann kann verstanden werden, inwiefern Christus durch die Menschenwerdung, d. h. durch die Aufnahme von Seele und Leib, die sonst ja eine eigene Person konstituieren, nicht eine zweite Person wird. [...]. Denn die Person, die als solche mit einer bestimmten Würde ausgestattet ist, kann eine andere, niedrigere gewissermaßen in sich aufnehmen und in höherer Weise bewahren”.

¹⁷⁴⁵ KOBUSCH, *Person*, p. 23-24.

¹⁷⁴⁶ KOBUSCH, *Person*, p. 31: “Die Einsicht in den unüberschätzbaren Wert der Person bleibt abstrakt und leer, wenn ihr nicht auch bestimmte Rechte zugesprochen werden, die sie vor aller Verdinglichung schützen und in den Stand setzen, ihre personale Freiheit zu verwirklichen”.

hora. Divisa-se ao longe, no ponto de fuga do sistema jurídico, a proporcionalidade, destinada à proteção da pessoa moderna e elaborada com o auxílio da aludida noção teológica.

A inovação do conceito de pessoa tornou os comentaristas do *Decretum* de GRACIANO os primeiros a distinguir as categorias do direito objetivo e subjetivo, isto é, o direito concreto das pessoas¹⁷⁴⁷. “Enquanto o Decreto GRACIANO (cerca de 1140) empregou a palavra *ius* no sentido objetivo, e pode ser entendido como lei natural, direito costumeiro, lei civil, direito militar ou público, os canonistas que comentaram esse texto entenderam a palavra em geral no sentido subjetivo”¹⁷⁴⁸. GERSON, por exemplo, assinalou o direito subjetivo como “um certo patrimônio, por meio do qual o ser humano está na situação de distinguir entre o bem e o mal e, nesse sentido, o direito natural se denomina uma capacidade, isto é, ele é o livre arbítrio’. O direito torna-se, assim, o espaço de liberdade atribuído à pessoa”¹⁷⁴⁹.

A teologia do século XIII ainda oferece interesse, por haver diferenciado as ontologias natural e moral, associadas com alguma frequência na proporcionalidade, em especial no princípio da adequação – certo instrumento naturalisticamente inadequado à consecução de determinado fim é também juridicamente inaceitável. A aludida corrente

¹⁷⁴⁷ KOBUSCH, *Person*, p. 34. MOREIRA ALVES, *Direito*, vol. I, p. 91, oferece informação útil nesse contexto: “os juristas romanos usavam a palavra *ius*, entre outros significados, no sentido de *direito objetivo* e de *direito subjetivo*. Todavia, como não foram dados à abstração, não chegaram a fixar, expressamente, a diferença entre esses dois conceitos”.

¹⁷⁴⁸ KOBUSCH, *Person*, p. 34: “Während in GRATIANUS *Decretum* (c. 1140) das Wort *ius* im objektiven Sinne gebraucht und als Naturgesetz, Gewohnheitsrecht, bürgerliches Gesetz, Militärrecht oder öffentliches Recht verstanden werden kann, haben die Kanonisten, die diesen Text kommentieren, das Wort allgemein im subjektiven Sinne verstanden”.

¹⁷⁴⁹ KOBUSCH, *Person*, p. 34-35: “... wie später bei GERSON – ‘ein gewisses Vermögen’ bezeichnen, ‘durch das der Mensch in der Lage ist, zwischen Gut und Böse zu unterscheiden, und in diesem Sinne wird das Naturrecht eine Fähigkeit genannt, d. h. es ist der freie Wille’. Das Recht ist danach jener der individuellen Person zukommende Freiheitsraum...”.

filosófica permitiu a plena distinção entre ambas as ontologias, ao imputar à natureza a característica da necessidade e ao adscrever a moral à categoria da liberdade¹⁷⁵⁰. Os acontecimentos do mundo natural seguem uma ordem fixa, ao passo que o ente moral opera em decorrência da vontade; a vontade é sua “causa” por excelência¹⁷⁵¹. Essa distinção, de GUILHERME DE AUVERGNE, permitiu a DURANDUS DE SANTO PORCIANO, entre 1317 e 1325, afirmar ser o “domínio da vontade” o verdadeiro objeto da ontologia moral e, por isso, da imputação de “culpa ou mérito” a alguém¹⁷⁵². A dissolução da *polis* impediu os pensadores cristãos de entender como a justiça poderia ser virtude, pois sua ética era “meramente individual e religiosa”, ou seja, fragmentada em cada pessoa¹⁷⁵³. O ente moral é ser imputável, que deve prestar contas e ser responsabilizado por seus atos. DURANDUS afirmaria a diferença entre as ontologias moral e natural, com base no conceito de determinação, transformado depois em predeterminação por SUAREZ. A predeterminação física obedece a processos absolutamente necessários, ao passo que a moral abre espaço para a reação do homem, por meio da graça divina¹⁷⁵⁴. É o velho mecanismo do Deus extraposto, a autorizar o homem a agir, ainda que errando, porque a graça existe. “Com outras palavras”, afirma KOBUSCH, “a graça divina como determinação moral não é um empeco à liberdade natural do ser humano, mas a pressupõe”¹⁷⁵⁵. O critério para o julgamento dos atos morais não é, conseqüentemente, o hábito, ao qual o homem pode opor resistência, mas a “reta razão”¹⁷⁵⁶.

¹⁷⁵⁰ KOBUSCH, *Person*, p. 37.

¹⁷⁵¹ KOBUSCH, *Person*, p. 37.

¹⁷⁵² II Sent., d. 24, q. 5, n. 8, I, 173 va, *apud* KOBUSCH, *Person*, p. 38, nota 64: “Genus autem moris primo incipit, ubi dominium voluntatis reperitur, secundum quod aliquid imputatur nobis ad culpam vel meritum”.

¹⁷⁵³ JAEGER, *Paidéia*, p. 95.

¹⁷⁵⁴ KOBUSCH, *Person*, p. 43.

¹⁷⁵⁵ KOBUSCH, *Person*, p. 43: “Mit anderen Worten: Die göttliche Gnade als moralische Bestimmung ist kein Hindernis der natürlichen Freiheit des Menschen, sondern setzt sie voraus”.

¹⁷⁵⁶ DURANDUS, III Sent., d. 23, q. 3, n. 4, II, 253 rb, *apud* KOBUSCH, *Person*, p. 43: “rechter Vernunft”.

Tais considerações levaram KOBUSCH à questão da existência, no Medievo, de direitos naturais no sentido subjetivo. Os canonistas mencionavam-nos de passagem, de modo solto em coletâneas desordenadas, nos padrões do saber agregativo fragmentado. Os direitos humanos modernos, a partir de WOLFF ou, no mais tardar, das declarações revolucionárias, tornaram-se diretivas evidentes, vale dizer, fundamentos indiscutíveis da vida política e privada¹⁷⁵⁷. Transformaram-se, portanto, na base jurídica das sociedades ocidentais novamente estruturadas.

O conceito teológico de pessoa alcançava o grau de refinamento exposto. Já o aspecto da proporcionalidade derivado do *logos*, nas mãos da Escolástica, era utilizado segundo os padrões do conhecimento agregativo das culturas fragmentadas. As obras gregas eram dissecadas, fragmentadas para originar categorias como a analogia de atribuição, de proporção, *simpliciter diversa*, *secundum quid eadem*, extrínseca, intrínseca, metafórica etc¹⁷⁵⁸. Pouco se avançou, contudo, no tratamento sistemático das idéias antigas, bem como na produção de novos conhecimentos¹⁷⁵⁹. Chegou-se, então, a momento histórico bem curioso nos antecedentes continentais da proporcionalidade: o *logos* havia decaído e ainda não seria restaurado até GALILEU e DESCARTES; em contrapartida, já estava criado o novo conceito de pessoa – o ente moral dotado de dignidade inalienável –, a quem se imputam méritos e culpas, direitos e deveres e, sobretudo, dignidade, porque dispõe de liberdade para decidir seu destino ético. A extensão da narrativa do nascimento da terceira ontologia deve-se à exposição de alguns de seus pormenores e, não, à repercussão histórica imediata então alcançada pelo ente moral. Os grandes reflexos dessa natureza somente adviriam séculos depois. A adver-

¹⁷⁵⁷ KOBUSCH, *Person*, p. 36.

¹⁷⁵⁸ FERRATER MORA, *Diccionario*, p. 100–101.

¹⁷⁵⁹ ADOMEIT, *Filosofia*, p. 98 observou: “com tal severo trabalho lógico-conceitual, ARISTÓTELES conquistou mais tarde a escolástica da Idade Média, mais precisamente: através da adoção do pensamento aristotélico, o tomismo então tornou-se escolástica”. Para a distorção do pensamento aristotélico naquele período, cf. a nota 1736.

tência outrora feita – a do caráter excepcional desse pensamento no conjunto do modo de pensar fragmentado – merece nova ênfase: a pessoa é precursora da proporcionalidade, contrária ao espírito dominante no século XIII. Isso já se vê até mesmo na própria discussão levada a cabo a propósito do ente moral. Os atributos do ser humano eram discutidos nos claustros dos mosteiros pelos homens da igreja e ninguém mais, ao reverso do que então sucedia nas cortes populares inglesas daquele mesmo período, que, a partir de 1215, funcionavam com base na garantia real escrita na Carta Magna. A pessoa por eles moldada representava resistência à reificação do ser humano no pensamento de ARISTÓTELES, embora tenha sido construída no continente europeu por meio aristotélico: sábios reunidos decidem a verdade; os demais seguem-lhes a diretiva ou ordem. Isso traduz pensamento fragmentado. FIKENTSCHER afirmou: “ela [a atitude romano-continental] exalta o ser humano; de início, primeiramente, à moda cristã; em seguida, como no barroco”, e como no Iluminismo, pode-se completar¹⁷⁶⁰. A história do estabelecimento gradual da pessoa no continente europeu e na América latina, como se verá, continua essa tradição especulativa, não de experiência comunitária. Este texto, talvez, exemplifique esta afirmação.

. . – *O humanismo: crítica em antigas bases*

A Reforma abriu as portas ao jusracionalismo e ao Iluminismo, porque desafiou a unicidade da fé, outrora interpretada monopolística e jusnaturalisticamente pela Igreja. A Reforma fundava-se na concepção inversa da Igreja católica, isto é, na “doutrina” da existência de “dois reinos” separados: o espiritual e o secular¹⁷⁶¹. Até por discordarem do Vaticano, os protestantes já não mais podiam aderir à enteléquia aristo-

¹⁷⁶⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 411: “Sie [die romanisch-kontinentale Haltung] exalziert den Menschen, erst christlich, dann humanistisch, dann barock”.

¹⁷⁶¹ Zwei-Reiche-Lehre.

télica, segundo a qual “somente quem crê retamente pode conhecer verdadeiramente e produzir valores reitores”¹⁷⁶².

O nominalismo questionou a *analogia entis* de TOMÁS DE AQUINO e, assim, principiou o lento abandono da “teoria aristotélica das idéias, a qual concebe a existência contrária aos valores como um modo incompleto de existência”¹⁷⁶³. O mundo, a partir de então, resulta de insondável ato de liberdade do Deus infinito, situado para além do bem e do mal. O voluntarismo nominalista”, nota WIEACKER, retoma a antinomia do cristianismo primitivo ente a justiça de Deus e a injustiça do homem¹⁷⁶⁴. Prega-se um Deus livre e extraposto, ao revés do intraposto, cujos desígnios se decifram pelas manifestações concretas mundanas. Não custa lembrar, os maiores representantes desse novo pensamento vieram da Grã-Bretanha – DUNS SCOT (c. 1266-1308) e OCKHAM (c. 1300-1350).

A divergência entre os cristãos reformados e os da Igreja católica não deixavam muitas alternativas: ou as sociedades protestantes dispensavam o direito ou declaravam que seu estabelecimento prescindia de concepções religiosas¹⁷⁶⁵. Ao menos nas ordens jurídicas continentais, o direito natural é invocado sempre que os fundamentos de determinada ordem jurídica perdem persuasão e necessitam de substituição¹⁷⁶⁶. Isso aconteceu no início da Idade Moderna, em decorrência das guerras religiosas, tais como as estabelecidas no direito natural defendido ao longo da Idade Média pela Igreja¹⁷⁶⁷. A Reforma, o progresso da filosofia e os primórdios das ciências naturais modernas romperam o fundamento

¹⁷⁶² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 2, p. 389: “In den christlichen Glauben aufgenommen bewirkt sie [die Entelechie des Aristoteles], daß nur wer recht glaubt, richtig erkennt und führende Werte produzieren kann”.

¹⁷⁶³ WIEACKER, *História*, p. 293.

¹⁷⁶⁴ WIEACKER, *História*, p. 295.

¹⁷⁶⁵ Quanto à relatividade dessa afirmação, transformada em postulado pelo Iluminismo, cf. a nota 1790.

¹⁷⁶⁶ WIEACKER, *História*, p. 281.

¹⁷⁶⁷ WIEACKER, *História*, p. 281.

teológico unitário do Medievo e de sua ordem jurídica. Chegou o momento de substituir o outrora infalível norte teológico. A filosofia ocidental tornou a se servir do direito natural para dar novo impulso à sociedade, embora a Igreja, àquela altura, já tivesse adaptado a idéia grega de direito natural para assenhorar-se do mando político.

Os humanistas, contudo, mostraram-se incapazes de superar definitivamente o velho esquema do direito natural, porque usavam a mesma base epistemológica de seus adversários – o conhecimento agregativo¹⁷⁶⁸. Sua cosmovisão permanecia no terreno medieval, apesar de sua contestação do *status quo*. O jusracionalismo barroco, esclarece WIEACKER, “recebeu da tradição, quase sem alterações o método de argumentação”, embora tenha substituído o fundamento teológico pelo racional¹⁷⁶⁹. “Ele recebeu sobretudo as construções auxiliares características que de há muito tinham que dominar, do ponto de vista lógico, o seu problema fundamental, ou seja, a relação do direito natural com os direitos positivos existentes”¹⁷⁷⁰. O Humanismo de primeira geração jusracionalista não conseguiu romper com os velhos métodos escolásticos e reproduziu secularizadamente o esquema aristotélico de estudiosos em busca solitária de verdades éticas.

A Reforma e o Humanismo possuem grande relevância para a proporcionalidade pelo fato de que ambos os movimentos parecem ressuscitar o *logos* no direito, isto é, a idéia de a razão – não a teologia – governar a disciplina das relações humanas coercitivas.

. . – *Do positivismo jusnaturalista ao jusracionalista*

Duas tradições continentais importantes para a proporcionalidade migraram de forma oculta do pensamento escolástico e humanista para

¹⁷⁶⁸ WIEACKER, *História*, p. 284.

¹⁷⁶⁹ WIEACKER, *História*, p. 300.

¹⁷⁷⁰ WIEACKER, *História*, p. 300

as então nascentes ciências. De um lado, a Europa continental permaneceu, mesmo sob a influência do *logos*, na fragmentação social, fundada na objetivação da ética, cujas verdades seriam acessíveis não mais aos que crêem na divindade correta, mas aos versados na ciência. De outro, as exigências de racionalidade impostas pelas modernas ciências e suas conquistas atingiram o conceito de pessoa, que já não mais serviria ao direito, acaso se mantivesse como derivação direta da concepção religiosa católica. Ambas as idéias aproximaram-se.

A decadência da entelúquia teológica obrigou o direito a buscar pressuposto diverso da unidade dogmática na fé, então desaparecida. A pessoa inventada pelo cristianismo desfrutava e ainda desfruta hoje a qualidade de pré-compreensão pacificamente aceita pelas Igrejas católica, protestante e ortodoxa, de sorte a se tornar um dos fundamentos jurídicos ocidentais. Nem mesmo esse acordo garantiria a aceitação da pessoa de recorte puramente teológico, em decorrência do progressivismo da sociedade. O ente moral também necessitava apoiar-se em concepção racionalista. A história dos precursores da proporcionalidade, desde então, é o crescente encobrimento de determinada pré-compreensão ética – a estruturada – sob vestes emprestadas das ciências naturais, na ânsia de conferir objetividade a algo que carece do grau de certeza outrora desejado nas relações humanas¹⁷⁷¹. Tudo isso com o olvido de que as ciências naturais também decorrem de determinado modo de pensar¹⁷⁷².

Todas as mudanças ocorridas não alteraram o fato de que o direito ainda será construído com base no velho esquema aristotélico de objetivação – reificação – da ética, administrada agora predominantemente pelos cientistas do Estado e não pelos canonistas da igreja.

¹⁷⁷¹ Cf. a nota 234, para a reversão dessa ideologia naturalística no direito contemporâneo, bem como para a impossibilidade de sua obtenção.

¹⁷⁷² Cf. o item 6.2.2, em especial o tópico 6.3.4.

15.3.6.1 – Certezas científicas importadas para o direito

A evolução do pensamento e o estrondoso sucesso das ciências modernas com a formulação matemática das leis naturais originaram o jusracionalismo, um capítulo da história do jusnaturalismo¹⁷⁷³. “A pretensão moderna de conhecimento das leis naturais”, explica WIEACKER, “é agora estendida à natureza da sociedade, ou seja, ao direito e ao Estado; também para estes devem ser formuladas leis com a imutabilidade das deduções da matemática”¹⁷⁷⁴.

O obstáculo à renovação jurídica detectado, mas não resolvido, pelo Humanismo, mas por ele não resolvido, estava na precariedade metodológica do direito continental, cujo objetivo era confirmar – não questionar – as fontes da tradição, por intermédio da glosa e de procedimentos crescentemente artificiais¹⁷⁷⁵. Toda a capacidade dos praxistas medievais não alterou o quadro metodológico, que chegara à exaustão. FIKENTSCHER nisto divisa o colapso do conceito fragmentado de ciência, que amontoava ou segmentava o saber nas listas bidimensionais ou compilação de dados meramente agregativa, incapazes, contudo, de gerar princípios de que dedutíveis conclusões novas¹⁷⁷⁶.

O impasse no direito foi resolvido mediante a importação do modelo dos verdadeiros sistemas, os tridimensionais, que então iniciavam sua marcha vitoriosa nas ciências naturais. A mecânica celeste de COPÉRNICO, KEPLER e GALILEU e a dúvida metódica de DESCARTES sejam lembradas como símbolos do empréstimo. O fundamento novo, ausente nos humanistas, foi colhido nas ciências da natureza. A revolução ética realizada baseou-se em método e em “nova antropologia”, pois o homem já não mais se define como partícipe de plano divino de salvação, mas se compreende como “elemento de um mundo apreensível

¹⁷⁷³ WIEACKER, *História*, p. 280.

¹⁷⁷⁴ WIEACKER, *História*, p. 288.

¹⁷⁷⁵ WIEACKER, *História*, p. 281-282.

¹⁷⁷⁶ Cf. item 6.3.3.

através das leis naturais”¹⁷⁷⁷. Donde a conclusão de WIEACKER: “a especificidade do jusracionalismo moderno não reside tanto na secularização como na emancipação metodológica em relação à teologia moral e à sua promoção a uma ética social profana e autônoma”¹⁷⁷⁸. O que faltou à escola hispânica de SUAREZ, VITÓRIA, SOTO, FERNANDO DE VASQUEZ, COVARRUVIAS e AYALA¹⁷⁷⁹ e a GRÓCIO – a substituição do teocentrismo – completa-se na segunda geração jusracionalista com HOBBS e PUFENDORF, por exemplo¹⁷⁸⁰.

A utilização da matemática para expressar também a nova concepção jurídica do mundo pareceu adequada a filósofos e juristas. A idéia, como nosso tema aliás demonstra, não era inteiramente nova, pois os pitagóricos se propuseram a fundamentar matematicamente a ética, aí compreendido o direito¹⁷⁸¹. Os projetos pitagórico e jusracionalista de correlação entre direito e matemática parecem conter duas diferenças fundamentais, apesar de compartilharem o apreço pelo pensamento matemático. A justiça aritmosófica pitagórica não era por inteiro matemática nem racional; partia de postulados místicos, por cujo meio se imputavam juízos axiológicos positivos a números. O jusracionalismo não possuía esse viés sobrenatural tão evidente; ademais, não pretendeu derivar da matemática a prova de suas teorias. Sua característica consistia em transpor o método matemático, na esperança de assim se capacitar à demonstração objetiva de suas concepções, em oposição ao subjetivismo e ao fundamento religioso da glosa medieval.

A escolha da matemática pelo jusracionalismo era opção consciente por cânone metodológico menos maleável do que a caixa de peças soltas e intercambiáveis em que, afinal de contas, resultam todos os catálogos tópicos do tipo agregativo, em especial daquele manipulado pela

¹⁷⁷⁷ WIEACKER, *História*, p. 288.

¹⁷⁷⁸ WIEACKER, *História*, p. 299.

¹⁷⁷⁹ WIEACKER, *História*, p. 321.

¹⁷⁸⁰ WIEACKER, *História*, p. 303-304.

¹⁷⁸¹ Cf. item 11.3.3.

Escolástica no exercício do “monopólio hermenêutico”. Uma das conseqüências buscadas com essa novidade epistemológica se encontrava na filosofia cartesiana: o emprego dos elementos da análise e síntese, extraídos da matemática de PAPPUS DE ALEXANDRIA para a demonstração de um “princípio inviolável”¹⁷⁸². O progresso mais relevante parece ter sido o reconhecimento de que o direito haveria de ser construído e compreendido à vista de princípios; mais especificamente, de um princípio asentado à moda de pedra de toque, do qual se deduziriam as demais partes do todo. A nova postura exigia a superação do saber agregativo para a ciência verdadeiramente sistemática e tridimensional.

A biografia de HOBBS credenciou-o a ser o primeiro a transplantar o método *mos geometrico* das ciências naturais modernas para a filosofia prática e para o direito. HOBBS estudou com afinco os *Elementos* de EUCLIDES; manteve intercâmbio de idéias com GALILEU, por ocasião de sua visita a Florença; trabalhou com FRANCIS BACON e discutiu problemas da ciência ótica com DESCARTES¹⁷⁸³. A novidade era, contudo, apenas parcial, porque restrita ao método, na medida em que as diretivas das ciências modernas nunca haviam sido utilizadas na discussão jurídica. A matéria-prima sobre a qual o método operou, contudo, repetia em trajes novos o velho esquema aristotélico da reificação da ética, ou seja, do exame de problemas éticos à semelhança do estudo de objetos palpáveis. HOBBS tinha plena consciência da necessidade jusracionalista de eleger um princípio capaz de unificar seu sistema¹⁷⁸⁴. Para montar seu sistema, elegeu o princípio de que o “homem é o lobo do homem”, vale dizer, todas as ações humanas se governam pela máxima da autopreservação, mesmo à custa do infortúnio alheio¹⁷⁸⁵. Pregou o Estado

¹⁷⁸² KOBUSCH, *Person*, p. 68.

¹⁷⁸³ ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 2, p. 65.

¹⁷⁸⁴ Atualmente, a doutrina jurídica admite a pluralidade de princípios na estruturação de determinado direito positivo. A propósito, cf. ESSER, *Grundsatz*, p. 69 e 132 segs. e, entre nós, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *Interpretação*, p. 79 e segs. e *Hermenêutica*, p. 44 e segs.

¹⁷⁸⁵ KOBUSCH, *Person*, p. 68; WIEACKER, *História*, p. 342.

autocrático positivista como meio de apaziguar os homens envolvidos em literal guerra civil permanente. A concepção jurídica dominante na Inglaterra – graças a sua precoce estruturação social – repeliu as idéias de HOBBS e se manteve fiel ao devido processo legal, parte do antigo método de busca dialógica do direito, segundo normas estritas de processo desenvolvido nas cortes de justiça e no Parlamento¹⁷⁸⁶. Quem já dispunha de bom método para resolver as questões suscitadas pelo egoísmo rejeitou a oferta de HOBBS. O curso da inovação foi outro na Europa continental. Lá, as teorias absolutistas de HOBBS e de outros pensadores subministrariam o embasamento filosófico para a defesa do mando arbitrário. Idéias similares prolongariam a legitimação de direitos impostos e não discutidos.

Principia-se aqui a inversão no sentido das relações entre as ciências naturais e as humanas. A causalidade das ciências da natureza foi cuidadosamente decalcada e separada, ao longo de séculos, do princípio da retribuição social¹⁷⁸⁷. Agora, o direito deseja valer-se do método e de categorias das modernas ciências ditas exatas, com o objetivo de também se transformar em técnica e, assim, produzir saber objetivo. A proporcionalidade, sobretudo no aspecto da adequação¹⁷⁸⁸, representa um dos ápices desse empréstimo feito pelo direito às suas antigas devedoras, as ciências naturais. O direito quer apossar-se de noções como causa e efeito e meio e fim para se tornar a isenta ciência jurídica como contrapartida ao velho empréstimo de seu conceito de lei às ciências naturais. Há um longo caminho até a formulação acabada dos princípios jurídicos emprestados às ciências modernas.

¹⁷⁸⁶ Cf. o item 14.2.5.

¹⁷⁸⁷ Cf. o item 11.1.

¹⁷⁸⁸ Cf. a nota 15.

15.3.6.2 – A pessoa sistematizada ou o sistema persona-lizado

Nem tudo foi desgraça na tentativa hobbesiana de operar com o *mos geometrico* nas humanidades. O colapso do modelo epistemológico escolástico abriu as portas para a recepção do modelo de ciência matemática experimentado pelo citado pensador inglês apenas na filosofia prática, mas não no direito, até porque “não estava nos seus planos de trabalho construir um tal sistema, uma vez que a justificação teórica do positivismo político devia precisamente suprimir logicamente o direito natural”¹⁷⁸⁹.

PUFENDORF (1632-1694) assume relevo especial, tanto no contexto mais amplo da substituição dos padrões escolásticos pelos das ciências modernas no direito, quanto na repercussão histórica dos antecedentes da proporcionalidade. Ele se propôs a tarefa da “emancipação de uma ética social autônoma, quer dizer, independentemente da adoção dos princípios de fé das igrejas”¹⁷⁹⁰, por meio do estabelecimento de sistema jurídico tridimensional¹⁷⁹¹. O citado autor alemão afirmou que “se deveria preferencialmente seguir os matemáticos, quer dizer, estabelecer um

¹⁷⁸⁹ WIEACKER, *História*, p. 345-346.

¹⁷⁹⁰ WIEACKER, *História*, p. 347; claro está que tal autonomia somente pode ser de espécie relativa, porque nem mesmo a ética está livre de seu respectivo modo de pensar; ao contrário, ela o compõe; cf. o item 6.3.5. Os modos de pensar, por sua vez, se formaram com boas parcelas das grandes religiões, tornadas filosofias, do mundo; cf. o item 6.2.10. Daí resulta que a citada autonomia encontra limites de muitas índoles, assim como continua a impor uma série de indagações aos interessados em seu conhecimento, sobretudo porque a ética, como produto histórico, abarca princípios nem sempre harmônicos entre si, cf. o item 9, assim como tampouco se mostra isento de influências teológicas. O fato de as culturas estruturadas estarem em condições da elaboração de metateorias culturais e, assim, poderem pensar concepções filosóficas diversas das suas não elimina o fato de que seu próprio quadro geral também se rege por valores éticos nada autônomos. Isso se torna particularmente agudo no direito, pois muitas pautas jurídicas compulsórias – normas cogentes – interferem em questões intimamente ligadas aos modos de pensar e, portanto, às religiões. No exemplo exótico, muçulmano casado que, com o consentimento de sua esposa, desejar casar-se simultaneamente com segunda mulher estará em flagrante delito de bigamia no Brasil.

¹⁷⁹¹ Cf. o item 6.3.3.

princípio imutável, que ninguém com o auxílio da razão possa pôr em dúvida, de modo, então, a se poder desenvolver o que seja o direito natural e duradouro”¹⁷⁹². Para PUFENDORF, que já falava em subsunção de todos os preceitos a certo princípio, “esse princípio deveria ser pensado de tal forma, que não apenas os demais preceitos dele resultem como conseqüência lógica evidente, mas também que sua veracidade brilhe à luz exclusiva da razão”¹⁷⁹³. Programa jusracionalista mais claro parece impossível.

A duradoura influência da obra de PUFENDORF no direito continental não decorreu principalmente do método empregado em sua elaboração, que, aliás, foi por ele confessadamente copiado de HOBBS. O mérito principal do trabalho de PUFENDORF está na eleição do conceito de “pessoa” – o ente moral – como o átomo do seu sistema de direito racional¹⁷⁹⁴. A escolha da pessoa visava, antes de mais nada, a preencher o vácuo na metafísica e a resolver os problemas jurídicos decorrentes da ruptura da unidade religiosa pela Reforma. Era preciso encontrar princípio consensual no Ocidente: a pessoa servia a tanto. A eleição da pessoa – o ente moral – como princípio era decidida repulsa à teoria de HOBBS, que construía seu sistema com apelo à suposta natureza animal do ser humano: “o homem é o lobo do homem”. KOBUSCH resume o esforço de PUFENDORF como “a primeira ontologia sistemática de um domínio existencial diverso do domínio dos seres naturais, que serve de

¹⁷⁹² *Apud* KOBUSCH, *Person*, p. 68: “... daß man lieber den Mathematikern folgen solle, das heißt, daß ein unverändertliches Prinzip, das niemand bei Verstand in Zweifel ziehen kann, aufgestellt wird, woraus dann, was natürlichen und dauernden Recht ist, entwickeln werden kann”.

¹⁷⁹³ *Apud* KOBUSCH, *Person*, p. 69: “Dies Grundsatz mußte so sein, daß nicht nur die übrigen Vorschriften sich in evidenter Folgerichtigkeit an ihm ergeben, sondern auch seine Wahrheit aufgrund allein des Lichtes der Vernunft hervorleuchte”.

¹⁷⁹⁴ A propósito, cf. a exposição pormenorizada de KOBUSCH, *Person*, p. 67 e segs

fundamento a todo o direito natural”¹⁷⁹⁵. PUFENDORF foi, em suma, bem sucedido na substituição do ente natural pelo moral como base dos sistemas jurídicos ocidentais modernos.

O tema deste estudo dispensa a pormenorização da teoria de PUFENDORF sobre o *status* jurídico das pessoas, as noções de poder, dever e de dignidade, a partir do princípio ou conceito central de pessoa¹⁷⁹⁶. O curso futuro da exposição, contudo, evidenciará a necessidade de se sublinhar agora que o mencionado autor se valeu do modo aristotélico-escolástico para construir a pessoa, o conceito central do seu sistema de direito natural: os atributos da pessoa foram estabelecidos por analogia com os do ente natural. Também ele procedeu à reificação da pessoa em categorias aristotélicas¹⁷⁹⁷. O *status* jurídico foi decalcado da existência natural. A pessoa moral, a significar apenas o desempenho de função pública ou privada, era a pessoa composta, isto é, era a superposição de várias pessoas, ao invés de ser a titularidade de várias relações jurídicas pela mesma pessoa. As relações humanas e respectivos direitos e deveres também foram pensados como categorias semelhantes à necessidade das leis naturais¹⁷⁹⁸. E o mais importante para a proporcionalidade: o título de nobreza seria a qualidade da pessoa, ao passo que a dignidade – honra – seu valor, à moda do preço¹⁷⁹⁹. A moralidade não seria criação mental, mas algo dotado de realidade quase palpável a ser descrita pelo estudioso. Tal modelo de jusracionalismo persiste no terreno da reificação aristotélica e escolástica da ética e mantém a crença na possibilidade de acesso a verdades éticas com auxílio da razão dos letrados, mas não pela discussão em praça pública¹⁸⁰⁰. Similar resultado, que confirma em ou-

¹⁷⁹⁵ KOBUSCH, *Person*, p. 71: “... die erste systematisierte Ontologie eines vom Naturseienden verschiedenen Seinsbereichs, die als Grundlage für das gesamte Naturrecht dient”.

¹⁷⁹⁶ Tudo isso pode ser conferido em KOBUSCH, *Person*, p. 74 e segs.

¹⁷⁹⁷ KOBUSCH, *Person*, p. 74 e segs.

¹⁷⁹⁸ KOBUSCH, *Person*, p. 79.

¹⁷⁹⁹ KOBUSCH, *Person*, p. 79, 80-82.

¹⁸⁰⁰ KOBUSCH, *Person*, p. 86-87.

tros termos a velha estrutura escolástica, decorre do fato de também o sistema jurídico científico pretender-se conjunto de proposições inteiramente racionais e descritivas da ontologia do ente moral. KOBUSCH pondera, por isso, que “o princípio [de PUFENDORF] somente pode ser encontrado por meio da análise do pré-existente”, do dado¹⁸⁰¹.

A doutrina medieval da pessoa ainda que nessa forma alterada, atingiu o século XVII, graças às inúmeras edições da obra de PUFENDORF, e a sua adoção como manual universitário e base filosófica sobre a qual se assentaram trabalhos jurídicos, políticos e teológicos¹⁸⁰². WIEACKER estima que a “parte geral” de muitos códigos civis seria impensável em sua forma atual sem a sistematização de PUFENDORF¹⁸⁰³. Esse mesmo motivo fez com que PUFENDORF e outros jusnaturalistas continentais fossem adotados nos Estados Unidos à época da independência, ao lado, evidentemente, de LOCKE¹⁸⁰⁴.

A relevância para nosso tema da sistematização do direito a partir da pessoa parece evidente a esta altura: a proporcionalidade continental resulta do emprego do racionalismo grego, o *logos*, para proteção da pessoa nascida na teologia como o ente moral e, agora, transformado em conceito jurídico. A sistematização do direito em torno da pessoa contribuiu para a formação da proporcionalidade, pois articulou seus dois grandes componentes históricos, isto é, procurou base racional para garantir a opção ética de proteção da liberdade humana. A importância desse tratamento sistemático, racional e secularizado da pessoa para o desenvolvimento da proporcionalidade pode ser aquilatada, ao se ter presente o decurso de meio milênio entre o *Decreto Graciano* e PUFENDORF: a noção de um direito racional a serviço da proteção da pessoa

¹⁸⁰¹ KOBUSCH, *Person*, p. 68: “Dieses Prinzip kann aber allein durch die Analyse des Vorgegebenen gefunden werden”.

¹⁸⁰² Para a repercussão histórica da obra de PUFENDORF, cf. KOBUSCH, *Person*, p. 82 e segs.

¹⁸⁰³ WIEACKER, *História*, p. 350 e segs.

¹⁸⁰⁴ WIEACKER, *História*, p. 315.

tornou-se a fórmula histórica capaz de resultar na garantia da liberdade estruturada, passados quinhentos anos do predomínio da entelúquia aristotélica. Recorde-se, em especial, que o juízo pelos pares segundo a lei da terra, uma alternativa dialógica para a estruturação social, já havia sido rejeitado há muito, em prol do predomínio do monopólio hermenêutico dos clérigos, aos quais os juristas se opuseram. A camada de sentido mais profunda do direito continental permaneceu intocada: as pessoas detentoras de conhecimentos – outrora religiosos, hoje juristas – supõem-se na posse da solução justa de cada caso concreto, apesar de serem incapazes de expor o método percorrido até suas conclusões¹⁸⁰⁵.

15.4 – Certezas iluministas sobre a pessoa e a sociedade: o contexto da formulação da proporcionalidade francesa

As influências do Iluminismo na construção da proporcionalidade continental foram tantas e em grau tão elevado, a ponto de lhe determinar a dogmática contemporânea, quer com as conseqüências positivas, quer com as negativas dessa opção.

As contribuições do Iluminismo referem-se, em resumo, ao aspecto racional da proporcionalidade, aos protagonistas das relações jurídicas normalmente analisadas com sua ajuda, à fundamentação dogmática de sua inserção em ordenamentos romano-germânicos e mesmo anglo-americanos e, em especial, à “concepção antropológica”¹⁸⁰⁶ pressuposta pelo instituto aqui estudado.

¹⁸⁰⁵ Cf. as notas 1252 e 1684.

¹⁸⁰⁶ A feliz expressão “concepção antropológica” deve-se a JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Direitos*, p. 130.

. . . – *A deusa razão, cujo coração tem razões que até ela desconhece*

“O jusracionalismo e o Iluminismo do séc. XVII e XVIII não são por natureza idênticos”, embora compartilhem a crença na razão e tenham outros pontos de contato viabilizadores da transição de uma para outra corrente filosófica. O jusracionalismo unir-se-ia ao Iluminismo pela consciência dos males decorrentes dos privilégios de classe, da falta de liberdade pessoal, dos preconceitos corporativos e profissionais e da esclerose da ordem judiciária e da dogmática, além do fundamento filosófico de DESCARTES e do cientificista de GALILEU¹⁸⁰⁷. Ambos comungariam das tendências à humanização do direito, manifestada na abolição de delitos religiosos e de bruxaria, da tortura e de penas corporais. “Esse racionalismo ético [...] se tornou o elemento de ligação entre o jusracionalismo e o iluminismo”¹⁸⁰⁸. O jusracionalismo representou, contudo, o prolongamento do direito natural medieval, ao passo que o Iluminismo deve ser definido em termos de “ruptura moral ou, em última análise, religiosa, no sentido de uma nova atitude perante a vida, da qual surgiu uma modificação da opinião pública e grandes reformas da vida política”¹⁸⁰⁹.

Ora, como explicar o fato de o Iluminismo ter originado revoluções que guilhotinaram reis e, igualmente, ter emprestado conteúdo a amplas reformas sociais patrocinadas por outros monarcas? A Revolução Francesa e a Guerra de Independência norte-americana apelaram aos ideais iluministas. Os monarcas da Alemanha, Rússia, Toscana, Nápoles, Escandinávia e Portugal, em contrapartida, tornaram-se os “déspotas esclarecidos” pelo Iluminismo e editaram legislação inspirada pelos

¹⁸⁰⁷ WIEACKER, *História*, p. 354-355.

¹⁸⁰⁸ WIEACKER, *História*, p. 356.

¹⁸⁰⁹ WIEACKER, *História*, p. 353-354

princípios desse movimento filosófico¹⁸¹⁰. Ainda assim, déspotas. VOLTAIRE encarnou melhor do que ninguém a aparente contradição mencionada: foi hóspede do rei da Prússia e do monarca da França; no primeiro país, residiu no palácio real de Potsdam; no segundo habitou, por algumas vezes, a Bastilha¹⁸¹¹. Remanesce justo motivo para se duvidar da existência de ruptura absoluta entre o Iluminismo e a estrutura da tradição ética continental, considerados os altos e baixos das revoluções sociais e o despotismo esclarecido e da biografia de VOLTAIRE, fundados ambos no Iluminismo. Parece o caso de se admitir a persistência do antigo modo de lidar com a ética nos direitos europeus continentais e latino-americanos, apesar da secularização do suporte teológico em racional e das modificações sociais palpáveis daí decorrentes. Tal continuidade e seus reflexos na proporcionalidade podem ser percebidos claramente nos episódios mais drásticos tanto das revoluções quanto da moderna legislação continentais.

A realidade dos primeiros anos da Revolução Francesa mostrou quão vivas estavam as verdades éticas no continente¹⁸¹², manifestadas em fenômenos aparentemente desconexos no interior da Revolução Fran-

¹⁸¹⁰ WIEACKER, *História*, p. 354. A propósito das relações específicas entre o Iluminismo na Alemanha e a afirmação da proporcionalidade naquele país, cf. o item 17.

¹⁸¹¹ WEISCHEDEL, *Hintertreppe*, p. 182 e 183, e ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 2, p. 117 e segs.

¹⁸¹² Não se trata aqui de amesquinhar os grandes méritos daquele movimento, nem de empreender a crítica reacionária à derrubada do corrompido velho regime. Objeções similares às de BURKE e, em certa medida, de FIKENTSCHER, em relação à incapacidade dialógica da Revolução Francesa e do direito por ela gerado, parecem esbarrar num problema de pré-compreensão: os autores anglo-americanos dão de barato, têm como elemento quase natural a onipresença das condições de diálogo existentes nas cortes de justiça e no Parlamento ingleses. Precisamente isso falta à França e seria utópico, quando não ingênuo, esperar seu advento por obra da persuasão intelectual. Os titulares do mando fragmentado absolutista, em mesmo ou superior grau do que os revolucionários, julgavam-se na posse de verdades éticas capazes de dispensar o livre debate. O problema apontado não era exclusivo da facção revolucionária predominante, mas principalmente na dos nobres, conquanto se tenha presenciado combate entre duas versões de mesma estrutura.

cesa: a deusa da Razão¹⁸¹³, o “Terror”¹⁸¹⁴ e o primado incontrastável da vontade geral. Tudo isso, malgrado a França tenha editado sucessivas versões solenes da “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão”. A emblemática transformação da razão em deusa permitiu à Assembléia Nacional editar lei penal incriminando a “atividade contra-revolucionária”, ou qualquer “atentado contra a liberdade, a igualdade, a unidade e a indivisibilidade da República”¹⁸¹⁵. Cerca de 85% dos condenados pelo “Comitê de Salvação Pública” de ROBESPIERRE pertenciam ao terceiro estado – para surpresa geral, ou nem tanto¹⁸¹⁶. A “Lei contra o Inimigo do Povo”, de 10.6.1794, negou aos “conspiradores” o direito a defensor e elegeu como parâmetro de julgamento “a consciência do juiz iluminada pelo amor à pátria e seu objetivo, a vitória da República e a derrocada dos seus inimigos”¹⁸¹⁷. Pena, só havia uma: a morte¹⁸¹⁸. Foi aplicada entre 35 e 40 mil vezes. Testemunhas convocáveis eram somente as que pudessem “colaborar com a justiça para a vitória”¹⁸¹⁹. O processo era a “utilização de meios simples que a saudável razão humana tem à mão”¹⁸²⁰. Devido processo legal, nem pensar, até porque as leis aplicáveis ao processo judicial expressamente não se aplicavam àquele tribunal¹⁸²¹. Tudo isso, enfatize-se, sob a vigência da “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão”. Daí a afirmação de DICEY de que a inconstitucionalidade francesa não passa de mera censura¹⁸²², com reflexos ainda atuais no perfil dogmático da proporcionalidade naquele direito. A França ainda se manteria fiel ao positivismo reinante no continente e na América latina, mesmo quando abrandado o

¹⁸¹³ ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 2, p. 134.

¹⁸¹⁴ ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 2, p. 134.

¹⁸¹⁵ ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 2, p. 135.

¹⁸¹⁶ ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 2, p. 136–137.

¹⁸¹⁷ ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 2, p. 136.

¹⁸¹⁸ ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 2, p. 136.

¹⁸¹⁹ ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 2, p. 136.

¹⁸²⁰ ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 2, p. 136.

¹⁸²¹ ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 2, p. 136.

¹⁸²² Cf. a nota 1476.

ímpeto revolucionário e mantidas as notáveis conquistas de seu racionalismo: construiu-se a soberania incontestável da “lei como vontade geral”, porque ditada pela nação, em assembléia sob a presidência da reta razão. BITAR assim documenta a transformação aludida:

“O racionalismo dos filósofos da Revolução tudo planifica sob o domínio da lei e todos os males derivam de sua inobservância: para destruir os maus costumes, diz CONDORCET, é preciso afastar a causa. Qual é? Uma só – as leis más. [...]. É MAXIME LE ROY quem fala: ‘geral, uniforme, permanente, a lei, enfim, diz-se soberana – é a sua última característica pela qual haure a vida. Um corpo especial encarrega-se de a estabelecer – a Assembléia Nacional, ‘Sinai de onde a Razão parece iluminar os homens’ [LE ROY]. Historicamente, por um paradoxo [...], os homens da Revolução, impondo a onipotência da lei conservaram, transpersonalizada, a concepção regaliana da soberania no período pré-revolucionário”¹⁸²³.

Esquema ético similar, apesar das aparências em contrário, pode ser detectado nas revoluções legislativas empreendidas pelos chamados déspotas esclarecidos. Deles, apenas dois exemplos. O Iluminismo português refletiu-se, por exemplo, na promulgação da “Lei da Boa Razão”, de 18.8.1769, vigente no Brasil. A vontade real expressa nessa lei ainda é fonte de direito, agora não mais em companhia do *utrumque ius*, mas da razão¹⁸²⁴. El rey, sempre interpretando com exclusividade as “ordenações, as quaes Leis Imperiaes mandamos guardar pela boa razão, em que são fundadas”¹⁸²⁵, condiciona a vigência do direito romano quando concordante com a “boa razão”,

“que consiste nos primitivos princípios, que contém verdades essenciais, intrinsecas, inalteráveis, que a ethica dos mesmos Romanos havia estabelecido e que os Direitos Divinos e Natural forma-

¹⁸²³ BITAR, *Constituição*, p. 23.

¹⁸²⁴ NUNO ESPINOSA DA SILVA, *História*, p. 276.

¹⁸²⁵ NUNO DA SILVA, *História*, p. 276.

lizaram para servirem de regras Moraes, e Civis entre o Christianismo: ou aquella boa razão, que funda nas outras regras, que de unanime consentimento estabeleceo o direito das Gentes para a direção e governo de todas as Nações civilizadas: ou aquella boa razão que se estabelece nas Leis Politicas, Economicas, Mercantis e Marítimas que as mesmas Nações Christãs tem promulgado com manifestas utilidades, do socego publico, do estabelecimento da reputação, e do augmento dos cabedaes dos Povos, que com as disciplinas destas sábias, e proveitosas Leis vivem felices à sombra dos thronos, e debaixo dos auspícios dos seus Monarcas, e Príncipes Soberanos... “¹⁸²⁶.

A futura Alemanha recebeu a influência iluminista decorrente sobretudo da sistematização e renovação do direito prussiano, por obra de comissão de professores universitários, em substituição aos trabalhos dos antigos juristas das cortes dos diversos Estados alemães¹⁸²⁷. O “Direito Geral do País”¹⁸²⁸ prussiano também introduziu avanços significativos na sociedade, ainda que amputado de vários progressos capazes de elevá-lo à altura das declarações de direitos inglesas, francesas e americanas¹⁸²⁹. A ausência da participação popular, manteve a vigência do modelo aristotélico-escolástico na ética prussiana, segundo o qual os sábios determinavam o conteúdo do direito. O rei decreta o direito elaborado por comissão de professores universitários, que eram também seus conselheiros para a modernização do país¹⁸³⁰.

A continuidade absolutista e a restauração monárquica não teriam ocorrido na Europa, mesmo que sob formas abrandadas, acaso o jusracionalismo e o Iluminismo não se comunicassem. A deusa Razão era

¹⁸²⁶ *Apud* NUNO DA SILVA, *História*, p. 277.

¹⁸²⁷ WIEACKER, *História*, p. 367, 368, 397, registra a reação dos juristas à introdução dos professores universitários que, com sua obra legislativa, produziram profundas reformas no direito barroco até ali imperante.

¹⁸²⁸ *Allgemeines Landrecht*.

¹⁸²⁹ KOBUSCH, *Person*, p. 114.

¹⁸³⁰ Algum pormenor da interação da Escolástica, Iluminismo e a formulação da proporcionalidade encontra-se no item 17.

atriz nova representando velho papel, fundamental para o entendimento da proporcionalidade contemporânea. As diferenças notórias entre o jusracionalismo e o Iluminismo não lhes apaga a identidade da camada de sentido mais profunda, como salienta FIKENTSCHER, em oposição à tese de WIEACKER da “ruptura” registrada entre as duas épocas da filosofia. As drásticas alterações da realidade social provocadas pelo Iluminismo não encontraram correspondente perfeito na alteração da mentalidade, que prosseguiu na ética aristotélico-tomista e substituiu dogmas teológicos por supostas certezas racionais. O jusracionalismo e Iluminismo negligenciaram as premissas libertárias impulsionadoras da quebra, pela Reforma, do monopólio hermenêutico da ética pela igreja¹⁸³¹. FIKENTSCHER afirma, em síntese: “parece que o continente estaria destinado a não se livrar da Escolástica”¹⁸³². “O direito natural escolástico tornou-se o direito racional absolutista. Quem detinha o direito nas mãos podia determinar o que era razoável”¹⁸³³. Outra forma de expressar a mesma idéia consiste em dizer que a razão, elevada até à categoria de divindade, desempenhou a mesma função outrora confiada aos supostos vigários de Deus na Terra e aos monarcas do Estado barroco, agentes exclusivos ou plenipotenciários do direito positivo.

A persistência do núcleo aristotélico-tomista nos direitos continentais europeus e latino-americanos, mesmo sob as grandes mudanças sociais provocadas pelo Iluminismo, torna compreensível, a natureza bifronte dessa corrente de pensamento. A reificação da ética, cujas verdades assim se tornariam acessíveis a seus estudiosos – mas não ao povo em geral – esclarece a continuidade relativa entre Escolástica, jusracionalismo e Iluminismo, assim como o fato de a filosofia iluminista ter ensejado revoluções que guilhotinaram reis e, igualmente, emprestou

¹⁸³¹ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 403-404.

¹⁸³² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 401: “Es scheint, als sei es dem Kontinent nicht beschieden gewesen, sich aus der Scholastik zu lösen”.

¹⁸³³ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 401: “Aus scholastischem Naturrecht wurde absolutistisches Vernunftrecht. Derjenige hatte das Recht in der Hand, der bestimmen konnte, was vernünftig ist”.

conteúdo a amplas reformas sociais patrocinadas por monarcas¹⁸³⁴. Não nos detemos muito naquilo que parece contradição, conquanto ambas as coisas nos sejam ensinadas lado a lado desde o ginásio: como a mesma filosofia pode ter derrubado certos reis e servido de instrumento de reforma nas mãos de outros? A explicação para o caráter bifronte do Iluminismo encontra-se na renitência do pensamento escolástico na Europa continental, a postular o acesso a objetos éticos absolutos, por intermédio do saber que permitiria decisões seguras, ao ponto de nem sequer compreender o sentido das regras de proteção às minorias. O domínio do modelo aristotélico-tomista, mesmo nas sociedades esclarecidas pelo iluminismo, manteve o ambiente avesso à dúvida metódica na política e no direito. O absolutismo teológico do antigo regime, desacreditado pela Reforma, foi substituído por duas versões laicas.

Na França, o monopólio hermenêutico do justo e da competência para transformações ilimitadas de concepções políticas em imperativos jurídicos passou às mãos da maioria legislativa do momento. Quem vence as eleições tinha a razão consigo e, assim, supostamente estaria legitimado a editar qualquer legislação. Não se podiam opor garantias

¹⁸³⁴ A concepção britânica vê o “desenvolvimento do direito”, como “um processo inacabado que perdura na história. Na medida que o Estado de direito é concebido como de direito natural, este último é um complexo de normas que tem validade universal e atemporal”, nota KRIELE, *Introducción*, p. 146-147. O mesmo autor, *Introducción*, p. 147, esclarece: na “*rule of law* o direito se origina na experiência concreta do povo”, ao passo que o “direito natural subjacente ao Estado de direito tem a forma de um sistema no qual se derivam conseqüências a partir de princípios”. Também nesse sentido, PALMER, *Hermenêutica*, p. 87: “nem no contexto dos pressupostos racionalistas do Iluminismo, nem nos pressupostos dos Românticos, a história se tornou realmente histórica; ela é apenas um material bruto do qual se deduz uma verdade intemporal ou um *Geist* intemporal”. Daí a luta de GERHART HUSSERL, *Recht und Zeit*, p. 23, mesmo na segunda metade do século XX, para fazer ver que as “normas jurídicas não são lançadas no fluxo da história como ‘produtos acabados’ do espírito humano que, uma vez criados, permanecem tal como outrora pensados. A norma jurídica ingressa no tempo histórico. O tempo não pára e a norma o acompanha” (“*Rechtsnormen werden nicht hineingestellt in den Fluß der Geschichte als ‘fertige Produkte’ des menschlichen Geistes, die, einmal erzeugt, bleiben, was sie ihrer Idee nach von jeher waren. Die Rechtsnorm tritt ein in die geschichtliche Zeit. Die Zeit bleibt nicht still, und die Norm geht sozusagen mit*”).

ao “Sinai de onde a Razão parece iluminar os homens”¹⁸³⁵. A adaptação medieval aristotélica persiste bem viva, apesar das eleições, pois o vencedor dos pleitos, no exercício da representação da maioria, manda indiscriminadamente. A situação era nitidamente pior, nos países governados por déspotas esclarecidos: qualquer um via que o rei se atribuía o poder exclusivo de declarar as normas que consultariam a “boa razão”, para usar o exemplo lusitano de aplicação no Brasil.

O predomínio do modelo ético aristotélico-escolástico aprimora a compreensão de dois aspectos relevantes da afirmação da proporcionalidade no interior do Iluminismo, ocorrida não sem algumas contradições. O “racionalismo ético”, comum ao jusracionalismo e ao Iluminismo, parece estar na raiz de inúmeros estímulos à formação da proporcionalidade, afirmada no Iluminismo como repulsa aos privilégios e ônus do antigo regime, cuja irracionalidade se tornou evidente no século XVIII. A reabilitação do fundamento racional, em substituição ao teológico na filosofia prática, revelou a arbitrariedade de incontáveis restrições medievais à liberdade até ali sobreviventes, que haveriam de ser demolidas com meios jurídicos adequados. Entre tais princípios, nenhum se igualou à importância concedida aos direitos fundamentais da pessoa humana e à medida tolerável de sua restrição em prol de fins públicos – a proporcionalidade –, tratados então englobadamente. A recepção do modo aristotélico-tomista de produção da ética pelo Iluminismo explica plenamente sua reprodução na escala menor, que nos interessa mais de perto. Os iluministas herdaram o conceito medieval de pessoa, por intermédio dos pensadores barrocos. A novidade do Século XVIII consistiu na substituição do fundamento da necessidade de respeito à pessoa, que perdeu conotação teológica por uma base alegadamente racional. O tratamento do tema persistiu escolástico, a despeito de a pessoa ter sido secularizada. Os atributos da pessoa humana e os limites da intervenção neles são decretados por um grupo de pessoas que nem sempre os respeita, quando no poder. Legisladores eleitos en-

¹⁸³⁵ Cf. a nota 1823.

tram em cena, no lugar de monges. E aqui surge a contradição com os postulados racionais que levaram ao enriquecimento e à positivação dos chamados direitos da pessoa humana: as garantias jurídicas iluministas foram pensadas apenas retroativamente, quer dizer, impediam retrocessos ao velho regime, mas não ofereciam proteção contra o predomínio da razão legislativa¹⁸³⁶. Ninguém de boa-fé teria motivos para temer a razão legislada, ao ver dos iluministas. O Iluminismo trabalhou com padrões escolásticos de estabelecimento da ética, apesar de seu desenvolvimento do conceito de pessoa ter contribuído decisivamente para a formação da proporcionalidade e para a estruturação social européias. O continente iluminista examinou os problemas éticos em busca de verdades supostamente eternas e exatas, ao invés de assegurar o livre e amplo debate de idéias, o respeito às garantias da incolumidade da pessoa do opositor, a lisura da discussão e a preservação das regras da honesta disputa política, tão caros ao sistema anglo-americano¹⁸³⁷. O acesso aos debates continentais pressupunha saber, e não se estendia a todas as pessoas que eram, por exemplo, autoras e réis no devido processo legal¹⁸³⁸. Esse traço do Iluminismo, em evidente contradição com a dignidade da pessoa, explica o absolutismo da maioria legislativa, a nova monopolista hermenêutica da razão. Tal problema somente se resolveria no continente europeu e na América latina no século XX¹⁸³⁹, quando importada a resposta norte-americana do controle judiciário de constitucionalidade¹⁸⁴⁰.

¹⁸³⁶ Cf. a nota 1878 a propósito desse tema no pensamento de ROUSSEAU na base da Revolução Francesa.

¹⁸³⁷ Cf. a nota 1479.

¹⁸³⁸ Cf. a nota 1681.

¹⁸³⁹ No Brasil, tecnicamente, até a Constituição de 1891.

¹⁸⁴⁰ Cf. o item 14.4.3.

. . – *A resistência pessoal*

A evidência do adversário absolutista arbitrário e a fé na razão parecem explicar a circunstância de o Iluminismo não ter conseguido divisar nas assembleias legislativas eleitas pelo povo a entidade que, às vezes, se sub-rogaria no papel dos monarcas, na medida de suas forças. Aqui também parece revelar-se a dificuldade da estruturação social imposta do alto para baixo e, não, como resultado da assimilação generalizada do diálogo pelas partes – partidos – da sociedade.

De qualquer modo, tornou-se inviável regressar ao puro mando fragmentado real ou dos comitês de salvação pública, ao cabo do século XVIII. Em grande medida, por conta da robustez então alcançada pela tradição de respeito à dignidade da pessoa, iniciada no século XIII. O fortalecimento desse conceito filosófico e jurídico, na França revolucionária e nos absolutismos esclarecidos, deu-se em virtude da ação iluminista e, não, apesar dela.

Atingiu-se, então, instante em que as duas grandes vertentes do pensamento ocidental se combinariam para formar, em nosso campo de estudos, a proporcionalidade. O *logos* grego, fortemente revitalizado pelo renascimento e pelo racionalismo, aliou-se ao conceito de pessoa, inicialmente teológico mas agora secularizado, para formar a noção jurídica de proteção racional do ser humano contra a arbitrariedade do poder político estatal.

A influência do sistema jurídico de PUFENDORF nas duas principais matrizes históricas continentais da proporcionalidade – a Alemanha e a França – não decorre de casualidade. Indica, antes, a naturalidade do desenvolvimento da proporcionalidade a partir da noção de pessoa e do fechamento, há séculos, da alternativa do devido processo legal. ROUSSEAU e CHRISTIAN WOLFF, por meios distintos, representaram elos entre a pessoa – o átomo do sistema jurracionalista de PUFENDORF – e o Ilu-

minismo, que explicitaria a proporcionalidade no direito, com todas as letras¹⁸⁴¹.

. . . – *A proporcionalidade revolucionária francesa*

O culto à deusa Razão e o Terror não foram os únicos – e nem de longe os mais relevantes – frutos do Iluminismo francês, de enumeração desnecessária. O Terror apenas evidencia a continuidade, no continente católico, da concepção aristotélico-tomista, de acordo com a qual existiriam verdades éticas e jurídicas absolutas, e não pautas normativas convencionais, a cujo respeito se recomenda o diálogo. Quem tem certeza absoluta da justiça do que está a falar não precisa ouvir com cuidado ninguém, nem mesmo quem mandará para o patíbulo. Isso, contudo, não deve obscurecer o fato de que a França, por exemplo, alcançou conquistas sociais e jurídicas inequívocas dentro do mencionado modelo. Tiranias, o planeta sempre as conheceu, ao passo que os progressos sociais provocados pelo Iluminismo, não. A ênfase em ambos os fenômenos visa tão-só a mostrar a permanência do pensamento escolástico no continente, com o irremediável retardo na implantação de idéias políticas e princípios jurídicos – como a proporcionalidade – conducentes à atual estruturação social européia.

As idéias de ROUSSEAU tornaram-se fundamentais para o desenvolvimento dos conceitos de pessoa e de sociedade, cujos interesses haveriam de ser compostos com o de seus membros, por intermédio da proporcionalidade. Há no pensamento de ROUSSEAU e na recepção normativa de suas idéias pela Revolução Francesa certo conflito entre a glorificação da pessoa em oposição aos empecos do antigo regime e a fragilidade de sua situação perante as ditaduras das maiorias parlamentares, pois o sistema jurídico carecia de sanção de nulidade para atos legislativos. Tal desequilíbrio afeta ainda hoje a proporcionalidade francesa.

¹⁸⁴¹ ROUSSEAU, *Desigualdade*, p. 204, é expresso na citação de PUFENDORF.

. . – *A marcante influência de Rousseau na proporcionalidade: o “contrato social” e suas partes*

A grande contribuição de ROUSSEAU para a proporcionalidade consistiu na transformação do conceito ainda teológico de pessoa do sistema jusracionalista para o pensamento jusracionalista laico apoiado em atos legislativos. Seus aportes intelectuais ao nosso tema foram bem mais importantes do que a simples mediação entre escolas. ROUSSEAU talvez tenha formulado a proporcionalidade de maneira completa pela primeira vez¹⁸⁴²; enriqueceu a fundamentação da pessoa natural; inventou um novo personagem social; deu-lhe nova definição jurídica e, finalmente, teve repercussão histórica em eventos da magnitude da Revolução Francesa e seus desdobramentos contemporâneos.

ROUSSEAU, por certo, não comungava do credo racionalista praticado então; pregava mesmo o inverso: “Oh! Virtude, ciência sublime das almas simples! Serão necessários, então, tanta pena e tanto aparato para conhecer-te? Teus princípios não estão gravados em todos os corações? E não bastará para aprender tuas leis, voltar-se sobre si mesmo e ouvir a voz da consciência no silêncio das paixões?”¹⁸⁴³. Pareceu equivocados contá-lo entre os iluministas cultores da racionalidade absoluta, exatamente em razão de passagens como a transcrita. O fato de a Revolução Francesa iluminista ter sido preenchida em grande medida com o pensamento de ROUSSEAU parece, entretanto, autorizar o tratamento desse filósofo neste contexto.

¹⁸⁴² Cf. a nota 1841.

¹⁸⁴³ ROUSSEAU, *Discurso*, p. 30-31.

15.4.4.1 – A antropologia filosófica rousseauiana da pessoa natural

A antropologia filosófica de ROUSSEAU assenta-se sobre a distinção do século XIII entre as três ontologias reunidas no ser humano – a natural, a racional e a moral –, ainda que contenha inúmeras inovações e lhe dê tratamento de cunho racionalista¹⁸⁴⁴. Interessou-lhe sobretudo contrapor o ente natural ou sujeito ao ente moral ou pessoa: um ponto de partida seguro decorrente da tradição sólida do conceito de pessoa. ROUSSEAU identificou a essência do ser humano no ente moral, definido pela liberdade, em contraposição aos demais seres, inexoravelmente sujeitos às leis naturais: “a natureza manda em todos os animais, e a besta obedece. O homem sofre a mesma influência, mas considera-se livre para concordar ou resistir, e é sobretudo na consciência dessa liberdade que se mostra a espiritualidade da sua alma...”¹⁸⁴⁵. E aqui outra divergência com o Iluminismo ateu.

A interpretação da teoria de ROUSSEAU à luz da tradição medieval da pessoa permite compreender-lhe melhor a ética e o importante capítulo do estado natural confrontado com o social. A analogia de PUFENDORF entre o ente moral e o natural repercute aqui de modo direto, embora ROUSSEAU critique em seus antecessores, em especial HOBES¹⁸⁴⁶, o erro metodológico consistente em não se separar adequadamente a moralidade da natureza: “enfim, todos falando incessantemente de necessidade, avidez, opressão, desejo e orgulho, transportaram para o

¹⁸⁴⁴ Cf. o item 15.3.4.2, em especial as notas 1725 a 1741.

¹⁸⁴⁵ ROUSSEAU, *Desigualdade*, p. 173; cf. ainda KOBUSCH, *Person*, p. 117. Até este ponto, a doutrina de ROUSSEAU carece de novidade, caso comparada com as especulações teológicas do século XIII a respeito da pessoa – cf. especialmente as notas 1728 a 1729. O próprio ROUSSEAU, *Desigualdade*, p. 173, contudo, antecipando-se às modernas pesquisas etológicas, afirmou: “todo animal tem idéias até certo ponto e o homem, a esse respeito, só se diferencia da besta pela intensidade. [...]. Não é, pois, tanto o entendimento quanto a qualidade de agente livre possuída pelo homem que constitui, entre os animais, a distinção específica daquele”.

¹⁸⁴⁶ ROUSSEAU, *Desigualdade*, p. 168 e segs, com citação nominal do pensador inglês.

estado de natureza idéias que tinham adquirido em sociedade; falavam do homem selvagem e descreviam o homem civil”¹⁸⁴⁷. A correta compreensão de ambos os estados e a passagem de um para outro demandaria pensá-los em formas radicais e puras¹⁸⁴⁸.

O homem, em estado natural, careceria da ética, porque viveria em si e para si mesmo, atendendo suas necessidades e seus impulsos¹⁸⁴⁹. Desconheceria, por isso, as idéias de deveres e de liberdade, integrantes da essência do ente moral. A liberdade não se confundiria com a possibilidade de o homem em estado natural dar livre curso a seus impulsos, pois a liberdade é moral e, portanto, inexistente no estado da natural. A tradução disso na tradicional linguagem do século XIII seria a seguinte: o ente natural encontra-se sujeito apenas às leis da causalidade, à semelhança dos restantes animais. A moralidade não diz respeito a essa ontologia do ser humano.

O estado natural assim concebido não perdurou, porque os seres humanos teriam sentido necessidade uns dos outros¹⁸⁵⁰. A divisão de trabalho teria multiplicado tais necessidades e originado a sociedade civil, com todos os defeitos, em especial o amor próprio dos seres humanos¹⁸⁵¹. Os homens teriam abandonado o estado natural, em prol do social, na busca da felicidade. O nascimento da pessoa aconteceria precisamente nessa passagem; eis as palavras textuais de ROUSSEAU: “apenas quando [o ser humano] se concentra na satisfação de suas necessidades, adquire ele por meio da relação com seus iguais [...] os sentimentos que podem torná-lo

¹⁸⁴⁷ ROUSSEAU, *Desigualdade*, p. 166.

¹⁸⁴⁸ KOBUSCH, *Person*, p. 118-119.

¹⁸⁴⁹ ROUSSEAU, *Desigualdade*, p. 168 e segs, e KOBUSCH, *Person*, p. 117 e 118.

ROUSSEAU nisso se distingue de PUFENDORF, pois não atribuiu ao ente natural as qualidades positivas imputadas pelo jurista alemão, nem as negativas que HOBBS lhe associou. A propósito, cf. JEAN-FRANÇOIS BRAUNSTEIN, *Comentários*, p. 9.

¹⁸⁵⁰ ROUSSEAU, *Desigualdade*, p. 190.

¹⁸⁵¹ ROUSSEAU, *Desigualdade*, p. 191, e KOBUSCH, *Person*, p. 118.

feliz. Com uma palavra: apenas quando ele se socializa ele se torna um ente moral”¹⁸⁵².

O aspecto inovador no pensamento de ROUSSEAU está, pois, no contexto da pessoa ou ente moral: o ambiente da pessoa é a sociedade e, portanto, ali está a sede da liberdade. O homem não seria senão escravo de seus impulsos e necessidades¹⁸⁵³, enquanto se mantivesse no estado natural, uma hipótese de trabalho, não verdade histórica, diga-se de passagem¹⁸⁵⁴. Não estaria consciente de sua liberdade e, portanto, ainda não se teria elevado à categoria de ente moral.

WEISCHEDEL sublinhou a relevância da construção da moral a partir da liberdade humana e de sua boa índole:

“nesse caminho, ROUSSEAU encontra uma solução singular para o problema da origem do mal, que há séculos mantém os filósofos em suspense. O mal não é obra de Deus, pois o homem foi criado bom. O mal também não é a obra de uma potência má, oposta a Deus. O mal é, ao contrário, assunto do ser humano, e somente dele; ele é provocado apenas por meio da sua socialização”¹⁸⁵⁵.

¹⁸⁵² Fragmento de ROUSSEAU *apud* KOBUSCH, *Person*, p. 118: “nur indem (der Mensch) auf die Befriedigung seiner Bedürfnisse bedacht ist, erwirbt er durch den Verkehr mit seinesgleichen ... die Gefühle, die ihn glücklich machen müssen. Mit einem Wort: nur indem er gesellschaftsfähig wird, wird er ein moralisches Sein (être moral)...”.

¹⁸⁵³ ROUSSEAU, *Desigualdades*, p. 173, cf. a nota 1845, e KOBUSCH, *Person*, p. 118.

¹⁸⁵⁴ ROUSSEAU, *Desigualdade*, p. 166: “comecemos, pois, por afastar todos os fatos, pois eles não se prendem à questão. Não se devem considerar as pesquisas em que se pode entrar neste assunto, como verdades históricas, mas somente como raciocínios hipotéticos e condicionais, mais apropriados a esclarecer a natureza das coisas do que a mostrar a verdade original, e semelhantes àqueles que, todos os dias, fazem nossos físicos sobre a formação do mundo”. Também aqui outra prova do pensamento aristotélico da ética e mesmo na pessoa, na medida em que se pretende derivar características éticas universais do exame científico ou, racional, ainda que da vontade ou sentimentos humanos.

¹⁸⁵⁵ KOBUSCH, *Person*, p. 201: “Auf diesem wege findet ROUSSEAU eine eigentümliche Lösung des Problems der Herkunft des Bösen, das seit alters die Philosophen in Atem hält. Das Böse ist nicht Gottes Werk; denn der Mensch ist

15.4.4.2 – O contrato social como solução

Como não pretendeu regridir os homens ao estado natural¹⁸⁵⁶, ROUSSEAU viu-se na contingência de estabelecer princípios éticos capazes de evitar os males sociais decorrentes do amor próprio ou egoísmo dos membros da coletividade, cuja índole se teria pervertido na passagem do estado natural para o moral. O contrato social foi a construção teórica elaborada para alcançar tal destino¹⁸⁵⁷. O contrato social, celebrado “entre o povo e os chefes que escolhe”¹⁸⁵⁸, decorreria da vontade geral, em prol da qual os cidadãos alienam parte da sua liberdade¹⁸⁵⁹. ROUSSEAU imaginou a formação da vontade geral como unidade de vontade e não agregação de vontades individuais, como o fazem outros pensadores. Afirmou, portanto, o princípio da sobre-soma: a vontade geral é mais – e diferente – do que a vontade de todos¹⁸⁶⁰.

ROUSSEAU valeu-se de conceito místico de alienação para obter tal resultado: o distanciamento do homem em relação às coisas mundanas permitir-lhe-ia manifestar a vontade divina e geral em si mesmo¹⁸⁶¹. A alienação mística não extinguiria a vontade, mas a transformaria¹⁸⁶². KOBUSCH pormenoriza a explicação: “à medida que o indivíduo se ‘entrega totalmente’ na alienação, sua própria vontade se altera. A mesma vontade

gut geschaffen. Das Böse ist aber auch nicht das Werk einer selber bösen, gegengöttlichen Macht. Das Böse ist vielmehr Sache des Menschen, und zwar des Menschen allein; es wird durch dessen Vergesellschaftung her vorgerufen”.

¹⁸⁵⁶ KOBUSCH, *Person*, p. 119.

¹⁸⁵⁷ ROUSSEAU, *Desigualdade*, p. 205, e KOBUSCH, *Person*, p. 121.

¹⁸⁵⁸ KOBUSCH, *Person*, p. 205.

¹⁸⁵⁹ KOBUSCH, *Person*, p. 124.

¹⁸⁶⁰ Cf. a nota 353 e segs.

¹⁸⁶¹ KOBUSCH, *Person*, p. 124.

¹⁸⁶² KOBUSCH, *Person*, p. 124: “Este é o pensamento decisivo também subjacente à concepção rousseauniana da vontade geral” (“Das ist der entscheidende Gedanke, der auch der rousseauschen Konzeption von der volonté générale zugrundeliegt”).

de que, anteriormente no estado natural somente perseguia interesses particulares, deseja agora, após a conclusão do contrato, pura e simplesmente o geral, o bem público, a liberdade para todos”¹⁸⁶³. Assim, a alienação mística transformaria a vontade particular do homem selvagem, do ente natural, na vontade geral do ente moral composto; da existência natural autárquica, o homem passaria à existência moral parcial¹⁸⁶⁴. O motivo do emprego do conceito místico de alienação foi descrito por ADOMEIT como a tentativa rousseuana de encontrar a “quadratura do círculo”, pois aspirava a garantir ao ser humano em sociedade a mesma liberdade por ele desfrutada no estado natural¹⁸⁶⁵.

O estabelecimento do contrato social por meio da vontade geral seria, pois, a maneira adequada a destruir o principal e mais recente mal do “processo da desigualdade social”: “a transformação do poder legítimo em poder arbitrário”. Tal vício seria antecedido pelo mal imediato das funções públicas e do remoto do direito e das leis¹⁸⁶⁶. O contrato social faria com que a reunião de todas as vontades na vontade geral gerasse “leis fundamentais que obrigam todos os membros do Estado sem exceção”, na impossibilidade de se regredir o ser humano ao estado natural¹⁸⁶⁷. A inviabilidade da supressão das funções públicas também repercutiria no contrato social, que deveria obrigar “o magistrado [*lato sensu*] a só utilizar-se do poder que lhe é confiado segundo a intenção dos que confiaram nele a manter cada um no gozo tranqüilo do que lhe

¹⁸⁶³ KOBUSCH, *Person*, p. 124: “Indem der Einzelne sich in der aliénation totale ‘ganz hingibt’, verwandelt sich sein Wille selbst. Derselbe Wille, der vorher im Naturzustand, nur partikulären Interessen nachging, will jetzt, nach dem Abschluß des Vertrages, das schlechthin Allgemeine, das öffentlich Gute, die Freiheit für alle”.

¹⁸⁶⁴ KOBUSCH, *Person*, p. 125, com indicações de ROUSSEAU.

¹⁸⁶⁵ ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 2, p. 129-130. ROUSSEAU manteve contraditoriamente a tradição das três ontologias medievais, de modo que apenas o ente moral – não o natural – atuaria no campo da liberdade, embora falasse em liberdade no estado natural, cf. a p. 130,

¹⁸⁶⁶ ROUSSEAU, *Desigualdade*, p. 207.

¹⁸⁶⁷ ROUSSEAU, *Desigualdade*, p. 205.

pertence e, em todas as ocasiões, a preferir a utilidade pública a seu próprio interesse”¹⁸⁶⁸.

A condenação ao arbítrio integraria a conclusão derradeira do ensaio sobre a desigualdade de ROUSSEAU, fundamental para a formação da proporcionalidade:

“... a desigualdade [do ente] moral, autorizada unicamente pelo direito positivo, é contrária ao direito natural sempre que não ocorre, juntamente, e na mesma proporção, com a desigualdade física [do ente natural] – distinção que determina suficientemente o que se deve pensar, a esse respeito, sobre a espécie de desigualdade que reina entre todos os povos policiados, pois é manifestamente contra a lei da natureza, seja qual for a maneira por que a definamos, uma criança mandar num velho, um imbecil conduzir um sábio, ou um punhado de pessoas regurgitar superfluidades enquanto à multidão faminta falta o necessário”¹⁸⁶⁹.

Curioso notar a diferença entre as tradições jurídicas anglo-americana e continental: o direito sempre pareceu aos ingleses algo socialmente útil, ao passo que o mando fragmentado do continente converteu o direito em instrumento de arbitrariedade. ROUSSEAU, por isso, admite-o não por valor próprio, mas como remédio amargo contra um mal ainda menos agradável.

¹⁸⁶⁸ KOBUSCH, *Person*, p. 205

¹⁸⁶⁹ ROUSSEAU, *Discurso*, p. 212, que observa ainda: “por qualquer via que se remonte ao princípio, chega-se sempre à mesma conclusão, a saber: o pacto social estabelece entre os cidadãos uma tal igualdade que eles se comprometem todos nas mesmas condições e devem gozar dos mesmos direitos. Igualmente, devido à natureza do pacto, todo o ato de soberania, isto é, todo autêntico ato da vontade geral, obriga ou favorece igualmente todos os cidadãos, de modo que o soberano conhece unicamente o corpo da nação e não distingue nenhum dos que a compõem”.

15.4.4.3 – A pessoa natural e seus atributos inalienáveis: uma das partes contratantes

Os atributos inalienáveis da pessoa parecem decorrer de diversos fatores na teoria de ROUSSEAU. Resultam, antes de tudo, de seu endosso ao conceito da tradição medieval de pessoa, definida como ente dotado de liberdade. O contrato social, ademais, haveria de ser celebrado de forma a se evitarem os males do amor próprio e a se garantir a liberdade inerente à pessoa, porque o mal derivaria da conversão de ente natural em moral.

Os Estados Unidos valeram-se dos caracteres atribuídos à pessoa, notadamente por LOCKE, e das tradições jurídicas inglesas para editar normas positivas, consagradoras de ambas as tradições antigas¹⁸⁷⁰. Assim nasceram as declarações de direito coloniais, a Constituição Federal e suas emendas que reproduziram direito e liberdades frente ao Estado. Algo diverso sucedeu no continente europeu, com repercussões na proporcionalidade.

A intervenção do conceito tradicional de pessoa também foi importante na Revolução Francesa. Entrecruzam-se aqui diversas linhas fundamentais para a futura construção da proporcionalidade no modelo continental. Uma delas é a idéia de liberdade defendida pelos teóricos do movimento como atributo do ente moral a ser garantido pela ordem jurídica em ato solene. Por isso, o art. 1º da “Declaração dos direitos do homem e do cidadão”, de 26.8.1789, declara que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Nem a contestada originalidade dessa definição legal¹⁸⁷¹ diminui na Revolução Francesa a influência do conceito tradicional de ente moral, dotado de certos atributos jurídicos. O preâmbulo da declaração citada refere-se aos “direitos naturais inalienáveis e sagrados” e o seu art. 2º determina ser o “fim de toda associação política a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do

¹⁸⁷⁰ KOBUSCH, *Person*, p. 101 e segs.

¹⁸⁷¹ KOBUSCH, *Person*, p. 110.

homem”, limitados à “liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão”¹⁸⁷².

As declarações francesas do séc. XVIII, ao ver de KOBUSCH, compo-riam os elos entre a filosofia medieva do ente moral, altamente especu-lativa, e os contemporâneos catálogos de direitos humanos¹⁸⁷³. O pró-prio título dos documentos mencionados – “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” – revelaria duas particularidades do modo con-tinental de lidar com o tema¹⁸⁷⁴: “uma vez que conceitualmente não se distinguem os direitos humanos dos do cidadão, as liberdades formula-das por meio dos direitos humanos são concebidas no continente euro-peu apenas como liberdades garantidas pelo poder estatal. Concorde-se, assim, com ‘a função regulativa do Estado, em relação a um direito à liberdade reforçador das desigualdades sociais e interpretado apenas in-dividualisticamente””, esclarece KOBUSCH com apoio em VAN DEN HEU-VEL¹⁸⁷⁵.

¹⁸⁷² A propósito, também KOBUSCH, *Person*, p. 111. Ao pregar a prevalência do direito natural na Inglaterra, note-se a enorme diferença, COKE não advogava idéias aristotélicas semelhantes às do continente, como sua denominação pode enganosa-mente fazer supor. Por certo que, para o mencionado jurista inglês, “nada que seja contra a razão é lícito”, *apud* RADBRUCH, *Espírito*, p. 63: “nihil quod est contra rati-onem est licitum”. A razão, contudo, não é algo imaterial supostamente sobrepai-rante a tudo e todos e detectável pelo rei ou o sábio isolado em seu gabinete. A razão aludida por COKE era a do conjunto da magistratura, como todo orgânico, e “não a razão natural de qualquer pessoa” individualmente, *apud* RADBRUCH, *Espírito*, p. 63. Ou seja, uma razão extraposta e alcançável dialogicamente no devido processo legal.

¹⁸⁷³ KOBUSCH, *Person*, p. 111.

¹⁸⁷⁴ KOBUSCH, *Person*, p. 111-112.

¹⁸⁷⁵ KOBUSCH, *Person*, p. 112: “Denn da in der ‘Erklärung’ zwischen Menschen – und Bürgerrechten begrifflich nicht unterschieden wird, ist davon auszugehen, daß die Menschenrechte zugleich auch immer Rechte des Burgers sind. Das bedeutet, daß die durch die Menschenrechte formulierten Freiheiten kontinentaleuropäisch nur als durch staatliche Macht garantierte Freiheiten aufgefaßt und somit ‘die regulative Funktion des Staates gegenüber einem nur individualistisch interpretierten und soziale Ungleichheiten verstärkenden Recht auf Freiheit’ bejaht wurde”.

15.4.4.4 – A pessoa ampliada: a sociedade como protagonista da história e do direito

A tradição continental aristotélico-tomista faz-se presente na definição de ROUSSEAU de que “a lei é a expressão da vontade geral”, transformada no art. 6º da Declaração de Direitos de 1789¹⁸⁷⁶. Lembre-se que ela somente pode ser entendida à luz do conceito místico de alienação, por meio do qual o impulso do ente natural se transforma em sua liberdade. ADOMEIT observa que aqui o povo soberano assume traços absolutistas¹⁸⁷⁷. O absolutismo fica patente, ao se recordar que o “poder soberano não necessita estabelecer uma garantia autônoma em favor dos súditos; seria inconcebível que o corpo quisesse prejudicar os seus membros”¹⁸⁷⁸. Por meio desse mecanismo místico, “se o membro deseja o que não corresponda ao interesse comum e desta forma à vontade geral [...], estará obrigado à obediência por meio da comunidade”, ‘o que não significa outra coisa a não ser que ele será forçado a ser livre’¹⁸⁷⁹.

A vontade geral expressa na lei gerou conseqüência de suma importância para a proporcionalidade, apesar do problema assinalado. A “vontade geral” pressupõe um sujeito querente, por ser uma volição. E aqui outra contribuição fundamental de ROUSSEAU para a elaboração da proporcionalidade: a invenção da coletividade – o titular da vontade

¹⁸⁷⁶ KOBUSCH, *Person*, p. 110, aliás, questiona até mesmo a originalidade do tema da vontade geral, a seu ver abordado previamente pela tradição do direito natural.

¹⁸⁷⁷ ADOMEIT, *Rechtsphilosophie*, vol. 2, p. 87: “Das souveräne Volk nimmt bei ROUSSEAU absolutistische Züge an”; cf. a tradução brasileira ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 2, p. 130.

¹⁸⁷⁸ ADOMEIT, *Rechtsphilosophie*, vol. 2, p. 87: “Folglich bedürfe die souveräne Macht keiner eigens aufgestellter Garantie zugunsten der Untertanen; es sei undenkbar, daß der Körper seinen Gliedern schaden wolle [...]”. Cf. a tradução brasileira ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 2, p. 130.

¹⁸⁷⁹ ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 2, p. 130.

geral – como ente moral, a *persona moralis composita* escolástica transformada¹⁸⁸⁰:

“O corpo político é, pois, também um ser moral que possui uma vontade; essa vontade geral, que tende sempre à conservação e ao bem-estar do todo e de cada parte, e que constitui a fonte das leis, é para todos os membros do Estado, em relação a si próprios e a ele, a regra do justo e do injusto”¹⁸⁸¹.

“Pela primeira vez na história do pensamento, a sociedade surge expressamente como sujeito de responsabilidade”, assinala WEISCHEDEL¹⁸⁸². A sociedade até então havia sido pensada no continente como algo natural, um palco onde os únicos atores – os homens – atuavam. A coletividade, apenas com ROUSSEAU, deixou de ser concebida como mera geografia humana – amontoado fragmentado de gente – e se converteu em ente moral plural. Esse parece o fundamento filosófico sobre o qual ainda se assenta a dogmática contemporânea da proporcionalidade, que regula a contraposição da liberdade dos particulares à utilidade pública de sua restrição¹⁸⁸³.

ROUSSEAU também parece merecer o crédito de haver antecipado a formulação contemporânea da proporcionalidade como idéia a operar entre os pólos do direito do particular *versus* os interesses da coletividade, apesar da afirmação de que o contrato social seria celebrado entre o

¹⁸⁸⁰ KOBUSCH, *Person*, p. 76-77 e 101. ROUSSEAU seguiu os passos de PUFENDORF para a construção da coletividade como ente moral: assim como o jurista alemão imputou diversos atributos éticos à pessoa em correlação com os atributos naturais do ser humano, cf. a nota 1797, o filósofo definiu a coletividade com o empréstimo de atributos do homem. Assim, para ROUSSEAU, *Economia*, 288, “o corpo político tomado individualmente pode ser considerado como um corpo organizado, vivo e semelhante ao homem. O poder soberano representa a cabeça, as leis e os costumes são o cérebro, ponto de partida dos nervos e sede da compreensão...” e assim por diante.

¹⁸⁸¹ ROUSSEAU, *Economia*, p. 288; a propósito, KOBUSCH, *Person*, p. 121.

¹⁸⁸² WEISCHEDEL, *Hintertrepp*e, p. 201: “Damit erscheint zum erstenmal in der Geschichte des Denkens ausdrücklich die Gesellschaft als Subjekt der Verantwortlichkeit”. No mesmo sentido, ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 2, p. 128.

povo e seus governantes¹⁸⁸⁴. O pensador aludido enfatizou a limitação aos governantes, isto é, àqueles dotados do poder político, por ter escrito na presença de abusos do antigo regime. A leitura atenta de outra passagem permite ver que ROUSSEAU parecia situar-se já a caminho da moderna configuração da proporcionalidade, ou seja, os legisladores estariam encarregados de produzir a “expressão da vontade geral” na lei, em nome do interesse coletivo. Eventual conflito não se daria verdadeiramente entre governantes e governados, mas entre a pessoa natural individual e a pessoa jurídica coletiva.

15.4.4.5 – A formulação da proporcionalidade por ROUSSEAU

A contribuição de ROUSSEAU para a proporcionalidade não se esgotou na modelagem de ambos os pactuantes do contrato social. O pensador citado teorizou com muito cuidado a relação entre ambos os contratantes hipotéticos, além de oferecer nova concepção do ser humano¹⁸⁸⁵ e de inventar a coletividade como pessoa moral dotada de vontade geral¹⁸⁸⁶. ROUSSEAU parece ter notado a impossibilidade da radicalização de qualquer dos dois fatores freqüentemente contrapostos. A supremacia absoluta da pessoa coletiva reproduziria o absolutismo em nova roupagem, ao passo que a liberdade ilimitada tornaria impossível a vida em sociedade¹⁸⁸⁷. Seu principal aporte para o nosso tema se encontra nessa interseção. O contrato social, em última análise, concilia a liberdade característica da pessoa com as restrições requeridas pelo bem da coletividade¹⁸⁸⁸. O projeto de garantir ao homem em sociedade o mesmo grau de liberdade do estado natural representa, por certo, tenta-

¹⁸⁸³ Cf. a nota 1891.

¹⁸⁸⁴ Cf. a nota 1869.

¹⁸⁸⁵ Cf. os itens 15.4.4.1 e 15.4.4.3.

¹⁸⁸⁶ Cf. o item 15.4.4.4.

¹⁸⁸⁷ ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 2, p. 130-132, lembra que liberais e socialistas poderiam apelar a ROUSSEAU para fundamentação de seus pontos de vista.

tiva de obter a “quadratura do círculo”¹⁸⁸⁹ e, por isso, somente é alcançável pelo mecanismo místico da alienação da vontade individual na geral¹⁸⁹⁰. ROUSSEAU, no entanto, não se deu por contente com esse postulado místico e se precatou contra o déficit de racionalidade aí existente.

Em 1755, ROUSSEAU parece ter sido o primeiro a formular em termos precisos a proporcionalidade:

“Relativamente a quanto, pelo pacto social, cada um aliena de seu poder, de seus bens e da própria liberdade, convém-se em que representa tão-só aquela parte de tudo isso cujo uso interessa à comunidade. [...]. Todos os serviços que um cidadão pode prestar ao Estado, ele os deve desde que o soberano os peça; este, porém, de sua parte, não pode onerar os súditos com qualquer pena inútil à comunidade, nem sequer pode desejá-lo, pois, sob a lei da razão, não menos do que a da natureza, nada se faz sem causa”¹⁸⁹¹.

A Declaração de 1789 transforma o pensamento de ROUSSEAU em direito positivo:

“Art. 5º. A lei não tem o direito de proibir senão as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é defeso pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena”.

¹⁸⁸⁸ Cf. o item 15.4.4.2.

¹⁸⁸⁹ Cf. a nota 1865.

¹⁸⁹⁰ Cf. a nota 1861.

¹⁸⁹¹ ROUSSEAU, Cap. IV do Livro I do *Contrato*, p. 39. a contraposição entre o coletivo e o privado, a autorizar a restrição das competências dos agentes públicos, em sentido amplo, torna-se aí especialmente clara. A primeira edição do *Contrato Social* ocorreu em 1755.

16 – A proporcionalidade francesa

O curso da proporcionalidade na França pode ser dividido em quatro períodos básicos, dos quais sua enunciação por ROUSSEAU constitui o marco inicial. A proporcionalidade francesa, desde então, parece marcada pelo mencionado pensador. Tãmanha foi a influência aludida, que se pode traçar o itinerário percorrido pela proporcionalidade em território francês como a partida de ROUSSEAU¹⁸⁹², a perda de vista dessa origem e a reaproximação tateante daquele ponto de partida. Bem agora, parece estar em curso a quarta etapa da proporcionalidade gálica, consistente na abstração dos casos concretos numa idéia jurídica geral. Curioso notar que os pressupostos rousseauianos da proporcionalidade, bem como sua proclamação no direito positivo sempre estiveram à mão dos pensadores franceses, que somente agora retomam o processo transformador da filosofia rousseauiana em diretriz aplicada do direito positivo¹⁸⁹³.

A França, ainda hoje, não pôs em prática a proporcionalidade de ROUSSEAU, apesar de ter sido o primeiro país a expressá-la em norma jurídica. A proporcionalidade permanece a expressão concreta e dispersa da solução de diversos casos, ao menos na opinião predominante naquele sistema jurídico. O tratamento dogmático, jurisprudencial e doutrinário dispensado pela maioria do pensamento francês à proporcionalidade está atrasado, em comparação a outras ordens ocidentais. O retrospecto do destino tomado pelas idéias rousseauianas após a Revolução Francesa parece capaz de elucidar essa característica atual do tema no direito francês.

¹⁸⁹² Cf. o item 15.4.1.

¹⁸⁹³ Interessante notar que a paulatina positivação da proporcionalidade no direito francês parece ter muito em comum com a do direito brasileiro, pois herdamos em grande medida o modo gálico de lidar com os problemas travados entre o particular e a administração pública, em especial na primeira metade do século xx.

. . . – *O oblvio de Rousseau e do direito positivo*

O desenvolvimento da noção de proporcionalidade na França é dominado até hoje por opções feitas pela Revolução de 1789, no tocante à separação dos poderes.

A França não se converteu à fé na má-fé professada por MONTESQUIEU, segundo quem seria possível conter a arbitrariedade pública por meio da distribuição do mando por três poderes: a rapacidade dos membros de cada um deles refrearia igual inclinação impudente dos titulares dos demais poderes. A França não acreditou, em última análise, que o egoísmo generalizado dos ocupantes de funções públicas pudesse amenizar os desmandos alheios, ao transformar cada função estatal em núcleo de poder contraposto às duas outras. Os compatriotas de MONTESQUIEU encarregados de construir o novo Estado francês, nota XYNOPOULOS, privilegiaram a separação estrita dos poderes, em consonância com a especialização funcional: a cada poder, uma função¹⁸⁹⁴. Daí não resultou o equilíbrio entre os três, mas nítido predomínio do Legislativo, cuja melhor expressão continua a ser a debilidade do controle de constitucionalidade das leis naquele país¹⁸⁹⁵. A dimensão da força concentrada no parlamento do início da República Francesa ampliava-se, pois não se lhe contrapunha então um Executivo forte, como o atual. Ademais, a suspeita em relação ao Judiciário apequenou-lhe as tarefas na nova forma de Estado: os juízes haveriam de mecanicamente aplicar as leis e não opor empecos à função executiva. A Lei votada entre 16 e 24.8.1790, retomada posteriormente, vedava aos juízes “perturbar, por qualquer maneira que seja, as operações do corpo administrativo e citar os administradores para comparecer perante eles em razão de suas funções”¹⁸⁹⁶.

¹⁸⁹⁴ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 15 e segs.

¹⁸⁹⁵ Cf. a nota 1476, para a síntese de DICEY a respeito.

¹⁸⁹⁶ *Apud* XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 19: “... troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs à raison de leurs fonctions”.

Chegou-se ao paradoxo de o cidadão estar desprotegido, ainda que sua Constituição possuísse extenso rol de direitos, neles incluída uma norma rousseauiana da qual poderia servir de base perfeita à afirmação da proporcionalidade. Como não se acreditava que a lei pudesse lesar o indivíduo, por decorrer da vontade geral, outra idéia de ROUSSEAU, dispensaram-se garantias contra ela¹⁸⁹⁷. Tampouco contra a ação administrativa, porque fundada na lei¹⁸⁹⁸. O problema então posto, esclarece XYNOPOULOS, estava em que a ordem jurídica herdada da monarquia absoluta não regulava a contento a atividade administrativa; ao contrário, era lacunosa, por espelhar a liberdade de outrora do rei¹⁸⁹⁹.

A proporcionalidade desapareceu, assim, da prática francesa, dominada nesse período pela indenidade das leis a qualquer espécie de controle e pela absoluta discricionariedade administrativa, a despeito de constar da *Declaração de Direitos* de 1789. Há nisso uma coerência histórica toda própria, perceptível mediante o recuo ao plano mais geral da cena, conquanto nisso se possa divisar inicialmente uma contradição. A amplíssima liberdade do administrador harmoniza-se com a onipotência da lei em substituição do monarca, num ambiente pleno de certezas morais obtidas com a sobrevivência do modelo ético aristotélico-escolástico. Nada se opõe ao império da lei racional aplicada ou interpretada monopolisticamente pelo agente público propulsor da era revolucionária de transformações sociais. Não chega, pois, a ser nenhuma surpresa que a proporcionalidade tenha submergido nesse contexto.

. . . — *A proporcionalidade esparsa do contencioso administrativo francês*

A doutrina francesa passou a defender a existência de amplo poder discricionário da administração. O poder seria discricionário, na ausên-

¹⁸⁹⁷ Cf. o item 15.4.1.

¹⁸⁹⁸ Cf. o item 17.2.5.3 para a mesma tese na Alemanha.

cia de lei dispondo o contrário. O quadro assim instaurado refletia a combinação inóspita da amplitude de faculdades discricionárias executivas e da interdição de o Judiciário as rever. O vácuo jurídico produzido pelo absentismo duplo – o legislativo e o judicial – abandonava os particulares à própria sorte, de modo a tornar necessário criar o contencioso administrativo. As relações de força daí resultantes forneceram ao direito administrativo francês seu grande desafio, semelhante em essência ao de similares ordens jurídicas estruturadas: empurrar incessantemente a divisa entre a atividade vinculada e a discricionária da administração para aumentar o território da revisibilidade jurídica dos atos executivos, à custa da liberdade absoluta desfrutada no princípio pelo Executivo, então denominada discricionariedade¹⁹⁰⁰. Eis a tarefa a que se propôs o contencioso administrativo, tanto no interesse dos indivíduos, quanto no do aprimoramento da atividade pública¹⁹⁰¹.

A tradicional doutrina francesa sobre a proporcionalidade, vastamente majoritária ainda hoje, há de ser compreendida a partir da mencionada opção constitucional pela separação estritamente funcional, mas desequilibrada, de poderes. Aquela escolha constitucional transforma-se no par de conceitos vinculação–discricionariedade, a que correspondem as noções de legalidade e oportunidade, para empregar a linguagem administrativa típica do patamar da legislação ordinária¹⁹⁰². A ausência de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis na França, por exemplo, parece impedir a invocação da proporcionalidade contra a obra

¹⁸⁹⁹ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 20.

¹⁹⁰⁰ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 30.

¹⁹⁰¹ Muitas vezes sem atinar-se para a peculiaridade histórica francesa causadora desse resultado, o controle judicial dos atos administrativos no Brasil gravita em torno de duas paráfrases daquele problema central do direito francês, isto é, discernir a legalidade da oportunidade administrativas e indagar da possibilidade de anulação de atos discricionários.

¹⁹⁰² Claro que a doutrina francesa não mais defende uma discricionariedade livre de direito, ao contrário dos primeiros tempos republicanos, como, aliás, o prova a lei de 1790 citada na nota 1896.

do parlamento, diversamente do que ocorre nos Estados Unidos e na Alemanha. Disso resulta consequência importante para a doutrina ortodoxa francesa: o controle exercido por meio da proporcionalidade limita-se a atos executivos, particularmente aos discricionários. Os atos vinculados excluem-se, em princípio, do âmbito de incidência da proporcionalidade, por traduzirem aplicação de pautas legislativas subtraídas à censura judicial ou mesmo ao contencioso administrativo. Não se trata de proibição normativa, mas de decorrência da estrutura do ordenamento francês. Os atos concretos seguem o destino privilegiado de suas matrizes parlamentares, quando fiéis ao esquema legal vinculado. Essa dupla limitação tornou os atos administrativos discricionários o campo eletivo da proporcionalidade gaulesa. Tal pertinência temática possui suas particularidades. A inserção da proporcionalidade no direito francês deu-se por intermédio do principal debate travado no contencioso administrativo francês – os limites da revisão jurídica dos atos discricionários. Por assim dizer, a crescente aceitação da proporcionalidade ainda não se dá em termos rigorosos do reconhecimento de imperativo jurídico de ordem geral. A proporcionalidade francesa continua como que disfarçada sob as formas tradicionais de controle dos atos administrativos, inclusive no que toca a sua denominação, salvo por três exceções de grande tomo – BIENVENU, XAVIER PHILIPPE e XYNOPOULOS. O minucioso inventário de decisões do contencioso administrativo elaborado por PHILIPPE revela que a proporcionalidade pode ser suposta ou implícita na norma legal a aplicar; considera-se imanente a certos princípios de direito, como a liberdade; também se esconde sob os “instrumentos privilegiados” de controle ortodoxo do ato administrativo, como a inexatidão material dos fatos sobre os quais se funda a decisão administrativa, o erro manifesto de apreciação, o balanço de interesse envolvidos, a necessidade do ato de polícia, a qualificação jurídica dos fatos, e ainda está presente nos chamados “instrumentos incidentais”, como os vícios de forma, procedimento, desvio de poder e erro de direito¹⁹⁰³. Para a

¹⁹⁰³ PHILIPPE, *Proportionnalité, passim*, e XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 52.

doutrina e jurisprudência administrativa tradicionais, portanto, a proporcionalidade não goza da autonomia vista noutras ordens jurídicas. Esse quadro apenas começa a se alterar na França, graças sobretudo aos trabalhos dos três autores referidos. Em termos de opinião dominante, contudo, a proporcionalidade não surge no primeiro plano; oculta-se sob outras denominações.

E aqui aparecem os aspectos negativos do atual estado de coisas, cuja mudança se começa a notar. O caráter esparso e inominado da proporcionalidade na ortodoxia francesa prejudica-lhe o desenvolvimento, porque não divisada como máxima abstrata e geral do direito positivo¹⁹⁰⁴. A doutrina francesa majoritária antecede a abstração das características comuns dos casos de diversos domínios onde aplicada e das técnicas diferentes sob as quais invocada. Tal circunstância histórica traz consigo o inconveniente da imprecisão dos limites da proporcionalidade, que XYNOPOULOS e PHILIPPE procuram remediar.

Uma segunda característica dos efeitos da separação de poderes na proporcionalidade praticada na França relaciona-se com a indevida interferência da dicotomia vinculação–discricionariedade no estabelecimento do conteúdo da proporcionalidade. Os conceitos de proporcionalidade variam, a depender da extensão em que admitida a revisão dos atos discricionários pelo contencioso administrativo¹⁹⁰⁵. Haveria, portan-

¹⁹⁰⁴ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 43.

¹⁹⁰⁵ Isso se torna especialmente claro na tese de PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 9-10, que defende a diferença entre o “controle de proporcionalidade” e o “princípio da proporcionalidade”. Não se nega, por exemplo, que a diferença de densidade normativa a vincular agentes públicos diversos – como o Presidente da República na edição de medida provisória e o agente administrativo que pratica ato discricionário corriqueiro – repercute na extensão do controle da proporcionalidade a que ambos os agentes se encontram submetidos. Daí, contudo, não parece correto inferir a existência de dois conceitos de proporcionalidade: ora ela seria padrão de validade dos atos públicos legislativos, executivos e judiciários; ora serviria como mecanismo de controle dos mencionados atos, ou, mais especificamente, meio pelo qual o contencioso administrativo francês exerce o controle de atos executivos discricionários. A proporcionalidade é a mesma, em ambas as hipóteses. A circunstância de o controle contencioso ou judicial da proporcionalidade eventualmente não se esten-

to, graus ou mesmo proporcionalidades conceitualmente diversas, a depender do grau da mencionada intervenção. Cuida-se de distorção do conceito de proporcionalidade, em consequência da preocupação, talvez excessiva, de delimitar os campos da oportunidade e da legalidade, na suposição de diferença qualitativa, e não quantitativa, entre a atividade vinculada e a discricionária.

der à totalidade do campo de apreciação da autoridade competente para prática do ato não transforma a essência daquela noção jurídica. Apenas revela a necessidade de se interpretar a proporcionalidade em conjunto com outros elementos da ordem constitucional. O poder legislativo das constituições continentais, por exemplo, tem “liberdade de conformação do direito” bem maior do que os agentes administrativos técnicos, porque legitimado por eleições para a realização das escolhas políticas da comunidade. As condicionantes do controle de proporcionalidade não lhe transformam o conteúdo, desdobrado em diferentes definições. A proporcionalidade será sempre a mesma, quer como norma de decisão, quer como parâmetro de controle de atos públicos, concretos ou normativos. Eventual diferença entre a extensão da norma e do controle por meio dela efetivado tem que ver com as características do dito controle – sua definição, titularidade, método ou a sanção –, mas não diz respeito à substância do conceito de proporcionalidade. Quadro similar, embora menos marcante, também se vê na obra de XYNOPOULOS, *Proportionnalité*: nela se repete a tendência francesa da interferência do grande tema do contencioso administrativo – a fixação dos limites da revisibilidade dos atos discricionários – na investigação da proporcionalidade. O estudo comparado dos direitos francês, inglês e alemão obedece à mesma simetria: primeiramente examina a proporcionalidade como imperativo teórico; depois, aborda o modo pelo qual se exerce seu controle por meio dos órgãos jurisdicionais competentes em cada país, como se, então, se estivesse a tratar de coisa substancialmente diferente. Talvez, essa separação artificial ainda represente eco tardio da concepção francesa dos três poderes, segundo a qual a jurisdição não cria direito, mas apenas explicita o conteúdo de atos legislativos. Essa explicação revela a dificuldade do mencionado sistema em admitir que a real dimensão dos objetos jurídicos positivos se dá também por sua aplicação concreta, de modo que não parece defensável a cisão entre a atividade legiferante e a judiciária ou contenciosa na exposição da proporcionalidade. O método ideal parece combinar não apenas os atos normativos, mas também a atividade hermenêutica que ensejam.

. . . – *Manifestações ortodoxas e esparsas da proporcionalidade*

PHILIPPE classifica os defensores tradicionais de concepções assemelhadas à proporcionalidade em dois grandes grupos: o dos integrantes da jurisdição administrativa e o dos professores universitários, aos quais, natural e respectivamente, se ligam análises mais empíricas e conceituais da realidade¹⁹⁰⁶. O primeiro autor francês ortodoxo a vislumbrar a proporcionalidade, nas formas de adequação e necessidade, teria sido LATOURNERIE. Ele teria defendido a existência de dois princípios jurídicos implícitos à atuação pública – a finalidade e a necessidade –, em doutrina iniciada com voto no Conselho de Estado em 1929 e aperfeiçoada após a Segunda Guerra Mundial. Os poderes administrativos seriam concedidos para a obtenção de fins públicos e haveriam de ser exercidos apenas na medida a tanto necessária¹⁹⁰⁷. BRAIBANT possuiria o mérito de haver enunciado em primeiro lugar a proporcionalidade entre meios e fins como diretiva inominada no direito francês, decorrente, todavia, da aplicação do bom-senso à administração¹⁹⁰⁸. A aplicação da proporcionalidade dar-se-ia, contudo, sob as velhas fórmulas do desvio de poder, do erro manifesto etc.

¹⁹⁰⁶ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 61.

¹⁹⁰⁷ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 62-64, e XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, 40-41.

¹⁹⁰⁸ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 64, e XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, 41. BRAIBANT ainda defendeu a idéia de que o controle da proporcionalidade – sempre ele, o controle – se daria em três intensidades, malgrado não tenha elaborado mais de que um catálogo tópico de casos nesse sentido. Ponderou, ainda, a necessidade de se ampliar o binômio meio-fim da proporcionalidade para um trinômio, em que se considerasse também a situação de fato envolvida.

. . . – *A proporcionalidade como “princípio jurídico”*¹⁹⁰⁹

O período transcorrido desde a penúltima década do século xx ao presente parece corresponder a uma quarta etapa do desenvolvimento da proporcionalidade na França. Esse novo período tem como marcos mais visíveis as obras de BIENVENU, PHILIPPE e XYNOPOULOS, respectivamente de 1979, 1990 e 1995.

A abertura de fase nova na proporcionalidade não parece equívoco debitável à distância da observação, pois dois dos monografistas de expressão francesa que se encontra no centro do fenômeno também assim o qualificam¹⁹¹⁰. A cautela da ressalva deve-se ao fato de que talvez seja cedo para se falar em advento de novo período histórico, aos olhos daqueles que com isso designam a alteração dos padrões doutrinários e jurisprudenciais predominantes em determinado país. Nesse caso, ainda será preciso aguardar algum tempo, para verificar se os esforços dos três autores se traduzirão em mudanças dos parâmetros tradicionais ou se serão considerados como respeitáveis opiniões, mas lastimavelmente em desacordo com o correto entendimento oficial do assunto¹⁹¹¹. Se nos recordarmos, porém, de que se discute a existência de um novo período

¹⁹⁰⁹ A tese de que a proporcionalidade na França seria um “princípio jurídico” pertence aos autores adiante mencionados, cujo pensamento se referencia adiante. Isso não implica minha concordância com essa caracterização metodológica. Para a distinção entre regras e princípios jurídicos, cf., entre nós, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *Interpretação*, p. 93 e segs, e *Hermenêutica*, p. 44 e segs; na literatura alemã, cf., especialmente, ESSER, *Grundsatz, passim*, em particular o cap. IV e a p. 51 e segs; ALEXY, *Grundrechte*, p. 104 e segs.; e SIECKMANN, *Prinzipienmodelle*, p. 141-240; e FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 211 e segs. Para a discussão brasileira a respeito da proporcionalidade como princípio ou regra jurídica, cf. HUMBERTO ÁVILA, *Proporcionalidade*; e LUÍS VIRGÍLIO SILVA, *Proporcional*, p. 34 e segs.

¹⁹¹⁰ Para a inauguração dessa nova fase, cf. XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 50, e PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 73.

¹⁹¹¹ O critério hermenêutico da repercussão das idéias (cf. a nota 41) deve sofrer adaptação para solver essa dúvida, porque relativa não a passado petrificado, mas a fatos que há pouco tempo pulsam diante de nossos olhos. A tentativa de predizer o destino de objetos culturais parece ser o risco sedutor dos estudos de história jurí-

cujo curso mal começou, parece útil recordar o ditado alemão: “diante de ruidosas árvores, não se vê a floresta”. A resposta sobre tal potencialidade das três obras aludidas parece positiva, por compartilharem aspecto metodológico¹⁹¹² altamente relevante para o desenvolvimento dos direitos estruturados: aqueles trabalhos tentam unificar a miríade de manifestações casuísticas, fragmentárias da proporcionalidade no sistema francês sob a forma de uma idéia jurídica geral. O exame da espécie dessa idéia jurídica geral – se uma regra de hipótese de incidência ampla ou um princípio – não precisa ser aqui abordado¹⁹¹³. ESSER explica:

“A ‘descoberta’ de idéia jurídica geral ‘a partir de’ um texto ou de trechos de fontes dotadas de autoridade é, pois, tudo menos um processo lógico de interpolação ou generalização. Uma determinada problemática material e real obriga de início o desenvolvimento de uma solução obtida casuisticamente, sem busca nem demonstração principiológicas, e que depois se apóia pragmaticamente neste ou naquele trecho adequado da fonte. Apenas quando as contradições sistemáticas não mais podem ser escondidas, confessamos que usamos tais trechos de fontes para assentar sistematicamente um princípio jurídico que os transcende. As novas figuras e categorias dogmáticas somente então são pensadas como ‘iminentes’ ao edifício geral do sistema codificado...”¹⁹¹⁴.

dica. A verificação do início de nova fase na proporcionalidade francesa requer o sopeso da capacidade das teses aludidas para repercutir no futuro daquele direito.

¹⁹¹² Fala-se aqui de método em sentido estrito para diferenciar tal expressão do sentido lato do termo empregado por FIKENTSCHER e aceito como premissa deste estudo – cf. o item 6.

¹⁹¹³ Cf. a nota 1909.

¹⁹¹⁴ ESSER, *Grundsatz*, p. 164: “Das ‘Finden’ des allgemeinen Rechtsgedanken ‘aus’ einen Text oder aus den autoritativen Quellenstellen ist also alles andere als ein logischer Interpolations- und Verallgemeinerungsprozeß. Eine bestimmte reale Sachproblematik erzwingt die Entwicklung einer Lösung, die zunächst noch kasuistisch, ohne Prinzipiensuche und -nachweise, erfolgt, dann sich pragmatisch an diese oder jene passende Quellestelle anlehnt, von denen man erst, wenn die Systemwidersprüche nicht länger zu verdecken sind, zugibt, daß man sie benutzt, um ein über sie hinausführendes Rechtsprinzip systematisch abzustützen. Die neuen

A proporcionalidade francesa contemporânea encontra-se precisamente nesse estágio descrito por ESSER. A progressiva estruturação daquela sociedade tem criado meios para diminuir a grande margem de arbítrio executivo, ampliada pela debilidade judicial. A proporcionalidade é apenas um desses mecanismos, conquanto de relevância excepcional. O avanço da estruturação social na França tornou intolerável a dimensão outrora reconhecida à discricionariedade administrativa e, por isso, o contencioso administrativo passou a preservar a esfera de liberdade do cidadão. Em desenvolvimento típico do direito daquele país, onde o controle dos agentes executivos se dá por integrantes do mesmo poder, a proporcionalidade francesa tem sido compreendida como meio de aprimoramento da atividade administrativa também sob o ponto de vista de melhora da eficiência do serviço, isto é, como técnica gerencial. Ambos os objetivos são buscados tradicionalmente por soluções casuísticas que imputam aspectos da proporcionalidade a normas de diversos domínios administrativos, à moda de cláusula implícita, elemento congênito a um imperativo hipotético pressuposto de qualquer atividade administrativa¹⁹¹⁵. Mas, notou ESSER, não raro se chega a um momento no qual se há de admitir que as soluções casuísticas imputadas a este ou àquele dispositivo não mais salvam a coerência do sistema jurídico, nem como soluções tópicas para um problema concreto a clamar por inovação da ordem jurídica. O direito francês vive exatamente essa fase: co-

dogmatischen Figuren und Kategorien werden dann erst im Gesamtbau des kodifizierten Systems als ‘immanent’ mitgedacht’[...]”.

¹⁹¹⁵ Sabe-se que similar “imperativo hipotético” é um engano, sob seus dois aspectos. Em primeiro lugar, culturas fragmentadas desconhecem-no. Nem sempre as ponderações de custo-benefício podem justificar a repulsa a determinada atividade pública, porque nem sempre a técnica gerencial é o que conta, mesmo nas sociedades estruturadas. Dois exemplos: o traçado de obra viária que preserva o patrimônio histórico ou beleza natural costuma não ser a alternativa mais barata do que as lesivas aos mencionados valores. O gasto policial empregado no desbaratamento de quadrilha dedicada a pequenos furtos pode sobrepor-se à indenização dos prejudicados pelo Estado, mas, ainda assim, a ação policial pode impor-se. Em todas essas hipóteses, pode haver valores sociais preponderantes diversos daqueles quantificáveis na ponta do lápis do economista.

mo solução para esse impasse, seus juristas de vanguarda – BIENVENU, PHILIPPE e XYNOPOULOS – afirmam que os diversos e isolados pontos de apoio positivos nos quais até aqui se assenta a imposição da proporcionalidade seriam aflorações de um único princípio extenso, capaz de abrangê-las a todas. Os três autores buscam, assim, revelar algo que, em potência, estaria imanente ao sistema jurídico francês. ESSER mostra-nos “que empurramos sob o código os pontos de vista e as experiências obtidas em verdade casuisticamente, para podermos usá-los dedutivamente como premissas maiores do sistema. [...]. Mesmo nas ‘deduções’, precisa-se de vasto material de casos e didático agrupados indutivamente, antes que se possa assegurar o reconhecimento de um princípio jurídico geral”¹⁹¹⁶. Aqueles estudiosos do direito francês finalmente deram o passo decisivo de proclamar a existência de idéia geral – um princípio – a compelir a administração a dosar seus atos segundo o critério da proporcionalidade. Agem como porta-vozes da insatisfação geral com a grande margem de liberdade assegurada pelo direito formal ao administrador e da necessidade de inovação da ordem francesa. Esforçam-se por criar uma obrigação geral da administração pública francesa sob a forma de princípio¹⁹¹⁷, fingindo apenas enunciar algo imanente ao direito que estudam. Todos inovam o ordenamento daquele país, em busca de solução para problemas concretos. Precisamente essa unicidade metodológica dos esforços dos escritores mencionados parece capaz de lhes assegurar duradoura influência no desenvolvimento da proporcionalidade em solo francês. Ver-se-á logo a seguir, na medida do possível, que as soluções advogadas por dois deles para a construção da proporcionalida-

¹⁹¹⁶ ESSER, *Grundsatz*, p. 162: “Man unterschiebt die in Wahrheit kasuistisch gewonnen Einsichten und Erfahrungen dem Codex, um sie als Obersätze des Systems deduktiv auswerten zu können. [...]. Auch bei den ‘Ableitungen’ bedarf es aber eines umfangreichen induktiv gesammelten Fall- und Schulmaterials, bevor man sich auf die Anerkennung eines ‘allgemeinen Rechtsgedankens’ festlegen kann”.

¹⁹¹⁷ Cf. a nota 1909 para a ressalva dessa qualificação da norma da proporcionalidade.

de francesa varia intensamente e, nalguns tópicos, se contradizem, malgrado a identidade de sentido de seus esforços.

. . . – *Três autores emblemáticos: Bienvenu, Philippe e Xynopoulos*

A obra de BIENVENU, marco inicial da nova etapa, não cuida especificamente da proporcionalidade, embora tenha sido a primeira a pretender extraí-la da massa de casos apreciados pelo contencioso administrativo. A defesa inaugural da proporcionalidade contemporânea na França deu-se em 1979, sintomaticamente em contexto de trabalho dedicado à função da interpretação jurisdicional na elaboração do direito administrativo¹⁹¹⁸.

BIENVENU define a proporcionalidade como relação entre meio e fim¹⁹¹⁹, em consonância, aliás, com o grosso da doutrina internacional¹⁹²⁰. BIENVENU qualifica a proporcionalidade, mais precisamente, como uma “escala” de relações entre meio e fim dos atos administrativos; ter-se-ia, em rigor, uma “escala” de relações de proporcionalidade¹⁹²¹. Tal escala conteria três modalidades de proporção. O juiz verificaria uma “relação lógica entre ambas as coisas”, quando a lei contiver fim perfeitamente claro ou quando os motivos dos atos estiverem de todo claros. A relação de proporcionalidade também variaria desde a “analogia até a necessidade”, nas hipóteses da existência de apenas um liame entre meio e fim, tal como nas questões relativas ao poder de polícia. Por fim, o juiz poderia impor sua concepção própria do funcionamento normal da administração, como resultado da proporcionalidade.

¹⁹¹⁸ Eis o título original do trabalho de BIENVENU: “*L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois: sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*”.

¹⁹¹⁹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 72, e XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 50.

¹⁹²⁰ Cf. a nota 13.

¹⁹²¹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 73, e XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 51.

PHILIPPE presta justa homenagem a BIENVENUE pelo mérito do pioneirismo e lhe elogia a obra precisamente num ponto que, na ótica deste trabalho, constitui defeito dos estudos de proporcionalidade a ser evitado: a proporcionalidade contida em norma jurídica seria diversa de sua interpretação judicial; daí a idéia de escala de proporcionalidade. Essa perspectiva turva o conceito, ao invés de esclarecê-lo. Tal modo de encarar o princípio obscurece-lhe a definição com considerações alheias a esse objetivo. A fixação de limites da proporcionalidade não pode contradizer o princípio lógico da identidade. Uma diferença substancial entre a proporcionalidade prescrita em normas e sua interpretação judicial não deveria ser tratada como duas facetas de um único objeto, mas como dois objetos, que, por acidente lingüístico, designamos com o auxílio de uma só palavra. Nominar ambos os conceitos com uma só palavra seria não muito mais do que uma catacrese jurídica. A concepção aludida encerra ainda um problema insanável consistente em admitir sem provar que possa haver autonomamente uma proporcionalidade jurídica, reificada, nas normas, independentemente dos processos hermenêuticos de sua elaboração e interpretação. Os objetos culturais carecem de existência espiritual fora da hermenêutica, ao contrário dos objetos naturais. Uma vez que a atividade hermenêutica é responsável por dar vida e sentido aos objetos culturais, aí incluído o imperativo da proporcionalidade, em suas diversas manifestações, não há como distinguir entre a proporcionalidade normativa e a interpretada. A interpretação é a única via de acesso à norma, de modo que ambas as proporcionalidades são, em verdade, produtos hermenêuticos. Não existe uma proporcionalidade jurídica puramente normativa capaz de dispensar a interpretação do enunciado que a consagra¹⁹²².

A “escala de proporcionalidades” e a dualidade conceitual, são apenas manifestações tópicas da ubíqua interferência do grande tema do

¹⁹²² Precisamente por isso a metodologia jurídica contemporânea enfatiza a diferença entre a norma e seu enunciado lingüístico – cf., por todos, ALEXY, *Theorie*, p. 42, com extensa remissão a outros autores a respeito da distinção.

direito administrativo francês na definição da proporcionalidade: o limite do controle da atividade discricionária. Nota-se, de novo, o tratamento conjunto de questões diversas, quais sejam, a definição de um “princípio” e os limites da revisão de atos executivos ou legislativos realizada com sua ajuda. Uma coisa é determinar o conteúdo de certa norma; outra, fixar-lhe os lindes. “Para nós”, juristas continentais, explica Esser, “não é a ‘abstração’ ou o ‘caráter geral’ que diferencia o princípio da regra, mas a determinabilidade dos casos de aplicação, que caracteriza a ‘norma jurídica’”¹⁹²³. Ora, quer seja a proporcionalidade francesa um princípio, quer seja uma regra, será natural que se relacione com outras normas daquele sistema jurídico, em limitações recíprocas. Assim, por exemplo, entende-se que os juízos legislativos e os executivos sobre a proporcionalidade não sejam todos revisíveis jurisdicionalmente por inteiro, em atenção ao primado legislativo nessa avaliação, decorrente da separação de poderes ou de limites constitucionais à atividade do contencioso administrativo. A diferença de raio de ação da proporcionalidade, a depender da competência exercida, isto é, se legislativa, executiva ou jurisdicional, parecerá um elemento funcional do sistema, que não lhe altera a essência¹⁹²⁴. Acaso o fizesse, não se teria um só conceito jurídico envolvido, mas dois ou mais deles.

As monografias de PHILIPPE e XYNOPOULOS consagradas à proporcionalidade seguiram-se ao trabalho de BIENVENU, cujo tema era a interpretação dos atos administrativos e das leis no contencioso. Tal como se precursor, ambas as monografias aludidas, dedicadas à proporcionalidade, procuram demonstrar ser ela um “princípio” do ordenamento jurídico francês. Os três trabalhos também se aproximam pelo fato de se servirem de ampla pesquisa da jurisprudência francesa para expor sua

¹⁹²³ ESSER, *Grundsatz*, p. 51: “Für uns unterscheidet nicht die ‘Abstraktheit’ oder der ‘generelle Charakter’ das Prinzip von der Norm, sondern die Bestimmbarkeit der Anwendungsfälle, welche den ‘Rechtssatz’ auszeichnet”.

¹⁹²⁴ ESSER, *Grundsatz*, p. 95: “unmittelbare Gültigkeit”.

prática ainda casuísta na aplicação da proporcionalidade em vários domínios do direito administrativo¹⁹²⁵.

O projeto metodológico compartilhado, consistente no estabelecimento de um “princípio jurídico da proporcionalidade”, gerou, porém, duas propostas distintas para o conteúdo do instituto na França. A mencionada dualidade de soluções seria impossível, acaso fossem atividade de mera busca do contido no ordenamento jurídico, algo como o despertar da bela adormecida, para usar a imagem de ESSER¹⁹²⁶. O raciocínio indutivo conduzido a partir da massa de casos da jurisprudência francesa deveria levar PHILIPPE e XYNOPOULOS a conclusões pelo menos assemelhadas no que tange à essência da proporcionalidade. Ocorre, entretanto, que a estrutura da proporcionalidade defendida pelos autores tem diferenças acentuadas, apesar de comungarem do ponto de partida de que se tratar ali de um “princípio jurídico”.

Dois fatores explicam o modo pelo qual PHILIPPE construiu sua versão da proporcionalidade. O primeiro deles consistia no objetivo de unificar a massa “dispersa” de julgados franceses¹⁹²⁷. O segundo consiste na necessidade de criar padrão francês próprio, em detrimento do direito comparado. PHILIPPE entende, por exemplo, que o modelo de proporcionalidade alemão seria “pouco exportável tal qual existe”¹⁹²⁸. Esse autor, aliás, é peremptório sobre a proporcionalidade teuto-suíça: “sua

¹⁹²⁵ A semelhança no método de trabalho já era de se esperar, pois as idéias jurídicas gerais são criadas a partir de massa de casos respondidos inovadoramente na ordem jurídica; apenas posteriormente são tais respostas unificadas sob fórmula geral engastada no ponto de apoio positivo mais conveniente. A proporcionalidade norte-americana, imputada à cláusula do devido processo legal, posteriormente chamada de material ou substancial, é a prova mais eloqüente disso – cf. a nota 1512 e 1513.

¹⁹²⁶ ESSER, *Grundsatz*, p. 175.

¹⁹²⁷ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 48.

¹⁹²⁸ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 47: “Si la République Fédérale d’Allemagne possède un véritable principe de proportionnalité, celui-ci est peu exportable tel quel”.

originalidade não permite transpô-la para o direito francês...”¹⁹²⁹. PHILIPPE restringe, conseqüentemente, seu campo de estudos à casuística francesa, que pesquisa em extensão e profundidade, na busca de ordená-la sob um “princípio” de feições puramente nacionais.

XYNOPOULOS defende, em obra posterior, ponto de vista radicalmente contrário ao de PHILIPPE, pois se dedicou à comparação da proporcionalidade na França, Alemanha e Inglaterra. Ele também reconhece uma praxe francesa difusa do controle da administração por intermédio da proporcionalidade, mas sugere a adoção das categorias alemãs como alternativa para a sistematização dos tópicos franceses relativos àquele “princípio”¹⁹³⁰.

¹⁹²⁹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 48: “Son originalité ne permet pas de le transposer em droit français...”.

¹⁹³⁰ XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, p. 13-110 e 353-420.

17 – A proporcionalidade universitária alemã

A certa surpresa causada pelas aparências díspares sob as quais a proporcionalidade ingressou na França e na Alemanha não deve impedir que se lhes note a unidade da pré-compreensão¹⁹³¹. As grandes diferenças dos antecedentes mais próximos da proporcionalidade nos países aludidos concentram-se nos agentes de sua introdução nas respectivas ordens jurídicas. Não se superestime o fato de a proporcionalidade francesa se ter originado de revolução, ao passo que a alemã se inicia em legislação outorgada por imperador. Revolucionários franceses e reformadores oficiais da legislação prussiana não divisaram o paradoxo em se impor a liberdade a outrem, em virtude de o Iluminismo lhes fornecer modelo ético aristotélico-escolástico, que pretende ter acesso a verdades morais absolutas¹⁹³². A grande diferença dá-se entre as matrizes continentais e inglesas da proporcionalidade. O devido processo legal substancial resulta de lenta elaboração judicial principiada em cortes populares de justiça, enquanto a proporcionalidade da Europa continental deriva de movimentos intelectuais.

WIEACKER explica o fenômeno: “na Alemanha, o aparecimento de novas concepções sócio-políticas fundamentais relacionou-se frequentemente com a fundação de universidades”¹⁹³³. As universidades alemãs, no que interessa ao nosso tema, retomaram o racionalismo de origem grega e prosseguiram no desenvolvimento da tradição da pessoa ou ente moral. A interação dos estudos de ambas as coisas redundou no reconhecimento de aspectos da proporcionalidade na legislação prussiana.

¹⁹³¹ Cf. o item 15.4.

¹⁹³² Cf. a nota 1879.

¹⁹³³ WIEACKER, *História*, p. 355, exemplifica o fenômeno: “o advento da Reforma e a reforma de ensino de MELANCTON com Wittenberg (1510) e outras universidades protestantes do séc. XVI; a contra-reforma alemã, com reformas universitárias ou com a formação de novas universidades pelos jesuítas; o alto-humanismo e o primeiro historicismo com a fundação da universidade de Gotinga (1737); a vitória das idéias culturais do segundo humanismo com a fundação da universidade de Berlim (1809)”.

Acompanhar as etapas essenciais da transformação acadêmica do conceito teológico no cerne de sistemas jurídicos laicos certamente contribuirá para entender a evolução histórica da proporcionalidade no direito centro-europeu.

A primeira fase histórica da proporcionalidade germânica iniciou-se na universidade e terminou na legislação imperial. Professores universitários influenciados por iluministas franceses – ROUSSEAU sobretudo – eram mestres de alunos que desempenhavam funções públicas junto aos monarcas. Tais auxiliares influenciavam seus soberanos, que implementavam políticas racionalistas em leis, graças à influência protestante em sua ética¹⁹³⁴. Tal como na França, não deixa de ser liberdade à força, embora sob o rótulo prussiano da meticulosidade no bem administrar. Eis a evolução a ser exposta com algum pormenor.

17.1 – *Wolff* e as cátedras dedicadas ao ente moral

A atividade docente de CHRISTIAN WOLFF mostrou-se relevante para a ulterior consagração da proporcionalidade germânica tanto em razão do conteúdo de seus ensinamentos, quanto pelo aspecto institucional de haver fundado as primeiras cátedras universitárias destinadas ao estudo do ente moral.

WOLFF transmitiu ao Iluminismo a doutrina de PUFENDORF, cujo átomo era a pessoa¹⁹³⁵. PUFENDORF, fiel ao aristotelismo, pensou o con-

¹⁹³⁴ WIEACKER, *História*, p. 354: “Em contrapartida, foi precisamente através da sua [do Iluminismo] ligação com o Estado autoritário que ele ascendeu a uma posição de domínio na Alemanha (tal como em Portugal, na Toscana e em Nápoles, na Escandinávia e na Rússia). [...]. A sua base [da legislação iluminista prussiana] foi a ética protestante, recebida pela casa de Brandenburgo através da sua própria confissão religiosa, das suas estreitas ligações com os Países Baixos e dos refugiados huguenotes; base que, no entanto, nesta terra protestante e, por influência do pietismo, se apresenta mais interiorizada, mais quietista e mais crente na autoridade do que o calvinismo da Europa ocidental”.

¹⁹³⁵ KOBUSCH, *Person*, p. 84.

ceito “de ente moral em analogia ao ser natural”¹⁹³⁶: as pessoas teriam sua dignidade, assim como os objetos possuiriam determinado valor intrínseco¹⁹³⁷. O maior trunfo da biografia de WOLFF consistiu em avançar a tradição do ente moral com base na idéia de dignidade da pessoa. Ele assentou o princípio de que todos os homens possuem direitos inatos, em virtude apenas de sua qualidade humana, ao ver no homem o ser moral livre e titular de direitos e deveres¹⁹³⁸. Por isso, não se lhe poderiam subtrair determinados direitos, sem destruir sua pessoa¹⁹³⁹. O professor aludido provocou, para dizer o mínimo, a idéia dos modernos direitos inalienáveis da pessoa¹⁹⁴⁰ – exatamente aqueles protegidos pela futura proporcionalidade alemã. “Esta é a grande realização do direito natural; ter levado a cabo essa abstração ou, como o próprio WOLFF diz, essa ‘ficção do ser moral’, do homem como ser humano ou do homem como ser livre, e de ter indagado pelas determinantes que lhe correspondem como tal”, resume KOBUSCH¹⁹⁴¹.

¹⁹³⁶ KOBUSCH, *Person*, p. 74: “Das ens morale wird dann in Analogie zum physischen Sein gedacht...”.

¹⁹³⁷ KOBUSCH, *Person*, p. 80.

¹⁹³⁸ *Apud* KOBUSCH, *Person*, p. 88: “Homo moralis est subjectum obligationum atque iurium”.

¹⁹³⁹ KOBUSCH, *Person*, p. 90.

¹⁹⁴⁰ KOBUSCH, *Person*, p. 90.

¹⁹⁴¹ KOBUSCH, *Person*, p. 88: “Das ist die große Errungenschaft des Naturrechts, diese Abstraktion oder – wie WOLFF selbst sagt – diese ‘Fiktion des moralischen Menschen’, des Menschen als Menschen oder des Menschen als Freiheitswesen durchgeführt zu haben und nach den Bestimmungen zu fragen, die ihm als solchem zukommen”. Não deixa de ser curioso notar a empolgação de KOBUSCH com esse conceito continental de pessoa. Ao que parece, o peso da pré-compreensão do mencionado autor, professor universitário de filosofia teológica, fez com que se equiparassem as noções da pessoa e de ser humano. A primeira é apenas uma versão – aliás, apenas ocidental – do segundo, de modo que diferentes culturas possuem diversas noções do ser humano. Cf., por exemplo, o item 6.3.5, para as divergências entre a nossa “pessoa” e o homem de outras culturas. Cf. o item 15.3.4.2, para os conflitos surgidos da disparidade entre as noções antiga e moderna de ser humano, no próprio interior do Ocidente. Assim como há graves divergências entre as noções estruturada e fragmentada de homem, também existem enormes disparidades históricas e geográficas a esse respeito. O direito ocidental busca, por

A idéia de essência comum a todos os seres humanos – a pessoa – trouxe de volta à cena filosófica e jurídica a noção de igualdade, abandonada tanto nas ruínas gregas, quanto nas ordens jurídicas medievais¹⁹⁴². Ninguém pode, em princípio, interferir na ação alheia, sob pena de o contrário também valer e o absurdo se instaurar, considerando que todos têm o mesmo direito¹⁹⁴³. Logo, as pessoas devem ser livres¹⁹⁴⁴. CHRISTIAN WOLFF proclamou: “todos os homens são livres por natureza”¹⁹⁴⁵.

O catálogo de direitos fundamentais de WOLFF incluía ainda os de não recear lesão e danos, o estado de necessidade, a vida, a integridade corporal, o respeito à reputação e à honra, a alimentação, medicamentos, o vestuário, moradia, o trabalho e a educação¹⁹⁴⁶. O catálogo de LOCKE, por sua vez, compreendia a propriedade e a liberdade, ausentes do similar teutônico¹⁹⁴⁷. E certas pessoas pretendem, hoje, desautorizar a Constituição brasileira de 1988, em decorrência do suposto amadorismo de conceder vários direitos fundamentais e sociais.

WOLFF deu outro passo importante na comunicação da tradição da pessoa entre o jusracionalismo e o Iluminismo, ao fundar cátedra dedicada ao estudo “científico” do ente moral¹⁹⁴⁸. A criação de especialidades universitárias destinadas a dissecar o ente moral, construído à imagem e semelhança do ser natural¹⁹⁴⁹, originou a “Metafísica Moral”¹⁹⁵⁰.

meio da proporcionalidade, manter-se estruturado, equilibrando o poder, justamente porque um dia já foi fragmentado.

¹⁹⁴² KOBUSCH, *Person*, p. 88-89.

¹⁹⁴³ KOBUSCH, *Person*, p. 89.

¹⁹⁴⁴ KOBUSCH, *Person*, p. 89.

¹⁹⁴⁵ *Apud* KOBUSCH, *Person*, p. 89: “Alle Menschen sind von Natur frei”.

¹⁹⁴⁶ KOBUSCH, *Person*, p. 89-90.

¹⁹⁴⁷ KOBUSCH, *Person*, p. 90.

¹⁹⁴⁸ KOBUSCH, *Person*, p. 94

¹⁹⁴⁹ Cf. o item 15.3.6.2.

¹⁹⁵⁰ Ou seja, metafísica do ente moral – a pessoa. Daí se nota, a meu ver, o equívoco da tradução da obra de KANT como “Metafísica dos Costumes”, justa-

Esta se dedicaria à investigação científica dos inexoráveis princípios e leis de regência da pessoa, o ente moral, assim como as demais ciências pesquisariam as leis naturais¹⁹⁵¹. A metafísica estaria para o ente moral, assim como a física para o natural. Dá-se aqui a inversão do sentido original do conhecimento: agora é a causalidade decalcada das leis naturais a inspirar seu antigo modelo jurídico¹⁹⁵². O atento estudo da pessoa haveria de fornecer conclusões definitivas sobre as diversas partes da filosofia prática, como, por exemplo, os conceitos de ação humana, dever, recompensa e castigo, aptidão, deficiência, imputação moral, dolo, culpa, bem supremo¹⁹⁵³. A idéia consistia em resolver qualquer problema ético, por meio da subsunção dos fatos concretos a conceitos gerais e superiores e de vigência universal¹⁹⁵⁴. “Por isso, a metafísica do ser moral ou a filosofia prática é a fonte comum da qual decorrem todas as demais disciplinas morais, o direito natural, o direito social, a doutrina ética filosófica e cristã, o direito civil”¹⁹⁵⁵.

17.2 – A ruptura teológica e a necessidade de nova ética secularizada

Todas as evoluções expostas do conceito de pessoa não removeram a filosofia prática continental da base essencialmente aristotélico-escolástica, criadora do conceito de ente moral, no século XIII. O mo-

mente porque ela se pretende a anatomia do ente moral. Logo, o título deveria ser traduzido como “Metafísica da Moral”, ou seja, do sistema ético fundado no ente moral ou pessoa. A esse respeito, cf. o item 17.2.1.

¹⁹⁵¹ KOBUSCH, *Person*, p. 95.

¹⁹⁵² Cf. os itens 6.3.4 e 11.1.

¹⁹⁵³ KOBUSCH, *Person*, p. 95.

¹⁹⁵⁴ KOBUSCH, *Person*, p. 97.

¹⁹⁵⁵ KOBUSCH, *Person*, p. 98: “Deswegen ist die Metaphysik des moralischen Seins bzw. die allgemeine praktische Weltweisheit die gemeinschaftliche Quelle, aus der alle anderen moralischen Disziplinen, das Naturrecht, das gesellschaftliche Recht, die philosophische und christliche Sittenlehre, das bürgerliche Recht, fließen”.

nopólio hermenêutico era mantido com a ajuda da entelêquia¹⁹⁵⁶. Ao longo de séculos, sucederam-se apenas variações sobre o mesmo tema: a ordem jurídica deveria submeter-se a outra, porque supostamente emanada da fonte natural e, sobretudo, divina. Até o avançado pensamento de WOLFF não se libertou desse modelo, pois também se imaginava na posse de verdades éticas incontestáveis, agora também em razão das leis científicas regentes da pessoa – o ente moral. PAWLOWSKI notou: “legitimavam-se regulações jurídicas na medida em que deduzidas de postulados morais, religiosos ou metafísicos, de que se tem ainda bom exemplo em CHRISTIAN WOLFF (1679-1754): WOLFF expunha o direito como meio para a perfeição do homem desejada por Deus”¹⁹⁵⁷.

Essa situação da filosofia continental estava, contudo, em descompasso com a evolução histórica européia, em especial com os problemas jurídicos dela decorrentes. O segundo grande cisma do Cristianismo, protagonizado por LUTERO, destruiu a base religiosa comum, sobre a qual assentado o monopólio hermenêutico da igreja católica. Contestou-se-lhe, por conseguinte, o método entelequial de deduzir – na verdade, impor – pretensas ordens superiores do direito natural. O movimento de ruptura da unidade cristã repudiava a desgastada ética escolástica, mas não dispunha de sistema moral para substituí-la. Sentiu-se, então, a necessidade do estabelecimento de nova ética, cuja matriz haveria de ser secularizada¹⁹⁵⁸. A tarefa assim posta aos pensadores consistia na elaboração de sistema moral laico e antropocêntrico – ao menos na aparência –, pois o dissenso de opiniões sobre os dogmas cristãos impedia o uso de fundamento divino. O imperativo de transformar a ética teológi-

¹⁹⁵⁶ Cf. o item 15.3.4.1.

¹⁹⁵⁷ PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 76, nm. 148: “Man legitimierte rechtliche Regelungen dadurch, daß man sie aus moralischen, religiösen oder metaphysischen Postulaten ableitete, wofür man z. B. bei CHRISTIAN WOLFF (1679-1754) noch ein gutes Beispiel findet: WOLFF stellte das Recht als ein Mittel zur (gottgewollten) Vervollkommnung des Menschen dar [...]”

¹⁹⁵⁸ Cf. a nota 995 e Wieacker, *História*, p. 299, para a detruição da unidade religiosa como imperativo da “secularização e da emancipação metodológica [do juracionalismo] em relação à teologia moral”.

ca em laica ainda nada afirmava sobre o modo por que se haveria de obter semelhante resultado. KANT chamou a si a tarefa de construir tal sistema ético substituto, que redundou no mais perfeito modelo liberal conhecido¹⁹⁵⁹.

. . . — *Kant: o idealismo transcendental*

A filosofia de KANT, fundamental para se captar a pré-compreensão jurídica da proporcionalidade centro-europeia, insere-se nesse pano de fundo de superação da ética derivada de modo direto da religião.

Países neolatinos supõem ser o direito continental um conjunto de ordenamentos bem mais uniforme do que, por exemplo, a doutrina alemã o faz. Aprendemos sempre que a identidade jurídica continental repousa no acordo histórico entre a filosofia grega, a lei romana, a teologia cristã e os costumes bárbaros, na simplificação mais tosca da idéia. Tal concepção não esgota a realidade, conquanto não esteja errada. Autores alemães, austríacos e suíços de fala germânica insistem, com certo orgulho e alguma razão, na existência da família jurídica centro-européia, que os acolheria. FIKENTSCHER aponta convincentemente a filosofia kantiana como o ponto a partir do qual os três mencionados ordenamentos jurídicos tomaram caminho em parte distinto do trilhado pelos direitos das nações neolatinas¹⁹⁶⁰. A negação ou, pelo menos, o questionamento do modelo ético aristotélico-escolástico tornou-se, desde KANT, a essência e o grande problema do pensamento jurídico centro-europeu, cujas soluções ora recaem no ser, ora no dever ser, ora enfatizam as relações entre ambos, como a dialética.

¹⁹⁵⁹ BOBBIO, *Direito*, p. 73-74, anotou: “parece-me claro que todo o pensamento jurídico de KANT visa a teorizar a justiça como liberdade. É, talvez, a expressão mais característica e conseqüente desta teoria; certamente, a mais respeitável. E se pensamos no fato de que a teoria da justiça como liberdade é aquela da qual nasce a inspiração para a teoria do estado liberal, devemos concluir que a teoria do direito de KANT deve ser considerada como um dos fundamentos teóricos do estado liberal [...]”.

A proporcionalidade alemã não pode ser entendida a contento, sem se ter presente a peculiaridade de o pensamento centro-europeu se originar da matriz kantiana.

17.2.1.1 – De um ser não se segue nenhum dever ser

O ponto de partida da revolução kantiana operada na filosofia do direito consistiu na consciência radical da diferença entre enunciados relativos ao ser e ao dever ser, bem como defesa da impossibilidade de se deduzir conclusão a respeito do segundo a partir do primeiro¹⁹⁶¹. Enunciados sobre o ente moral diferem estruturalmente dos elaborados acerca dos entes naturais. Continua-se, assim, na tradição material da pessoa, da terceira ontologia, com ainda se ver¹⁹⁶². A mudança está na proscrição dos antigos métodos de estabelecimento da ética.

Se do ser não se infere o dever ser, então a fonte de que emanam as prescrições éticas não se encontra no mundo natural, mas na razão pura. Se a experiência humana não traz “em si”, como que carimbado, um sinal ético positivo ou negativo, o juízo que se faz sobre determina-

¹⁹⁶⁰ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 3, p. e segs.

¹⁹⁶¹ HUME tinha atrás de si séculos de ética inglesa dialogicamente estabelecida e, portanto, foi-lhe mais natural criticar os sucessivos “monopólios hermenêuticos” continentais. Há quem defenda ter KANT chegado, por si mesmo, a essa conclusão, ainda que ele mesmo a credite a ROUSSEAU – cf. a indicação de FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 3, p. 21, que, em princípio, adere à tese do empréstimo de HUME. Nesse contexto, não se pode esquecer da objeção de LARENZ, *Methodenlehre*, p. 73-74, ao positivismo de KELSEN. Ao menos a tentativa kelseniana de levar às últimas conseqüências a divisão kantiana entre ser e dever ser não conseguiu banir a interação entre ambas as coisas. Além de alterar radicalmente o significado do dever ser – embora preservando-lhe a nomenclatura –, KELSEN admitiu pela porta dos fundos ou pelo topo do seu edifício teórico aquilo que dele procurou excluir: em última análise, a eficácia material dos sistemas jurídicos depende de observância, um fato do mundo do ser.

¹⁹⁶² Cf. o item 15.3.4.2, para o início dessa tradição, e a nota 995, para a impossibilidade de separação plena da idéia de pessoa de seu fundo religioso e, portanto, de um modo de pensar específico – a estruturação social moderna.

do fato se encontra em conceitos racionais. Para KANT, explica PAWLOWSKI,

“não é mais tarefa do direito garantir diretamente um entre aspectos jurídicos (éticos ou morais) de uma boa ordem. E isso justamente porque KANT, na seqüência de DESCARTES, não procurou deduzir conhecimentos teóricos e práticos dos objetos. Para ele, cuidava-se muito mais de descrever os pressupostos do conhecimento: como são possíveis o direito e o conhecimento do direito? Como posso constatar se algo com que esbarro pertence ao direito?”¹⁹⁶³.

Eis a passagem pertinente de KANT:

“Qualquer pessoa há de admitir que uma lei, se quiser valer como moral, isto é, como fundamento de uma obrigação, deve conter necessidade absoluta, [...], que, portanto, o fundamento da obrigatoriedade aqui não deve ser buscado na natureza do ser humano ou em circunstâncias do mundo no qual lançado, mas *a priori*, apenas em conceitos da razão pura, e que qualquer outro preceito que se funde em princípios de mera experiência e mesmo um preceito geral em certo aspecto [...] assente em motivos empíricos pode representar uma regra prática, mas nunca uma lei moral”¹⁹⁶⁴.

¹⁹⁶³ PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 135, nm. 248: “Danach [KANTS Rechtsverständnis] ist es nicht mehr [...] Aufgabe des Rechts, direkt eine unter rechtlichen (ethischen oder moralischen) Aspekte gute Ordnung zu gewährleisten. Und das deshalb nicht, weil KANT in der Nachfolge von DESCARTES die theoretischen wie auch die praktischen Erkenntnisse nicht von den Objekten her zu deduzieren sucht. Es geht ihm vielmehr darum, die Voraussetzungen der Erkenntnis zu beschreiben: Wie ist Recht und Rechtserkenntnis möglich? Wie kann ich feststellen, daß etwas auf das ich stoße, dem Recht zugehört?”

¹⁹⁶⁴ *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, AA IV, p. 389: “Jedermann muß eingestehen, daß ein Gesetz, wenn es moralisch, d. i. als Grund einer Verbindlichkeit, gelten soll, absolute Nothwendigkeit bei sich führen müsse; [...]; daß mithin der Grund der Verbindlichkeit hier nicht in der Natur des Menschen, oder den Umständen in der Welt, darin er gesetzt ist, gesucht werden müsse, sondern *a priori* lediglich in Begriffen der reinen Vernunft, und daß jede andere Vorschrift, die sich auf Principien der bloßen Erfahrung gründet, und sogar eine in gewissem Betracht allgemeine Vorschrift, so fern sie sich dem mindesten Theile,

A tarefa gigantesca a que KANT se dedicou consistia em indagar das condições sob as quais seria possível formular enunciados éticos; já não mais se ocupou de justificar um suposto sistema ético divino, tal como o fez a tradição medieval.

17.2.1.2 – As condições de possibilidade da ética antropocêntrica

A reelaboração da ética ocidental por KANT relaciona-se diretamente com seu conceito de filosofia: “a metafísica – principalmente a crítica propedêutica e precedente da razão que se arrisca em suas próprias asas, tanto em relação à natureza, quanto à moralidade – constitui de fato e exclusivamente aquilo que podemos denominar de filosofia em sentido verdadeiro”¹⁹⁶⁵. Filosofia para KANT seria sobretudo epistemologia. Por essa razão, sua ética foi pensada a partir da teoria do conhecimento. KANT substituiu o modelo ético teológico pelo antropocêntrico, na tentativa de lhe fornecer base mais segura do que a dos dogmas religiosos e, assim, fundar uma sociedade laica¹⁹⁶⁶.

A ética de KANT, portanto, há de ser compreendida no contexto de predomínio da epistemologia. O mencionado sistema ético relaciona-se mais especificamente com o grande problema da teoria do conhecimento ao qual KANT se dedicou: a possibilidade da formulação de enunciados sintéticos apriorísticos¹⁹⁶⁷. Na tábua conceitual empregada por

vielleicht nur einem Bewegungsgrunde nach auf empirische Gründe stützt, zwar eine praktische Regel, niemals aber ein moralisches Gesetz heißen kann”.

¹⁹⁶⁵ *Kritik der reinen Vernunft*, AA III, p. 549: “Metaphysik, also sowohl der Natur, als auch der Sitten, vornehmlich die Kritik der sich auf eigenen Flügeln wagenden Vernunft, welche vorübend (propädeutisch) vorhergeht, machen eigentlich allein dasjenige aus, was wir im echten Verstande Philosophie nennen können”.

¹⁹⁶⁶ Ainda assim, o projeto leva a marca do modo de pensar estruturado e do componente religioso, como se verá especialmente na questão da pessoa, uma invenção judaico-cristã e, portanto, ocidental.

¹⁹⁶⁷ No mesmo sentido, HORN, *Einführung*, p. 183, nm. 326.

KANT, os juízos poderiam ser sintéticos ou analíticos; *a priori* ou *a posteriori*. Analítico é o juízo “formal do tipo $A = A$ ”, ao passo que o sintético é “substancial, ensina algo novo”¹⁹⁶⁸. Os juízos apriorísticos são obtidos pela razão pura, “independentemente da experiência”, enquanto que os *a posteriori* dependem da “experiência e observação de processos empíricos”¹⁹⁶⁹. KANT indagou-se da possibilidade de obter conhecimentos substanciais novos, apenas mediante o emprego da razão.

KANT chegou “à conclusão de que” o juízo sintético *a priori* “seria possível na matemática – um grandioso engano com o qual não nos devemos ocupar aqui”, nota ADOMEIT¹⁹⁷⁰. “Sua conclusão seguinte foi que isso seria igualmente possível na ética, no [...] imperativo categórico; e disso haveremos de nos ocupar, pois deste problema depende todo o direito natural [...], toda a ciência jurídica valorativa [...]”¹⁹⁷¹. FIKENTSCHER explica o raciocínio que levou KANT a defender a existência, na ética, de juízos sintéticos e apriorísticos, ou seja, de conhecimento novo obtido sem experiência:

“Em decorrência desse dualismo entre o que de fato acontece e o juízo de se ele deve ocorrer infere-se que comportamentos dos quais o mundo talvez ainda não tenha dado nenhum ‘exemplo’ também podem ser prescritos pela razão. Uma vez que não podem

¹⁹⁶⁸ ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 2, p. 145. Os juízos sintéticos, lembra HORN, *Einführung*, p. 183, nm. 326, “são aqueles enunciados (gerais) que contêm mais do que somente a reprodução daquilo que os conceitos empregados no juízo já trazem consigo de significado” (“Synthetische Urteile sind solche (generelle) Aussagen (Urteile), die mehr enthalten als nur eine Wiedergabe dessen, was die im Urteil verwendeten Begriffen schon an Bedeutung mit sich bringen”).

¹⁹⁶⁹ ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 2, p. 145.

¹⁹⁷⁰ ADOMEIT, *Philosophie*, vol. 2, p. 98: “Er [KANT] kam zum Ergebnis, daß dies in der Mathematik möglich sei – ein grandioser Irrtum, der uns hier nicht beschäftigen darf.

¹⁹⁷¹ ADOMEIT, *Philosophie*, vol. 2, p. 98: “Sein [KANTS] weiteres Ergebnis war, daß dies gleichfalls in der Ethik möglich sei, am Beispiel des von ihm so genannten kategorischen Imperativs, und dies *muß* uns beschäftigen, weil an diesem Problem das ganze Naturrecht hängt [...], die ganze wertende Rechtswissenschaft [...]”. Cf. ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 2, p. 145.

apoiar-se em exemplos, isto é, em dados empíricos, todos os conceitos éticos somente podem ter sua origem na razão. Daqui se segue que um preceito ético tem que ser apriorístico, incondicionado e livre de finalidades”¹⁹⁷².

A admissão de juízos éticos puramente racionais impunha a pesquisa do princípio apriorístico e incondicionado de que derivados. A busca kantiana pelo princípio ético seguiu o modelo do método analítico da matemática. O sujeito cognoscente, num primeiro momento, admite aquilo que busca como um fato, para assim alcançar o plano mais elevado, onde situadas as condições de possibilidade do conhecimento¹⁹⁷³. O passo seguinte consiste em se indagar, desse plano mais elevado, da correção do enunciado de que se partiu¹⁹⁷⁴. A *Crítica da Razão Prática* representa o primeiro passo desse procedimento, porque nela KANT procedeu ao estudo analítico da ética¹⁹⁷⁵. A *Metafísica dos Costumes* tentou inová-la, por meio do estabelecimento de um enunciado sintético apriorístico, isto é, derivado da razão pura¹⁹⁷⁶. A *Metafísica* pretende-se o sistema de puros conceitos racionais aplicados ao mundo moral¹⁹⁷⁷. KOBUSCH observa: “a *Metafísica dos Costumes* é metafísica crítica, na medida em que montada como um sistema de conhecimento sobre um

¹⁹⁷² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 3, p. 22: “Wegen des grundlegenden Dualismus zwischen dem, was tatsächlich geschieht, und der Beurteilung, ob es geschehen soll, ist schlüssig, daß auch Handlungen, von denen die Welt vielleicht bisher gar kein ‘Beispiel’ gegeben hat, durch die Vernunft geboten sein können. Alle sittlichen Begriffe können, da sie sich nicht auf ‘Beispiele’, d. h. auf Empirie, stützen können, daher nur in den Vernunft ihren Ursprung haben. Hieraus folgt, daß ein sittliches Gebot ein apriorisches, unbedingtes, zweckfreies sein muß. Aus dem apriorischen Charakter dieses Gebotes, das sich an den einzelne richtet, folgt dessen Würde als Mensch”.

¹⁹⁷³ O método dito transcendental com que empreendida essa procura, ainda se verá, interessa à proporcionalidade, tanto quanto os resultados por meio dele alcançados.

¹⁹⁷⁴ KOBUSCH, *Person*, p. 134; trata-se do método de PAPPUS DE ALEXANDRIA – cf. a nota 1782.

¹⁹⁷⁵ Cf. a nota 1968.

¹⁹⁷⁶ KOBUSCH, *Person*, p. 134.

¹⁹⁷⁷ KOBUSCH, *Person*, p. 141.

princípio superior de moralidade, que repousa apenas na razão pura, independentemente de qualquer experiência”¹⁹⁷⁸. KANT encontrou na liberdade o conceito apriorístico da filosofia moral: “liberdade é, contudo, a única entre todas as idéias da razão especulativa, cuja possibilidade conhecemos *a priori*, sem examiná-la, pois é condição da lei moral, e esta conhecemos”¹⁹⁷⁹.

A conexão com o pensamento de ROUSSEAU, cujas obras eram conhecidas de KANT, talvez esclareça melhor o motivo dos esforços do filósofo alemão. O pendor de KANT pela teoria do conhecimento impedia-o de admitir a alienação mística rousseauiana como fundamento da ética¹⁹⁸⁰. Donde a necessidade de substituí-la por fundamento supostamente derivado da razão e capaz, assim, de satisfazer a católicos e protestantes numa ética laica, posterior ao rompimento da unidade religiosa do Cristianismo ocidental.

KANT entendeu ser urgente encontrar um princípio racional para fundar a nova ética laica, sob pena de se incorrer no mesmo problema gnóstico detectado na ética escolástica que se desejava abandonar¹⁹⁸¹.

¹⁹⁷⁸ KOBUSCH, *Person*, p. 136: “Die Metaphysik der Sitten ist kritische Metaphysik, insofern sie als ein System der Erkenntnis auf einen obersten Grundsatz der Sittlichkeit gestellt ist, der unabhängig von aller Erfahrung bloß auf reiner Vernunft beruht”.

¹⁹⁷⁹ *Kritik der praktischen Vernunft*, AA V, p. 4: “Freiheit ist aber auch die einzige unter allen Ideen der speculativen Vernunft, wovon wir die Möglichkeit a priori wissen, ohne sie doch einzusehen, weil sie die Bedingung des moralischen Gesetzes ist, welches wir wissen”.

¹⁹⁸⁰ Mas, tanto a pessoa quanto sua dignidade são apenas construídos convencionais ocidentais de fundo religioso; cf. os itens 6.2.2, 19.2.4, e, em especial, o tópico 15.3.4.2, e a nota 995.

¹⁹⁸¹ HORN, *Einführung*, p. 187, nm. 330, nota que a absolutização da ética de KANT terminou em objetivação daquela ontologia, à semelhança da antiga ética que ele mesmo rejeitara.

17.2.1.3 – Um homem exangue com inédita dignidade

A proporcionalidade centro-européia recebe influências múltiplas do pensamento kantiano. A mais importante delas, sob o aspecto dogmático, origina-se no predomínio da teoria do conhecimento no pensamento de KANT, característico também da busca pelo grande princípio capaz de alicerçar seu novo sistema ético. A consideração dos elementos essenciais da epistemologia – sujeito, objeto e razão – determinou os rumos da ética do mencionado filósofo.

Os estímulos advindos do diálogo com o empirismo, cujos pensadores postulavam ser a percepção dependente dos sentidos, ainda que estes não formulem enunciados gerais, encontram-se na raiz de todo o pensamento kantiano. Dessa incapacidade de abstração dos sentidos, “DAVID HUME deduziu: a experiência não revela nenhuma necessidade; o enunciado causal decorre da experiência; logo, o enunciado causal não é necessário. KANT disse em contrário: a experiência não tem nenhuma necessidade, mas o enunciado causal é necessário; logo ele não decorre da experiência”¹⁹⁸². NORBERT HORN assinala que isso fechava a KANT o caminho do empirismo e o colocava na contingência de realizar o “giro copernicano”: ao invés de se dedicar ao objeto, experimentou a metafísica a partir do sujeito cognoscente¹⁹⁸³. A alteração do eixo da filosofia do objeto para o sujeito implicou, na ética, a atribuição de relevância e valores inéditos ao agente do conhecimento, pois é ele – e não as coisas estudadas – que importa. O ser humano possui relevância, por ser o agente do conhecimento capaz de compreender o mundo da causalidade e o dos imperativos éticos¹⁹⁸⁴.

¹⁹⁸² HORN, *Einführung*, p. 183-184, nm. 326: “DAVID HUME folgerte daraus: Die Erfahrung zeigt keine Notwendigkeit; der Kausalsatz stammt aus der Erfahrung; also ist der Kausalsatz nicht notwendig. KANT sagte dagegen: Die Erfahrung hat keine Notwendigkeit, der Kausalsatz aber ist notwendig; also stammt er nicht aus der Erfahrung”.

¹⁹⁸³ HORN, *Einführung*, p. 184, nm. 327.

¹⁹⁸⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 3, p. 9: “A razão, relação espiritual que torna possível a ligação do sujeito ao objeto, possui tanto um componente do ser, relacio-

A matriz subjetivista da filosofia kantiana sofreu particularizações nas várias especialidades. Assim, o relevo epistemológico do sujeito cognoscente transformou-se na dignidade ética do ser humano. HORN precisa a origem da importância ética absoluta do ser humano: “KANT parte da *consciência ética* do ser humano como um fato característico da razão humana. Ela contém dois elementos correlacionados entre si: de um lado, a lei incondicional do dever ser e, de outro, a liberdade moral de escolha e decisão como dado da razão prática (ou seja, dirigida ao comportamento)”¹⁹⁸⁵. A idéia admite diversas formulações, embora lhes seja comum a noção de que a dignidade do homem decorreria de sua aptidão para conhecer e comportar-se de acordo com o imperativo categórico da razão prática, porque tais imperativos brotariam nele autonomamente¹⁹⁸⁶.

KANT admitiu que o estabelecimento da dignidade humana como o princípio ético requeria que “desse um passo para fora” de seu siste-

nado ao mundo, quanto outro componente do dever ser, referido ao sujeito”. Assim, compreende-se a frase de KANT – “duas coisas me encham sempre de admiração e reverência: o céu estrelado sobre mim e a lei moral dentro de mim”, transcrita em HORN, *Einführung*, p. 187, nm. 30.

¹⁹⁸⁵ HORN, *Einführung*, p. 187, nm. 330: “KANT geht aus vom *sittlichen Bewußtsein* des Menschen als einem eigentümlichen Faktum, das der menschlichen Vernunft mitgegeben ist. Es enthält zwei aufeinander bezogene Elemente: das unbedingte Gesetz des Sollens einerseits und andererseits die sittliche Freiheit zur Wahl und Entscheidung als Gegebenheit der praktischen (dh auf das Handeln gerichteten) Vernunft”

¹⁹⁸⁶ Eis dois exemplos de exposição – não de concordância – com a discutível tese da autonomia da ética. FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 3, p. 22, ressalta que, “do caráter apriorístico do preceito [ético] dirigido ao indivíduo, segue-se sua dignidade como ser humano” (“Aus dem apriorischen Charakter dieses Gebotes, das sich an den einzelne richtet, folgt dessen Würde als Mensch”). HORN, *Einführung*, p. 188, nm. 333, observa: “a concepção do valor absoluto do ser humano e de sua dignidade liga-se à *autonomia* da moralidade” (“Mit der Vorstellung der *Autonomie* der Sittlichkeit zusammen hängt die Vorstellung vom absoluten Wert des Menschen und seiner Würde”).

ma¹⁹⁸⁷. Outro dos méritos da pesquisa intensa de KOBUSCH parece estar na demonstração de que tal premissa externa é a velha pessoa ou ente moral¹⁹⁸⁸. KANT reconheceu-lhe a qualidade de ser livre, em harmonia com a tradição canônica, iniciada ainda no Século XIII.

KANT, contudo, alterou radicalmente o conceito da dignidade do ser humano advinda da liberdade. Até então, a dignidade do homem estava para a pessoa, assim como o preço, para as coisas¹⁹⁸⁹. A dignidade era sinônima da atual honra objetiva¹⁹⁹⁰, ou seja, “o apreço e respeito de que somos objeto ou nos tornamos merecedores perante nossos concidadãos, reputação, boa fama”, na elegante definição de HUNGRIA¹⁹⁹¹. KANT, no entanto, recusou a analogia entre a dignidade humana e o preços das coisas, como nota KOBUSCH:

“Considerando que qualquer vontade se dirige a um determinado objeto, chamado por KANT de ‘fim’, então a validade geral dessa lei só pode ser reconhecida, caso haja algo que não seja apenas um fim relativo e, como tal, tenha apenas um valor limitado como objeto de desejo, mas que exista como fim em si mesmo e nunca possa ser encarado como simples meio para qualquer fim. Isso, porém, é o ser humano, na medida em que é pessoa. Como pessoa, o ser humano possui ‘dignidade’, isto é, um valor absoluto e infi-

¹⁹⁸⁷ Eis a expressão de KANT, *Grundlegung*, AA IV, p. 426: “... einen Schritt hinaus tun...”; cf. o item 15.3.4.2.

¹⁹⁸⁸ Unem-se aí, parece, duas características das culturas estruturadas: a ética extraposta e sua elaboração à moda dos sistemas, vale dizer, de conjunto de enunciados situados em planos diversos de generalidade. O passo para fora do sistema rumo à pessoa é modalidade de extraposição ética; não mais divina ou eleutérica, mas antropocêntrica ou trágica – cf. os itens 6.2.10.4 e 6.2.10.5. Quanto à concepção de sistema, cf. o item 6.3.3.

¹⁹⁸⁹ A respeito da construção analógica da dignidade humana a partir do preço das coisas, em conformidade com o modelo reificador aristotélico, cf. a nota 1799, para a doutrina de PUFENDORF, por exemplo.

¹⁹⁹⁰ KOBUSCH, *Person*, p. 138.

¹⁹⁹¹ HUNGRIA, *Comentários*, vol. 6, p. 39.

nito e é, assim, distinto de todas as coisas, às quais corresponde apenas um valor finito, pagável, quer dizer, um preço”¹⁹⁹².

A importância do homem no sistema kantiano também resulta de razão objetiva: “se todos os valores fossem condicionados e, portanto, casuais, não se poderia encontrar em nenhum lugar um princípio prático superior para a razão”¹⁹⁹³. Portanto, o ser humano está no cume da ética, porque a ética deve ser inteligível, porque a razão tem que se apegar a algo para avaliar o mundo.

KOBUSCH alerta para a relevância da transformação aludida: “KANT dividiu, pela primeira vez, o ser humano como pessoa, como ser livre; o ser humano como ser humano em seu ‘valor absoluto’”¹⁹⁹⁴. A dignidade da pessoa humana tornou-se, assim, o fundamento da ética kantiana. Essa razão levou LARENZ a denominar o sistema de KANT de “personalismo ético”, cuja essência esclarece: “segundo sua particular natureza e determinação, toca ao ser humano configurar livre e responsávelmente sua existência e seu ambiente, no horizonte de suas possibili-

¹⁹⁹² KOBUSCH, *Person*, p. 138: “Bedenkt man, daß jedes Wollen einen bestimmten Gegenstand hat, den KANT ‘Zweck’ nennt, dann kann die allgemeine Gültigkeit dieses Gesetzes für alle vernünftigen Wesen nur dann eingesehen werden, wenn es etwas gibt, das nicht nur ein relativer Zweck ist und als solcher einen nur begrenzten Wert für ein besonderes Begehungsvermögen hat, sondern das als Zweck an sich selbst existiert und niemals bloß als Mittel für einen beliebigen Gebrauch angesehen werden darf. Das aber ist der Mensch und zwar, insofern er Person ist. Denn als Person hat der Mensch ‘Würde’, d. i., einen absoluten unendlichen Wert und ist so von allen Sachen unterschieden, denen nur ein endlicher, bezahlbarer Wert, d. h. ein Preis zukommt”. Cf. as notas 1796 e 1797 para a antiga concepção da dignidade humana, vista em PUFENDORF, por exemplo.

¹⁹⁹³ *Grundlegung*, AA IV, p. 428: “Wenn aber aller Wert bedingt, mithin zufällig wäre, so könnte für die Vernunft überall kein oberstes praktisches Prinzip angetroffen werden”.

¹⁹⁹⁴ KOBUSCH, *Person*, p. 138: “KANT hat erstmals den Menschen als Person, als Freiheitswesen, den Menschen als Menschen in seinem ‘absoluten Wert’ gesehen. KANT bezeichnet dieser der Metaphysik der Sitten entnommene Einsicht als den ‘Grund’ des obersten praktischen Prinzips”.

dades, fixar seus objetivos e estabelecer autonomamente limites à sua atuação”¹⁹⁹⁵. Donde a conclusão de KANT:

“Os seres, cuja existência não repousa em nossa vontade, mas na da natureza, têm contudo, como seres irracionais, apenas um valor relativo, como meio, e se chamam por isso de coisas, contrariamente aos seres racionais, denominados pessoas, porque sua natureza já os assinalou como fins em si mesmos, isto é, como algo que não pode ser utilizado como mero meio e, assim, limita toda a arbitrariedade (e é um objeto de respeito)”¹⁹⁹⁶.

Eis aí a origem imediata do conceito de “dignidade humana” no direito brasileiro e no de vários países continentais da Europa contemporânea.

Certamente em razão da natureza epistemológica do reconhecimento da dignidade humana, DILTHEY observou: “nas veias do sujeito

¹⁹⁹⁵ LARENZ, *Allgemeiner Teil*, p. 29: “Gemeint ist damit [“Personhaftigkeit”], daß der Mensch seiner eigentümlichen Natur und Bestimmung nach darauf angelegt ist, sein Dasein und sein Umwelt im Rahmen der ihm jeweils gegebenen Möglichkeiten frei und verantwortlich zu gestalten, sich Ziele zu stezen und selbst Schranken des Handels aufzuerlegen”.

¹⁹⁹⁶ *Grundlegung*, AA IV, p. 428: “Die Wesen, deren Dasein zwar nicht auf unserm Willen, sondern der Natur beruht, haben dennoch, wenn sie vernunftlose Wesen sind, nur einen relativen Werth, als Mittel, und heißen daher Sachen, dagegen vernünftige Wesen Personen genannt werden, weil ihre Natur sie schon als Zwecke an sich selbst, d. i. als etwas, das nicht bloß als Mittel gebraucht werden darf, auszeichnet, mithin so fern alle Willkür einschränkt (und ein Gegenstand der Achtung ist)”. Cf. a nota 1169. Embora não a esgote, o personalismo ético kantiano pertence à essência da concepção antropológica subjacente à Constituição de 1988, à semelhança do que ocorre com a Lei Fundamental alemã. LARENZ, *Allgemeiner Teil*, p. 66: “a Lei Fundamental contém no art. 1, 1, a prescrição incondicional de se respeitar a *dignidade do ser humano*. No art. 2, ela imputa a cada um o direito de desenvolver livremente sua personalidade, dentro de certos limites. Ambos os princípios concordam com os predicados do personalismo ético, que, como vimos, compõe o fundamento espiritual do Código Civil [alemão]” (“Das Grundgesetz enthält in Art. 1 Abs. 1 das unbedingte Gebot, die *Würde des Menschen* zu achten. In Art 2 spricht es jedem das Recht zu, seine Persönlichkeit innerhalb gewisser Schranken frei zu entfalten. Beiden Grundsätze stimmen mit den Aussagen des ethischen

cognoscente construído por LOCKE, HUME e KANT não corre sangue verdadeiro”¹⁹⁹⁷.

17.2.1.4 – A liberdade e o direito kantianos

O “passo para fora” de seu sistema e para dentro da tradição do antigo ente moral torna claro o motivo pelo qual KANT asseverou: “evidentemente, se não houver liberdade nem a lei moral nela fundamentada, mas se tudo o que ocorrer ou puder ocorrer for mero mecanismo da natureza, então a política [...], toda a filosofia prática e o conceito de direito serão um pensamento sem conteúdo”¹⁹⁹⁸. A terceira ontologia, a da pessoa, desde que criada no século XIII, opôs o ente moral livre ao sujeito da natureza, assim chamado porque submetido à inexorabilidade das leis causais, que o dominam como ser físico e biológico¹⁹⁹⁹. A ética kantiana pressupõe a liberdade, pois não faz sentido elaborar juízos de valor sobre a conduta humana carente de alternativa etológica²⁰⁰⁰. A negação da liberdade transformaria a ação humana em mera cadeia causal, relacionada ao ente natural, e tornaria o ente moral expletivo. KANT, fiel à metafísica do *ens morale*, contrapôs a liberdade, relacionada com a

Personalismus überein, der, wie wir gesehen haben, die geistige Grundlage des BGB bildet”).

¹⁹⁹⁷ Apud GADAMER, *Wahrheit*, vol. I, p. 250, nota 149: “In den Adern des erkennenden Subjekts, das LOCKE, HUME und KANT konstruierten, rinnt nicht wirkliches Blut”. Isso parece sobretudo verdadeiro, quando o estudo do homem kantiano é feito por brasileiros.

¹⁹⁹⁸ *Zum ewigen Frieden*, AA VIII, p. 372: “Freilich, wenn es keine Freiheit und darauf gegründetes moralisches Gesetz gibt, sondern alles, was geschieht oder geschehen kann, bloßer Mechanismus der Natur ist, so ist [...] die ganze praktische Weisheit und der Rechtsbegriff ein sachleerer Gedanke”.

¹⁹⁹⁹ Cf. o item 15.3.4.2.

²⁰⁰⁰ Cf. a nota 90 e segs.

vontade, à lei natural, conceituada como o encadeamento necessário de eventos causais²⁰⁰¹.

KANT alterou a noção de liberdade, tal como antes tinha modificado o conceito de dignidade humana, igualmente herdado da tradição do *ens morale*. Uma vez mais, a inovação semântica da liberdade ocorreu sob inspiração biográfica e epistemológica. A ética vigente na região natal de KANT, que dela nunca se ausentou²⁰⁰², por certo dirigiu a elaboração de seu conceito de liberdade: “ele cresceu numa região de Luteranismo ortodoxo com acento pietista”²⁰⁰³. Essa pré-compreensão, caracterizada pela “rigorosa disciplina de trabalho”, explica por que KANT transformou “em realidade dois pensamentos fundamentais de sua ética – consciência do dever e responsabilidade (autonomia)”²⁰⁰⁴. Na ética kantiana, observa HORN,

²⁰⁰¹ KOBUSCH, *Person*, p. 141-142. ACHENWALL, cujas obras KANT comprovadamente empregou em suas aulas, em especial quanto ao conceito de dever, transmitiu ao mencionado filósofo a tradição da pessoa de PUFENDORF, como se vê em KOBUSCH, *Person*, p. 92. KOBUSCH, no mesmo local, mostra que ACHENWALL tornaria a influenciar KANT com a distinção de THOMASIIUS, segundo a qual o direito ficaria por conta da legislação exterior, ao passo que o verdadeiro dever moral decorreria da legislação interna de cada pessoa. A prescrição de algo dirigida ao foro íntimo da pessoa tornou-se lei moral, mesmo em KANT, por oposição à lei jurídica, voltada para a conduta exterior do ser humano. Tal diferenciação técnica permitiria, então, separar nitidamente ambos os domínios e justificaria artificialmente qualquer diferença entre o direito e a moral como se o respeito à pessoa tivesse garantido, desde que se lhe assegurasse o direito de consciência sem a correspondente ação. “O livre pensar”, já se ironizou, “é só pensar”.

²⁰⁰² HORN, *Einführung*, p. 182, nm. 324: KANT viveu em Königsberg, no extremo leste do Império Prussiano.

²⁰⁰³ HORN, *Einführung*, p. 182, nm. 324: “Er ist in einer Umgebung des strenggläubigen Luthertums mit pietistischem Einschlag groß geworden”. Também por esse aspecto, torna-se compreensível que a casa real prussiana, de mesmo credo protestante, tenha incorporado as diretivas da ética kantiana a sua legislação, com duradoura influência no direito alemão – inclusive na proporcionalidade – até os dias correntes. A propósito, cf. a nota 1934 e o tópico 17.2.1.5.

²⁰⁰⁴ HORN, *Einführung*, p. 182, nm. 324: “Durch seine strenge Arbeitsdisziplin hat er zwei Grundgedanken seiner Ethik, Pflichtbewußtsein und Selbstverantwortung (Autonomie), in die Wirklichkeit umgesetzt”.

“a lei moral vale incondicionada e universalmente, sem consideração das circunstâncias. A moralidade concretiza-se no dever. O dever não abrange nada em voga, que traga popularidade consigo. Ele exige obediência. Ele apresenta o preceito moral, que há de ser cumprido mediante a auto-superação. Essa estrita *ética do dever* corresponde ao Protestantismo em que KANT viveu e teve grandes repercussões na concepção de moralidade para as gerações seguintes no círculo cultural alemão”²⁰⁰⁵.

Essa “estrita ética do dever” repercutiu no modo kantiano de encarar a liberdade, na medida em que o filósofo separou dois aspectos humanos até ali abordados de forma conjunta nos estudos da pessoa: a vontade e a razão²⁰⁰⁶. O livre curso da vontade não se confundiria com a liberdade, pois esta pressuporia independência até em relação aos próprios instintos. Quem atua de acordo com seus impulsos submete-se às leis regentes dos acontecimentos naturais e, assim, volta a identificar o ser com o dever ser, com irremediável perda de sentido da ética.

A rigorosa pré-compreensão ética de KANT exigia mais do que a independência da pessoa em relação a seus instintos irracionais, como esclarece PAWLOWSKI:

“KANT chamou a atenção para que a liberdade não é alcançada por completo com a desconsideração da ‘causalidade natural’ (dos impulsos), pois esse passo conduz apenas à álea e, com isso, permanece, da mesma forma, na escuridão, sem esclarecimento. Continua

²⁰⁰⁵ HORN, *Einführung*, p. 188, nm. 332: “Das Sittengesetz gilt unbedingt und überall, ohne Rücksicht auf Umstände. Die Sittlichkeit konkretisiert sich in der *Pflicht*. Die Pflicht erfaßt nichts ‘Beliebiges, was Einschmeichelung mit sich führt’. Sie verlangt Unterwerfung. Sie stellt das sittliche Gebot dar, das unter Selbstüberwindung zu erfüllen ist. Diese strikte *Pflichtethik* entspricht dem strengen Protestantismus, in dem KANT lebte, und hat große Auswirkungen auf die Vorstellung der Sittlichkeit für die folgenden Generationen im deutschen Kulturkreis”.

²⁰⁰⁶ KOBUSCH, *Person*, p. 137.

em aberto se o que então acontece ainda não é álea – apenas determinada por impulsos”²⁰⁰⁷.

Para KANT, somente há liberdade, acaso o comportamento humano seja iluminado por critérios²⁰⁰⁸. Tais critérios seriam ditados autonomamente pela ética em todos nós, como o explica KOBUSCH:

“... a dignidade ética de uma vontade inteiramente boa somente estará garantida, se o princípio de ação estiver livre de todas as influências de motivos que saltam à vista e que só a experiência pode evidenciar; se, pois, o princípio determinar, apriorística e necessariamente, a vontade. Esse princípio é uma lei, que compele a vontade humana, na medida em que lhe correspondam a incondicionalidade e a necessidade objetiva”²⁰⁰⁹.

Quem não age segundo a lei moral, autônoma e incondicionada, não seria livre, mas refém de seus próprios impulsos ou, pelo menos, da sucessão lotérica dos acontecimentos. A liberdade de KANT consiste sinteticamente em agir de acordo com uma lei, por mais paradoxal que isso nos possa soar²⁰¹⁰.

²⁰⁰⁷ PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 135, nm. 250: “KANT hat darauf aufmerksam, daß ‘Freiheit’ mit dem Absehen von der ‘Naturkausalität’ (der Triebe) noch nicht voll erfaßt ist. Denn dieser Schritt führt nur zur ‘Zufälligkeit und bleibt damit ebenso im Dunkeln, unaufgeklärt. Es bleibt immer noch offen, ob das, was dann geschieht, nicht doch ‘Kausalität’ – nur treibbedingt’ – ist”.

²⁰⁰⁸ PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 135, nm. 250.

²⁰⁰⁹ KOBUSCH, *Person*, p. 137: “... daß die sittliche Würde eines schlechterdings guten Willens nur dann gewährleistet ist, wenn das Prinzip der Handlung von allen Einflüssen auffälliger Gründe, die nur Erfahrung an die Hand geben kann, frei ist, wenn es also a priori notwendig den Willen bestimmt. Dieses Prinzip ist insofern ihm Unbedingtheit und objektive Notwendigkeit zukommt, ein Gesetz, das nur den menschlichen Willen nötigt”.

²⁰¹⁰ A concepção kantiana da liberdade é uma entre muitas existentes, embora tenha marcado nosso direito escrito. RAM ADHAR MALL, *Philosophie*, p. 128, por exemplo, explana outra maneira de se entender a liberdade, oriunda da filosofia indiana: “em oposição a KANT, que ancora a liberdade de querer na consciência do dever e que deixa a categoria da liberdade ser um fenômeno puramente ético da consciência da lei moral, PRABHĀKARA vê a consciência da liberdade como algo psicológico, contido em todo ato de vontade. Nós vivenciamos que somos livres.

O pensamento do filósofo prussiano nisso se assemelha, sem se confundir, com o de ROUSSEAU. O inspirador da Revolução Francesa entendia a liberdade como obediência à lei, porque esta resultaria da vontade geral. A alienação, recorde-se, seria o mecanismo místico por meio do qual as vontades individuais e egoísticas se transformariam em vontade geral, interessada na promoção do bem comum²⁰¹¹. Apenas a aceitação do fundamento místico da alienação rousseuniana torna aceitável, no quadro de seu pensamento, assimilar a liberdade ao respeito às leis, pois a lei resultante da vontade geral coincidiria com todas e cada uma das vontades individuais. Obviamente, o criticismo kantiano não se satisfazia com a fundamentação evidentemente mística, pois se definia como a busca das condições, pressupostos, extensão e limites do conhecimento, em decidida oposição ao dogmatismo centrado em enunciados não-demonstráveis²⁰¹². Eis a diferença entre a liberdade rousseuniana e a kantiana, apesar da idéia comum de obediência à lei ou princípio ético. O pensador de expressão francesa vê na liberdade o respeito à lei, porque isso é desejado pela vontade individual, quando alienada misticamente na vontade geral; a obediência resulta da harmonia entre a vontade geral e as particulares. Já o filósofo alemão constrói a liberdade como obediência à lei, em virtude da racionalidade ínsita ao princípio ético, que brotaria em nós autonomamente. É a “ética estrita do dever”, que dispensa o acordo da pessoa, por impor-se-lhe à consciência, mesmo quando lhe demanda algo indesejado ou o sacrifício individual.

Isso ainda não significa que a consciência da liberdade seja necessariamente eficaz” (“Im Gegensatz zu KANT, der die Willensfreiheit in dem Pflichtbewußtsein verankert und die Kategorie der Freiheit ein rein ethisches Phänomen des Bewußtseins vom Moralgesetz sein läßt, sieht PRABHÂKARA das Freiheitsbewußtsein als etwas Psychologisches an, das in jedem Willensakt enthalten ist. Wir erleben, daß wir frei sind. Dies bedeutet jedoch nicht unbedingt, daß das Freiheitsbewußtsein auch immer wirken muß”).

²⁰¹¹ Cf. os itens 15.4.4.1, 15.4.4.2 e 15.4.4.3 e, em especial, as notas 1877 a 1879.

²⁰¹² REGENBOGEN e MEYER, *Wörterbuch*, p. 158 e 366.

Num caso, a liberdade como respeito à lei tem por base um querer; no outro, um imperativo da razão prática.

O conceito kantiano de direito resulta da conjunção da dignidade e da liberdade, como atributos conaturais de todos os seres humanos: “a essência das condições sob as quais o arbítrio de alguém pode ser conjugado ao arbítrio de outrem, segundo uma lei geral de liberdade”²⁰¹³. Claro, se o valor ético fundamental é a dignidade da pessoa; se, ademais, a pessoa se caracteriza pela liberdade, a função da lei jurídica consiste em assegurar isonomicamente a dignidade de todos, ao garantir-lhes a liberdade.

A máxima kantiana atribui a cada pessoa a eleição de seus próprios fins, desde que respeite as demais pessoas, também dotadas de iguais dignidade e liberdade. O critério de justiça de KANT é material, embora de aparência formal, por se tratar da coordenação de liberdades: “aja externamente de forma que o livre uso de seu arbítrio possa coexistir com o de outrem sob uma lei geral de liberdade”²⁰¹⁴. Nas palavras de KOBUSCH:

²⁰¹³ *Die Metaphysik der Sitten*, AA VI, p. 230: “Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann”.

²⁰¹⁴ *Die Metaphysik der Sitten*, AA VI, p. 231: “Handle äußerlich so, daß der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen könne”. Para a crítica da fórmula, consultem-se KELSEN e ADOMEIT. O conceito não é inteiramente formal, como às vezes se afirma, pois as sociedades fragmentadas, por exemplo, possuem ética fundada em concepção nada parecida, até mesmo oposta à idéia ocidental e estruturada de liberdade lida em KANT. A análise atenta da ética kantiana revela que seu pressuposto é, em última análise, a premissa religiosa ocidental da liberdade dos seres humanos, por analogia, de Cristo, ou seja, a doutrina relativa ao ente moral, desenvolvida pelos canonistas do século XIII. Apenas esse fato já demonstra a dimensão hemisférica desse pensamento. KELSEN, *Justiça*, p. 26 e segs, e ADOMEIT, *Filosofia*, vol. 2, p. 148 e segs, indicam, ademais, a existência de juízo axiológico material, camuflado sob a fórmula kantiana “age sempre de tal modo que a máxima do teu agir possa por ti ser querida como lei universal”. KANT repele o suicídio, a fraude, a preguiça e o egoísmo como princípios éticos, pois ninguém os quereria como leis universais. Se todas as promessas fossem descumpridas, seria o fim do direito de crédito e, portanto,

“o direito, para o qual apenas uma legislação dirigida ao foro externo é possível, constitui, pois, a condição de possibilidade da existência de seres livres, na medida em que reciprocamente referidos e cujas ações, independentemente de seus fins, podem ter influência de uns nos outros como ‘fatos’, de modo que experimentem a mesma restrição à liberdade nas ações exteriores”²⁰¹⁵.

Os parâmetros para identificar o direito se encontram em todos nós, porque não mais há como derivá-los da natureza, como a Escolástica outrora o defendia. A dignidade humana faz-nos titulares de liberdade, pois todos somos únicos sujeitos do conhecimento, ou seja, dotados da razão que nos permite entender e nos comportar de acordo com o princípio ético apriorístico. A liberdade não significa agir naturalisticamente segundo impulsos, nem aleatoriamente, sem rumo; implica a orientação da conduta por princípios. Logo, o tema central do direito é o estabelecimento de normas que permitam a convivência entre os seres humanos, respeitados seus espaços de liberdade. Isso conduziu à idéia de legislação como garante da autonomia, a única modalidade compatível

a ação particular não se prestaria a transformação em lei geral. Ambos os autores aludidos demonstram claramente que KANT, de antemão, realiza juízo positivo sobre a manutenção das promessas e de todos os demais valores mencionados e, a partir daí, aplica uma lei “formal”, para aprovar ou reprovar condutas. Obtém-se idéia do peso cultural – e não racional – das opções éticas pressupostas em todas as aplicações da lei aparentemente formal, na comparação do tratamento kantiano ou ocidental dos direitos de crédito de longa duração com a ausência ou mesmo negação de similares características nas sociedades fragmentadas. O direito muçulmano, por exemplo, repele contratos de longo termo, porque seriam instrumentos para ladear o preceito ético básico segundo o qual o homem deve entregar-se cegamente a qualquer futuro ditado por deus; a propósito, cf. item 6.2.10.3.1. Para a defesa do ponto de vista contrário, isto é, do caráter estritamente formal do imperativo categórico, confira-se HORN, *Einführung*, p. 187 e 193, nm. 331 e 340.

²⁰¹⁵ *Person*, p. 144: “Das Recht für das allein eine äußere Gesetzgebung möglich ist, ist also die Möglichkeitsbedingung der Existenz freier Wesen, insofern sie als Personen aufeinander bezogen sind und ihre Handlungen, ungeachtet des jeweiligen Zweckes derselben, als ‘Taten’ aufeinander Einfluß haben können, so daß sie in ihren freien, äußeren Handlungen die gleiche Einschränkung ihrer Freiheit erfahren”.

com a suposta natureza humana, divisada com o auxílio da análise transcendental²⁰¹⁶.

PAWLOWSKI observa: “o correto (o direito na filosofia do direito) pressupõe, então, espaço de liberdade, pois somente assim é possível ‘agir livremente’. Donde se apresenta, de antemão, ao direito o verdadeiro ‘problema técnico’ de ‘delimitação – normativa, geral – de espaços de liberdade’”²⁰¹⁷. Alterou-se, dessa maneira, a concepção geral de liberdade: as antigas franquias estritas e privilégios excepcionais transformaram-se num atributo geral dos homens. O conceito de liberdade passa a ter o sentido de direito subjetivo em KANT: “a liberdade (independência do arbítrio cogente de outrem) é o direito único, primordial reconhecido a todo ser humano, por força de sua humanidade, à medida que possa coexistir com a liberdade de outrem, segundo uma lei geral”²⁰¹⁸.

Uma das conseqüências diretas disso na proporcionalidade consiste na criação do suporte filosófico a autorizar – e simultaneamente limitar – a intervenção do direito na esfera da pessoa. Os atos estatais sancionadores do abuso do arbítrio de um dos membros da coletividade são jurídicos, porque visam a preservar a lei geral de liberdade²⁰¹⁹. KANT, não por outra razão, adota a teoria rousseauiana de legislação estatal como auto-regulação da sociedade, voltada sobretudo para a garantia do exercício regular do direito privado²⁰²⁰.

²⁰¹⁶ KOBUSCH, *Person*, p. 138.

²⁰¹⁷ PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 135-136, nm. 250: “Das Richtige (das Recht in der Rechtsphilosophie) setzt dann Freiräume voraus, da nur so ‘freies Handeln’ möglich ist. Daher stellt sich dem Recht jetzt von vornherein das eher ‘technische Problem’ der – gesetzmäßigen, allgemeinen – ‘Abgrenzung von Freiheitsräumen’”.

²⁰¹⁸ *Metaphysik der Sitten*, AA VI, p. 237: “Freiheit (Unabhängigkeit von eines Anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes Anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprünglich, jedem Menschen, Kraft seiner Menschheit, zustehende Recht”.

²⁰¹⁹ KOBUSCH, *Person*, p. 145.

²⁰²⁰ KOBUSCH, *Person*, p. 149.

17.2.1.5 – Reflexos kantianos no direito alemão

A consagração da filosofia prática de KANT na legislação imperial prussiana consistiu no meio histórico para a ulterior formulação alemã da proporcionalidade.

O “Direito Geral dos Estados Prussianos”²⁰²¹ inspirou-se na idéia da razão pura a determinar conteúdos de normas jurídicas. O código prussiano mencionado e seus congêneres dos demais Estados alemães, nota WIEACKER, não se pretenderam o último estágio de consolidação “de uma antiga tradição científica; estas novas codificações entendem-se antes como pré-projetos de um futuro melhor”²⁰²², porque tentam “uma planificação global da sociedade através de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica”²⁰²³. O poder público converteu o trabalho das universidades alemãs em legislação. O Direito Geral assim editado poderia trazer a divisa “o arbítrio deve ser impedido”²⁰²⁴, pois aspirava a ser, “no plano formal, racionalização e clarificação da lei e, no plano material, uma fundamentação do direito na razão”²⁰²⁵. Os autores dessa típica manifestação do pensamento jusnaturalístico julgaram “possível transformar o direito natural histórico num direito justo até aos detalhes”²⁰²⁶, com a conseqüente crença de ser dado ao “legislador [...] regular de uma vez por todas qualquer situação pensável”. O código abandonou a “ordem do *Corpus Iuris* para uma outra de caráter sistemático (‘natural’)”²⁰²⁷.

²⁰²¹ “Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten”.

²⁰²² WIEACKER, *História*, p. 367

²⁰²³ WIEACKER, *História*, p. 366.

²⁰²⁴ WIEACKER, *História*, p. 372, a propósito do pensamento universitário de então no ambiente iluminista.

²⁰²⁵ WIEACKER, *História*, p. 372.

²⁰²⁶ WIEACKER, *História*, p. 377.

²⁰²⁷ WIEACKER, *História*, p. 374.

O Direito Geral entrou em vigor após mutilações, como a do catálogo de direitos humanos. O art. 1º negou a igualdade francesa e americana, mas evidenciou sua origem filosófica: “o ser humano, na medida em que desfruta de determinados direitos na sociedade civil, é chamado de uma pessoa”²⁰²⁸. Três estudiosos foram encarregados da elaboração do código prussiano aludido: CARL GOTTLIEB SVAREZ²⁰²⁹, ERNST FERDINAND KLEIN e VON CARMER, todos alunos de CHRISTIAN WOLFF e sobretudo estudiosos da filosofia de KANT²⁰³⁰. A influência kantiana na legislação prussiana evidencia-se na frase de KLEIN: “minhas leis devem servir apenas para que a liberdade de todos possa unir-se à de cada um”²⁰³¹.

17.2.1.6 – Balanço dos estímulos kantianos na proporcionalidade

Graças também a diversos aportes teóricos de KANT, o direito centro-europeu pôde ulteriormente formular a proporcionalidade jurídica. Nada, contudo, seria tão enganoso quanto restringir a influência da filosofia prática kantiana ao passado dessa noção jurídica. A formulação dogmática da proporcionalidade alemã contemporânea esteia-se em muitas de suas contribuições acima referidas.

O projeto geral do criticismo kantiano avança rumo à proporcionalidade, porque seu compromisso com o estabelecimento de ética de fundo racional o faz repudiar dogmas incontroversos sobre os quais se assentam todas as espécies de monopólio hermenêutico. O sistema de KANT representa iniciativa tendente à criação do ambiente cultural necessário à proporcionalidade, porque transforma a ética em razão discursiva, ainda que a criação de ética puramente lógica seja intento impossí-

²⁰²⁸ *Apud* KOBUSCH, *Person*, p. 115: “Der Mensch wird, in so fern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt, eine Person genannt”.

²⁰²⁹ Equivalente de SCHWARZ.

²⁰³⁰ KOBUSCH, *Person*, p. 114.

²⁰³¹ *Apud* KOBUSCH, *Person*, p. 116: “Meine Gesetze sollen nur dazu dienen, die Freyheit Aller mit der Freyheit eines Jeden zu vereinigen”.

vel. Cuida-se de esforço intelectual direcionado à estruturação social, ou seja, à pré-compreensão imprescindível à criação da proporcionalidade.

A influência kantiana na proporcionalidade contemporânea geral ocorre de forma ainda mais concreta do que por meio do estabelecimento dos pressupostos gerais de sistema ético dialógico. Os conceitos de KANT de liberdade e responsabilidade continuam decisivos para a proporcionalidade; sobretudo porque, em nosso tema, ambas as noções exercem funções complementares²⁰³². HORN explica que, para KANT, a “consciência ética do ser humano” seria “fato característico da razão humana”, bipartido no “dever incondicional e na liberdade moral de escolha e decisão”²⁰³³. A ponderação requerida pela proporcionalidade sopesa a liberdade do indivíduo, merecedora de proteção contra certas pretensões estatais ou sociais, e o interesse da coletividade em relação à qual o indivíduo também possui deveres²⁰³⁴. A proporcionalidade centro-européia visa a proteger um atributo kantiano do homem – sua dignidade –, movendo peças kantianas – o dever e a liberdade – no tabuleiro igualmente kantiano da ética racional ou dialógica. Nesse quadro, a exceção fica por conta do interesse coletivo, originada em ROUSSEAU.

A dignidade da pessoa, agora com o novo sentido que lhe emprestou KANT, coroa o longo desenvolvimento da tradição do antigo ente moral, iniciada cerca de seis séculos antes. A atribuição de significado infinito à pessoa suscitará, nas gerações seguintes, a criação de mecanismos jurídicos destinados a proteger esse valor intocável. A proporcionalidade

²⁰³² Aqui não é necessário indagar se o mesmo vale para outros setores do direito, embora a resposta pareça positiva, como o indicam o instituto do abuso de direito; da divisão constitucional entre direitos e deveres fundamentais *etc.*

²⁰³³ Cf. a nota 1985.

²⁰³⁴ As repercussões do pensamento do mencionado filósofo no campo do dever jurídico permanecem evidentes, a despeito de que as obrigações do cidadão atual ultrapassem o antigo minimalismo liberal de não interferir arbitrariamente na esfera de outrem e abarquem, também, vínculos com a coletividade em geral, não apenas com seus cidadãos individualmente considerados.

lidade de feição alemã conta-se entre essas iniciativas técnicas. A filosofia prática mencionada forneceu o anteparo individual tanto às pretensões estatais, quanto às da maioria da comunidade, ao transmutar a honra objetiva da pessoa em atributo humano ímpar. O valor fundamental da dignidade humana, depois transformada e desdobrada em direitos fundamentais, será contraposto ao interesse público, estatal ou majoritário considerado relevante. Essa dialética exigirá a ponderação do interesse individual em conflito com o coletivo, por intermédio da proporcionalidade, em especial na modalidade em sentido estrito.

A liberdade – o atributo ético básico da pessoa dotada de dignidade – torna-se também o grande direito subjetivo de todo o ser humano, que demanda proteção isonômica, por parte do direito. Aliás, o direito transforma-se em meio técnico para possibilitar a convivência de seres humanos iguais, sob a lei de liberdade geral.

A responsabilidade, conquanto não chegue a ser a contrapartida da liberdade, agora tão enobrecida como o direito básico universal, é a outra capacidade ética de todos os homens, decorrente da razão prática kantiana. A responsabilidade, que eventualmente exige o máximo do cidadão, constitui a parcela da ética de KANT que permeará no futuro várias opções da proporcionalidade centro-européia, em sentido diverso do que se decide noutras latitudes. “Essa ética estrita” – esclarece HORN – “adquiriu grande influência na Alemanha e co-determinou para gerações, sobretudo da parte protestante da Alemanha, a concepção de deveres do cidadão, mas também do servidor público e do soldado”²⁰³⁵. A sobrevivência dessa ética da responsabilidade kantiana no direito centro-europeu torna-o mais sensível às exigências da coletividade nas ponderações envolvidas pela proporcionalidade, acaso comparada com as soluções de problemas similares no Brasil, cuja prática jurídica parece nada

²⁰³⁵ HORN, *Einführung*, p. 194, nm 340: “Diese strenge Pflichtethik ist historisch von großem Einfluß in Deutschland geworden und hat für Generationen insbesondere im protestantischen Teil Deutschlands die Vorstellung von den

propensa a reconhecer a responsabilidade individual como o consectário razoável da liberdade ampla. Em última análise, a equilibrada ética da responsabilidade parece fenômeno da estruturação social, em que vigora o princípio da sobre-soma, isto é, a postergação de alguns interesses próprios, em benefício dos coletivos. A calibragem recíproca da liberdade e da responsabilidade ética em certo direito parece capaz de dizer muito sobre o grau de estruturação ou fragmentação das sociedades contemporâneas.

SCHNEIDER prova a atualidade da filosofia prática kantiana, ao resumir a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão sobre os limites internos dos direitos fundamentais:

“uma vez que todos são iguais perante a lei e a cada qual se lhe demarca um âmbito jurídico de liberdade por meio de direito subjetivo, ninguém pode ter direito a comprimir o mesmo ou outro direito do concidadão, sob a invocação de um desses direitos. Cada direito fundamental se finda, pois, no direito fundamental paralelo ou em outros direitos fundamentais de outrem”²⁰³⁶.

. . . – *A limitação dos fins estatais e o adensamento do conceito de liberdade: duas criações coletivas na base da proporcionalidade centro-européia*

A técnica relojoeira da ética kantiana não deve ocultar as diferenças entre seu conceito de liberdade e o atual. O sistema ético kantiano

Pflichten des Staatsbürgers, insbesondere aber auch des Staatsdieners, des Beamten und des Soldaten, mitgeprägt”.

²⁰³⁶ SCHNEIDER, *Güterabwägung*, p. 114: “Da jedermann vor dem Gesetz gleich ist und jedem ein durch subjektive Rechte abgesteckter gleicher rechtlicher Freiheitsraum zusteht, kann niemand unter Berufung auf eines dieser Rechte berechtigt sein, das entsprechende Recht oder ein anderes Recht eines Rechtsgenossen abdrängen zu dürfen. Jedes Grundrecht endet also am Parallelgrundrecht und übrigen Grundrechten des anderen”.

entendia-se como exortação moral ao monarca absoluto, a quem se rogava a concessão de liberdade, por meio de leis formais igualmente válidas para todos²⁰³⁷. O ingresso da proporcionalidade no sistema alemão por meio de conferência de funcionário de elite, SVAREZ, ao príncipe herdeiro prussiano testemunha eloqüentemente a noção de liberdade ali imperante. Compare-se tal concepção com a liberdade do sistema anglo-americano, entendida desde a Carta Magna como direito dos súditos provido de sanção mesmo contra o monarca²⁰³⁸. KANT situava a liberdade fora do sistema jurídico positivo, embora não lhe negasse o caráter de direito primário da pessoa: essa contradição resulta do fato de o filósofo limitar o conceito de direito aos “adquiridos”, isto é, aos reconhecidos pela legislação²⁰³⁹. Similar modo de encarar a liberdade tornava-a suscetível de modificação em casos particulares, assim como a sujeitava à simples revogação geral pelo soberano²⁰⁴⁰. A qualidade do acabamento formal de toda essa construção filosófica não lhe esconde o grande paradoxo: qualquer princípio de contenção da arbitrariedade do poder público, como o da proporcionalidade, não pode depender justamente da imposição ou do beneplácito do monarca, para valer como direito positivo. A esperança de que determinado sistema ético supostamente racional se torne impositivo mesmo às cabeças coroadas pode até explicar-se a partir de suas premissas, mas se mostra fantasioso no plano pragmático. ADOMEIT está certo em dizer que ninguém pode duvidar da integridade moral e do caráter estrito de KANT²⁰⁴¹. O problema está em que nem todo o mundo é KANT.

A vaguidade e as mencionadas fraquezas da idéia de liberdade continental juntaram-se ainda a outro obstáculo ao reconhecimento ime-

²⁰³⁷ KRIELE, *Introducción*, p. 157-158.

²⁰³⁸ Cf. o item 14.3.

²⁰³⁹ Cf. FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 3, p. 29. Nesse sentido, os direitos adquiridos diferem da acepção moderna que o direito intertemporal lhes empresta; cf. a nota 2070, para mais dados sobre o sentido da expressão naquela época.

²⁰⁴⁰ KRIELE, *Introducción*, p. 158.

²⁰⁴¹ ADOMEIT, *Rechtsphilosophie*, vol. 2, p. 101.

diato da proporcionalidade no direito centro-europeu: o início da Idade Moderna liberou o poder político das amarras jurídicas medievais e não pôs nada em seu lugar. O absolutismo assim instaurado autorizava o Estado à persecução de qualquer vontade monárquica. O filósofo mencionado defendeu o seguinte ponto de vista: “a tarefa do Estado é garantir e delimitar reciprocamente a esfera de liberdade do indivíduo. KANT não estabeleceu fins estatais dotados de conteúdo. Somente em seu escrito posterior ‘A Paz Perpétua’, KANT assinalou um fim material à atividade estatal: a manutenção da paz”²⁰⁴². A manutenção da liberdade não é apenas formal, como já se observou²⁰⁴³, mas é a expressão da ideologia liberal, que tende a privar o Estado de intervenção na esfera privada, onde acontecem os choques suavizados pela proporcionalidade.

. . . - *Da retomada da dinâmica pelo direito alemão até a adequação e a necessidade, por via do contratualismo*

A minuciosa tese de doutoramento de BARBARA REMMERT²⁰⁴⁴ dedica-se à demonstração de que os antecedentes históricos da proporcionalidade

²⁰⁴² HORN, *Einführung*, p. 189, nm. 335: “Aufgabe des Staates ist es, die Freiheitsräume der Einzelnen zu garantieren und gegeneinander abzugrenzen. [...]. Inhaltliche Staatsziele stellt KANT nicht auf. Erst in seiner Spätschrift ‘Zum ewigen Frieden’ bezeichnet KANT auch ein inhaltliches Ziel der Staatstätigkeit: Friedeswahrung [...]”.

²⁰⁴³ Cf. a nota 2014.

²⁰⁴⁴ A utilização da obra de REMMERT sobre a formação da proporcionalidade moderna merece algumas explicações, com o objetivo de se evitar a eventual impressão de que assim se comete incoerência. A pesquisa de REMMERT sobre as origens da proporcionalidade parece utilizar critério bem mais restritivo na seleção de seus predecessores do que o parâmetro eleito neste trabalho, que, no ponto, se aproxima do padrão mais abrangente de WIEACKER (cf. a nota 880) e de JAKOBS, com outras referências (cf. as notas 2077 e 2079), por exemplo. Antecedentes da proporcionalidade para REMMERT são apenas os próximos e os de conteúdo bem mais assemelhado ao atual do que os antecedentes aqui pesquisados. Para a distinção entre os antecedentes “mediatos” e “immediatos” da proporcionalidade, cf. HIRSCHBERG, *Verhältnismäßigkeit*, p. 2, nota 10, que também elegeu o critério mais restrito.

lidade – apenas em sentido amplo, mas não em sentido estrito – se encontram nos esforços destinados a superar as apontadas deficiências do conceito de liberdade continental e a falta de limites à atividade estatal²⁰⁴⁵.

O fato histórico remoto de onde advinda a proporcionalidade, ao ver de REMMERT, seria o estabelecimento do conceito de soberania estatal dos primórdios do Estado moderno, quando o poder político deixou de ser o garante das antigas bases jurídicas acordadas entre senhores e vassallos medievais, e se transformou no organismo dinâmico, dotado de novas funções e, em contrapartida, capaz de ameaçar os direitos subjetivos das pessoas²⁰⁴⁶. As inúmeras funções a partir de então assumidas pelo Estado iam muito além da tradicional manutenção da segurança e abrangiam os fins implícitos na ampla e freqüentemente insondável

Algumas das divergências com REMMERT anotadas a seguir (cf. o item 17.2.5, por exemplo) não parecem decorrer propriamente de diversidade no entendimento de acontecimentos pretéritos e de seu grau de similitude com a contemporaneidade, embora isso também ocorra, quanto a fatos da Antigüidade e da Idade Média (cf. os itens 13e 14.2 e a nota 2048, por exemplo). A maior parte das discrepâncias de opinião expressas adiante relaciona-se apenas ao grau de parentesco entre concepções filosóficas e jurídicas pretéritas e a proporcionalidade atual exigido para sua consideração nas pesquisas mencionadas. REMMERT, por certo, somente se ocupa dos antecedentes mais próximos, quando já apresentados em formas jurídicas, preferencialmente consagradas em normas, em decisões ou na doutrina relativa a certo direito positivo. Já a abordagem ensaiada neste trabalho procura acompanhar a proporcionalidade desde as condições de possibilidade culturais de seu surgimento, passando pela filosofia geral e jurídica, pelo direito comparado até a chegada em fórmulas de seu conceito atual. A suposta incongruência fica, assim, afastada pelo fato de o critério aqui adotado ser mais abrangente do que o usado por BARBARA REMMERT.

²⁰⁴⁵ HIRSCHBERG, *Verhältnismässigkeit*, p. 2-3, também entende que um dos antecedentes diretos da proporcionalidade é a vinculação finalística do Estado decorrente do liberalismo. Por certo que o germe da vinculação teleológica do Estado já se encontrava no contratualismo de ROUSSEAU, refletido na definição de KANT do direito como meio técnico de garantia da liberdade dos cidadãos. Apesar dessa teoria liberal, o campo de atividade do Estado continuava enorme, como ainda se verá no correr deste tópico.

²⁰⁴⁶ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 11-14.

fórmula da promoção do bem comum²⁰⁴⁷. O dinamismo da ordem jurídica, que abandonou a idéia de mero garante do *status* medieval de cada segmento da sociedade, tornou-se fundamental para a proporcionalidade, na medida em que a busca do bem-estar comum alterava o esquema medieval e significava interferência em direitos subjetivos²⁰⁴⁸.

²⁰⁴⁷ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 14.

²⁰⁴⁸ REMMERT destaca a importância das teorias contratualistas para a obtenção da proporcionalidade atual na Alemanha, em incoerência com a afirmação de que as ordens medievais careceriam até mesmo de pressupostos teóricos capazes de fomentar o estabelecimento da proporcionalidade.

O equívoco principal dessa afirmação parece residir na confusão de critérios histórico e antropológico ou sociológico. Espera-se que o capítulo destinado à análise do sistema jurídico anglo-americano, sobretudo, tenha demonstrado a existência de antecedentes medievais à proporcionalidade; diria até decisivos para sua afirmação no direito moderno – cf. o item 14.2. O estabelecimento do juízo pelos pares, segundo a lei da terra, infirma a conclusão da incompatibilidade entre Medieval e ancestrais da proporcionalidade. A correlação adequada, então, parece ser entre sociedades estruturadas, nas quais a origem da proporcionalidade pode ser reconhecida, em contraposição às nações fragmentadas, onde faltam as condições preponderantes para seu desenvolvimento – cf. o item 9. A circunstância de a maioria das sociedades medievais européias ter sido fragmentada não autoriza ver na Idade Média período desprovido de antecedentes da proporcionalidade. A própria Alemanha de REMMERT conheceu a matriz medieval da proporcionalidade, vale dizer, o juízo pelos pares, segundo as leis do império, enquanto o direito germânico lá predominou – cf. o item 13.1. A autora citada está correta na identificação da falta de raízes do instituto nas ordens jurídicas estáticas, isto é, supostamente eternas ou situadas fora do tempo. O engano desse argumento está, de novo, em igualar inexoravelmente conceitos de estática e dinâmica das ordens jurídicas com determinado período histórico, notadamente a Idade Média. É preciso, uma vez mais, recordar as lições do direito inglês, que, fiel às imemoriais origens germânicas, cf. o item 14.2.1, sempre se pretendeu muito mais um método jurídico, em grande parte, aberto e com cujo auxílio se enfrentam problemas do direito, do que um estoque de prescrições de direito material supostamente justas ao extremo, com as quais se soluciona um número infinito de problemas jurídicos. Por isso, concorda-se que as ordens medievais, mesmo em suas formas puras, eram preponderantemente estáticas; mas havia a fundamental exceção inglesa. Ademais, existiram impulsos estruturantes, até no interior dos direitos medievais fragmentados. O desenvolvimento do conceito de pessoa, a partir do século XIII, acompanhado aqui graças ao trabalho de KOBUSCH, pretende ser a demonstração do engano parcial da autora citada, no que tange aos antecedentes da proporcionalidade, ainda que se confine a análise aos países fragmentados. A dicotomia das sociedades estruturadas *versus* fragmentadas parece o critério adequado para avaliar a existência das condições favoráveis ao estabeleci-

REMMERT mostra que a proporcionalidade alemã resultou do aprimoramento de duas idéias nascidas no contratualismo social, em resistência ao absolutismo, outrora predominante na Europa continental. As fontes jurídicas recenseadas por aquela autora indicam ter o direito alemão absorvido o contratualismo de ROUSSEAU e o criticismo de KANT²⁰⁴⁹.

Os dois impulsos obtidos do contratualismo foram a “exigência de as ações estatais visarem a fins estatais” e a garantia da liberdade no organismo social²⁰⁵⁰. Note-se a semelhança entre a limitação finalística es-

mento do moderno conceito de proporcionalidade. A noção de direitos evolutivos no tempo, contrapostos às ordens estáticas, oferece ponto de apoio menos firme do que o parâmetro geral aqui acolhido, por ser apenas parte da fórmula cultural das sociedades estruturadas – cf. o item 6.2.2. Essa afirmação parece sinepeicamente comprovada pela dificuldade experimentada por REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 8-11, de correlacionar os antecedentes da proporcionalidade, a influência preponderantemente negativa do direito romano nesse aspecto, e as ordens jurídicas e teorias contratuais. De acordo com a mencionada autora, a proporcionalidade pressuporia poder estatal capaz de interferir unilateralmente na esfera de liberdade do indivíduo. Donde a conclusão de que as ordens jurídicas medievais careceriam de antecedentes do mencionado instituto, porque caracterizadas pelo contratualismo, ou seja, pela inexistência de diferença qualitativa entre os direitos do soberano e os das pessoas privadas. Porém, o Império Romano possuía, como poucos no Ocidente, o poder político de influir tão decisiva e influentemente na vida dos cidadãos. Ora, a admissão da tese da autora deveria sinepeicamente implicar a existência de muitos mais antecedentes romanos da proporcionalidade do que nas ordens medievais. Sucede que os capítulos antecedentes parecem ter provado o contrário. Roma apenas transmitiu uns poucos fundamentos gregos da proporcionalidade; o modo fragmentado como nela se exerceu o poder representou, ao contrário, um grande obstáculo a seus precursores. Em conclusão, as periodizações históricas tradicionais, como a demarcação da Idade Média, não esclarecem o desenvolvimento da proporcionalidade, acaso não sejam combinadas com a análise da espécie de sociedade em causa, pois nações tendencialmente estruturadas conviveram e convivem com outras, preponderantemente fragmentadas. A sinepéia parece o método adequado à comparação de culturas, por não atentar para a cronologia das sociedades, mas para sua camada de sentido mais profunda – cf. o item 7.

²⁰⁴⁹ REMMERT, contudo, nada diz a respeito dessas origens filosóficas, é bom frisar, para se evitarem mal-entendidos.

²⁰⁵⁰ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 15 e segs: “Erfordernis der Staatszweckgerichtetheit des Staatshandels”.

tatal e a “vinculação teleológica” do direito, apontada por WIEACKER como antecedente antigo da proporcionalidade²⁰⁵¹.

As pessoas que abandonaram o estado natural, raciocinava-se então, teriam concordado em alienar apenas parte – não o todo – de sua liberdade para ingressar na sociedade²⁰⁵². Logo, a intrusão estatal na esfera individual deveria ser tolerada somente quando justificada pela realização de certos fins. A teoria contratual era bifronte, pois assegurava ao Estado monárquico fundamentação filosófica, mas, sinalagmaticamente, cobrava-lhe um preço para tanto. O exercício do poder condicionava-se à busca das finalidades pactuadas no contrato social, vale dizer, a garantia da segurança pública e do bem comum. “O regente estava [...] autorizado à atividade, tão-logo o desenvolvimento de um fim estatal o demandasse, mas não podia transpor o necessário ao desenvolvimento da finalidade estatal”, sintetiza REMMERT, porque ali reinava a parcela de liberdade não sub-estabelecida ao monarca²⁰⁵³.

²⁰⁵¹ A circunstância de REMMERT falar em limitação finalística do Estado e WIEACKER referir-se à vinculação teleológica do direito não parece desnaturar a semelhança entre ambos os antecedentes da proporcionalidade, acaso se recorde que o direito é o meio de estruturação das sociedades ocidentais desde os gregos. Esse pressuposto da vinculação teleológica (cf. o item 11.2.1) torna ambas as fórmulas muito assemelhadas ou equivalentes, pois o Estado grego também foi imaginado por SÓLON como sujeito ao direito – cf. a nota 1005. Vê-se, assim, a existência do antecedente assinalado por REMMERT não apenas na Idade Moderna, mas também na Antigüidade. O fato de a *polis* editar direito sem nenhuma limitação, desde que votado em praça pública, não a impedia de estar obrigada a cumprir e fazer cumprir sua ordem jurídica, oposta, por exemplo, às ordens da tirania. A *polis* também se vinculava a seu direito. A demora da reintrodução, no continente europeu, do Estado de direito, ou seja, da sujeição da pessoa jurídica de direito público às normas jurídicas que editou parece irrelevante para o aspecto ora cogitado, também porque se discute aqui período em que a auto-limitação estatal pelo direito principiava a retomar força na Prússia. Esta parece ser nova prova do equívoco no plano geral da obra de REMMERT de rejeitar a existência de antecedentes da proporcionalidade em momento anterior à Idade Moderna.

²⁰⁵² Cf. o item 15.4.4.2, para o pensamento de ROUSSEAU sobre o ponto.

²⁰⁵³ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 17: “Der Regent war deshalb einerseits zum Tätigwerden berechtigt, sobald die Beförderung der Staatszwecke dies erforderte, durfte aber auch nicht über das hinausgehen, was zur Beförderung des Staatszweckes nötig war”. Aliás, a vinculação do soberano aos fins estatais era defendida mes-

A pesquisa da mencionada autora observa que a limitação da atividade estatal pelos fins públicos esteve associada às situações em que os atos estatais restringiam direitos dos particulares, desde os primórdios da literatura jurídica alemã fundada no pensamento contratual²⁰⁵⁴. Isso não significa que os autores alemães negassem a aplicação daquele princípio jurídico às hipóteses em que ausente a contraposição de direitos subjetivos à ação do poder público. A afirmação do princípio da vinculação teleológica dos atos do Estado só merecia abordagem nos episódios de confronto com direitos dos particulares. A concepção individualista do contrato social formou a pré-compreensão da proporcionalidade, ainda que algo irrefletidamente por parte da doutrina jurídica. A influência do pensamento liberal de KANT marcou diversos autores, que negaram explicitamente a possibilidade de o Estado interferir na esfera individual para a produção de bem-estar. Essa providência somente seria admissível, como resposta à violação de direitos individuais por parte de cidadãos, ou seja, quebra do princípio kantiano de coexistência de dois arbítrios sob lei geral de igualdade²⁰⁵⁵, ou para a manutenção da segurança pública²⁰⁵⁶. Em consonância com VON BERG e o espírito da época, contudo, SVAREZ arrolou a promoção do bem-estar geral entre os fins do Estado, se bem que em situação inferior à garantia da segurança pública²⁰⁵⁷. Enquanto a manutenção da paz pública outorgaria ao Estado um “direito mais forte” à limitação da liberdade, o desenvolvimento do bem-estar privado estaria sujeito a critério mais estrito.

Os juristas calejados pela experiência logo divisaram certos pontos fracos nas idéias do contratualismo. A liberdade era compreendida pela filosofia contratual como o espaço em branco restante após o exercício

mo por quem rejeitava o contrato social como fundamento estatal – cf. REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 19.

²⁰⁵⁴ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 19-20.

²⁰⁵⁵ Cf. a nota 2013.

²⁰⁵⁶ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 31 e seg.

²⁰⁵⁷ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 32-34.

da competência estadual²⁰⁵⁸. Portanto, carecia de conteúdo preciso. REMMERT sintetiza ser a liberdade “o arbítrio no campo da neutralidade teleológica do Estado”²⁰⁵⁹. Os problemas gerados pela indefinição dos limites da liberdade aumentavam, porque as atribuições do Estado passaram a abranger a promoção do enigmático bem comum geral, mas somente eram restringidas pela determinação de fins estatais²⁰⁶⁰. KLEIN, um dos artífices das reformas legislativas prussianas, escreveu em 1797: “dado que a polícia, em sentido amplo, atua não apenas pela remoção de obstáculos, mas também positivamente para a multiplicação dos benefícios, ela pode tornar-se muito perigosa para a liberdade do cidadão”²⁰⁶¹. A resposta jurídica a essas dificuldades seria dada por meio dos imperativos da necessidade e adequação.

. . . – *A necessidade e a adequação*

As noções então contrapostas à atividade do Estado dividiam-se, de acordo com REMMERT, em duas grandes categorias: a liberdade e os direitos adquiridos²⁰⁶². Os preceitos da necessidade e da adequação foram, pela primeira vez, reconhecidos na Alemanha, em função delas.

A adequação e a necessidade decorrem diretamente das restrições finalísticas impostas ao Estado: apesar de seu campo ter sido ampliado pela finalidade de promover o bem comum, o poder público agora somente pode perseguir objetivos estatais, e não mais os privados do mo-

²⁰⁵⁸ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 21 e segs

²⁰⁵⁹ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 28: “Beliebigkeit im staatszweckneutralen Bereich”.

²⁰⁶⁰ Cf. a nota 2047.

²⁰⁶¹ *Apud* REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 23: “Da die Polickey im weiterem Sinn nicht bloß Hinwegräumung der Hindernisse, sondern auch positiv zur Vermehrung der Vortheile wirkt, so kann sie der bürgerlichen Freyheit sehr gefährlich werden”.

marca. Se o Estado somente pode buscar certas metas, qualquer ato que se afaste desses propósitos vagos não deve ser aceito. No pano de fundo, encontra-se aqui a inversão do sentido do empréstimo do conceito de lei. Se os filósofos gregos da Antigüidade imaginaram a lei natural como cópia adaptada da ordem jurídica humana, agora os juristas se valem da categoria das leis naturais para inspirar o direito. Uma determinação do poder público inconciliável com uma finalidade pública não possui índole jurídica, assim como um enunciado sobre a natureza reprovado no teste empírico não pode ser qualificado de científico. A ação que não se orienta por um princípio racional destoa da ética de KANT²⁰⁶³. Esse paralelismo entre ciências naturais e a ética, vista nos imperativos kantianos, torna-se evidente, por exemplo, na doutrina escrita por VON SONNENFELS em 1798: o Estado “não deve agir ao acaso, mas somente guiado por princípios”²⁰⁶⁴.

Registram-se, desde então, antecedentes do imperativo da necessidade, que compele o poder público a selecionar o meio menos lesivo à liberdade do particular, acaso disponha de, pelo menos, dois deles aptos à consecução de fim estatal. SVAREZ assim elaborou o § 79 da Introdução do Código Geral prussiano: “as leis e decretos do Estado não podem restringir a liberdade natural e os direitos dos cidadãos além do que o fim último comunitário o exigir”²⁰⁶⁵. Tal compilação não entrou em vigor. O *Direito Geral* prussiano, de 1794, garantia ao soberano “todos os privilégios e direitos necessários à obtenção do fim último” mencionado, embora impusesse à polícia a adoção das “providências necessá-

²⁰⁶² REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 21. Curioso que essa classificação ainda parece dominar boa parte da nossa jurisprudência, sempre à cata de uma lei, decreto ou coisa ainda menor para justificar as liberdades amplas garantidas na Constituição.

²⁰⁶³ Cf. as notas 2008 a 2010.

²⁰⁶⁴ *Apud* REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 25: “... nicht aufs gerathe Wohl, sondern nur von Grundsätze geleitet...”. Cf. ainda a nota 2007.

²⁰⁶⁵ *Apud* REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 27: § 75 do *Direito Geral*: “Die Gesetze und Verordnungen des Staats dürfen die natürliche Freiheit und Rechte der Bürger nicht weiter einschränken, als es der gemeinschaftliche Endzweck erfordert”.

rias” à obtenção de seus fins²⁰⁶⁶. A mesma vinculação de atos públicos constou de projeto legislativo austríaco²⁰⁶⁷.

Também já se conheciam, àquela altura, os problemas do erro de prognóstico e da inadequação do meio estatal impugnado²⁰⁶⁸. Os antecedentes da adequação estavam satisfeitos, ainda que o meio escolhido parecesse de início adequado, mas assim não se revelasse na prática. Parece haver nisso uma decorrência da concepção monárquica da sociedade. REMMERT cita, aliás, autor da época, VON JUSTI, para quem a medida estaria justificada, se o governo “estivesse convencido de início de sua boa eficácia”²⁰⁶⁹.

REMMERT analisa do mesmo modo o problema dos chamados “direitos adquiridos”, entendidos na doutrina da época não apenas no sentido de prescrições atinentes ao direito intertemporal, mas principalmente como qualquer direito subjetivo derivado de fonte diversa da liberdade natural²⁰⁷⁰. Suas fontes eram em especial concessões estatais e o contrato; sua modalidade mais conhecida, a propriedade, entendida como qualquer direito de conteúdo patrimonial. Também nesse domínio se teriam estabelecido as diretivas da adequação e da necessidade – mas não a da proporcionalidade em sentido estrito – dos atos estatais conforme as finalidades públicas²⁰⁷¹. Embora a propriedade se possa definir sem alusão aos fins do Estado, a doutrina de então já alertaria para o contrário e assim a fazia dependente da amplitude do campo dos fins estatais²⁰⁷². Quadro idêntico resulta das ponderações sobre o domí-

²⁰⁶⁶ Apud REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 27; trata-se do § 4º, II, 13, e do § 10, II, 17, do “Direito Geral dos Estados Prussianos”.

²⁰⁶⁷ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 27, notas 151 e 152.

²⁰⁶⁸ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 25-26.

²⁰⁶⁹ *Übermaßverbot*, p. 26: “... wenn die Regierung in ‘Ansehung der Mittel, so sie anwendet, [...] von ihrer gute Wirkung vorher überzeugt’ war”.

²⁰⁷⁰ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 37-38.

²⁰⁷¹ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 40-41.

²⁰⁷² REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 41.

nio eminente, uma “reliquia medieval” como a chamou REMMERT²⁰⁷³. O exercício do domínio eminente, uma cláusula empregada em verdadeiros estados de necessidade para destruir ou avariar a propriedade privada, se submetia aos requisitos da necessidade e da adequação, mas não à proporcionalidade estrita.

REMMERT afirma mesmo que a idéia negativa de liberdade, como espaço onde não existem fins estatais a perseguir, impediria o surgimento de antecedentes diretos da proporcionalidade, em sentido estrito, cuja finalidade é ponderar os interesses privados contrapostos aos públicos num mesmo campo²⁰⁷⁴. A proporcionalidade *stricto sensu* não existiria nesse contexto: a contraposição de interesses resolvia-se sempre em prol da entidade coletiva, pois a esfera dos indivíduos carecia de densidade conceitual suficiente para se opor à intrusão das medidas estatais. Tais providências seriam lícitas, desde que conformes ao requisito único e de fácil atendimento – estar no interior da gigantesca esfera de competência do Estado²⁰⁷⁵. A vinculação da atividade estatal constituiria o parâmetro único pelo qual se aferia a licitude da atividade do Estado: seus atos

²⁰⁷³ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 42-48.

²⁰⁷⁴ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 22 e 28. REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 29-30, esclarece que, nesse contexto, o termo *proporcionalidade* também era empregado, se bem que em acepção diversa da atual. Os autores de então usavam a palavra no sentido exato da justiça distributiva aristotélica, isto é, sempre associada ao conceito de igualdade proporcional, não apenas na repartição dos bônus sociais, mas principalmente na determinação da medida em que cada um haveria de suportar os encargos sociais, notadamente de custeio das despesas da comunidade – cf. o item 11.8. REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 30, sintetiza: “a exigência ‘de igualdade proporcional’ implica primordialmente a obtenção de justiça por meio do tratamento isonômico e, em especial, por meio de igual oneração segundo o padrão das relações dos interessados entre si e, não, preponderantemente a proteção da liberdade individual” (“Das Erfordernis ‘verhältnismäßiger Gleichheit durch gleichmäßige Behandlung’ und insbesondere durch eine gleichmäßige Belastung nach Maßgabe der Verhältnisse der Betroffenen zueinander, nicht dagegen vorrangig den Schutz der individuellen Freiheit”).

²⁰⁷⁵ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 28-29.

seriam válidos, acaso visassem a fim estatal e avançassem apenas a quota adequada e necessária na esfera das pessoas²⁰⁷⁶.

A mencionada autora entende que tampouco havia espaço para se falar em proporcionalidade, em sentido estrito, no que tange aos direitos adquiridos de então, por idêntico motivo apontado para a liberdade. A liberdade submeter-se-ia integralmente ao fim visado pelo poder público, se verificado que o objetivo em causa pertencia às amplas finalidades do Estado.

O ponto de vista de REMMERT acerca da inexistência de antecedentes da proporcionalidade em sentido estrito parece válido, exceto num único caso, visto em seguida.

. . . – *A excepcional enunciação da proporcionalidade em sentido estrito por Svarez*

SVAREZ parece ter sido o primeiro a enunciar a proporcionalidade em sentido estrito, no direito centro-europeu²⁰⁷⁷. SVAREZ, em conferências ao príncipe herdeiro da Prússia nos anos de 1797-1798, revelou seu credo iluminista, ao pregar: “direitos naturais e inalienáveis permanecem com os seres humanos mesmo após sua passagem para a sociedade civil, e não há nenhum poder legislativo que teria direito a roubá-los. Estes são, pois, os limites do poder legislativo”²⁰⁷⁸. SVAREZ enunciou na-

²⁰⁷⁶ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 28.

²⁰⁷⁷ JAKOBS, *Verhältnismäßigkeit*, p. 2; ERICHSEN, MERTEN e LINK, os três últimos citados por REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 35, nota 195. REMMERT, entretanto, não divisa nesse autor antecedente da proporcionalidade em sentido estrito – cf. a nota 2083.

²⁰⁷⁸ *Apud* KOBUSCH, *Person*, p. 115-116: “Diese natürlichen und unveräußerlichen Rechte bleiben also dem Menschen auch nach seinem Übergange in die bürgerliche Gesellschaft, und es gibt keine gesetzgebende Macht, die ihn deren zu berauben berechtigt wäre. Dies sind also die Schranken der gesetzgebenden Macht”.

quelas preleções as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, destinadas a proteger a pessoa kantiana:

“Considerando ser o primeiro princípio do direito público que o Estado somente tem direito de restringir a liberdade do indivíduo, à medida que isso seja necessário a que a liberdade e a segurança de todos possam existir, segue-se daí o primeiro princípio do direito de polícia: que apenas a evitação de um grande dano para a sociedade civil temido com certeza moral, ou apenas a fundada esperança de alcance de uma vantagem muito significativa e duradoura para o todo confere ao Estado o direito de restringir a liberdade natural dos seus indivíduos por meio de leis de polícia²⁰⁷⁹. [...]. O dano a ser evitado por meio da restrição da liberdade individual pela lei de polícia há de ser muito mais significativo do que o prejuízo decorrente para os indivíduos ou para o todo dessa limitação. [...]. Apenas a obtenção de um bem maior para o todo pode autorizar o Estado a exigir o sacrifício de um bem menor do indivíduo. Enquanto a preponderância não se tornar evidente, deve-se permanecer na liberdade natural²⁰⁸⁰”.

SVAREZ submete ambas as finalidades estatais à proporcionalidade, na moderna acepção de ponderação entre dois valores, embora reconheça menor poder ao Estado de intervir na promoção do bem comum

²⁰⁷⁹ *Apud* JAKOBS, *Verhältnismäßigkeit*, p. 2: “Da es nun der erste Grundsatz des öffentlichen Staatsrechts ist daß der Staat die Freiheit der Einzelnen nur soweit einzuschränken berechtigt sei, als es nothwendig ist, damit die Freiheit und Sicherheit aller bestehen könne, so fließt aus dieser Betrachtung der erste Grundsatz des Polizey-Rechts: daß nur die Abwendung eines großen und mit moralischer Gewißheit zu Befürchtenden Schadens für die bürgerliche Gesellschaft, oder nur die gegründete Hoffnung zur Erlangung eines sehr erheblichen und dauerhaften Vortheils für das Ganze den Staat berechtigen könne, die natürliche Freiheit seiner einzelnen Bürger durch Polizey-Gesetze einzuschränken”.

²⁰⁸⁰ *Apud* REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 33-34: “Der Schade, welcher durch die Einschränkung der Freiheit der einzelnen abgewendet werden soll, muß bei weitem erheblicher sein als der Nachteil, welcher den einzelnen oder auch dem Ganzen aus dieser Einschränkung entspringt. [...]. Nur die Erreichung eines überwiegenden Guts für das Ganze kann den Staat berechtigen, die Aufopferung

do que na manutenção da paz jurídica, compreendida esta como a preservação das condições de coexistência de arbítrios²⁰⁸¹. A diferença fundamental registrada no pensamento de SVAREZ reside em avançar para além da tradicional justaposição entre os espaços público e privado, de modo a permitir ao Estado a livre escolha do instrumental usado na persecução dos objetivos contidos em sua competência. O conselheiro real parecia defender padrão mais estrito do que a pesquisa da adequação e necessidade do meio relacionado a certo fim. A própria finalidade sujeitar-se-ia ao exame jurídico: até os fins estatais somente poderiam ser buscados, acaso o meio eleito para sua obtenção não implicasse o sacrifício desproporcional da liberdade da pessoa. SVAREZ deixa claro tratar-se aqui de proteger o ente moral da tradição canonista, jusracionalista e iluminista, ao postular que a vida, o patrimônio, a liberdade seriam “direitos naturais e inalienáveis que permanecem com o ser humano mesmo após sua passagem para a sociedade civil”²⁰⁸².

REMMERT, entretanto, nega aos juristas desse período, neles incluído SVAREZ, a qualidade de precursor da proporcionalidade em sentido estrito²⁰⁸³. A existência de dois campos informados por princípios absolutos seria o fundamento do raciocínio. Os particulares não poderiam opor nenhum direito ao ato estatal, desde que contido no amplo conjunto dos fins estatais. Ao reverso, os direitos das pessoas relativos aos foro íntimo como a liberdade de consciência e de crença preponderariam sempre. Donde a inexistência de espaço para a ponderação entre

eines minderen Guts von dem einzelnen zu fordern. Solange das Übergewicht nicht evident ist, muß es bei der natürlichen Freiheit bleiben”.

²⁰⁸¹ Cf. REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 33, apenas para a variação da intensidade com que o Estado poderia interferir na órbita privada. Para a inexistência de juízo de proporcionalidade em sentido estrito mesmo em Svarez, ao ver da autora citada, cf. as notas 2074 a 2077.

²⁰⁸² *Apud* REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 34: “Diese natürlichen und unveräußerlichen Rechte [Leben, Vermögen und Freiheit] bleiben also dem Menschen auch nach seinen Übergänge in die bürgerliche Gesellschaft”.

²⁰⁸³ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 34-35.

duas grandezas, como exigido pela proporcionalidade. De resto, faltaria concepção adequada de liberdade a ser oposta aos fins estatais.

Os antecedentes da proporcionalidade parecem abranger a doutrina de SVAREZ, conquanto se tenha presente a arguta advertência de REMMERT sobre o engano de retroprojetar o presente no passado²⁰⁸⁴. Uma vez que este trabalho, à semelhança de WIEACKER, por exemplo, divisa antecedentes da proporcionalidade até mesmo na Idade Antiga, parece claro que o pensamento de SVAREZ também há de ser considerado precursor, quando não a própria enunciação inicial do princípio referido. REMMERT adota critério mais restrito na análise histórica e busca quase o equivalente perfeito do instituto contemporâneo²⁰⁸⁵. O texto de SVAREZ, citado por muitos como a primeira enunciação completa da proporcionalidade em sentido estrito, parece suficientemente claro no sentido de que se haveriam de ponderar entre as grandezas: a liberdade *versus* os fins estatais. Pouco se pode fazer, além de recomendar a releitura da passagem em causa. Alguns aspectos da discussão parecem merecer ênfase. O autor citado não defenderia o sopeso da utilidade privada e da pública, acaso supusesse terem ambas caráter absoluto em sua esfera. O problema da interseção dos dois domínios não ofereceria nenhuma dificuldade, pois se resolveria segundo uma pauta hierárquica previamente determinada²⁰⁸⁶. SVAREZ, provavelmente, não divisaria conflito entre os dois âmbitos e, por conseqüência, não imaginaria regra para resolvê-lo. Tão-somente a necessidade de alternar a preponderância entre um e outro fator torna a proporcionalidade imaginável. Certa passagem de SVAREZ, ademais, fala expressamente em direito individual opo-nível à busca mesmo de fins havidos como estatais. E cita dois exemplos extraídos do direito de vizinhança: o proprietário teria o “direito natural” de construir sua morada em qualquer lugar da propriedade, assim

²⁰⁸⁴ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 5.

²⁰⁸⁵ Cf. a nota 2044.

²⁰⁸⁶ Cf. o item 9

como poderia colocar à sua janela os vasos de flores que quisesse²⁰⁸⁷. Fiel ao imperativo categórico kantiano pensado como lei gera, SVAREZ ressalva apenas que o exercício de ambos os direitos naturais não poderia prejudicar terceiros dotados de iguais direitos. Assim, o dono do imóvel não poderia impedir o acesso do vizinho à luz, nem teria direito a colocar os passantes em risco, certamente na suposição de que todos querem a luz e a integridade corporal para si e, portanto, para os outros, segunda a lei kantiana de convivência de arbítrios²⁰⁸⁸.

De resto, não parece proceder o argumento de que faltaria à liberdade de então o conteúdo necessário a servir como conteúdo oponível ao desenvolvimento de fim estatal por qualquer meio. Pode-se até concordar que, até KANT e SVAREZ, o direito carecia de conceito de liberdade, tal como o requerido pela proporcionalidade em sentido estrito. Essa afirmação não parece correta, entretanto, após as contribuições de ambos. Os dois mencionados pensadores, cada um em sua esfera, representam a alteração dessa liberdade amorfa e residual em princípio jurídico provido de substância, no mundo centro-europeu, à semelhança de outras famílias jurídicas. A liberdade em novas bases já havia sido, em rigor, teorizada na filosofia prática de KANT, por intermédio da alteração semântica do termo dignidade da pessoa humana²⁰⁸⁹. A dignidade deixou de corresponder ao nosso conceito penal de honra objetivo, ou seja, juízo social acerca das qualidades morais de determinada pessoa e passou a ser o atributo jurídico inviolável de qualquer ser humano, em decorrência direta e incondicionada de sua humanidade. Parece correto concluir pela existência de substância mínima imputável à pessoa e oponível ao Estado, uma vez que KANT prosseguiu na senda da tradição da pessoa ou ente moral, caracterizada pela liberdade e outros conteúdos específicos, como a honra e patrimônio, por exemplo. A Declara-

²⁰⁸⁷ *Apud* BUSSI, *Stato*, p. 130, obra cuja segunda parte se compõe da tradução das Conferências de SVAREZ.

²⁰⁸⁸ Cf. o item 17.2.1.4.

²⁰⁸⁹ Cf. a nota 2028.

ção de Direitos francesa, citada por SVAREZ, constitui amostra de tais direitos, listados, aliás, na codificação prussiana por ele preparada²⁰⁹⁰.

De outro lado, parece ser o caso de não confundir ou limitar o exame do problema ao plano jurídico, mas de avançar em direção à filosofia, de onde provêm os impulsos para a formulação dos ordenamentos positivos. O fato de o direito positivo carecer até aquela altura de conceito operativo de liberdade não significa que a mesma lacuna se registrava na filosofia. A filosofia kantiana já havia elaborado a noção, transposta para o pensamento jurídico exatamente por SVAREZ. BUSSI também lista no pensamento de SVAREZ os mesmos direitos inalienáveis da pessoa a serem respeitados até pela legislação do Estado: a vida, a faculdade de determinar-se segundo princípios de razão, ou seja, a liberdade kantiana e o direito de cada um buscar sua felicidade por meio de seu aprimoramento pessoal²⁰⁹¹. SVAREZ, um autor de período de transição e disposto a servir de ponte entre a nova filosofia e o velho direito positivo, não possuía a nitidez contemporânea no estabelecimento do conteúdo da liberdade; porém, os traços essenciais do moderno conceito já se encontravam em suas conferências e obra legislativa. Seu pensamento reproduz em grande medida KANT, que, por sua vez, pressupôs a liberdade da pessoa – o ente moral – como base da metafísica ética.

REMMERT conclui pela impossibilidade de se considerar a filosofia kantiana como antecedente da proporcionalidade, em face da divergência jurisprudencial a propósito da revisibilidade judicial das ponderações executivas, da vaguidade do parâmetro de controle e do cuidado excessivo com que empregado²⁰⁹². A idéia careceria em suma de eficácia na monarquia prussiana. Algumas objeções merecem registro. De início, parece equivocado pretender o desenvolvimento completo do tema, naquilo que deve servir apenas de seu precursor histórico. Registra-se

²⁰⁹⁰ BUSSI, *Stato*, p. 87.

²⁰⁹¹ BUSSI, *Stato*, p. 88.

²⁰⁹² REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 35-37.

assim muito mais uma divergência de critérios de pesquisa do que propriamente de contradição entre o ponto de vista aqui defendido e o de REMMERT²⁰⁹³. Assim, a existência de parâmetro de controle, ainda que parcialmente ineficaz, já aponta para a direção atual. A violação da diretiva jurídica nascente, mesmo quando seja o costume, testemunha-lhe a força inicial, pois somente se pode infringir preceitos, cuja existência esteja no horizonte de uma cultura. A minoria jurisprudencial vencida freqüentemente assenta o marco inicial do caminho conducente à consolidação de uma nova idéia jurídica e, portanto, merece ser considerada, ao se tentar descrever tal percurso até o ponto em que nos encontramos. Por fim, o fato de SVAREZ e KLEIN terem transposto pela primeira vez a filosofia kantiana para o direito público, tal como SAVIGNY o faria posteriormente no direito privado, explica incongruência consistente em entregar ao soberano a ponderação requerida por seu antecedente da proporcionalidade. Isso nos parece contraditório, mas talvez não o fosse aos olhos dos funcionários do déspota esclarecido.

O minucioso acompanhamento da formação da proporcionalidade nas diversas ordens jurídicas estruturadas, por certo, não pode ser levado adiante no âmbito deste trabalho, tal como se tentou fazer com as circunstâncias que cercavam sua enunciação por SVAREZ. Por isso, o excelente trabalho de REMMERT, relativo à Alemanha, somente pode ser considerado nos pontos de interesse para a compreensão moderna do tema.

17.2.5.1 – A construção da esfera privada autônoma

A primeira metade do século XIX assistiu a indagação sobre a validade dos fundamentos contratualistas da sociedade moderna. Os temas liberais herdados da era de SVAREZ continuaram a ocupar a doutrina, interessada no aprimoramento de padrão mínimo de racionalidade política, apesar do questionamento do contratualismo. Utilizaram-se dois

²⁰⁹³ Cf. a nota 2044.

mecanismos para tanto: a vinculação da atividade do Estado à manutenção da segurança e a criação de freios ao fim público de promoção do bem comum, porque oposto ao ideário burguês liberal²⁰⁹⁴. A persistência do Estado absolutista na promoção do bem comum obrigou a doutrina liberal a oferecer algumas alternativas para o problema. O desenvolvimento do bem coletivo ora é visto como meio para se obter a segurança, ora lhe era subordinada ou ainda ambos eram tratados de modo desconexo²⁰⁹⁵.

A idéia de articulação entre o todo estatal e suas partes individuais demandou a teorização das relações entre o Estado e os particulares, no âmbito da mencionada vinculação teleológica²⁰⁹⁶. Essa tendência representava progresso em direção ao Estado de direito²⁰⁹⁷, ou seja, à estruturação da política com base num travejamento de relações jurídicas. O abandono do contratualismo social, entretanto, dificultava a construção da teoria de subordinação do monarca a fins racionais. O problema foi contornado pela paulatina construção da esfera privada como campo jurídico autônomo e diverso daquele reservado aos fins estatais, de modo que a intervenção na órbita dos particulares passou a encontrar limites²⁰⁹⁸. O Estado deveria concentrar-se em seus afazeres e abster-se de intervir no campo dos indivíduos, ou seja, haveria de proteger os cidadãos e restringir-se ao estritamente necessário, quanto às demais expectativas sociais. Os contratualistas guiavam-se pela vinculação teleológica dos atos estatais e lhes aferiam a validade na perspectiva de sua aptidão para o alcance de suas finalidades. Seus adversários, no entanto, avançavam em direção ao “princípio do respeito das esferas”, por cujo meio o Estado se legitima a partir de si mesmo, mas em contrapartida desenvolve atividade aferível com base em parâmetro que lhe é exterior – a esfe-

²⁰⁹⁴ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 60.

²⁰⁹⁵ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 59.

²⁰⁹⁶ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 61.

²⁰⁹⁷ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 61.

²⁰⁹⁸ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 64 e segs.

ra individual –, ao transpor a fronteira do campo da promoção da segurança *lato sensu*²⁰⁹⁹.

O aumento da esfera individual registrado na primeira metade do século XIX deveu-se à “aproximação estrutural” de dois fatores outrora tratados independentemente ou em obscura relação de subordinação²¹⁰⁰: a liberdade e os direitos adquiridos²¹⁰¹. REMMERT explica que esses domínios eram tratados separadamente, porque eram então regidos por princípios opostos. A liberdade não se definia por si mesma, mas dependia da extensão do campo da atividade estatal, que a poderia comprimir a um mínimo²¹⁰². Já os direitos adquiridos tinham seu âmbito definido pelos títulos de que provindos²¹⁰³. Iniciou-se, então, um processo de erigimento de barreiras tendentes a restringir a intervenção estatal na liberdade, por meio da limitação das finalidades do Estado, ao mesmo tempo em que se percebeu, por outro lado, que também os direitos adquiridos poderiam afetar o interesse coletivo e, portanto, poderiam sofrer a intervenção estatal. Tentou-se, assim, unificar o tratamento cien-

²⁰⁹⁹ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 68-69. Em termos da filosofia do direito, a nova justificação do Estado a partir de dados deste mundo, quaisquer que sejam eles, reflete a crise do direito natural decorrente da crítica KANTiana

²¹⁰⁰ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 69-70.

²¹⁰¹ Cf. a nota 2070 para o sentido da expressão “direitos adquiridos” na época.

²¹⁰² A suposta ausência total de conteúdo na liberdade parece problema ainda polêmico, ao ponto de ALEXY, *Grundrechte*, p. 313-326, se ver hoje na contingência de enfrentar seus defensores a propósito do direito fundamental de liberdade geral da Constituição alemã vigente. O autor mencionado ali demonstra seu caráter formal e material, com argumentos da dogmática germânica. De resto, essa conclusão parece derivar das observações relativas à ética das culturas estruturadas (cf., por exemplo, 6.3.5) e da construção do conceito de pessoa, ao longo de mais de setecentos anos desde sua invenção pelos canonistas. A pessoa é o ser humano livre, isto é, que não se deixa degradar ao papel de instrumento da vontade alheia (cf. o item 15.3). Parece haver confusão entre a dificuldade do estabelecimento de hipótese de incidência normativa negativa da liberdade, anotada por ALEXY, e o quanto de opção cultural vai na afirmação de que a vontade das pessoas não pode ser obstada pelos titulares do poder político, econômico etc.. Os problemas na notação jurídica da liberdade não lhe apagam o conteúdo indicado.

²¹⁰³ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 68-69.

tífico das limitações à liberdade e aos direitos adquiridos com a finalidade de proteção da inteireza do domínio existencial do indivíduo²¹⁰⁴. O direito civil passou desenvolver teoria apta a unificar os direitos gerais de liberdade e de segurança individuais aos direitos patrimoniais²¹⁰⁵. Os contratualistas incrementaram as emanações da liberdade natural, anteriormente resumida à crença e à opinião, desde que não exteriorizadas²¹⁰⁶. Tais autores jurídicos não teorizaram o espaço autônomo reservado à liberdade e à propriedade, embora tenham dificultado a expansão do conjunto das finalidades estatais²¹⁰⁷. Já seus adversários teóricos contribuíram com instrumentos diversos para a mesma causa. Objetavam que a tese do contrato social desacreditava o Estado como garantidor de direitos de liberdade, mas autorizava a cobrar-lhe a edição de normas jurídicas racionais destinadas a coibir a intervenção arbitrária no domínio privado²¹⁰⁸. Essa diferença de fundamentação da liberdade e do patrimônio colocava os contratualistas em melhor situação do que seus rivais, porque podiam repelir as agressões legisladas contra o indivíduo, ao passo que os críticos da construção rousseuniana apenas atacavam as arbitrariedades executivas. Afinal de contas, o consentimento parlamentar às normas editadas pelo monarca era fundamento imanente à ordem jurídica, que assim não mais apelava à instância transcendental, como outrora o fizera o direito natural. A aprovação legislativa tornou-se o certificado inquestionável de validade do direito, ao ver dos opositores dos contratualistas²¹⁰⁹. Ademais, a homologação parlamentar referida garantiria a liberdade, ao invés de estar na origem de opressão; cuida-se de raciocínio em tudo semelhante ao pensamento jurídico britânico, igual-

²¹⁰⁴ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 69. Esses estímulos parecem estar na origem da obra recente de HANAU, *Verhältnismäßigkeit*, um ensaio de transposição da proporcionalidade para a esfera privada, com o objetivo de proteção da liberdade individual.

²¹⁰⁵ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 69.

²¹⁰⁶ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 71.

²¹⁰⁷ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 77.

²¹⁰⁸ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 78.

²¹⁰⁹ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 80-81.

mente desprovido de garantias normativas ou entrincheiradas contra eventuais arbitrariedades legislativas²¹¹⁰. O continente europeu, entretanto, careceria da salvaguarda sociológica contra abusos legislativos, em vigor na Inglaterra há séculos: a estruturação social²¹¹¹.

A vinculação teleológica do Estado entendia-se de modo amplo e redundou, mais tarde, no Estado de direito²¹¹². Tal vinculação já se traduzia em sólidas manifestações doutrinárias no sentido de que o Estado estava obrigado a perseguir apenas fins públicos, mesmo quando sua atividade não se contrapusesse ao interesse privado²¹¹³. As opiniões da doutrina jurídica multiplicaram-se na afirmação de que os gastos estatais deveriam orientar-se por critérios racionais, isto é, haveriam de atender a interesses públicos. Donde a proscrição do luxo nas instalações administrativas, um exemplo atualíssimo a ser seguido entre nós²¹¹⁴.

17.2.5.2 – Antecedentes precisos da proporcionalidade em sentido estrito no “princípio da independência das esferas”

As fórmulas empregadas para expressar os antecedentes da atual adequação tornam-se mais claras no início do século XIX, embora não alterem o tratamento anterior da matéria, quanto ao erro de prognóstico e à inadequação do meio²¹¹⁵. A adequação da medida, já àquela altura, era tratada como a primeira fase do exame da necessidade do meio empregado pelo poder público²¹¹⁶.

²¹¹⁰ Cf. o item 14.4.2.

²¹¹¹ Cf. o item 14.4.2.

²¹¹² Cf. a nota 2096.

²¹¹³ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 61.

²¹¹⁴ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 61.

²¹¹⁵ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 81-82.

²¹¹⁶ Essa particularidade do desenvolvimento histórico da noção esclarece por que a obra fundamental de LERCHE, escrita no século XX, ainda aborda a adequação sob a mesma rubrica que a necessidade do meio – cf. a nota 19.

Os antecedentes da necessidade sofreram evolução maior do que a experimentada pelos da adequação. A diretiva passou a constar de leis positivas prussianas, bávaras e de Baden²¹¹⁷. Essa nova fase do direito alemão trouxe novidade fundamental para o tema, consistente no recrudescimento do critério em causa. A licitude da atividade estatal não estava assegurada pela verificação da necessidade de certo meio para a obtenção de fim público. A norma da necessidade impunha ao Estado selecionar o meio menos agressivo à esfera privada, havendo pluralidade de instrumentos igualmente aptos a alcançar o fim aludido²¹¹⁸. O uso de meio intrusivo já era interdito com maior razão, se existente outro, não-lesivo à esfera individual. Eis a definição de VON MOHL, em obra de 1833: “daqui se segue ser vedado eleger um meio profundamente intrusivo nos direitos privados para reprimir um mal, enquanto ainda houver um outro tão ou suficientemente eficaz que tenha por consequência uma limitação menor”²¹¹⁹.

REMMERT vê surgirem, naquele momento, verdadeiros antecedentes da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, da ponderação entre dois bens, com o fim de proteção da liberdade²¹²⁰. Tratava-se de exceções a todos os títulos. Um impulso nessa direção foi dado pelos contractualistas, ao escalonarem as diversas emanações da liberdade: umas, menos importantes; outras, mais. Em 1834, VON ROTTECK enunciou o fundamento contratualista e kantiano do qual ele e outros autores deduziram a proporcionalidade em sentido estrito:

²¹¹⁷ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 83, e WALTER JELLINEK, *Gesetz*, p. 9-10.

²¹¹⁸ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 84.

²¹¹⁹ *Apud* REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 85: “Hieraus folgt denn, daß es unerlaubt ist, zum Behufe der Verhinderung eines Vergehers ein tief in Privatrecht einschneidendes Mittel zu wählen, so lange noch ein anderes eben so oder auch hinreichend wirksames vorhanden ist, welches nur eine geringere Beschränkung zur Folge hat”. Malgrado o Direito Geral da Prússia exigisse a subordinação do direito privado aos interesses coletivos sem ponderações, a doutrina continuava a trabalhar a categoria da proporcionalidade distributiva, na igualdade associada à repartição dos encargos socialmente exigidos, como no exemplo mais claro da tributação – cf. REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 87 e segs.

“Mas, em se tratando de suspensão ou limitação dos direitos já naturalmente existentes, ambas só podem ocorrer, se e à medida que se possa presumir [...] a concordância de todos. Assim, torna-se plenamente racional e aceito sacrificar um direito menos valioso à preservação de outro mais valioso. Que a vida seja mais valiosa do que o patrimônio, que o patrimônio seja mais valioso do que um conforto transitório, que a segurança seja mais valiosa do que a total liberdade, qualquer um reconhecerá”²¹²¹.

Donde a máxima enunciada por VON ROTTECK há quase dois séculos: “a maior liberdade, com todos os seus perigos ou possibilidades de alguns abusos, é infinitamente mais valiosa do que a mais perfeita segurança sem toda a liberdade”²¹²². A estrutura kantiana da proporcionalidade parece evidente já em seu nascedouro. Outrora, o direito era o meio técnico e racional de permitir a convivência de dois arbítrios sob uma lei geral de liberdade. Agora, a racionalidade supostamente pura também deve presidir o conflito entre dois direitos; presume-se, de passagem, que a razão tornará igualmente claro aos olhos de todos os interessados o valor a preponderar no caso²¹²³.

ROBERT VON MOHL, ao ver de REMMERT, merece destaque entre os autores que excepcionalmente reconheciam a proporcionalidade *stric-*

²¹²⁰ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 87 e segs.

²¹²¹ *Apud* REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 88: “Handelt es sich aber um Aufhebung oder Beschränkung schon natürlich bestehender Rechte, so kann solche alsdann und in nur solchem Maße stattfinden, als man dazu die Einwilligung Aller [...] präsumieren kann. So wird ein ganz vernünftig und gern ein minder kostbares Recht der Erhaltung eines kostabarem aufgeopfert werden [...]. Daß das Leben kostbarer sey als das Eigenthum, das Eigenthum kostbarer als eine vorübergehende Bequemlichkeit, daß überhaupt Sicherheit kostbarer als volle Ungebundenheit sey, wird Jeder anerkennen”.

²¹²² *Apud* REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 88: “Die größere Freiheit, mit allen ihren Gefahren oder Möglichkeiten einigen Mißbrauches, ist unendlich kostbarer als die vollkommste Sicherheit ohne alle Freiheit”.

²¹²³ Cf. as notas 2013 e 2014.

tu senso, em virtude da clareza e precisão com as quais tratou o tema²¹²⁴. Sob a rubrica exata da “proporcionalidade dos meios”, o doutrinador mencionado estabeleceu a máxima: “em geral, o emprego de meios desproporcionais é vedado”²¹²⁵. O tema foi assim pormenorizado por VON MOHL:

“os serviços do Estado são muito variados, segundo seus objetos e valor, assim como o são os meios para sua consecução, de acordo com o custo de força intelectual ou corporal. Obviamente, benefício e meio devem estar em relação correta em cada caso individual. Assim, caso uma lei somente atendesse necessidades proporcionalmente diminutas, mas em contrapartida exigisse vastas instalações, inúmeros funcionários e grandes somas de dinheiro ou custasse aos cidadãos muito tempo, sua edição seria deficiente, ainda quando nada se pudesse objetar contra seu conteúdo tomado em si mesmo”²¹²⁶.

A proporcionalidade em sentido estrito defendida por autores isolados tinha o mesmo fundamento que a vinculação teleológica da atividade estatal aos fins públicos: passou a existir “a obrigação de o Estado escolher [...] os meios equilibrados com o proveito obtido de qualquer ato estatal, independentemente de se saber se o ato atingia a esfera individual dos cidadãos ou não, tal como na ‘exigência de vinculação teleo-

²¹²⁴ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 87, 89, 91 e 97.

²¹²⁵ *Apud* REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 89 e 90: “Verhältnismäßigkeit der Mittel. [...]. Ueberhaupt ist die Anwendung unverhältnismäßiger Mittel unerlaubt”.

²¹²⁶ *Apud* REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 89: “Die Leistungen des Staates sind ihrem Gegenstände und Werthe nach sehr verschieden; ebenso die Mittel zu ihrer Durchführung nach dem Aufwande an geistiger und körperlicher Kraft. Nutzen und Mittel müssen selbstredend in jedem einzelnen Falle in richtigen Verhältnisse stehen. Wenn also ein Gesetz nur einen verhältnismäßig geringeren Bedürfnisse abhelfen, es dagegen weitläufige Einrichtungen, zahlreiche Beamte, großen Geldaufwand erfordern, oder den Bürgern viele Zeit kosten Würde: so wäre seine Erlassung unverständlich, auch wenn an und für sich gegen Inhalt nichts einzuwenden wäre”.

lógica do Estado’ em geral. O padrão de decisão também nesse sentido amplo era chamado de ‘proporcionalidade’²¹²⁷.

A pesquisa de REMMERT enfatiza que, nessa época, se firma o segundo grande fator de desenvolvimento da proporcionalidade no direito alemão, que ainda hoje domina a compreensão do tema no círculo jurídico centro-europeu. Trata-se da consolidação do “princípio de respeito das esferas”²¹²⁸. A história da proporcionalidade germânica, por volta da metade do século XIX, passa a se compor não apenas da vinculação do Estado à obtenção de fins públicos, mas também da diretiva segundo a qual o poder público deve respeitar a esfera de liberdade autônoma dos particulares. A citada autora esclarece:

“Por meio disso [‘princípio do respeito das esferas’], surge mediatamente uma vinculação teleológica do Estado para suas atividades que afetem indivíduos. Ela se diferencia fundamentalmente da ‘exigência de vinculação teleológica da atividade estatal’. A ‘exigência de vinculação teleológica da atividade do Estado’ era, no seu ponto de partida, uma exortação à racionalidade das decisões estatais, ao passo que, o ‘princípio do respeito às esferas’ somente cria amarras para a atividade estatal que afete os cidadãos. Os critérios pelos quais a atividade estatal deveria ser medida eram, contudo, muito parecidos, em decorrência da vinculação teleológica do Estado”²¹²⁹.

²¹²⁷ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 89: “Die [...] Verpflichtung des Staates zur Auswahl von im Verhältnis zum Nutzen angemessenen Mitteln bestand – wie das ‘Esfordernis der Staatszweckgerichtetheit’ insgesamt – für jegliches Staatshandeln unabhängig davon, ob es die Individualsphäre von Bürgern berührte oder nicht. Der gemeinte Entscheidungsmaßstab wurde auch in diesem weiten Sinne ‘Verhältnismäßigkeit’ genannt”

²¹²⁸ Cuida-se de denominação devida a REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 96-97, pois os autores da metade do século XIX ainda não o conheciam por esse nome; aliás, não o encaravam como um princípio.

²¹²⁹ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 96-97: “Dadurch [‘Grundsatz der Sphärenbeachtung’] entstand für das Staatshandeln, das Individuen betraf, mittelbar eine Staatszweckbindung. Sie unterschied sich von der des ‘Erfordernisses der Staatszweckgerichtetheit staatlichen Handels’ zwar grundlegend. Das ‘Erfordernis

A imposição do princípio do respeito das esferas nos meados do século XIX significou, em rigor, bem mais do que o ingresso de outro protagonista no enredo da proporcionalidade centro-européia, ao lado da vinculação teleológica do Estado. A exigência de respeito às esferas rouba, desde então, a cena outrora monopolizada pela limitação teleológica da atividade estatal. A atenção a esse aspecto cresce, pois não mais se questiona a impossibilidade de o Estado perseguir interesses pessoais de seus dirigentes momentâneos. A proteção da esfera individual domina a proporcionalidade germânica, em virtude de 150 anos da crescente ênfase que tem merecido por parte da doutrina e jurisprudência.

O predomínio absoluto do respeito das esferas na estrutura atual da proporcionalidade centro-européia eclipsou por um bom tempo um campo inteiro de possibilidades da proporcionalidade. Enquanto a vinculação teleológica da atividade estatal ainda esteve bem presente neste cenário, podia-se cogitar da aplicação dela tanto em hipóteses indiferentes aos direitos dos particulares, quanto naquelas em que os atos emanados do poder público interferiam na órbita privada,. A proporcionalidade coíbia, por exemplo, gastos suntuosos com instalações administrativas e protegia interesses dos cidadãos contra modalidades abusivas de exercício do poder de polícia. Por assim dizer, a proporcionalidade era bifronte. A incorporação da limitação finalística dos atos públicos à pré-compreensão pacífica do Estado ocidental inclinou o pensamento jurídico a se dedicar apenas ao outro dado do instituto – a proteção individual. Isso seu deu principalmente não como uma decorrência dessa disponibilidade para luta noutra frente jurídica, mas sobretudo porque a defesa dos direitos individuais integrava o programa liberal desde o sé-

der Staatszweckgerichtetheit' war im Ausgangspunkt eine umfassende Anforderung staatlicher Entscheidungsrationalt t, w hrend der 'Grundsatz der Sph renbeachtung' nur bei den Bürger betreffendem Staatshandeln Bindungen erzeugte. Die Kriterien, an denen Individuen ber hrende Staatst tigkeit zu messen war, waren aber wegen der durch beide Grunds tze erfolgenden Staatszweckbindung sehr  hnlich".

culo XVIII e, no caso específico do direito centro-europeu, constituía o meio para superação da barbárie nazista. De tudo isso resulta hoje que a proporcionalidade germânica serve de instrumento para assegurar o respeito da esfera individual ou, em linguagem moderna, dos direitos fundamentais.

17.2.5.3 – A proporcionalidade como condição legal implícita

A fase seguinte do desenvolvimento do princípio, sempre de acordo com REMMERT, ligou-se ao fracasso das revoluções liberais de 1848 e ao paulatino enfraquecimento do contratualismo social²¹³⁰.

A positivação constitucional de muitos direitos humanos, o declínio da idéia do contrato social e a nova projeção dada ao Estado como pessoa jurídica para despolitizar a questão da titularidade da soberania – se o povo ou o monarca – fizeram com que os esforços jurídicos se voltassem para o direito positivo estatal. Também se questionou com isso a teoria anterior da vinculação teleológica da atividade do poder público, oriunda do contratualismo, porque supostamente pré-jurídica²¹³¹. Enfim, muito da certeza e da garantia de direitos advindas de sua positiva-

²¹³⁰ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 99 e segs

²¹³¹ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 103. Em contrapartida, o Estado parece personalizar juridicamente o modelo de ética extraposta, como se nota na seguinte passagem de 1837 de ALBRECHT, *apud* REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 102: “nós pensamos hoje em dia o Estado como um ente coletivo, como uma instituição que, sobrepassando aos indivíduos, se dedica primordialmente a atividades que, em absoluto, não formam a soma dos interesses individuais dos soberanos e súditos, mas constituem o interesse geral, mais elevado” (“Wir denken uns heutzutage [...] den Staat [...] als ein Gemeinwesen, als eine Anstalt, die über den Einzelnen stehend, zunächst Zwecken gewidmet ist, die keineswegs bloß die Summe individueller Interessen des Herrschers und der Unterthanen, sondern ein höhere, allgemeines Gesaminteresse bilden [...].”). Nota-se aqui, pois, o princípio da sobre-soma, característico das sociedades estruturadas, de modo a demonstrar novamente a afirmação defendida neste trabalho de que a estruturação social é a condição de possibilidade para o estabelecimento da proporcionalidade jurídica contemporânea.

ção é perdido com a conseqüente entrega ao Estado do reconhecimento e interpretação vinculante desses mesmos direitos.

A contestação do contratualismo social não se assemelhou à pregação doutrinária em prol de Estado ilimitado hobbesiano²¹³². O espaço aberto com a supressão da idéia do contrato social foi temporariamente preenchido pela delimitação da atividade do poder público, a partir da própria definição do Estado. A tese da existência de um conteúdo estatal independente de razões pré-jurídicas valorizou o princípio do “respeito às esferas”: se a essência do Estado lhe ditaria o conteúdo, a atividade pública haveria de se circunscrever ao campo por ela demarcado²¹³³. Apesar disso, ainda havia defensores da vinculação do legislador à adequação, à necessidade e à proporcionalidade em sentido estrito²¹³⁴.

O domínio do positivismo jurídico na fase seguinte inverteu a tendência anterior de controle de todas as atividades estatais. O programa positivista transpunha o modelo das ciências naturais de então para o direito. Contavam-se entre seus postulados a concentração do direito apenas na realidade e nas leis empiricamente observáveis e o banimento de juízos de valores, tidos por inalcançáveis pela ciência²¹³⁵. Por isso, a famosa teoria geral do Estado alemã considerou o direito positivo como a única matéria-prima apta a servir de objeto de autêntica ciência jurídica. Todos defendiam a possibilidade de o Estado determinar seus próprios fins por intermédio da lei, apesar de a fundamentação variar entre os autores²¹³⁶. Logo, não fazia sentido impor nenhuma restrição teleológica à atividade legislativa. Essa razão, explica REMMERT, desloca a busca de antecedentes da proporcionalidade datados da segunda metade do século XIX para o campo da racionalização das decisões administrativas,

²¹³² REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 104 e segs

²¹³³ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 104-105.

²¹³⁴ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 106-108.

²¹³⁵ LARENZ, *Methodenlehre*, p. 36, e REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 109.

²¹³⁶ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 114 e segs

ou seja, para a vinculação teleológica do Executivo à lei²¹³⁷. Os juristas contentaram-se com o aperfeiçoamento do controle da administração, por intermédio da lei e da jurisdição, após o fracasso do intuito mais amplo de reformas sociais após 1848. Eis a idéia básica do Estado de direito, nas palavras de FLEINER:

“O Estado constitucional introduziu o princípio da ‘legalidade’ da administração, isto é, da vinculação da administração à lei. A ordenação parte da concepção de que a lei estabelece preceitos gerais, universalmente válidos, que excluem a arbitrariedade das repartições executivas no regramento do caso individual”²¹³⁸.

O poder discricionário opunha-se à transformação da atividade executiva em matéria jurídica²¹³⁹. A doutrina, apesar disso, avançou para impor condicionantes à discricionariedade, então indistinta da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados²¹⁴⁰. Proclamou-se a inexistência de discricionariedade completamente livre da administração: a atividade executiva subordinar-se-ia aos requisitos de atendimento do bem comum e da observância de pontos de vista objetivos e materialmente adequados a seu objeto, sem prejuízo dos vícios de competência, forma, igualdade e outras determinações oriundas do conjunto de normas incidentes no caso²¹⁴¹.

Na ocasião, a situação jurídica do indivíduo no Estado resultava da reunião da concepção anterior – de que a esfera dos cidadãos seria residual, em relação à estatal – com a outorga de direitos constitucionais e

²¹³⁷ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 124 e segs.

²¹³⁸ *Apud* REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 125: “Der Verfassungsstaat hat den Grundsatz der ‘gesetzmäßigen’ Verwaltung eingeführt, d. h. der Bindung der Verwaltung an das Gesetz. Die Anordnung geht von der Vorstellung aus, daß das Gesetz allgemeine (generelle) Vorschriften, allgemeingültige Rechtssätze aufstelle, die die Willkür der vollziehenden Behörde bei der Regelung des Einzelfalles ausschließen”.

²¹³⁹ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 126.

²¹⁴⁰ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 127.

²¹⁴¹ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 129 e segs.

legais. A doutrina alemã construiu a vinculação da administração à proporcionalidade, por intermédio da lei ou, mais precisamente, da legalidade, à semelhança do direito inglês, que desconhece proteção jurídica contra o Legislativo, mas a admite contra ações executivas. É curioso notar que os tribunais ingleses e alemães, isoladamente, encontraram a mesma solução técnica para lidar com os problemas comuns causados pela imunidade dos atos legislativos ao controle jurisdicional. Os juristas alemães valeram-se de mecanismo bem próximo do argumento inglês denominado *ultra vires*, de acordo com o qual se presume intenção razoável do legislador²¹⁴². Nas palavras de FRIEDRICH FRANZ VON MAYER, os limites da discricionariedade administrativa seriam ultrapassados, sempre que isso conduzisse à “evidente desproporção” entre meio e fim, pois “isso há de ser pressuposto como o imperativo jurídico geral e intenção da lei que meio e fim estejam, em geral, numa proporção racional entre si”²¹⁴³.

O Superior Tribunal Administrativo da Prússia, o mais importante órgão judiciário competente para a matéria, reconheceu em dezenas de casos julgados a partir de 1869 a obrigatoriedade de os atos administrativos discricionários respeitarem a adequação com base nesse raciocínio²¹⁴⁴. Isso comprova uma vez mais a afirmação feita de que a proporcionalidade moderna inicia seu curso sempre pela inversão do sentido do empréstimo do conceito de lei; antes credor das ciências naturais, agora o direito se lhe torna devedor. A jurisprudência declinava como fundamento a proibição de arbitrariedade, mas se contentava em aferir, nesse passo, se o meio “não era inadequado” ao fim a que se propunha. Não chegava, todavia, ao ponto de exigir do Executivo a adoção do

²¹⁴² Cf. a nota 1424 e segs.

²¹⁴³ *Apud* REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 108: “Denn es muß dies als die allgemeine rechtliche Forderung und die Absicht des Gesetzes vorausgesetzt werden, daß Zweck und Mittel im Allgemeinen zu einander in einem vernünftigen Verhältnisse stehen”.

²¹⁴⁴ Cf. REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 141, em especial a extensa enumeração contida na nota 309. Tal denominação, recorde-se, também englobava os atos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

meio mais adequado para tanto²¹⁴⁵. A grande novidade do período reside no fato de não mais se impor a adequação com apelo a princípios de finalidade geral do Estado, mas como resultado de preceitos jurídicos concretos²¹⁴⁶. A adequação resultava, agora, da lei, após o triunfo da idéia de legalidade como instrumento criado pelo Estado de direito para conter a arbitrariedade da administração. De modo mais preciso, decorreria das leis específicas regentes do órgão exercente do poder de polícia²¹⁴⁷. O julgamento da adequação, tal como no período anterior, fazia-se por meio do critério disponível à administração no momento da prática do ato. A licitude da conduta era aferida segundo a possibilidade de fato de análise do agente público, sendo irrelevante a posterior constatação de erro no prognóstico ou na escolha do meio empregado²¹⁴⁸.

Quadro similar é delineado por REMMERT, no que diz respeito ao postulado da necessidade, aplicável também aos atos discricionários e, em especial, à concretização dos conceitos jurídicos indeterminados espalhados pela legislação alemã, normalmente sob a fórmula da “medida exigível ou necessária” para a satisfação do interesse público²¹⁴⁹. Registram-se a partir de 1878 inúmeros casos decididos pelo Superior Tribunal Administrativo prussiano, mas não apenas por ele, em que se proclama a mencionada diretiva como limite à atuação do poder público²¹⁵⁰.

Agora, as más notícias. A ascensão do positivismo jurídico, ainda no século XIX, rompeu as amarras éticas e jurídicas anteriormente tecidas pela teoria do contrato social, com repercussões diretas em nosso tema. O legislativo viu-se liberado da obediência de qualquer critério, notadamente os suprapositivos de validade do direito²¹⁵¹. Os antigos cri-

²¹⁴⁵ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 142.

²¹⁴⁶ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 144.

²¹⁴⁷ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 144.

²¹⁴⁸ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 144-145.

²¹⁴⁹ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 145 e segs.

²¹⁵⁰ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 148, em especial, nota 372.

²¹⁵¹ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 150.

térios da vinculação teleológica do Estado e do respeito à esfera do cidadão desapareceram como limites à lei e assim se perdeu a base sobre o qual anteriormente elaborados os antecedentes históricos da proporcionalidade em sentido estrito.

Os danos produzidos pelo positivismo também atingiram a supervisão da atividade executiva, embora por intermédio da legislação. A proporcionalidade *strictu sensu* moderna, desde seus primórdios, foi entendida como ponderação entre dois valores: os malefícios gerados por determinada atividade estatal não de ser proporcionais aos benefícios com ela alcançados. No início da proporcionalidade iluminista, tais prejuízos consistiam principalmente na restrição à liberdade dos particulares, mas também na menor dissipação dos meios à disposição do Estado e, portanto, da coletividade, como na hipótese dos recursos materiais²¹⁵². A subtração das opções legislativas ao controle da proporcionalidade em

²¹⁵² Nota-se outra vez nesse ponto por que a proporcionalidade é construção jurídica de sociedades estruturadas. Somente essas espécies de culturas optaram pela ação, diante do problema do sofrimento humano. As sociedades que se conscientizaram das implicações éticas do sofrimento humano, mas se crêem na impossibilidade de minorá-lo por meio da ação coordenada entre seus membros, recomendam basicamente a atomização do ser humano em seu próprio interior – a fragmentação social – e assim aceitam os inconvenientes da vida em coletividade como um mal a que não se deve opor barreiras. Ora, quem se supõe na incapacidade de diminuir a carga de sofrimento humano, motivo pelo qual prescreve a introspeção e a passividade em relação ao fluxo do universo, também permite que as ações humanas lhe desabem sobre a vida talvez com a mesma carga de fatalismo com que assiste a queda de raios. Apenas as culturas optantes pelo ensaio coletivo de minorar o sofrimento humano montam pára-raios éticos, isto é, sopesam minuciosamente, do ponto de vista alheio inclusive, as boas e más conseqüências das tentativas estatais de diminuição dos problemas humanos. Aliás, onde não há estruturação social, tampouco se apreende o Estado como a liga política – dos integrantes da *polis* grega – em busca do bem comum, modernamente limitada pela dignidade da pessoa judaico-cristã. Na fragmentação social, o Estado é instrumento de dominação. A dúvida ética metódica das sociedades estruturadas também favorece a proporcionalidade no direito. As sociedades conscientemente fragmentadas – as dispersas – têm certeza de sua impotência e, portanto, se abstêm de guiar seu destino. As sociedades estruturadas ponderam sob diversas perspectivas tais efeitos, em sucessivos aprimoramentos do equilíbrio entre qualidades e deficiências de suas escolhas, justamente porque ado-

sentidos amplo e estrito repercutiu mal até no campo da administração. Passou-se a entender que os conflitos nascidos entre meios e fins empregados pelo Estado – em especial, mas não exclusivamente entre fim estatal e liberdade privada – já estavam adequadamente resolvidos pela lei²¹⁵³. A lei forneceria o critério de solução dos conflitos aludidos, de modo a tornar dispensáveis ulteriores ponderações do Executivo. A pressão do positivismo jurídico destruiu a alternativa do período anterior, que admitia a ponderação das conseqüências da atividade estatal por meio da proporcionalidade em sentido estrito, nas hipóteses de discricionariedade e de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, mas não chegou ao ponto de desautorizar a adequação e a necessidade. REMMERT explica: “se uma lei autorizava o Executivo a lesar a liberdade e a propriedade, então essa lei já procedeu à delimitação e à ponderação dos interesses”²¹⁵⁴. REMMERT aponta, por isso, não mais de que um único caso, de 1885, no qual decretada a então muito controversa nulidade de ato administrativo, que deixou de ponderar corretamente a liberdade e a atuação policial²¹⁵⁵.

17.2.5.4 – Mudanças sociais dotadas de conseqüências teóricas da proporcionalidade

O processo de industrialização em larga escala, da urbanização, migração interna e formação da classe operária provocou mudanças nas tarefas do Estado, com evidente repercussão na proporcionalidade, notadamente quanto ao domínio econômico, social e do trabalho²¹⁵⁶, à se-

tam a ação, malgrado saibam que ela sempre gera resíduo ineliminável de conseqüências negativas,.

²¹⁵³ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 150.

²¹⁵⁴ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 165: “Ermächtigte ein Gesetz die Executive zu Beeinträchtigungen von Freiheit und Eigentum, dann hatte dieses Gesetz schon eine Interessenabgrenzung und –abwägung vorgenommen”.

²¹⁵⁵ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 156.

²¹⁵⁶ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 163.

melhança do que ocorreu na Inglaterra²¹⁵⁷ e nos Estados Unidos²¹⁵⁸. A intervenção estatal, aguçada pela Primeira Guerra Mundial, transformou o Estado muito mais em árbitro entre os antagonistas sociais do que em inimigo da coletividade, cuja ação haveria de ser contida pelo instrumento do contrato social. O Estado garantia liberdade e regulava as condições gerais da economia. O término do conflito gerou, na Alemanha, a queda da monarquia e a necessidade de se compatibilizar o novo papel do poder público, o Estado de direito, a democracia parlamentar e a antiga concepção dos direitos. Em razão disso, surgiram conceitos jurídicos novos, como o contrato administrativo e a “administração prestadora de serviços”, sem equivalente perfeito em português, mas em geral traduzido pela expressão “Estado do bem-estar social”²¹⁵⁹. Malgrado esse quadro novo, a doutrina continuou a ver a legislação intervencionista surgida durante a guerra como disciplina transitória para situação de emergência. Essa falta de consciência imediata dos problemas jurídicos postos pela nova sociedade garantiu à velha legalidade monárquica – e não aos direitos fundamentais da Constituição de Weimar – o papel principal na proteção dos particulares²¹⁶⁰. Enquanto se discutia a existência de vinculação do legislador aos direitos fundamentais, permaneceu pacífico que a administração haveria de respeitar a liberdade e propriedade dos particulares, nas quais somente poderia interferir mediante lei²¹⁶¹. Nesse contexto, ainda era consensual a afirmação de que o Estado de direito não tolerava a arbitrariedade nem a chicana²¹⁶². De qualquer modo, a existência de leis vagas incentivou o debate que ini-

²¹⁵⁷ Cf. a nota 1407.

²¹⁵⁸ Cf. a nota 1509.

²¹⁵⁹ A expressão alemã – *Leistungsverwalt* – põe em relevo o fato de o poder público ter prestar uma série de serviços aos administrados.

²¹⁶⁰ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 170, com indicações da doutrina de MAYER e FLEINER; cf. a propósito também a p. 172, para a doutrina de W. JELLINEK, FRIEDRICH e THOMA. Aliás, o último dos mencionados autores julgara o catálogo de direitos fundamentais algo expletivo, pois tudo o que nele se continha já estaria prescrito na cláusula geral da legalidade.

²¹⁶¹ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 171.

²¹⁶² REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 172-173.

ciou a delimitação dos conceitos jurídicos indeterminados, em relação à discricionariedade²¹⁶³.

Em continuidade ao período anterior, o Superior Tribunal Administrativo prussiano exigiu a observância do princípio da adequação em ambos os campos, como etapa preliminar do exame da necessidade da medida²¹⁶⁴. Novidades surgiram no âmbito da necessidade, igualmente aplicável à discricionariedade e aos conceitos jurídicos indeterminados encontráveis na legislação de polícia em sentido estrito, mas também na de construção e de indústria²¹⁶⁵. A jurisprudência do tribunal mencionado e de outros seguiu firme na exigência de emprego pelo Estado do meio menos lesivo aos direitos dos particulares em suas ações²¹⁶⁶. O tribunal prussiano exigiu da administração a escolha do instrumento menos oneroso ao particular, segundo a capacidade de discernimento do agente público antes da prática do ato, quando os meios à disposição do poder público fossem igualmente adequados à obtenção do fim público²¹⁶⁷. DREWS sugeriu que o grau do dever de pesquisa do meio menos lesivo deveria variar, conforme o administrado fosse ou não o causador do fato que demandaria a ação administrativa²¹⁶⁸. Se o particular merecesse a qualificação de “perturbador” da segurança ou ordem públicas, por exemplo, o Estado poderia optar por qualquer providência capaz de satisfazer à máxima da adequação, desde que garantisse ao particular a posterior indicação de outro meio igualmente adequado de sua preferência. A instrução administrativa haveria de ser completa, no sentido de apurar o meio menos lesivo, em se tratando, porém, de particular alheio à causação do distúrbio. O Superior Tribunal Administrativo da Prússia, em decisões proferidas anterior e posteriormente à obra de

²¹⁶³ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 172.

²¹⁶⁴ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 174-175.

²¹⁶⁵ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 177-179.

²¹⁶⁶ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 178; contam-se entre os outros, os Tribunais dos Estados de Hessen, Baden, Sachsen – cf. p. 180.

²¹⁶⁷ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 181.

²¹⁶⁸ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 180.

DREWS, entre 1924 e 1932, rejeitou-lhe a solução²¹⁶⁹. A administração haveria de pesquisar sempre o meio menos lesivo. Ademais, o particular deveria ter assegurada a oportunidade de escolher outro meio igualmente adequado à satisfação do interesse público, em posterior substituição à alternativa adotada pelo Estado²¹⁷⁰. Tal solução jurisprudencial foi adotada pelo § 41, II, da Lei de Administração Policial, de 1932: “oferecendo-se diversos meios para a cessação de um distúrbio da segurança ou ordem públicas ou para a remoção de um perigo em assunto policial, basta que a repartição policial determine um desses meios. Nisso se deve fazer o possível para eleger o meio menos lesivo ao interessado e à coletividade. Mediante requerimento, deve-se garantir ao interessado o emprego de outro meio por ele oferecido, por cujo intermédio o perigo possa ser igualmente removido”²¹⁷¹. O Superior Tribunal Administrativo prussiano, após alguma vacilação, entendeu que a expressão legal “fazer o possível” não revogara a diretiva da necessidade; antes, ao contrário, reforçou-a com nota subjetiva²¹⁷².

REMMERT imputa ao positivismo jurídico a quase inexistência de consagração da proporcionalidade em sentido estrito nessa fase, tal como na anterior, pois o balanceamento entre os interesses equacionados pelo princípio aludido já estaria determinado na lei²¹⁷³. A doutrina administrativa em geral desperdiçou a oportunidade de empregar a proporcionalidade em sentido estrito para o controle da discricionariedade e da interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, apesar de am-

²¹⁶⁹ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 180-181.

²¹⁷⁰ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 180-181.

²¹⁷¹ *Apud* REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 181: “Kommen zur Beseitigung einer Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung oder zur wirksamen Abwehr einer polizeilichen Gefahr mehrere Mittel in Frage, so genügt es, wenn die Polizeibehörde eines dieser Mittel bestimmt. Dabei ist tunlichst das den Betroffenen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigende Mittel zu wählen. Dem Betroffenen ist auf Antrag zu gestatten, ein von ihm angebotenes anderes Mittel anzuwenden, durch das die Gefahr ebenso wirksam abgewehrt wird”.

²¹⁷² REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 182; e HIRSCHBERG, *Verhältnismäßigkeit*, p. 5.

²¹⁷³ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 183 e segs

bos os campos se prestarem a tanto²¹⁷⁴. SCHOLZ permaneceu como exceção nesse contexto, ao defender a ponderação entre o valor do bem almejado e o grau da lesão a interesses provocado para seu fomento²¹⁷⁵. A jurisprudência do Superior Tribunal Administrativo prussiano revela também apenas um precedente de 1927 a propósito: a polícia não poderia praticar atos, cujas conseqüências estivessem em “desproporção ao resultado visado”²¹⁷⁶. Para o mencionado tribunal, a desproporção aludida estaria configurada sempre que a ordem administrativa ultrapassasse “a medida daquilo que, segundo a consciência jurídica geral, pode ser exigido do indivíduo como dever perante a coletividade de manutenção da ordem pública”²¹⁷⁷. Relevante, ainda, foi projeto de lei do Estado de Württemberg de 1925 que determinava a observância de “pontos de vista objetivos na ponderação jurídica e justa entre o interesse público e dos indivíduos”, no exercício da discricionariedade²¹⁷⁸.

A curta duração da República e da Constituição de Weimar impediu o desenvolvimento do direito público alemão. O fenômeno comum entre nós da permanência de velhas práticas mesmo sob constituições novas também se registrou na Alemanha daquele período. A doutrina, de início, não divisou grandes alterações no panorama jurídico do direito imperial²¹⁷⁹. Isso se deveu em parte à influência do positivismo

²¹⁷⁴ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 186.

²¹⁷⁵ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 186.

²¹⁷⁶ *Apud* REMMERT, *Übermaßverbot*, 186; cf. o texto original na nota seguinte.

²¹⁷⁷ *Apud* REMMERT, *Übermaßverbot*, 186-187: “... daß die Polizei nichts fordern darf, was zur Erreichung des mit der Verfügung erstrebten Zwecks völlig ungeeignet ist oder in seinen Folgerscheinungen in einem derartigen Mißverhältnis zu dem erzielenden Erfolge steht, daß die Anordnung über das Maß desjenigen hinausgeht, was nach allgemeiner Rechtsüberzeugung über die Verpflichtung des einzelnen gegenüber der Gesamtheit zur Erhaltung der öffentlichen Ordnung gefordert werden darf”.

²¹⁷⁸ O art. 65 do projeto da Lei de Assuntos Gerais de Direito Público do Estado de Württemberg estabelecia, *apud* REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 187: “... nach sachlichen Gesichtspunkten unter gerechter und billiger Abwägung des öffentlichen Interesses und der Einzelneninteressen zu treffen”.

²¹⁷⁹ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 191-194.

jurídico. Os cultores da clássica e positivista teoria geral do Estado – ANSCHÜTZ, NAWIASKY e GIESE – receberam da filosofia do direito o significativo reforço de KELSEN²¹⁸⁰. A proporcionalidade progrediu graças à atuação dos partidários da renovação metodológica do direito público. Embora pouco homogêneas, suas contribuições tinham em comum a integração, sob formas variadas, da realidade social na atividade jurídica, como se vê nos trabalhos de SMEND, ERICH KAUFMANN, TRIEPEL, HOLSTEIN e CARL SCHMITT²¹⁸¹. A situação outrora pacífica do positivismo foi, aos poucos, contestada. O Supremo Tribunal alemão, após divergências cessadas em 1925, declarou-se competente para apreciar a constitucionalidade de leis, rejeitada pelos doutrinadores positivistas²¹⁸². O tribunal mencionado entendeu-se habilitado a proceder à revisão de atos legislativos, em face de direitos fundamentais da Constituição de 1919, coerentemente com a evolução delineada por REMMERT de paulatino adensamento da liberdade²¹⁸³. Apesar disso, discutia-se com intensidade quais direitos fundamentais serviriam de parâmetro ao citado controle, em especial a igualdade²¹⁸⁴.

Menos discutida era a possibilidade do controle da atividade legislativa, quanto à observância do art. 118, I, da Constituição de Weimar, que somente admitia restrição ao direito de opinião por meio de “lei geral”²¹⁸⁵. REMMERT demonstra aqui o surgimento de manifestações respeitáveis acerca da necessidade de ponderação entre o interesse capaz de autorizar a restrição à liberdade de imprensa por intermédio da lei²¹⁸⁶. SMEND afirmou: “leis Gerais’ no sentido do art. 118, I, são, pois, leis que têm precedência ao art. 118, porque o bem social por elas protegi-

²¹⁸⁰ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 191-192.

²¹⁸¹ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 192.

²¹⁸² REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 195.

²¹⁸³ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 195.

²¹⁸⁴ A propósito, cf. as primorosas conferências de NAWIASKY e, em especial, de ERICH KAUFMANN, citadas na bibliografia.

²¹⁸⁵ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 196.

²¹⁸⁶ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 196.

do é mais importante do que a liberdade de opinião”²¹⁸⁷. FRITZ POETZSCH-HEFFER foi mais longe, apesar de afirmar que sua interpretação:

“... coincide no essencial com a concepção que tem a proporcionalidade como ponto de partida dos bens jurídicos a serem protegidos. A liberdade de expressão, como bem jurídico especialmente protegido, não pode ser reprimida, se outros motivos jurídicos superiores (gerais) não o exigirem. Em contrapartida, a liberdade de expressão há de recuar, acaso a norma superior o exija. O legislador tem espaço de discricionariedade na ponderação dos diversos interesses. Mas, na edição de cada lei, deve aplicar os parâmetros já expressos na ordem jurídica e deles apenas excepcionalmente pode afastar-se, quando um interesse urgente da comunidade o obrigue [...] a tanto. A vontade da Constituição federal de que a liberdade de expressão seja protegida como bem jurídico elevado não pode ser desprezada na ponderação de interesses”²¹⁸⁸.

Malgrado fosse possível estender esse raciocínio a todo o catálogo de direitos fundamentais da Constituição de Weimar, REMMERT afirma que isso não se deu. A razão para tanto reside na ausência de dogmática que trabalhasse com base no valor imanente dos direitos fundamentais, como, aliás, o notou HENSEL, para complementar a teoria da reserva

²¹⁸⁷ *Apud* REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 196: “Allgemeine’ Gesetze im Sinne des Art. 118 Abs. 1 sind also Gesetze, die deshalb den Vorrang vor Art. 118 haben, weil das von ihnen geschützte gesellschaftliche Gut wichtiger ist als die Meinungsfreiheit”.

²¹⁸⁸ *Apud* REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 196-197: “stimmt im wesentlichen überein mit der Auffassung, die die Verhältnismäßigkeit der zu schützenden Rechtsgüter zum Ausgang nimmt. Die Freiheit der Meinungsäußerung als besonders geschütztes Rechtsgut darf, wenn andere überlegene (allgemeine) Rechtsmotive es nicht verlangen, als solche nicht unterdrückt werden. Dagegen hat die Freiheit der Meinungsäußerung zurückzutreten, wenn die höhere Norm es fordert. Bei der Abwägung der verschiedenen Interessen hat der Gesetzgeber Ermessensspielraum. Er hat aber bei Erlaß des einzelnen Gesetzes die in der Rechtsordnung bereits zum Ausdruck kommenden Maßstäbe anzuwenden und kann von ihnen ausnahmsweise nur dann abweichen, wenn ein dringendes Interesse des Gemeinwohls hierzu zwingt [...]. Der Wille der RV., daß die Freiheit der Meinungsäußerung als hohes Rechtsgut geschützt werden soll, darf bei Interessenabwägung nicht außer Acht bleiben”.

legal de intervenção naquele âmbito²¹⁸⁹. Mas não apenas isso. A doutrina de POETZSCH-HEFFTER, por exemplo, que anteviu a proporcionalidade em sentido estrito hoje predominante, data de 1928. O nazismo assumiu o poder em 1933. A implantação do terror nazista na Europa eliminou a condição de possibilidade da proporcionalidade no direito: a existência de sociedade estruturada. A proporcionalidade – como conceito constitucional – careceu da cultura e do tempo necessários a seu desenvolvimento. O nazismo parece comprovar a tese aqui defendida de que o princípio da proporcionalidade historicamente se tem comportado como uma síntese – ou a síntese – jurídica das sociedades estruturadas.

²¹⁸⁹ *Apud* REMMERT, p. 197.

18 – Três modelos contemporâneos de proporcionalidade

A rápida indicação de dois modelos de proporcionalidade praticados hoje pode contribuir para o entendimento dos modos possíveis de entrelaçamento dos aportes gregos e judaico-cristãos na atualidade ocidental.

18.1 – A proporcionalidade francesa de XAVIER PHILIPPE

A pesquisa de PHILIPPE em busca da versão francesa da proporcionalidade vasculha, em seqüência, suas fontes doutrinárias, normativas e jurisprudenciais. A obra do mencionado autor merece ter seus termos recordados aqui, porque representa a tentativa tipicamente francesa de compreensão de nosso tema.

. . – *As fontes da proporcionalidade*

As fontes doutrinárias coincidem em substância com os trabalhos clássicos do direito francês, que abordam a proporcionalidade apenas de passagem no contexto do grande do controle dos atos discricionários, notadamente as modalidades de sua expansão²¹⁹⁰.

PHILIPPE vê as fontes normativas do princípio de maneira ampla, prenunciando o tratamento geral do tema na monografia aludida. Divide as normas relativas à proporcionalidade em duas grandes categorias, numa dicotomia toda própria²¹⁹¹. A identificação das fontes normativas da proporcionalidade francesa supõe que as normas jurídicas teriam por função vedar, autorizar algo ou impor “obrigação de correlação” entre

²¹⁹⁰ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 18-79.

²¹⁹¹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 82 e segs.

determinada prescrição e sua aplicação. A proporcionalidade tornar-se-ia elemento de determinada norma, precisamente quando nela se estabeleça tal correlação²¹⁹². A ordem jurídica francesa conheceria duas espécies normativas relevantes para nosso tema: as normas “inclusivas” e as “impositivas” da proporcionalidade²¹⁹³.

A proporcionalidade seria da modalidade “inclusiva”, quando “a norma puder prever o respeito de uma relação lógica entre as obrigações que ela prevê e as condições justificadoras de sua aplicação. Isso implica levar em conta diretamente a proporcionalidade, por meio dos conceitos utilizados pelo legislador ou pela administração”²¹⁹⁴. Os direitos fundamentais seriam o campo de eleição das “normas inclusivas” da proporcionalidade²¹⁹⁵. A criação dessa categoria estaria justificada, ao ver de PHILIPPE, porque a proporcionalidade representaria o instrumento necessário para tornar operativos vários direitos fundamentais. Assim, por exemplo, o direito de ir e vir necessitaria da proporcionalidade para se harmonizar com a prerrogativa igualmente fundamental de proteção à propriedade privada; apenas a proporcionalidade asseguraria o gozo de ambos os direitos sem anulação recíproca²¹⁹⁶. A proporcionalidade também se mostraria imprescindível à produção de equilíbrio entre “normas antagonistas”, isto é, normas que asseguram valores contrapostos, como o direito de greve e a continuidade do serviço público. Tal conflito normativo seria mediado pela proporcionalidade, a determinar a manutenção, em todos os casos, do patamar mínimo de atendimento dos interesses da coletividade²¹⁹⁷.

²¹⁹² PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 80 e 81, com alguma variação terminológica.

²¹⁹³ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 82.

²¹⁹⁴ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 82: “la norme peut prévoir le respect d’un rapport logique entre les obligations qu’elle prévoit et les conditions qui justifieraient son application. Ceci implique une prise en compte directe de la proportionnalité à travers les concepts utilisés par le législateur ou l’administration”.

²¹⁹⁵ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 84.

²¹⁹⁶ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 83.

²¹⁹⁷ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 82.

Existiria norma impositiva da proporcionalidade, ao reverso, quando a regra de direito “comportar expressamente uma condição relativa a seu exercício ou à sua aplicação prática. A regra de fundo não mais provocaria o apelo à proporcionalidade, mas seria substituída por condição emitida na norma consagradora dessa obrigação. O ato normativo impõe, assim, um recurso ao conceito de proporcionalidade na execução dessa regra de fundo”²¹⁹⁸. A proporcionalidade pertenceria à modalidade normativamente imposta, quando a própria regra jurídica enunciar os fins a serem perseguidos. A proporcionalidade entraria no caso para reger os meios a serem utilizados na consecução da finalidade explicitada na lei²¹⁹⁹.

²¹⁹⁸ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 84: “La règle de droit peut comporter expressément une condition relative a son exercice ou à sa mise en oeuvre. La règle de fond n’est alors plus génératrice du recours à la proportionnalité mais se trouve relayé par une condition émise dans la norme et comportant cette obligation. L’acte normatif impose ainsi un recours au concept de proportionnalité dans la mise en oeuvre de cette règle de fond”.

²¹⁹⁹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 84, nota que a imposição do emprego da proporcionalidade conheceria graus de clareza, nas diversas normas analisadas. O direito fundamental francês de manifestação do pensamento, desde que não afetada a ordem pública, exemplificaria hipótese menos clara da imposição do emprego da proporcionalidade, para obtenção de harmonia entre os interesses individuais e coletivos. Outras normas, em contrapartida, seriam explícitas na imposição da proporcionalidade. PHILIPPE aponta alguns exemplos: determinada lei estipuladora de auxílio-moradia determinava que seu montante seria calculado em proporção ao número de habitantes da cidade onde lotado o servidor público; o equivalente francês de nosso salário-família compunha-se legalmente de uma parte fixa e de outra proporcional ao número de crianças do casal; certa lei de vencimentos também se enquadraria nessa espécie normativa, pois determinava a baixa de certa parcela dos vencimentos dos servidores públicos, à proporção que seus ganhos fossem majorados por outras causas (p. 85). O domínio das normas técnicas também forneceria dois exemplos de imposição da proporcionalidade. Assim, lei vigente durante certo tempo substituiu a punição do corte de vencimentos relativos a todo o dia, quando a ausência ao trabalho ocorresse apenas durante algumas horas; noutra hipótese, o Conselho de Estado não reputou satisfeita a condição legal de elaboração de estudo de impacto ambiental de medidas tendentes a suprimir, reduzir e, se possível, compensar danos causados por obras, pois a acuidade do levantamento apresentado se mostrou desproporcional à importância do projeto, malgrado a norma aplicada fosse bastante vaga a esse respeito (p. 86-87).

PHILIPPE não divisa nenhuma norma geral de proporcionalidade no direito francês, ainda que a frequência razoável dessa diretiva nele lhe tenha fornecido matéria-prima suficiente para elaborar a classificação ora recapitulada²²⁰⁰. Aquele autor prefere falar em domínios particulares, como o tributário, em que a proporcionalidade incidiria de modo abrangente. O motivo capital a impedir a afirmação da existência de regra geral com esse conteúdo residiria na ausência de norma legislativa a consagrá-lo. PHILIPPE postula, em contrapartida, a presença atual de alguns “sucedâneos” da proporcionalidade encarnados em “princípios gerais”, inclusive constitucionais, da ordem francesa que apontariam hoje para a idéia geral de proporcionalidade²²⁰¹. PHILIPPE confessa o caráter “paradoxal” de sua afirmação, em especial por concordar com TEITGEN, segundo quem a noção de proporcionalidade seria “dominante” em todo o direito gálico²²⁰².

²²⁰⁰ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 88–90.

²²⁰¹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 90.

²²⁰² PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 90. O paradoxo confessado parece sinepeicamente explicável, desde que se tenham presentes duas noções combinadas: a influência da residual fragmentação social no direito francês contemporâneo e a descrição de ESSER da criação de princípios jurídicos. Os princípios são criados a partir da multidão de casos e apenas retroativamente imputados ao texto legal ou constitucional preexistente, onde melhor se encaixem. A evolução do devido processo legal material norte-americano representa a melhor prova de que a estruturação social consiste no pressuposto básico para a efetivação da proporcionalidade – cf. o item 14.2. A estruturação daquela sociedade permitiu-lhe então ler numa cláusula processual algo que haveria de ser encaixado no texto da Constituição para compartilhar de sua hierarquia privilegiada face ao Legislativo. Mas, isso não acontece, quando a comunidade ainda se encontra presa à idéia do legislador como titular de poderes absolutos ou à de que o direito se contém exclusivamente em normas escritas e votadas pelo Parlamento. O retrospecto das idéias de ROUSSEAU demonstra que o art. 5º da Declaração de Direitos Humanos de 1789, incorporada à Constituição francesa, admitiria a construção, caso seu pressuposto estruturado estivesse presente na França – cf. o item 15.4.4.5. Não se trata, pois, da falta de ponto de apoio normativo idôneo, mas de mentalidade, que aos poucos vai cedendo. Os fenômenos detectados por TEITGEN e PHILIPPE na ordem francesa não se atritam, complementam-se. A noção dominante a que se refere TEITGEN consiste no pano de fundo estruturado requerido pela noção de proporcionalidade. Tal mentalidade, contudo, não se encontra suficientemente traduzida no direito francês, de modo a dar a um estudioso

como PHILIPPE a segurança necessária para a afirmação da proporcionalidade como norma geral.

Tudo isso se mostra ainda mais claro, porque PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 88-89, pretende compensar as deficiências da falta de norma geral da proporcionalidade com o grande número de tópicos normativos consagradores de seu controle. Exatamente essa fragmentação do direito público francês faz PHILIPPE supor que o problema do surgimento da proporcionalidade seja, sobretudo, um problema normativo e não cultural. Ambas as explicações sugeridas por PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 89, para a ausência de norma geral de proporcionalidade não convencem. De um lado, ela não existiria numa formulação geral, porque muitas normas francesas seriam incondicionadas, isto é, não conteriam nenhuma pista no sentido da formulação de juízo, de apreciação, por parte de seu aplicador. De outro, inúmeras normas seriam condicionadas a um ou mais fatores determinados, de maneira que o aplicador da norma não se veria autorizado a realizar as ponderações suscitadas pela proporcionalidade, pois o esquema normativo esgotaria a tarefa do jurista. Ora, os americanos iniciaram a proporcionalidade moderna com muito menos pontos de apoio na literalidade de suas Constituições estaduais e federal. O mérito da proporcionalidade consiste em traduzir precisamente um contexto de estruturação social no direito público, de sorte a submeter as decisões dos agentes públicos, em sentido amplo, ao teste de racionalidade, não apenas quando as normas por eles ditadas o determinam, mas especialmente no silêncio sobre tal medida ou a despeito de sua determinação inválida em sentido oposto. A graça das idéias normativas gerais, por assim dizer, está em construí-las e não em esperar sua consagração legislativa para depois aplicá-las. Aliás, em se tratando da contenção dos poderes arbitrários do Estado contra a pessoa, não é de se esperar que seus titulares se auto-limitem, mas que lutem contra qualquer espécie de controle. Logo o jurista em vão esperará por sua enunciação legal no início do processo. A deficiência aqui apontada torna-se manifesta noutra passagem de PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 95, que, reproduzindo parte da doutrina de seu país, julga existirem duas – e não uma só – formas de gênese dos “princípios jurídicos”. Alguns deles seriam construídos a partir do texto normativo, ao passo que outros se estabeleceriam com a pura construção judicial. ESSER, *Grundsatz*, *passim*, demonstrou soberbamente o contrário, isto é, que todos os princípios nascem de casos concretos, ainda que copiados do direito comparado, e são *a posteriori* imputados ao trecho do direito escrito mais apto ou menos inidôneo para receber o conteúdo neles enunciado. Portanto, a falta de norma francesa adequada para abrigar a proporcionalidade evidencia estágio histórico que ainda não permitiu à sociedade elaborar a proporcionalidade como norma geral. Aliás, já se mostrou aqui a possibilidade dessa criação na França com base na doutrina de ROUSSEAU tornada direito constitucional positivo. Por assim dizer, a norma do art. 5º da Declaração de Direitos de 1789 há muito está pronta para receber esse conteúdo jurídico novo; se isso ainda não se deu, cuida-se sobretudo de característica da referida cultura jurídica.

A circunstância de a proporcionalidade não existir no direito francês como um “princípio” geral, nota PHILIPPE, seria amenizada por alguns sucedâneos²²⁰³. O primeiro deles seria a diretiva da necessidade, à qual o próprio PHILIPPE nega o valor de princípio, por se confinar aos artigos 8º, 9º, 14 e 17 da Constituição francesa, que somente toleram as penas “estritamente necessárias” à punição dos delitos, assim como só admitem as intervenções do poder público na propriedade privada quando necessárias ao interesse coletivo²²⁰⁴. O controle da observância da necessidade da interferência pública na órbita privada realizado no âmbito desses direitos fundamentais implicaria algumas vezes a noção de proporcionalidade, pois a noção de necessário da doutrina francesa requer não apenas a medida superior ao insuficiente, mas também a situada abaixo do abusivo ou desproporcional. Apenas quando em jogo tais direitos, PHILIPPE afirma dar-se o controle de proporcionalidade e necessidade indistinto, a ponto de parte dos estudiosos identificarem ambas as máximas. A limitação tópica desse procedimento desloca o acento para outro “sucedâneo normativo” da proporcionalidade – a isonomia – de aplicação geral²²⁰⁵.

A proporcionalidade aproximar-se-ia bastante das duas espécies de igualdade praticadas na França e, por isso, seria aplicada aos mais diversos campos de seu direito²²⁰⁶. A igualdade estrita postularia a necessidade

²²⁰³ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 95.

²²⁰⁴ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 90-91.

²²⁰⁵ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 92.

²²⁰⁶ A valia das observações de PHILIPPE a respeito das relações concretas entre a proporcionalidade e a igualdade no sistema francês não se transmite, contudo, às mesmas relações teóricas entre ambas. Para o mencionado autor, *Proportionnalité*, p. 92, “de um ponto de vista semântico, a igualdade evoca uma relação absoluta de proporção. Afirmar que duas grandezas são iguais equivale a reconhecer que elas são estritamente proporcionais, que a relação que as une – o liame de proporcionalidade – é de uma equivalência total” (“D’un point de vue sémantique, l’égalité évoque un rapport absolu de proportion. Affirmer que deux grandeurs sont égales équivaut à reconnaître qu’elles sont strictement proportionnées, que le rapport qui les unit – le lien de proportionnalité – est d’une équivalence totale”). A afirmação não está correta, pois confunde os princípios da identidade com o da proporcionalidade. A idéia

de se dar a cada um exatamente o mesmo proporcionado aos demais, fazendo prevalecer o aspecto formal das relações humanas²²⁰⁷. A proporcionalidade teria maior similitude com a igualdade, nas hipóteses de diferenças formais entre pessoas de modo a atender ao preceito de igualdade material entre elas. Controla-se, então, a existência de base “irreal ou errônea” para as distinções realizadas com ajuda de elementos de fato ou de direito e da finalidade da norma²²⁰⁸.

PHILIPPE também analisa os julgados proferidos em seu país em busca de eventual construção jurisprudencial que tenha elevado a proporcionalidade à categoria de “princípio jurídico”²²⁰⁹. Tal exame deu-se com fidelidade à dicotomia por ele traçada entre as normas inclusivas e as impositivas de juízo de proporcionalidade²²¹⁰. O resultado da pesquisa das normas jurisprudenciais assemelha-se à conclusão do estudo sobre as

de proporcionalidade envolve sempre pelo menos quatro – e não dois – termos; logo, não se pode afirmar que duas coisas sejam proporcionais, quando não referidas a dois outros termos da equação. De resto, a identidade entre a razão entre dois pares de termos não equaliza esses mesmos quatro termos, mas os faz apenas proporcionais, coisas bem diversas. Pense-se na aplicação tributária da matemática: se duas coisas proporcionais fossem sempre iguais, seria indiferente calcular o imposto de importação com alíquota de 30% do valor de mercado do bem importado, seja ele automóvel de luxo ou sucata industrial. A proporção – 30% – não varia, mas nem por isso os produtos comparados se equivalem.

²²⁰⁷ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 92-93, cita exemplos disso. Quotas mínimas de sexo nas listas partidárias e o lançamento tributário baseado em sistemas probatórios diferentes a depender do nível econômico dos contribuintes foram repudiados pelo Conselho Constitucional francês, porque desafiariam a igualdade – cf. o item II.5, para a semelhança com a justiça corretiva aristotélica.

²²⁰⁸ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 93. Verifica-se se a isonomia foi respeitada ou, em caso negativo, se há justificção para a desigualdade introduzida no sistema. O Conselho Constitucional teria produzido os seguintes exemplos dessa modalidade: rechaço da norma legal que vedava o direito de resposta nos meios de comunicação às pessoas jurídicas de fins lucrativos e da que deixava ao alvedrio de presidente de tribunal decidir se determinadas causas seriam julgadas por um único juiz ou por órgão colegiado. Ambas as leis contemplariam discriminações arbitrárias – cf. o item II.8, para a semelhança com a justiça distributiva aristotélica.

²²⁰⁹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 94.

²²¹⁰ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 98 e segs

normas constitucionais e legais: malgrado a jurisprudência francesa negue a proporcionalidade como “princípio geral” do direito francês, inúmeras obrigações tópicas impostas ao administrador pelos Conselhos Constitucional e de Estado revelariam juízos de proporcionalidade²²¹¹.

²²¹¹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 98 e 118. Para PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 101 e 105, as normas jurisprudenciais inclusivas da proporcionalidade mais importantes decorreriam dos julgados sobre a igualdade e a conciliação das liberdades constitucionais, à semelhança do sucedido no exame das fontes legislativas. A generalidade de aplicação da isonomia emprestaria grande destaque ao fato de a jurisprudência ter desmembrado a norma constitucional da igualdade em três diretivas, cada qual incidente em determinado conjunto de casos. A igualdade haveria de ser entendida de modo absoluto, nos casos avessos a qualquer diferença entre todas as pessoas. Noutras hipóteses, a isonomia satisfar-se-ia com a outorga do mesmo tratamento entre as pessoas componentes dos diversos grupos nos quais classificadas as pessoas. Por fim, a igualdade demandaria justificação da discriminação, com base na teleologia da lei. Esta última espécie de controle teria papel mais importante para a proporcionalidade, na medida em que a verificação se basearia não apenas na finalidade legal, mas se desdobraria na pesquisa de eventual criação de categorias meramente “imaginárias” de pessoas, sob cujo fundamento se daria a discriminação arbitrária entre iguais (p. 104). A proporcionalidade também ganharia muita importância no campo das liberdades públicas, uma vez que estas não se compreendem de modo absoluto, mas relativo e, portanto, requerem delimitações. A existência de normas escritas garantidoras das liberdades mencionadas não bastaria à tarefa de lhes determinar o alcance preciso, pois este não dependeria apenas da definição da extensão da liberdade em causa, mas resultaria antes de sua interação com outras regras do sistema. Assim, a verdadeira amplitude de certa liberdade constitucional seria demarcada pela jurisprudência no caso, e não pelo nível abstrato das normas legislativas, insuficientes a tanto (p. 105). Donde a importância da proporcionalidade como ferramenta à disposição do juiz na conciliação de interesses contrapostos. A proporcionalidade harmonizaria, nos exemplos mais importantes, a liberdade de consciência e culto e a de comércio e indústria com os reclamos do interesse público (p. 108 e segs). PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 109, divisa aplicação da proporcionalidade tanto em casos em que atividade do Estado interfere em ocupações inofensivas, como a de fotógrafo, quanto a mais problemática assunção de serviços pela municipalidade, ou seja, o desenvolvimento de certa atividade econômica pelos municípios consistiria numa limitação da liberdade de profissão ou de comércio dos cidadãos. A proporcionalidade teria servido, então, para contrabalançar a iniciativa estatal com a falta de serviços privados em determinadas situações concretas. As soluções teriam variado ao longo do tempo e de acordo com as particularidades locais examinadas. Assim, por exemplo, a iniciativa do poder público estaria autorizada, em princípio, apenas quando inexistente o serviço privado e, posteriormente, quando o serviço prestado pelo particular deixasse a desejar não só quantitativa, mas também qualitativamente (p. 110). Algo bastante similar ocorreria no controle de constitucionalidade de leis por

A identificação do pressuposto de toda a proporcionalidade na França é a grande vantagem de se examinar essa última escala da cons-

parte do Conselho Constitucional (p. 112-112). A nacionalização de determinadas atividades econômicas poderia influir na liberdade estudada; e equilíbrio entre os interesses públicos e privados haveria de se dar com a proporcionalidade.

A jurisprudência francesa também teria criado “princípios jurídicos” impositivos da proporcionalidade, nas hipóteses em que as diretivas consagradas normativamente contenham a finalidade determinada e caberia à proporcionalidade regular os meios lícitos para sua obtenção (p. 112 e segs). A proporcionalidade seria da espécie imposta pelo princípio jurisprudencial de que a liberdade do cidadão é a regra e sua restrição representa uma exceção: o estabelecimento dos limites da intervenção lícita do poder público na esfera privada demandaria a proporcionalidade (p. 112-113 e segs). PHILIPPE indaga-se aqui se não existiria um “princípio geral de conciliação” no direito francês, para além dos limites do enunciado anterior sobre a liberdade, cujas origens se encontram nas restrições do poder de polícia (p. 115 e segs). Algumas decisões da jurisdição administrativa e da constitucional indicariam essa tendência, ao realizarem o balanceamento de interesses opostos, como os de greve e de continuidade do serviço público, a liberdade de locomoção e a exigência de documentos de identificação ou ainda a liberdade de imprensa com o pluralismo de idéias na sociedade (p. 117). PHILIPPE nega à proporcionalidade a qualidade de “princípio jurisprudencial”, apesar desses aportes e de decisões do Conselho Constitucional proclamarem a função da lei de conciliar os diversos bens protegidos pela Constituição (p. 118). Curioso notar, no entanto, que PHILIPPE e GENEVOIS, a quem se reporta, parecem divisar na existência de diversos direitos fundamentais autorização para que o legislador neles intervenha para lhes ditar limites, ao invés de neles reconhecer, antes de mais nada, espaço de liberdade em face do Estado, aí incluído o Legislativo. Aquilo que denominam de “objetivo de valor constitucional” parece ser saudado mais como uma autorização para intromissão legislativa, do que como barreira a ser excepcionalmente superada na presença de conflitos entre bens de mesma hierarquia. “Em contrapartida” à negação da proporcionalidade como “princípio jurisprudencial”, PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 118, observa que “a presença da noção é uma verdadeira constante, se se quiser apreender o conteúdo e o sentido das normas” (“En revanche, la présence de la notion est un véritable constante si l’on veut bien s’attacher au contenu et à la signification des normes”).

Não se questiona aqui se a liberdade como regra e sua restrição como exceção formam exemplo bem escolhido para ilustrar a definição do próprio autor de “princípios jurisprudenciais impositivos da proporcionalidade”. A proporcionalidade seria o meio de se graduarem as diversas exigências postas por diferentes situações de fato em que as liberdades individuais se relacionariam com o interesse público. Graças a ela, o Conselho Constitucional pôde examinar a validade de lei restritiva de liberdades durante o estado de urgência de modo diverso do que o faria numa situação normal. Conquanto a liberdade continuaria a ser a regra, a intensidade das exceções variaria segundo as circunstâncias em que manifestado o problema.

trução teórica de PHILIPPE: o aplicador da norma pode dela se utilizar apenas quando seu emprego for determinado explícita ou implicitamente pela norma jurídica específica incidente no caso. “A ausência de condição no seio de uma norma de exercício de poder torna-o inteiramente livre”²²¹². Claro que essa formulação já se encontrava mais ou menos implícita na negação da proporcionalidade como imperativo geral do direito francês. De qualquer modo, o critério geral fica assim estabelecido de modo claro: se a norma particular de direito material não o requerer aberta ou veladamente, nada de proporcionalidade.

A proporcionalidade há de ser aplicada, ao contrário, se tal relação houver sido determinada na lei de modo claro. Mas, “a relação de proporcionalidade pode resultar da interpretação das condições concernentes aos meios ou ao fim, ainda que elas não contenham nenhuma referência a esse conceito. Nessa hipótese, conclui PHILIPPE, “o controle de proporcionalidade torna-se, pois, uma criação do juiz, servindo a norma de soco a essa construção”²²¹³. O juiz construirá relação proporcional entre dois termos, quando a lei determinar o alcance de certa finalidade, ainda que nada fale dos meios para atingi-la²²¹⁴. Na hipótese reversa, isto é, de norma enunciativa apenas da obrigação de uso de certos meios, a proporcionalidade seria mais duvidosa, mas nem por isso inexistente, pois a administração seria regulada, pelo dever de promoção do fim geral do bem comum²²¹⁵.

²²¹² PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 129: “L’absence de condition au sein d’une norme pour l’exercice d’un pouvoir le rend entièrement libre ...”.

²²¹³ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 133: “Enfin, le rapport de proportionnalité peut résulter de l’interprétation des conditions, qu’elles concernent les moyens ou le but, alors qu’elles ne contiennent aucune référence à ce concept. Le contrôle de proportionnalité devient alors une création du juge, la norme servant de socle à cette construction”.

²²¹⁴ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 131-132.

²²¹⁵ A teoria de PHILIPPE suscita muitas dúvidas. Como precisamente a hierarquia normativa poderia justificar a proporcionalidade francesa, se o autor admite a criação jurisdicional do controle de proporcionalidade, baseado em leis que não a refiram de maneira expressa? Ora, se o exercício de qualquer dos poderes do Estado não está constitucionalmente limitado pela proporcionalidade, torna-se impossível

. . . – *A definição da proporcionalidade e a hierarquia das fontes normativas*

advogar o ponto de vista de que a legislação ordinária possa conter essa cláusula limitadora. Isso implicaria a licitude de a legislação ordinária alterar a norma constitucional superior. A inexistência de limitação constitucional ao poder em determinado domínio da vida humana somente haveria de ter como conseqüência a inviabilidade de criação nos degraus inferiores da escala normativa do parâmetro da proporcionalidade. A segunda parte da obra, no entanto, está repleta de exemplos da proporcionalidade a brotar na jurisprudência em domínios em que a Constituição francesa não teria imposto nenhuma “condição” para exercício do poder. Daí a conclusão da impossibilidade de se cercear o exercício de um poder constitucionalmente livre por meio de amarras da legislação ordinária.

A afirmação da existência de proporcionalidade mesmo onde a norma somente se refira aos meios parece raciocínio equívoco, ainda que não se discutam as premissas de PHILIPPE. A tese parece expressar algo impossível: o conceito de meio somente faz sentido, se correlacionado ao de fim. É inconcebível afirmar que uma lei tenha estabelecido um meio, sem, ao menos implicitamente, se referir a uma finalidade, pois todos os objetos culturais se definem teleologicamente – cf. RADBRUCH, *Filosofia*, p. 44. Portanto, quem enuncia um meio, já o relaciona a um fim, ainda que genérico, como a promoção do bem comum. Eis aí uma óbvia dificuldade do ponto de vista resumido, cujas fraquezas se multiplicam.

A tese da possibilidade do controle de proporcionalidade a partir da conexão de um meio ao fim geral da ordem francesa de promoção do bem comum ou do interesse nacional nada mais faz do que confirmar a observação de Wieacker: uma das raízes históricas mais antigas da proporcionalidade encontra-se na “limitação teleológica do direito” – cf. o item 8.2.1. Mais do que uma reminiscência histórica, a consciência dessa característica de todas as ordens ocidentais – o direito é meio para a realização do fim do interesse geral – prova ser essa finalidade ubíqua nas ordens jurídicas estruturadas e, assim, não traduzem privilégio de normas esparsas providas de referências a meios. A vinculação teleológica do direito ao bem comum representa comando geral, como o próprio PHILIPPE acaba por admitir.

Ora, a aceitação do caráter genérico da definição ocidental de direito torna expletiva a categoria da “proporcionalidade implícita” em normas enunciativas de “meios autônomos”, isto é, sem fins explícitos. Se a finalidade de atendimento do interesse geral integra a definição de direito, então as regras enunciativas de “meros meios” já pressupõem, pelo menos, a finalidade geral e, portanto, contêm meios e fim ou, na pior das hipóteses, serão subsumíveis à categoria anterior, isto é, das normas dotadas de fins. Aliás, mesmo a classificação anterior perderia sentido, dado que todas as normas teriam finalidades a partir das quais se poderia controlar-lhes os meios empregados na consecução do objetivo ao menos implicitamente estabelecido.

A determinação da hierarquia normativa da proporcionalidade na França é influenciada pelo fato de ela não ter sido ali reconhecida como norma geral autônoma, mas servir apenas de parâmetro para a fixação do alcance de certas prescrições daquele sistema.

sofre direta influência da circunstância de a proporcionalidade ali não ter sido reconhecida como norma geral autônoma, mas servir de parâmetro para a determinação concreta do alcance de certas prescrições do direito francês²²¹⁶.

A lista de normas francesas apontadas por PHILIPPE como fontes constitucionais da proporcionalidade é coerente com sua definição como condição que liga a hipótese de incidência à sanção da norma²²¹⁷. O autor referido arrola as seguintes regras da Declaração de Direitos de 1789, como fontes da proporcionalidade: a proibição de distinções sociais, exceto as fundadas na “utilidade comum” (art. 1º); a limitação da liberdade individual apenas quando comprometa a liberdade alheia contraposta (4º); isonomia, guardadas as diferenças de mérito pessoal (art. 6º); a admissão somente das penas necessárias (art. 8º); a vedação de prisão arbitrária (art. 9º); a liberdade de opinião, exceto quando abusiva ou perturbadora da ordem pública (artigos 10 e 11); isonomia tributária fundada na capacidade contributiva (art. 13), após a constatação da necessidade de realização das despesas pelo povo ou seus representantes (art. 14) e a desapropriação, quando necessária e precedida de indenização (art. 17). Espantosamente, o art. 5º da declaração referida – “a lei não tem o direito de proibir senão as ações nocivas à sociedade” – não compõe a lista de PHILIPPE. Talvez porque não enunciada em forma de condição, mas de adjetivo das ações humanas interdidas.

PHILIPPE afirma que o caráter hierarquizado de certas ordens jurídicas resultaria na ubiqüidade da noção estudada. Uma vez que segundo MERKL e KELSEN cada degrau das ordens escalonadas representaria si-

²²¹⁶ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 118.

²²¹⁷ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 123.

multaneamente ato de aplicação e de criação do direito, conclui o autor francês ser “lógico” que as normas inferiores à Constituição francesa, como as leis e os regulamentos, também estabeleçam relações de proporcionalidade: “descendo cada degrau, a regra é mais ‘condicionada’, as relações entre a norma superior e a inferior se precisam e a concretização das situações de direito se amplifica. Parece lógico que a lei, o regulamento e a decisão individual determinem liames de proporcionalidade entre o que aplicam e o que criam”²²¹⁸.

²²¹⁸ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 122: “...en franchissant chaque degré, la règle est davantage ‘conditionnée’, les rapports entre la norme supérieure et la inférieure se précisent, la concrétisation des situations de droit s’amplifie. Il semble logique que la loi, le règlement, la décision individuelle déterminent des liens de proportionnalité entre ce qu’elles appliquent et ce qu’elles créent”.

Tal explicação para a ubiqüidade da proporcionalidade na ordem francesa parece ter contra si algumas dificuldades. A começar pela afirmação do próprio autor de que a proporcionalidade não alcançou, na França, o *status* de “princípio jurídico”. Ora, como a proporcionalidade constitucional pode ter-se espraído por todo o sistema francês até as normas particulares, se justamente ela não se encontra naquele cimo? As inúmeras facetas da proporcionalidade no âmbito aplicação do direito ordinário e regulamentar apontadas pelo próprio PHILIPPE seriam, assim, meras coincidências, dado que uma norma geral não estaria no ápice da pirâmide normativa. Então, toda a tese do autor referido estaria baseada numa sucessão de coincidências astronomicamente improváveis. A tese estaria justificada, ao reverso, acaso confirmasse a idéia de sucessivas aplicações do “princípio”, desde a Constituição até a sentença. Mas PHILIPPE nega o *status* de norma constitucional à proporcionalidade. Ora, se ela não se acha no nível mais elevado do sistema, então não pode ser resultado de aplicação, mas de sua criação nas instâncias intermediárias. A equiparação da proporcionalidade ao argumento do número de condições legais e regulamentares, promovida por PHILIPPE, parece equivocada. Vê-se aí a confusão entre a proporcionalidade e o aumento paulatino de densidade normativa, à medida que se desce na hierarquia jurídica. O fato de as normas legais e regulamentares serem caracteristicamente mais pormenorizadas do que as constitucionais não implica a existência, nelas, da proporcionalidade ausente no nível hierárquico mais elevado, pois nem todas as “condições” racionais de aplicação de uma norma traduzem juízo de proporcionalidade. Registra-se nisso uma equiparação indevida entre a proporcionalidade e elementos da hipótese de incidência ou da consequência jurídica de determinada norma. A imposição de racionalidade na apreciação de qualquer dos dois elementos da norma jurídica não significa, *ipso facto*, um juízo de proporcionalidade.

As ordens hierarquizadas – sistemáticas – são tendencialmente o produto do pensamento estruturado, em cujo âmbito pode haver proporcionalidade jurídica. Sucede que, por vezes, as sociedades fragmentadas também adotam o modelo nor-

As leis compartilhariam de funções executivas e criativas também no campo da proporcionalidade²²¹⁹. Ter-se-ia atividade de execução, na medida em que as leis teriam, entre outras, as finalidades de impedir uso desproporcional de direitos e liberdades, de limitar-lhes os abusos ou de conciliar-lhes os objetivos²²²⁰. A função criativa da proporcionalidade decorreria do emprego, pela lei, de conceitos que, explícita ou implicitamente demandam a referida noção²²²¹. A distinção foi estabelecida a partir da dualidade conceitual dos atos administrativos. A atividade de mera execução da proporcionalidade seria vinculada, ao passo que a criativa resultaria do emprego legal de estrutura normativa discricionária. A mesma norma possuiria aspectos de proporcionalidade executiva e criativa. Os juízos de proporcionalidade viriam indicados na lei, à semelhança dos conceitos jurídicos indeterminados, para abrandar a rigidez

mativo hierarquizado para construir regimes ditatoriais; recordem-se as Constituições brasileiras de 1934 e 1969, por exemplo. Nesses casos, o crescente aumento de densidade normativa à medida que se chega à base da pirâmide normativa, com a sentença, o contrato e o ato administrativo, não implica, em absoluto, a proporcionalidade; ao contrário, pode significar o recrudescimento de dogmas contrários à proporcionalidade, como a ausência de proteção aos indivíduos. A particularização das condições gerais do sistema nos atos concretos não significa necessariamente a adoção da proporcionalidade. Semelhante evento somente acontece quando o ápice da pirâmide normativa já contiver a proporcionalidade que então flui até sua base pelo mecanismo da particularização das normas.

²²¹⁹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 124. Decididamente em contrário à assimilação da legislação à simples execução da lei, ainda que com a outra faceta da criação de direito, cf. CANOTILHO, *Constituição dirigente*, p. 216 e segs, com extensa recapitulação da controvérsia na doutrina alemã.

²²²⁰ PHILIPPE, *Proportionnalité*, 124. Não deixa de ser curioso o fato já observado de que as leis não são vistas como o instrumento de realização de liberdades constitucionais, mas sobretudo de sua limitação, isto é, quase que primordialmente um meio lícito de reduzir – ao invés de garantir – direitos fundamentais. Por certo que as leis costumam interferir mediadoramente no âmbito dos direitos constitucionais; todavia, seu objetivo primordial não pode ser entendido nesse sentido negativo, mas no positivo de efetivação aludida.

²²²¹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 124-125.

de um sistema normativo abstrato²²²². As coisas não se passariam de maneira muito diferente no nível jurisdicional do sistema francês.

PHILIPPE propõe a definição de proporcionalidade no sistema francês como “limite normativo do poder discricionário”²²²³. Fiel ao tema central do direito público francês, o autor mencionado nega a possibilidade de controle do mérito do ato discricionário²²²⁴. O mesmo autor observa, porém, que a estrutura escalonada do ordenamento jurídico impediria a existência de poder integralmente discricionário. Os atos discricionários também teriam sua quota de execução de normas superiores, ao lado da de criação de direito. Daí lhe adviriam limites controláveis pela jurisdição. A função da proporcionalidade francesa, um conceito maleável, consistiria em determinar os limites entre ambos os aspectos dos atos referidos, jamais predetermináveis em abstrato. Caberia ao juiz o ônus de “desembaraçar esses limites, verificando se a proporção execução (competência vinculada)/criação (poder discricionário) foi respeitada, redefinindo-a, caso necessário”²²²⁵.

As atuais características do controle de proporcionalidade francês explicam-se por sua origem na fiscalização dos atos discricionários e na maior densidade dos atos normativos legais e regulamentares. O controle da proporcionalidade da administração encontra óbices apenas em “ilhas” de discricionariedade, ao passo que somente ocorre nas hipóteses de “erro manifesto” do Legislativo²²²⁶. Esse conjunto de motivos

²²²² PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 125-126. Aproximadamente o mesmo valeria para os papéis desempenhados pelos regulamentos em sentido estrito, com a diferença exclusiva de um nível hierárquico inferior ou nem isso, no que tange aos regulamentos autônomos admitidos na França

²²²³ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 134.

²²²⁴ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 138.

²²²⁵ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 138: “... c'est au juge que reviendra la tâche de dégager ces limites en vérifiant que la proportion exécution (compétence liée)/creation (pouvoir discrétionnaire) est respectée et de la redéfinir si besoin est”.

²²²⁶ A identidade da origem histórica e a onipresença do poder discricionário no direito público francês geraram a uniformidade do entendimento contemporâneo da proporcionalidade na França: o controle da discricionariedade nela baseado

teria levado à consagração do controle de proporcionalidade em “três relações no seio do ato jurídico”²²²⁷. Tal controle far-se-ia na “relação entre os motivos e o objeto do ato”, isto é, na compatibilidade entre os “antecedentes objetivos” da atividade pública e o resultado imediato dela decorrente²²²⁸. Por outras palavras, entre os fatos provocadores da atividade do Estado e a medida por ele adotada. A proporcionalidade também ensejaria o controle da “relação entre o objeto e a finalidade do ato”²²²⁹. Enquanto o objeto consiste no “resultado imediato” causado pelo ato, sua finalidade seria o “resultado mediato”, ou seja, o “resultado social a se obter por meio do ato jurídico”. Finalmente, também existiria o controle da “relação entre os motivos e a finalidade do ato”, ou seja, entre os fatos a reclamar a intervenção estatal e a finalidade do ato²²³⁰. Exemplifica-se a afirmação com a isonomia, pois um dos componentes da igualdade consistiria no estabelecimento de correlação entre a necessidade da discriminação e sua finalidade geral²²³¹.

teria a mesma natureza, embora em graus diversos, quando referida ao legislador e ao administrador. A proporcionalidade desenvolveu-se sobretudo como maneira de apartar o exercício do poder administrativo discricionário do arbitrário, nota PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 153. Uma vez que a discricionariedade administrativa tem sido estudada há muito mais tempo e com maior profundidade do que a proporcionalidade, a recente introdução do controle de constitucionalidade de leis teve como consequência a elevação da teoria do poder discricionário do agente público para o legislador. Essa disparidade de estudos e a menor densidade normativa das regras constitucionais gerou “ilhas de discricionariedade” administrativa (p.149) e, em contrapartida, confina o controle de proporcionalidade legislativa às hipóteses de “erro manifesto”, não por acaso, também de ponto de partida para a limitação dos atos administrativos discricionários (p. 153). Talvez, a proporcionalidade, na função de parâmetro legislativo, ainda faça o mesmo percurso de consolidação. Não surpreenderia, se isso vier a acontecer, pois transmitirá a impressão de evolução quase natural do sistema francês, em comparação com a importação de modelos como o alemão. De qualquer forma, o resultado provisório do direito francês consiste na transposição das categorias administrativas para o direito constitucional.

²²²⁷ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 142.

²²²⁸ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 142.

²²²⁹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 143-144.

²²³⁰ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 143.

²²³¹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 143.

Além de controlar os elementos da atividade pública, a proporcionalidade também se relacionaria com fatores exteriores ao ato estatal, aí entendidas suas circunstâncias²²³². Isso se tornaria sobremaneira claro na apreciação da necessidade da medida. Circunstâncias mais graves autorizariam maior curso à discricionariedade do que situações mais aproximadas do normal. As características das circunstâncias fariam com que as “barreiras da constitucionalidade e legalidade recuem provisoriamente”, permitindo o crescimento do poder discricionário²²³³. Muito embora não desapareça, “a ordem jurídica é modificada” pelas circunstâncias excepcionalmente graves²²³⁴.

A proporcionalidade defendida por PHILIPPE apresentaria duas faces: uma, de ordem metodológica; a outra, de índole prescritiva. Do ponto de vista metodológico, desempenha a função de equilibrar os elementos vinculados e discricionários dos atos estatais, na esteira da teoria da estrutura escalonada do direito, cujos patamares se compõem sempre de um misto de execução do nível superior e de criação do direito, na margem de liberdade deixada pelas normas de mais alta hierarquia. Já no aspecto prescritivo a proporcionalidade seria um dos vários elementos utilizados para circunscrever a liberdade discricionária do agente público, em sentido amplo. As prescrições contidas na proporcionalidade demandariam o ajustamento dos diversos elementos dos atos estatais – motivo, objeto e finalidade –, bem como de sua necessidade e intensidade em face das circunstâncias do caso²²³⁵.

²²³² PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 144 e segs.

²²³³ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 145.

²²³⁴ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 145.

²²³⁵ A fragilidade da distinção entre as circunstâncias e os demais elementos parece evidente, pois no quê, afinal de contas, elas se distinguiriam dos motivos, isto é, não estariam por eles abarcadas? As “circunstâncias” são as particularidades dos motivos. Além disso, se os fins da atividade estatal se encontram sempre fixados em norma, ainda que genérica, alusiva apenas ao bem comum ou interesse público, então também a finalidade mencionada é exterior ao ato.

. . . – *Os meios de controle da proporcionalidade*

PHILIPPE diferencia as técnicas dos campos onde aplicada a proporcionalidade. As técnicas, por sua vez, haveriam de ser distinguidas entre meios e os métodos de controle daquela espécie²²³⁶. Os meios seriam as formas ou vias processuais, sempre institucionalizados, enquanto os métodos consistiriam nos processos intelectuais que se servem da proporcionalidade.

Os meios de controle de proporcionalidade conheceriam a dicotomia entre os velados, em que o juiz não o explicita, mas dela se utilizaria, e os “instrumentos privilegiados”. Estes seriam as formas mais evidentes do controle de proporcionalidade, porque neles se distinguiriam com facilidade a situação de fato, a decisão tomada e o fim visado²²³⁷. A possibilidade processual de se fazer amplo reexame dos fatos caracterizaria os instrumentos privilegiados de controle²²³⁸.

O primeiro desses instrumentos denomina-se “o controle de exatidão material dos fatos”, e se “relaciona à existência da situação, primeiro elemento da proporcionalidade”²²³⁹. A primeira modalidade desse controle instaura-se quando o poder público supõe existir situação que, em absoluto, não ocorreu, como nas férias a prefeito que não as requereu ou na demissão de empregado cujo posto de trabalho não foi suprimido, muito embora esse tenha sido o motivo para a prática do ato. Já a segunda modalidade implicaria juízo, apreciação jurídica dos fatos, para verificar se são “fatos desnaturados”²²⁴⁰.

²²³⁶ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 159.

²²³⁷ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 161.

²²³⁸ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 161-162.

²²³⁹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 162 e 163 e segs.

²²⁴⁰ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 164-165. A aplicação desse entendimento livrou funcionários públicos alsacianos de punição em decorrência de sua adesão forçada ao partido nazista, assim como permitiu ao juiz verificar o conteúdo de publicações vedadas aos menores para concluir pela existência de interdição.

A evolução natural dessa orientação ocorreu no início da década de 1960, com a introdução do “controle do erro manifesto de apreciação”, definível como exame da decisão em face de seus motivos ou finalidade²²⁴¹. O erro manifesto poderia dizer respeito à má avaliação dos fatos, quando o agente os superestima ou os subestima; mas também se referia ao conteúdo da decisão, quando deixa de ser equilibrada em relação aos fatos corretamente considerados²²⁴². Essa teoria, anota PHILIPPE,

²²⁴¹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 166 e segs. O controle de proporcionalidade dos atos administrativos pela via do erro manifesto de apreciação variou desde a análise de funções para fins de enquadramento de servidores, passando pela definição de “acesso satisfatório” a gleba rural e pela determinação de “proximidade suficiente” entre construções, até a precisão do conceito de “melhoria” gerada por obras públicas, como se vê em PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 172. Tal controle passou posteriormente a delimitar campos de apreciação discricionária, como o poder de polícia relativo a pessoas e publicações estrangeiras: o controle estendeu-se aos motivos e às decisões administrativas (p. 173). O mesmo ocorreu no domínio das sanções disciplinares e das promoções de funcionários públicos (p. 147).

²²⁴² Duas justificativas desse “controle mínimo” de proporcionalidade merecem destaque, porque evidenciam uma aproximação com duas concepções de proporcionalidade do direito comparado, mas parecem ter sido concebidas de modo independente por autores franceses. Tais coincidências parecem confirmar a teoria do fundamento estruturado como condição para o estabelecimento da proporcionalidade, defendida no âmbito deste trabalho. Certa corrente doutrinária deduz a licitude do controle do erro manifesto a partir da hierarquia especial dos direitos fundamentais, isto é, da necessidade de respeito dos direitos das pessoas afetadas pela decisão pública, observa PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 168. Eis aí um ponto de contato com a doutrina norte-americana e a alemã da proporcionalidade – cf., respectivamente, os itens 14.5. e 18.2. O segundo fundamento é assim explicado por PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 168: “a teoria do legislador razoável consiste em supor que este último, ao formular a lei, lhe fixe um fim razoável que lhe constitua a razão de ser” (“La théorie du législateur raisonnable consiste à supposer que ce dernier, en formulant la loi, lui fixe un but raisonnable qui en constitue la raison d’être”). Por isso, o administrador francês careceria de poderes, cujo emprego redunde em arbitrariedade. Cuida-se de aproximação considerável com o controle “subterrâneo” de proporcionalidade praticado na Inglaterra, por meio da figura da proibição de atuação *ultra vires*, e com certa construção da jurisprudência alemã de outrora. As três construções comungam da idéia de que a lei ou o Legislativo somente autoriza o Executivo a empregar poderes administrativos razoáveis, não os arbitrários – cf. a nota 1457, para a noção inglesa, e o item 17.2.5.3, para a alemã. Lagasse chamou a modalidade ora examinada de controle de proporcionalidade de “desvio de poder

objetivo” dado que se prescinde da pesquisa da intenção malévola do autor do ato, *apud* PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 171 (“détournement de pouvoir objectif”).

Um dos grandes problemas da teoria de PHILIPPE consiste em ver a proporcionalidade em todos os lugares. Assim, por exemplo, ela vem frequentemente confundida com algo que consiste, do ponto de vista técnico, muito mais num erro de subsunção do que na desproporção da medida. A qualificação dos fatos, reclamada pelo controle na via do “erro manifesto de apreciação”, nem sempre se traduz num problema primordialmente de proporcionalidade. Se o agente público interpretou determinado fato como subsumível a certa norma que, realmente, não o engloba, não se pode daí afirmar a existência inexorável de desrespeito à proporcionalidade, como o faz o mencionado autor, *Proportionnalité*, p. 171: “apprécier se os dados de uma situação não estão em relação com a regulamentação jurídica implica pesquisar se sua qualificação jurídica não é desproporcional” (“Appécier si les données d’une situation ne sont pas sans rapport avec la réglementation juridique revient à rechercher si leur qualification n’est pas disproportionnée”). Pode acontecer que a medida proporcionalmente prescrita em lei para certa situação se torne excessiva, se aplicada a caso não compreendido pela hipótese de incidência normativa. O problema metodológico principal daí resultante será primordialmente o erro de subsunção e, não do vício de desproporcionalidade. Algo completamente diverso seria a criação de uma hipótese normativa da adequação ou da necessidade, adicionada à prescrição incidente no caso, e, com base nela, afirmar que determinada medida seria desproporcional *lato sensu*, porque excessiva. Dois exemplos podem aclarar a idéia. A imposição de norma de poder de polícia de trânsito pertinente apenas à segurança de caminhões ao motorista de uma motocicleta apenas reflexamente é um problema de proporcionalidade. O vício maior registrado nessa conduta é o de erro de subsunção. Já a imposição, por exemplo, de norma similar ao motorista de caminhão vazio ofenderia a adequação, acaso a vedação somente faça sentido quanto a veículos dessa natureza carregados, mesmo que a redação da norma de polícia não faça a distinção mencionada. A hipótese de incidência haveria de resultar da combinação da norma de polícia, acrescida da norma da adequação. O erro de subsunção seria, portanto, consequência da inadequação da medida, ou seja, a medida não atenderia ao prescrito na hipótese de incidência da adequação.

O erro de subsunção também difere do uso da proporcionalidade como recurso na determinação do alcance da norma jurídica interpretada, especialmente quando se tratar de produzir a interpretação conforme a constituição ou a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. O emprego da proporcionalidade para a fixação dos limites de enunciado normativo ou para a construção da norma do caso será primordialmente tema da subsunção dos fatos à lei. Pode ocorrer até que certa medida decretada pela lei para um grupo de casos seja transposta para outro sem ofensa à proporcionalidade. Eventual ilicitude desse procedimento poderá decorrer, por exemplo, do princípio da legalidade das intervenções estatais no âmbito da esfera privada, sem nenhuma repercussão no equilíbrio entre meio e fim assegurado pela proporcionalidade. A medida será, assim, acidentalmente proporcional.

“ultrapassa o simples quadro do erro e diz respeito ao controle de proporcionalidade em geral”²²⁴³.

A apreciação do erro manifesto no Conselho Constitucional conheceria divisão entre o erro normativo e o de fato²²⁴⁴. Quando o legislador toma medida desproporcional aos fins a que constitucionalmente deve respeitar, ter-se-ia equívoco normativo controlável pela proporcionalidade. Isso teria ocorrido na limitação contrária à isonomia do número de concorrentes ao provimento de cargos públicos e na fixação de regras especiais para o controle acionário. A apreciação equivocou-se quanto aos fatos no caso de certas nacionalizações, ao argumento de que ainda deixavam suficiente campo econômico à iniciativa privada, tal como então organizado o mercado francês.

O controle de proporcionalidade pela via do “balanço entre vantagens e inconvenientes de uma decisão”, também chamada de “balanço de custo-benefício”, inicia-se na França em 1971²²⁴⁵. Tal meio de controle revela inúmeras semelhanças com a proporcionalidade em sentido estrito alemã, ao menos na descrição de PHILIPPE: “levada em conta a situação encontrada, o resultado da decisão não deverá comportar in-

As repercussões práticas dessa distinção são enormes, porque disso pode depender, por exemplo, a possibilidade de dois ou apenas um dos nossos recursos de revisão. Uma interpretação extensiva ou uma analogia que se encontre para além das fronteiras admissíveis em razão da proporcionalidade pode ensejar não só um recurso especial por má aplicação – erro de subsunção – da lei em que estabelecida a medida, mas também um recurso extraordinário, por violação da proporcionalidade. Ao reverso, se a interpretação da lei ou se a analogia feita por seu intermédio resultar no equilíbrio entre meio e fim, somente o recurso especial será cabível, pois a proporcionalidade estará assegurada, ainda que por acidente, caso se considere a intenção do legislador.

²²⁴³ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 168: “Mais cette théorie dépasse le seul cadre de l’erreur manifeste et concerne le contrôle de proportionnalité en général”.

²²⁴⁴ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 175-179.

²²⁴⁵ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 179: “bilan entre les avantages et les inconvénients d’une décision” ou “bilan coûts-avantages”.

convenientes desproporcionais em relação às vantagens”²²⁴⁶. A fiscalização segundo a fórmula do balanço de custo-benefício não se limita ao resultado da atividade, mas “reside na coerência entre a situação, a decisão e sua finalidade mais ou menos mediata”²²⁴⁷. Essa modalidade de controle testa não apenas o equilíbrio do resultado obtido, mas também se a adoção da medida em causa se justificaria em absoluto. PHILIPPE nota as dificuldades do mencionado exame, notadamente a necessidade de um sopeso não só quantitativo, mas também qualitativo dos bens envolvidos, sob pena de o juiz se transformar num “aprendiz de feiticeiro”²²⁴⁸. Vale a pena aprofundar o estudo dessa modalidade, porque nela se encontraria o meio mais utilizado para a realização do controle de proporcionalidade na jurisdição administrativa e na constitucional, com a diferença de que seu exame se dá de modo mais aprofundado quanto ao ato administrativo. A fiscalização dos atos legislativos por esse parâmetro, ao contrário da anterior, referir-se-ia a todo o conjunto da legislação, independentemente da matéria²²⁴⁹.

O balanço em causa aplica-se a explicitamente apenas a certos domínios como o urbanismo, o direito econômico, o meio-ambiente e a desapropriação, onde nasceu²²⁵⁰. XAVIER PHILIPPE sublinha, contudo, que o balanço aludido seria usado de maneira implícita, para proteger direitos e liberdades fundamentais. Um projeto de lei votado pela Assembleia da República não pode, segundo o Conselho de Estado, gerar tais inconvenientes para o cidadão, que terminariam por desconhecer

²²⁴⁶ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 180: “Compte tenue de la situation rencontrée, le résultat de la décision ne devra pas comporter des inconvénients disproportionnés par rapport aux avantages”.

²²⁴⁷ PHILIPPE, *Proportionnalité*, 180: “La démarche est, en réalité, plus complexe et réside dans la recherche de cohérence entre la situation, la décision et sa finalité plus ou moins médiate”.

²²⁴⁸ PHILIPPE, *Proportionnalité*, 182.

²²⁴⁹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 179.

²²⁵⁰ PHILIPPE, *Proportionnalité*, 181.

ou desnaturar o direito fundamental restringido²²⁵¹. A mesma semelhança com o direito alemão existe no “controle da necessidade do ato”, qualificada como a via “mais pura” e de “máxima” fiscalização da proporcionalidade no direito francês. Eis a definição de PHILIPPE: “o juiz verifica a adequação dos motivos da decisão a seu objeto e sua finalidade, levando em conta as circunstâncias e exigindo, assim, uma proporcionalidade estrita de seus elementos”²²⁵². Nessa pesquisa, indaga-se se os “meios empregados são os mais adaptados para permitir alcançar o resultado procurado: ‘nem demasiado’, ‘nem demasiado pouco’”²²⁵³. O controle desenvolvido “repousa na manutenção do equilíbrio entre a necessidade do poder público de bem conduzir sua missão de interesse geral e a consistente em salvaguardar os direitos e liberdades dos cidadãos”²²⁵⁴.

Dois seriam os parâmetros desse controle: a hierarquia dos direitos e liberdades e a influência das circunstâncias na relação de necessidade²²⁵⁵. O Conselho Constitucional rejeitou a escala meramente formal dos direitos fundamentais, para verificar o grau de intromissão do ato estatal nessas prerrogativas. Sua jurisprudência combina o critério formal com o material, de forma que a medida da referida intervenção depende, em primeiro lugar, do caráter formal do direito do particular envolvido, que há de ser protegido constitucionalmente, para somente depois

²²⁵¹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 181. A semelhança com a construção germânica de controle de proporcionalidade em sentido estrito parece evidente, com a diferença a assinalar do caráter explícito no direito alemão e implícito no francês – cf. a nota 15.

²²⁵² PHILIPPE, *Proportionnalité*, 183: “Le juge vérifie l’adequation des motifs de la décision à son objet et son but, compte tenue des circonstances, exigeant ainsi une proportionnalité stricte entre ses éléments”.

²²⁵³ PHILIPPE, *Proportionnalité*, 183: “... il [le juge] recherche si les moyens employés sont les mieux adaptés pour permettre d’aboutir au résultat recherché: ‘ni trop, ni trop peu’”.

²²⁵⁴ PHILIPPE, *Proportionnalité*, 183-184: “sa genèse repose sur le maintien d’un équilibre entre la nécessité pour la puissance publique de mener bien sa mission d’intérêt général et celle consistant à sauvegarder les droits et libertés des citoyens”.

²²⁵⁵ PHILIPPE, *Proportionnalité*, 184 e segs.

se pesquisar o grau de intervenção tolerada. Certos direitos fundamentais, como as liberdades de 1789, seriam mais relevantes do que outros, pois somente admitiriam ato legislativos tendentes a reforçar-lhes o exercício e a conciliá-los com outros princípios de índole constitucional. Os direitos de “segunda categoria” assegurariam proteção menos ampla. As “circunstâncias sociais ou gerais” influentes no controle de proporcionalidade resultariam de eventos dotados de magnitude, como as grandes catástrofes naturais, as guerras e os momentos de “tensões sociais”²²⁵⁶. Já as “circunstâncias da espécie” relacionar-se-iam com o lugar e o tempo no qual praticados os atos, como a sua urgência, por exemplo. Essa modalidade de controle pela proporcionalidade seria global, vale dizer, abrangeria todos os aspectos do caso e possuiria caráter estrito, na medida em que a censura judicial não se limitaria à ausência de proporção, mas buscaria uma proporcionalidade completa.

PHILIPPE encerra sua lista dos “meios privilegiados do controle de proporcionalidade” com a menção à “qualificação jurídica” dos fatos, cujas força e fraqueza se identificam na largueza do termo, aplicável a tudo, mas sem contornos claros²²⁵⁷. Esse instrumento estaria, em verdade, subjacente a todas as demais modalidades de controle de proporcionalidade, dos quais se diferenciaria apenas por graus, ao invés da qualidade. Nem todos os meios de controle da atividade estatal por intermédio desse instrumento redundariam na proporcionalidade. A desproporção deveria ser “manifesta”, isto é, o ato seria privado de “racionalidade mínima”²²⁵⁸.

Os instrumentos privilegiados do controle de proporcionalidade conheceriam duas características fundamentais²²⁵⁹. Embora utilizáveis potencialmente em todas as áreas do exame de fatos, operam como um “controle último”, um “recurso final”. A intensidade da revisão obtida

²²⁵⁶ PHILIPPE, *Proportionnalité*, 187 e segs.

²²⁵⁷ PHILIPPE, *Proportionnalité*, 190 e segs.

²²⁵⁸ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 192.

²²⁵⁹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 193.

por esse meio também varia, a depender da técnica usada, assim como da disciplina jurídica em causa; assim, as questões das diferenças entre os poderes vinculado e discricionário, a complexidade técnica e a recusa política em apreciar certos temas podem modular a profundidade do controle exercido.

Os “instrumentos velados do controle de proporcionalidade francês” funcionariam em paralelo com os privilegiados, deles diferindo, contudo, pela característica de se encontrarem escamoteados onde menos se espera²²⁶⁰. O controle de proporcionalidade, ao ver de PHILIPPE, estaria presente até nos chamados elementos exteriores dos atos estatais, como nos requisitos da competência e forma. A proporcionalidade regularia o aspecto da competência dos atos. Somente ela permitiria, por exemplo, o exame dos limites dos poderes de governos demissionários, as circunstâncias excepcionais a justificar a atividade de funcionários de fato e o exercício deficitário da competência legislativa com delegação ilícita da expedição de normas restritivas das liberdades individuais ao regulamento²²⁶¹. A proporcionalidade também seria relevante no campo das formalidades dos atos públicos, na medida em que seu emprego seria o critério distintivo entre as formas essenciais e as acessórias e, consequentemente, definiria o regime de sua nulidade²²⁶². A verificação do atendimento das ditas formalidades também dependeria do exame das circunstâncias ou especificidades do caso, sempre examinadas pela ótica da proporcionalidade. Apenas uma transgressão formal grave daria margem à desconstituição do ato²²⁶³.

Já no âmbito dos vícios concernentes ao mérito dos atos, a proporcionalidade informaria até construções jurisprudenciais antigas, como o desvio de poder, pois o instituto se apóia no binômio da intenção do

²²⁶⁰ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 194 e segs.

²²⁶¹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 194 e segs.

²²⁶² PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 198 e segs.

²²⁶³ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 203.

agente em confronto com o fim lícito²²⁶⁴. As dificuldades probatórias inerentes à pesquisa do elemento subjetivo do agente público reforçariam a necessidade de verificação da relação teleológica, que, ao longo dos anos, derivou para modalidades de proporcionalidade franca e provocaram o declínio desse instrumento histórico. O desvio de poder tem sua eficácia diminuída pelas circunstâncias de que os atos públicos costumam ter vários fins e de que sua validade é reconhecida, quando parte de uma das finalidades for atingida. Assim, o autor do ato pode disfarçar suas intenções ilegais numa série de objetivos lícitos para subtrair-se à sanção jurisdicional²²⁶⁵. A proporcionalidade seria imprescindível ao controle atinente ao mérito da atividade pública, pois atuaria na censura de equívocos graves na interpretação jurídica, tanto na subsunção dos fatos à norma que não os compreende, quanto na estimativa das consequências derivadas da má aplicação da regra²²⁶⁶.

. . – *Os métodos de controle da proporcionalidade*

A construção de PHILIPPE distingue os meios de veiculação da proporcionalidade de seus “métodos de controle”, extraídos da jurisprudência. Os meios seriam as vias institucionalizadas em que a proporcionalidade se externaria. Já os métodos teriam “caráter mediato”, uma vez que apenas se entremostam no raciocínio do juiz, a cujo serviço se preordenam, e, portanto, não visam à solução direta do litígio²²⁶⁷.

²²⁶⁴ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 204 e segs.

²²⁶⁵ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 205–206.

²²⁶⁶ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 207 e segs.

²²⁶⁷ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 217. Não cabe aqui aprofundar a coerência dessa distinção para verificar, por exemplo, a existência de método jurídico cuja gênese não seja suscitada por problemas concretos, nem tencionem resolver outros tantos, mas se mostrem capazes de permanecer na abstração do medialismo proposto pelo autor citado. De qualquer forma, se o raciocínio judicial é dirigido à resposta de problemas, o caráter mediato do método empregado em sua solução dependeria da prova da existência de mera especulação jurídica, orientada para a pura construção de sistema. Até a “Jurisprudência dos Conceitos” pretendia-se elaboração cien-

O primeiro dos métodos, denominado de “feixe de índices”²²⁶⁸, consiste na ponderação de características do instituto ou do caso a ser apreciado para determinar-lhe a natureza jurídica e, por consequência, identificar o regime jurídico a que se submete, da mesma forma que seria necessário realizar o sopeso da espécie para concluir se determinada presunção jurídica se sustenta ou cede diante dos elementos apresentados²²⁶⁹. Exemplos desse método seriam encontráveis na determinação da índole de certas pessoas jurídicas públicas da administração descentralizada, do conceito de serviço público e mesmo da indagação da existência de regime de direito público em aspectos de atividades privadas²²⁷⁰. O mesmo dar-se-ia na apreciação de conceitos pressupostos em regras de competência jurisdicional, repartida na França, em razão de a atividade ter sido praticada pela polícia judiciária ou de segurança pública, bem como distribuída em decorrência de normas de responsabilidade civil do Estado, presente quando a falta não tiver relação com o serviço, mas apenas com o servidor. O método do “feixe de índices” contrários atuaria, em suma, quando requerida a ponderação quantitativa e qualitativa dos elementos envolvidos na concretização de normas relativamente abertas na legislação.

O segundo método extraído da jurisprudência francesa onde presente a proporcionalidade seria a técnica da “apreciação dos motivos”²²⁷¹, transplantável com alguns complicadores para os fins daqueles

tífica capaz de produzir normas jurídicas mediante ciência, mas, ainda assim, para a resolução de problemas. Muito embora as soluções encontradas pela Jurisprudência dos Conceitos” se pretendessem derivações do alto a baixo da pirâmide normativa dotadas de caráter lógico e, portanto, perene, ainda assim, seu objetivo era resolver os problemas concretos suscitados pelo convívio humano. Cf. a respeito, por exemplo, FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 3, p. 90 e 93; LARENZ, *Methodenlehre*, p. 24; BYDLINSKI, *Methodenlehre*, p. 110-111; PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 77-78, nm. 150 e 152.

²²⁶⁸ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 215: “faisceau d’indices”.

²²⁶⁹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 215 e nota 329.

²²⁷⁰ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 219 e segs.

²²⁷¹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 231 e segs.

atos²²⁷². A decretação da nulidade de ato dotado de uma única finalidade não ofereceria maiores problemas: a insubsistência de um de seus fundamentos implicaria a invalidade da medida. A função da proporcionalidade nesse método de controle consistiria em ponderar as finalidades sobejantes à declaração de nulidade de uma delas. Após vacilações que privilegiaram ora os aspectos de conteúdo, ora os do número dos motivos do ato, a jurisprudência francesa estabilizou-se na necessidade de valorar ambos os fatores, como etapa metodológica para apreciação da licitude do ato. A proporcionalidade entre a decisão tomada e a qualidade e quantidade de motivos idôneos, em relação aos inidôneos leva à manutenção ou ao repúdio ao ato estatal.

Existiriam ainda outras facetas metodológicas da proporcionalidade, além desses dois procedimentos criados pela jurisprudência francesa²²⁷³. Uma delas integraria as três modalidades mais corriqueiras de raciocínios jurídicos, vale dizer, o silogismo jurídico, a analogia e o argumento *a contrario sensu*. A proporcionalidade estaria presente aqui, em virtude da “obrigação de coerência” imposta por esses raciocínios²²⁷⁴. Qualquer distorção do raciocínio implicaria desproporção entre seus

²²⁷² Aqui, curiosamente, uma diferença notável entre o modelo proposto por PHILIPPE e o vigente na Alemanha; aliás, algo bastante comum na comparação trans-renana. A proporcionalidade elaborada pela doutrina e jurisprudência germânicas, privilegia o exame do meio em relação ao fim do ato em causa; já esse método específico da jurisprudência francesa bate-se sobretudo pelo teste de compatibilidade entre a decisão tomada e seus motivos. A explicação estará, muito provavelmente, na disparidade das origens das construções estudadas. A proporcionalidade alemã inclina-se pelo caráter objetivo da análise do problema posto, enquanto o estudo francês rescenseado parece pender para o aspecto subjetivo da questão, tendo em conta os antecedentes históricos da clássica elaboração francesa do desvio de poder. Desde muito cedo, a França preocupou-se em sancionar a conduta ilegal do administrador ímprobo, que mascarava suas opções ilícitas com o poder discricionário. O método ora descrito descende do desvio de poder, pois nele se indaga do destino do ato do poder público, nas hipóteses nas quais não apenas um, mas vários motivos, são invocados em prol da prática do ato. A filiação desse método à jurisprudência e à doutrina do desvio de poder explicará eventualmente o privilégio da comparação dos meios empregados no ato, em relação a seus motivos, ao invés dos fins.

²²⁷³ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 239 e segs.

²²⁷⁴ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 241.

termos. A proporcionalidade estaria implicada de igual modo nas hipóteses nas quais a diversidade dos métodos empregados na solução de um caso leve a decisões diversas e, portanto, demande o sopeso das alternativas²²⁷⁵.

Os “raciocínios finalistas”, caracterizados pelos termos meio-fim, evidenciarão o aspecto metodológico da proporcionalidade, cujo ponto de partida estaria na causa para deduzir-lhe as conseqüências: o raciocínio finalista, o “fim buscado”, serve à busca dos “meios adequados”²²⁷⁶. O juiz, tal como o legislador e o administrador, não poderia satisfazer-se com a enunciação de determinado fim, mas haveria de fornecer instrumentos coerentes para alcançá-lo²²⁷⁷. A concepção de proporcionalidade subjacente ao raciocínio teleológico tornar-se-ia mais clara na atividade jurisdicional. Ela estaria presente numa demanda de responsabilidade civil na seguinte relação teleológica: “o fim que ele [o juiz] deseja atingir é a reparação do dano. O raciocínio finalista consistirá [...] em procurar os meios que lhe permitirão atingir esse resultado”²²⁷⁸. A concepção metodológica mais generalizada de proporcionalidade, contudo, encontrar-se-ia na conciliação judicial realizada entre os interesses de mesma estatura jurídica, como na oposição entre o direito de greve e a continuidade dos serviços públicos²²⁷⁹.

Semelhante convergência no uso da proporcionalidade poder-se-ia notar também em decisões do Conselho Constitucional que empregam o raciocínio teleológico para a proteção dos direitos e liberdades fundamentais²²⁸⁰. Exemplo disso estaria na evolução da jurisprudência constitucional francesa a respeito da isonomia; ela deixou de ser proibição

²²⁷⁵ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 241-242.

²²⁷⁶ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 243.

²²⁷⁷ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 244.

²²⁷⁸ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 242: “Le but qu’il veut atteindre, c’est la réparation du dommage. Le raisonnement finaliste va consister [...] à rechercher les moyens que lui permettront d’atteindre ce résultat”.

²²⁷⁹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 245-246.

²²⁸⁰ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 246.

de discriminação e se tornou dever de concordância mínima entre as discriminações estabelecidas e o fim perseguido²²⁸¹. O mesmo valeria para a conciliação de princípios constitucionais em confronto²²⁸² e para a interpretação conforme a constituição, chamada na França de “declaração de conformidade sob reserva”, quando se excluem alguns dos meios desproporcionais de lei que vise a promover fins lícitos²²⁸³.

. . . – *Funções políticas da proporcionalidade*

A indefinição da natureza da proporcionalidade ao longo da obra de PHILIPPE transmitiu-se às suas conclusões sobre as funções gerais ou políticas exercidas pela referida noção no sistema jurídico francês. As supostas funções políticas oscilam bastante.

A proporcionalidade seria instrumento a serviço de juízes administrativos, cuja vontade ultrapassaria as necessidades técnicas do contencioso²²⁸⁴. A proporcionalidade seria, nesse sentido, uma técnica especial de aprimoramento do controle de uma administração agigantada²²⁸⁵. “O controle de proporcionalidade representa muito mais um meio de adaptação das novas funções do Estado do que um verdadeiro contrapeso ao poder discricionário”²²⁸⁶. Donde a afirmação: “deve-se desfazer a impressão de que esse controle [...] constitua sistematicamente uma garan-

²²⁸¹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 247.

²²⁸² PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 247-248.

²²⁸³ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 248 e segs.

²²⁸⁴ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 454.

²²⁸⁵ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 456.

²²⁸⁶ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 482: “Le contrôle de proportionnalité représente donc d’avantage un moyen d’adaptation aux fonctions nouvelles de l’Etat q’un véritable contrepoids au pouvoir discrétionnaire”. Ora, se se cuida preferencialmente de técnica do exercício dos novos poderes administrativos, por que, então, defini-la como função de verificação do equilíbrio entre as porções de execução e de criação do direito? Cf. a nota 2225.

tia suplementar de defesa do cidadão”²²⁸⁷. Essa concepção quase gerencial da proporcionalidade, curiosamente, procura nas liberdades e garantias do cidadão, afirmadas sobretudo na Declaração de Direitos de 1789 seus sucedâneos normativos constitucionais, ao invés de experimentar semelhante fundamentação no poder do Estado. Eis aí uma contradição que parece irresolúvel na obra de PHILIPPE. As garantias do cidadão transformam-se em apoio normativo à técnica gerencial do Estado, que, em geral, provoca a vitória do poder público, no controle de proporcionalidade²²⁸⁸.

Isso explica, também, o paradoxo da afirmação de que a ausência da proporcionalidade seria a injustiça praticada pelo legislador e pelo administrador, ao passo que sua proclamação sem norma escrita no direito francês seria o exercício do poder arbitrário pela magistratura²²⁸⁹. A suposta conciliação parece duplamente enigmática. Não se entende, de um lado, por que não se construiu a proporcionalidade a partir do critério de justiça, do conceito de direito ou dos direitos fundamentais. Tampouco se compreende a defesa do exercício de poder ilegítimo pelo juiz administrativo; a circunstância da camuflagem no caso concreto não torna lícito algo que não se poderia proclamar como máxima – a vigência da proporcionalidade como norma geral do direito.

PHILIPPE resume: “a principal descoberta deste estudo será a da extensão insuspeita do controle de proporcionalidade”²²⁹⁰. Nisso também reside sua principal fraqueza: ao ver a proporcionalidade em todos os lugares e ao negá-la, o trabalho citado a priva de sentido útil; degrada-a quase a um lugar-comum de perfil indefinido²²⁹¹.

²²⁸⁷ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 482: “il faut se défaire de l'impression suivant laquelle ce controle [...] constitue systématiquement une garante supplémentaire de défense du citoyen”.

²²⁸⁸ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 484.

²²⁸⁹ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 489.

²²⁹⁰ PHILIPPE, *Proportionnalité*, p. 489: “La découverte principale de cette étude restera cette étendue insoupçonnée du contrôle de proportionnalité”.

²²⁹¹ Cf. a nota 1043, a respeito da observação de WIEACKER.

18.2 – A proporcionalidade constitucional alemã

A Alemanha reconheceu à proporcionalidade a estatura de norma constitucional após a Segunda Guerra Mundial.

Diversos fatores contribuíram para a formação e consolidação desse entendimento até o presente. A doutrina continuou a ser a fonte primordial da proporcionalidade, à semelhança dos períodos anteriores. Dois estudos merecem citação, por seu caráter emblemático. RUPPRECHT VON KRAUSS ressuscitou a idéia de proporcionalidade como norma geral do direito alemão, a partir das conferências de SVAREZ do século XVIII²²⁹². PETER LERCHE chamou a si a tarefa de garantir-lhe estatura constitucional, em obra tornada clássica²²⁹³. Ambos os autores entenderam ser a proporcionalidade um desdobramento necessário do sistema de direitos fundamentais da Lei Fundamental de 1949²²⁹⁴.

Mencione-se, também, a postura do Tribunal Constitucional Federal, cuja jurisprudência proclamou o *status* constitucional da proporcionalidade, ao longo da vigência da Lei Fundamental de 1949. O Tribunal referido sempre teve a proporcionalidade como prescrição implícita à Constituição. Um de seus julgados mais citados afirma: “na República Federal da Alemanha, o princípio da proporcionalidade tem estatura constitucional. Ele resulta do princípio do Estado de direito; no fundo, da essência mesma dos direitos fundamentais”²²⁹⁵.

²²⁹² A obra intitula-se *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, de 1955. Sobre a concepção de VON KRAUSS, cf., por todos, HIRSCHBERG, *Verhältnismäßigkeit*, p. 8.

²²⁹³ REMMERT, *Übermaßverbot*.

²²⁹⁴ Essa alternativa de fundamentação da proporcionalidade no direito positivo alemão parece repetir a evolução histórica anglo-americana da idéia – cf. o item 14.3 e, em especial, o item 14.5. O resultado já era, aliás, de se esperar, porque VON KRAUSS divisa os antecedentes da proporcionalidade na Magna Carta e, de modo mais enfático, no *Bill of Rights*.

²²⁹⁵ Decisão constante da coletânea *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, abreviadamente conhecida por *BVerfGE*, vol. 19, p. 348, *apud* HIRSCHBERG,

A construção atual da proporcionalidade parece atestar a correção filosófica, antropológica e histórica do ponto de vista de que aquela diretiva jurídica representa o modo pelo qual as culturas estruturadas buscam conciliar ambas as modalidades de extraposição ética que as compõem: de um lado, a racionalidade discursiva e o conceito de direito como meio de organização social e, de outro, a proteção da pessoa humana, uma secularização de categoria oriunda da religião judaica e exacerbada na teologia cristã²²⁹⁶.

18.3 – A proporcionalidade no Brasil

A proporcionalidade no Brasil assume grande relevância após a vigência da nova Constituição, malgrado se possam indicar precedentes excepcionais na doutrina²²⁹⁷ e na jurisprudência em período anterior²²⁹⁸.

A existência e a estatura constitucional da proporcionalidade tornaram-se lugares-comuns no direito brasileiro após 1988. Especialmente

Verhältnismässigkeit, p. 1: “In der Bundesrepublik Deutschland hat der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verfassungsrechtlichen Rang. Er ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst” – cf. a nota 2294.

²²⁹⁶ Nem a eventual procedência das muitas críticas ao entendimento da proporcionalidade vigente na Alemanha afeta a tese que se pretendeu demonstrar neste trabalho, pois seus pontos de vista são diferentes. As objeções à doutrina mencionada e à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal legitimam-se como reservas de direito positivo à fundamentação da proporcionalidade, enquanto a ótica aqui privilegiada é a de sua evolução cultural, independentemente de sua correção diante dos pressupostos normativos de determinada ordem jurídica em particular. Por outras palavras, o fenômeno cultural da proporcionalidade no direito continua de pé, a despeito de sua fundamentação eventualmente contrariar normas dos sistemas que a consagram.

²²⁹⁷ Cf., em especial, os autores influenciados pelo devido processo legal norte-americano, como BITAR, SANTIAGO DANTAS e SAMPAIO DÓRIA, citados na bibliografia.

²²⁹⁸ Acerca de precedentes escassos que, contudo, jamais mencionaram a proporcionalidade, cf. GILMAR MENDES, *Direitos*, p. 72 e segs.

a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal elaborada sob a nova Constituição parece indicar os pontos de amarra da proporcionalidade em nossa ordem jurídica – o devido processo legal substancial anglo-americano e a idéia de proporcionalidade do direito alemão, desdobrada nos três imperativos tradicionais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito²²⁹⁹.

Bem, alcança-se assim uma região da proporcionalidade, cuja cartografia superabundante dispensa aprofundamento, no âmbito deste trabalho²³⁰⁰.

É hora, portanto, das despedidas ao leitor, que se fazem com as conclusões seguintes.

²²⁹⁹ ALEXANDRE COSTA, *Razoabilidade, passim*. O acórdão proferido pelo STF na Intervenção Federal 2.915 parece o mais emblemático nesse sentido, na medida em que seu relator, Min. GILMAR MENDES, fez constar de seu voto que o “conflito de princípios constitucionais” haveria de ser resolvido por meio do “princípio constitucional da proporcionalidade [...], também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição de excesso”, que “constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer o ‘limite do limite’ ou uma ‘proibição de excesso’ na restrição desses direitos. [...] Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito”.

²³⁰⁰ Cf. a nota 13.

19 – Conclusões

Ensaiam-se a seguir aquelas que parecem as conclusões baseadas nas premissas deste trabalho.

19.1 – A proporcionalidade como o *Aleph* jurídico estruturado

O desfecho do estudo sinépico da proporcionalidade nos direitos estruturados muito se assemelha à experiência narrada por JORGE LUIS BORGES ao se deparar com o *Aleph*: “senti vertigem e chorei, porque meu olhos haviam visto esse objeto secreto e conjectural, cujo nome usurpam os homens, mas que nenhum homem mirou: o inconcebível universo”²³⁰¹:

“Chego, agora, ao inefável centro de meu relato; começa, aqui, meu desespero de escritor. Toda a linguagem é um alfabeto de símbolos cujo exercício pressupõe um passado que os interlocutores compartilham; como transmitir aos outros o infinito Aleph, que minha temerosa memória apenas abarca? Os místicos, em transe análogo, prodigalizam os emblemas: para significar a divindade, um persa fala de um pássaro que de algum modo é todos os pássaros; Alanus de Insulis, de uma esfera cujo centro está em todas as partes e a circunferência em nenhuma; Ezequiel, de um anjo de quatro faces que a um tempo se dirige ao Oriente e ao Ocidente, ao Norte e ao Sul. (Não em vão rememoro essas inconcebíveis analogias; alguma relação têm com o Aleph.) Talvez, os deuses não me negariam o achado de uma imagem equivalente, mas este informe permaneceria contaminado de literatura, de falsidade. Ademais, o problema central é irresolúvel: a enumeração, nem sequer parcial, de um conjunto infinito. Nesse instante gi-

²³⁰¹ BORGES, *Aleph*, p. 626: “... sentí vértigo y lloré, porque mis ojos habían visto ese objeto secreto y conjectural, cuyo nombre usurpan los hombres, pero que ningún hombre há mirado: el inconcebível universo”.

gantesco, vi milhões de atos deleitáveis ou atrozes; nenhum me assombrou como o fato de que todos ocupavam o mesmo ponto, sem superposição e sem transparência. O que viram meus olhos foi simultâneo: o que transcreverei, sucessivo, porque a linguagem assim o é. Algo, sem embargo, recolherei.

“... vi uma pequena esfera tornasolada, de quase intolerável fulgor. No princípio, eu a cri giratória; logo compreendi que esse movimento era uma ilusão causada pelos vertiginosos espetáculos que encerrava. O diâmetro do Aleph seria de dois ou três centímetros, mas o espaço cósmico estava ali, sem diminuição de tamanho. Cada coisa (a face de um espelho, digamos) era infinitas coisas, porque eu claramente a via desde todos os pontos do universo”²³⁰².

Assim, a proporcionalidade pode ser traduzida pela imagem do *Aleph* jurídico das sociedades estruturadas contemporâneas. Talvez essa definição pareça demasiado literária a quem se interesse apenas por con-

²³⁰² BORGES, *Aleph*, p. 624-625: “Arribo, ahora, al inefable centro de mi relato; empieza, aquí, mi desesperación de escritor. Todo lenguaje es un alfabeto de símbolos cuyo ejercicio presupone un pasado que los interlocutores comparten; ¿como transmitir a los otros el infinito Aleph, que mi temerosa memoria apenas abarca? Los místicos, en análogo trance, prodigan los emblemas: para significar la divinidad, un persa habla de un pájaro que de algún modo es todos los pájaros; Alanus de Insulis, de una esfera cuyo centro está en todas las partes y la circunferencia en ninguna; Ezequiel, de un ángel de cuatro caras que a un tiempo se dirige ao Oriente y al Occidente, al Norte y al Sur. (No en vano rememoro esas inconcebibles analogías; alguna relación tienen con el Aleph.) Quizá los dioses no me negarían el hallazgo de una imagen equivalente, pero este informe quedaría contaminado de literatura, de falsedad. Por lo demás, el problema central es irresoluble: la enumeración, siquiera parcial, de un conjunto infinito. En esse instante gigantesco, he visto millones de actos deleitables o atroces; ninguno me asombró como el hecho de que todos ocuparan el mismo punto, sin superposición y sin transparencia. Lo que vieron mis ojos fué simultáneo: lo que transcribiré, sucesivo, porque el lenguaje lo es. Algo, sin embargo, recogeré. [...] vi una una esfera tornasolada, de casi intolerable fulgor. A principio la crí giratoria; luego comprendi que ese movimiento era una ilusión producida por los vertiginosos espetáculos que encerraba. El diámetro del Aleph sería de dos o tres centímetros, pero el espacio cósmico estaba ahí, sin disminución de tamaño. Cada cosa (la luna del espejo, digamos) era infinitas cosas, porque yo claramente la veía desde todos los puntos del universo”.

ceitos jurídicos estritos. Eventual objeção dessa natureza, entretanto, não parece comprometer a utilidade da imagem extraída do conto de BORGES.

A redução do emprego das categorias jurídicas positivas ao indispensável não é defeito, mas característica intencional do método desta dissertação: uma análise sinépica da noção de proporcionalidade no direito²³⁰³. O presente trabalho não pretende ser estudo de direito positivo, nem de direito comparado; nele se investigam, sobretudo, as condições de possibilidade cultural – sinépicas – do estabelecimento e desenvolvimento da proporcionalidade jurídica. Ora, a sinépica aconselha a compreensão dos objetos culturais no contexto do modo de pensar que os gerou, ao invés de tentar compreender o outro, impondo-se-lhe nossos conceitos²³⁰⁴. O minimalismo de conceitos jurídicos é, pois, uma característica deliberada deste trabalho, e não propriamente um defeito. A mesma idéia pode ser expressa de maneira analítica. A comparação de nosso tema ao “objeto secreto e conjectural” descrito por BORGES não deve causar estranheza, pois se harmoniza com as premissas de FIKENTSCHER aqui adotadas. Com efeito, não parece haver maiores problemas em se utilizar a literatura para auxiliar a compreensão do direito, uma vez que ambos são objetos culturais e, portanto, integram o mesmo modo de pensar. A proporcionalidade compõe o direito estruturado, assim como o conto mencionado se insere na tradição da literatura estruturada. Logo, uma narrativa ficcional de um modo de pensar pode auxiliar na compreensão do direito – do método para concretizar o valor justiça – desse mesmo modo de pensar²³⁰⁵. Essa conclusão também decorre da observação de BORGES, para quem a metafísica é um ramo da literatura fantástica²³⁰⁶. Ora, se “o método jurídico nasce no momento em que a busca pela justiça se serve do pensamento e, com isso, da lin-

²³⁰³ Os conceitos indispensáveis encontram-se na nota 13.

²³⁰⁴ Cf. o item 7.

²³⁰⁵ Cf. a nota 69.

²³⁰⁶ BORGES, *Tlön*, p. 436: “Juzgan [los metafísicos de Tlön] que la metafísica es una rama de la literatura fantástica”.

guagem”²³⁰⁷, como se lê em FIKENTSCHER, a ciência jurídica também pode ser pensada como um ramo da literatura. Aliás, com dupla razão, pois é literatura especializada escrita a respeito da linguagem posta a serviço da justiça...

O emprego de imagem literária parece legitimado, ademais, pelo fato de que os conceitos jurídicos são incapazes de exprimir a contento o grau de interação das noções básicas da estruturação social no interior da proporcionalidade. As categorias da ciência do direito são demasiado imperfeitas para traduzir os “vertiginosos espetáculos” produzidos no interior do *Aleph* jurídico da proporcionalidade pelos elementos essenciais do pensamento estruturado: o tempo e a história como fluxo composto de pretérito, presente e futuro; a perspectiva; a causalidade aguçada; o saber sistemático; a ética extraposta e a pessoa como individualidade única provida de dignidade. A incapacidade dos conceitos jurídicos de expressar essa dinâmica da proporcionalidade repete a dificuldade registrada por EMMA BRUNNER- TRAUT em outras ciências: nossas definições jurídicas também são perspectivistas e, por isso, têm as virtudes e as fraquezas desse modo de pensar o mundo²³⁰⁸. A imagem de qualquer objeto como um conjunto orgânico somente pode ser obtida em perspectiva. A perspectiva, entretanto, faz jus ao todo, à custa da distorção de suas partes internas²³⁰⁹. Ou, nas palavras de BORGES, “um sistema não é outra coisa senão a subordinação de todos os aspectos do universo a qualquer um deles”²³¹⁰. O resultado assim obtido é insatisfatório. Daí por que BRUNNER-TRAUT afirma a necessidade da combinação das óticas perspectivista e aspectivista na ciências contemporâneas²³¹¹. A perspectiva informa-nos algo sobre o todo, a partir de um único ponto de vista, num dado momento. O saber perspectivista assim adquirido deve, ain-

²³⁰⁷ Cf. a nota 69.

²³⁰⁸ Cf. as notas 234, 766, 767 e 1578; enfaticamente, cf. a penúltima delas.

²³⁰⁹ Cf. as notas 189 a 194.

²³¹⁰ BORGES, *Tlön*, p. 436: Saben que un sistema no es otra cosa que la subordinación de todos los aspectos del universo a uno cualquiera de ellos”.

²³¹¹ Cf. a nota 767.

da, ser associado ao aspectivista, que nos enumera as diversas partes e os momentos em que o fenômeno se decompõe, para que dele tenhamos idéia mais fiel. O *Aleph* de BORGES é a intuição e a resposta a esse problema, na forma de imagem. À falta de equivalente no direito, experimentou-se trabalhar aqui com os modos perspectivos e aspectivos de se ver um objeto cultural, fundado nos modos de pensar e na Sinépéia de FIKENTSCHER, à semelhança do conceito de complementaridade física de NIELS BOHR²³¹². As centenas de páginas antecedentes são o experimento dessa idéia²³¹³. Nelas se listaram, de início, os componentes aspectivos do objeto estudado, extraídos dos modos de pensar²³¹⁴, para, depois, ver sua dinâmica sinépéica, em diversas perspectivas históricas²³¹⁵.

Espera-se que o estudo da proporcionalidade tenha ilustrado a contento a idéia. Resta, pois, relembrar como as características fundamentais do pensamento das culturas estruturadas se aglutinam e interagem superlativamente nesse *Aleph* jurídico, produzindo “vertiginosos espetáculos” em seu interior. LEISNER, não por acaso, indaga criticamente se a proporcionalidade não seria a expressão técnica das moder-

²³¹² *Apud* BRUNNER-TRAUT, *Erkennen*, p. 168.

²³¹³ BRUNNER-TRAUT nota: “à imagem da partícula [nuclear], liga-se uma localização espacial precisa; à imagem da onda [de elétrons], liga-se um movimento de expansão precisamente mensurável. O real ou, se se preferir, o todo a ser apreendido [...] somente surge diante da vista ‘aspectivamente’. Ele é mais e diverso do que a unidade registrada. Ele tampouco é a mera soma de ambos, mas deve ser complementarmente entendido” (“Mit dem Teilchenbild ist ein präzise räumlich Lokalisierung verbunden, mit dem Wellenbild eine exakte meßbare Ausbreitungsbewegung. Das Wirkliche, wenn man will, das Ganze, das physikalische wahrzunehmen ist, kommt erst ‘aspektivisch’ in den Blick. Es ist mehr und anderes als jeweils nur das eine, das registriert wurde. Es ist aber nicht nur die schlichte Summe von beiden, sondern ‘komplementär’ zu verstehen”). Diria que apenas a sobre-soma estruturada permite a visão do todo. Eis aí a fusão de conceitos.

²³¹⁴ Isso se encontra na parte “geral do trabalho”, isto é, nos modos de pensar e na sinépéia – cf. o item 5.

²³¹⁵ Nisso consiste a “parte especial” da dissertação, ou seja, na aplicação das partes aspectivas aos diversos momentos históricos ou cortes epistemológicos dinâmicos da perspectiva – cf. os itens 11 a 18.

nas sociedades ocidentais para a antiga noção de justiça: “*Estado da ponderação: proporcionalidade como justiça?*”²³¹⁶.

19.2 – A estruturação como modo de pensar indispensável à idéia de proporcionalidade

As sociedades estruturadas, recorde-se, caracterizam-se pela existência de aguçadas noções de tempo e de causalidade, sistema, perspectiva, extraposição ética e presença de relações transversais entre seus membros²³¹⁷. Somente nesse modo de o homem pensar a si mesmo e o mundo que o cerca existe a possibilidade de se pensar no objeto deste estudo.

. . – *Tempo linear e aguçado sentido histórico*

Apenas as ordens jurídicas “dinâmicas”²³¹⁸, ou seja, aquelas cujas culturas admitem a existência de mudanças históricas e se modificam em sua decorrência parecem elaborar juízos sobre a adequação, a necessidade e a proporcionalidade do meio empregado para a obtenção de certo fim²³¹⁹. As sociedades que negam o tempo ou o pensam em termos de

²³¹⁶ Esse é o sugestivo título da monografia publicada em 1997: “*Der Abwägungsstaat: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*”.

²³¹⁷ Cf. o item 6.3.2.

²³¹⁸ REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 8. Em sentido aproximado nesse sentido, cf. HIRSCHBERG, *Verhältnismässigkeit*, p. 2-3. Embora se discorde, aqui, da conclusão da mencionada autora, quanto à impossibilidade da existência de proporcionalidade no curso da Idade Média. A propósito da segunda afirmação, cf. o item 13. Naquela oportunidade, buscou-se demonstrar o equívoco de negar a proporcionalidade a partir de marco histórico, como a Idade Média, pois o decisivo para tanto é a vigência de mentalidade estruturada ou fragmentada no ponto.

²³¹⁹ A respeito da noção geral dessa característica do modo de pensar estruturado, cf. o item 6.3.2. Tentar-se-á a seguir demonstrar como se estabelece a dependência da proporcionalidade em relação a esse componente específico das sociedades estruturadas.

eternidade estática não costumam questionar o *status quo* nelas vigente, nem muito menos os meios jurídicos ali usados na consecução das finalidades imutáveis. A função do direito, ao contrário, resume-se à legitimação do domínio político e à manutenção das funções sociais das pessoas, tal como definidas no passado. O pretérito deve ser reproduzido sem questionamento.

As sociedades estruturadas dispõem de aguçada consciência histórica, no sentido de que o ser humano se vê – eis a perspectiva – diante de três momentos – pretérito, presente e futuro – e, assim, está em posição de compará-los e optar teleologicamente²³²⁰ pela manutenção ou reforma do atual estado de coisas²³²¹. A concepção “dinâmica” da ordem jurídica, requerida por REMMERT para a proporcionalidade, nada mais é do que a aplicação do conceito estruturado de tempo-história ao direito. Enquanto a ordem e os fins sociais se resumem à conservação de *status quo* atemporal, ainda que ficto, não se pensam meios diversos do tradicional para obtenção dos velhos resultados, nem, muito menos, se criam novos propósitos. A imutabilidade, real ou presumida, das relações tende a impedir a crítica às relações tradicionais entre instrumento e objetivo. Tão-somente a noção de história que situe os acontecimen-

²³²⁰ Não nos esqueçamos de que a teleologia é o antecedente teórico da causalidade – cf. as notas 100 a 113. Exatamente em virtude dessa implicação entre a história e a teleologia, FIKENTSCHER demonstrou que o pensamento evolutivo e completamente histórico se inicia com JHERING e, não, com SAVIGNY. Ao último dos mencionados expoentes do pensamento jurídico, faltaria o momento prospectivo do direito, reintroduzido nos sistemas continentais pela descoberta do elemento teleológico daquelas ordens jurídicas: apenas a admissão de novos fins no direito provocou a descoberta da força motriz interna dos sistemas codificados, que, em aparência, negam o tempo. A esse propósito, cf. PALMER e G. HUSSERL, na nota 1834. A respeito da contribuição de JHERING, cf. FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 3, p. 187, e vol. 4, p. 61 e segs. Para JHERING, a finalidade seria o motor do desenvolvimento das ordens jurídicas, até então suspensas no tempo por meio de sua redução à forma escrita dos códigos (FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 3, p. 250 e segs). O futuro seria igual ao presente. Ao usar a teleologia como ponte, JHERING foi capaz de reconciliar o direito, mesmo o legislado, com a história (FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 3, p. 250 e segs).

²³²¹ Cf. o item 6.3.2.

tos passados, atuais e vindouros numa mesma linha temporal progressiva permite avaliar a escolha atual como uma – e não a – opção de equilíbrio entre duas grandezas.

As sociedades fragmentadas, por isso, não se revelam suficientemente interessadas no conceito estruturado de proporcionalidade jurídica. O tempo cíclico egípcio, destinado a “esfriar” eventuais mudanças, trancando-as fora da sociedade, propositalmente realçava a continuidade e imutabilidade daquela civilização, até mesmo com o recurso de apagar as rupturas. Logo, quem vivia sob aquele poderoso *chronotop* carecia do estímulo para pensar alternativas etológicas tanto para os meios usados na consecução dos velhos fins, quanto para criar ou descobrir novas finalidades. A proporcionalidade demanda perspectiva para variadas possibilidades de se alcançar certo objetivo. Demanda a posse de repertório de alternativas etológicas, obténível com a catalogação de eventos em sucessão no tempo, ou seja, no curso da história. Contudo, não há como elaborar semelhante coletânea, acaso o tempo seja socialmente construído com base na imutabilidade ou nos eternos ciclos existenciais no mesmo horizonte, ainda que com papéis pessoais intercambiados, como nas infindáveis reencarnações industânicas. De modo similar, a reunião do mencionado repertório de alternativas etológicas tampouco se mostra factível, quando se eterniza o presente, ao transformá-lo num devenir infinito, em que dissolvidos ou ignorados o pretérito e o futuro.

A proporcionalidade requer história e perspectiva como bases para a comparação de alternativas etológicas tanto de novos meios para se alcançarem velhos fins, quanto de novos objetivos, que, por sua vez, demandarão instrumentos equilibrados para sua consecução.

. . – *Causalidade aguçada*

A conclusão de que a atual idéia jurídica de proporcionalidade pressupõe o modo de pensar estruturado também parece resultar da

análise de outra característica fundamental da estruturação: a causalidade²³²².

A filosofia de HERÁCLITO predominou no Ocidente, ao postular a existência do *logos*, um princípio que informa e explica a natureza e pode ser racionalmente compreendido²³²³. O *logos* gerou, entre outros produtos, a causalidade. Pouco importa aos fins deste trabalho que a noção de causalidade como conexão físico-química inevitável entre dois eventos tenha sido posteriormente questionada sob vários impulsos. As culturas estruturadas vivem sob sua repercussão histórica. BERKELEY, HUME e KANT a definiram como “relação” mental entre dois eventos²³²⁴; relatam-se desde o fundador do Criticismo, leis naturais a ligar dois eventos simultâneos²³²⁵ e a física subatômica traz à cena a noção de “causalidade estatística”²³²⁶. As sociedades estruturadas assentam seu modo de pensar na definição de causalidade que se pode emprestar de KANT: “a dignidade da síntese da causa e efeito, que não se pode em absoluto expressar empiricamente, está em que o efeito não apenas advém da causa, mas também que é produzido *por* ela e resulta *dela*”²³²⁷.

²³²² A respeito da noção geral dessa característica do modo de pensar estruturado, cf. o item 6.3.4. A seguir, tentar-se-á demonstrar como se estabelece a dependência da proporcionalidade em relação a esse componente específico das sociedades estruturadas.

²³²³ Cf. a nota 907 e segs.

²³²⁴ MARIO BUNGE, *Causality*, p. 5.

²³²⁵ KANT, *apud* LALANDE, *Vocabulaire*, p. 130, e KELSEN, *Sociedad*, p. 391, com outros exemplos da física moderna.

²³²⁶ KELSEN, *Sociedad*, p. 393.

²³²⁷ Óbvio e felizmente, sem precisar discutir se se trata de relação mental ou de conexão física. Eis o texto de KANT, *apud* LALANDE, *Vocabulaire*, p. 130: “Daher der Synthesis der Ursache und Wirkung auch eine Dignität anhängt, die man gar nicht empirisch ausdrücken kann, nämlich, dasz die Wirkung nicht bloss zu der Ursache hinzukomme, sondern *durch* derselbe gesetzt sei, und *aus* ihr erfolgte”. Eis outras formulações reproduzidas por KANT do mesmo princípio: “princípio da criação: tudo o que acontece (que se inicia) pressupõe algo que segue uma regra. [...]. Princípio da sucessão temporal segundo a lei da causalidade: todas as modificações acontecem de acordo com a lei da causa e efeito”, *apud* LALANDE, *Vocabulaire*, p. 127 (“Grundsatz der Erzeugung: Alles, was geschieht (anhebt zu sein) setzt etwas

ERNST NAGEL demonstra ser a teleologia um dos quatro tipos mais comuns de causa²³²⁸. A teleologia – presente na proporcionalidade na idéia de meios equilibrados à obtenção de um fim – tem pressuposto semelhante ao da causalidade. A teleologia considera a inserção de certo evento num sistema, a partir de suas conseqüências, ao passo que a causalidade a examina, do ponto de vista de seus fatos antecedentes²³²⁹. Assim, no pensamento teleológico, pensam-se diversas conseqüências de determinada causa, mas apenas uma delas interessa ao observador; já na causalidade, admite-se a existência de vários antecedentes de determinada conseqüência, conquanto apenas uma delas interesse na linha de consideração²³³⁰. Mais importante do que isso parece ser a arguta observação de LUHMANN no sentido de que a teleologia implica um recorte no leque de possibilidades oferecido pela concepção de causalidade: “a função de orientação de meio/fim não se deixa revelar num único traço. Ao contrário, devem-se distinguir duas questões a serem, contudo, respondidas conjuntamente no mesmo contexto. A primeira e fundamental delas é: qual o sentido, afinal, há em se interpretar causalmente a unidade do agir experimentada naturalisticamente, isto é, como diferença entre causa e efeito? Somente quando essa questão estiver respondida, e apenas em relação a essa resposta, pode-se formular a segunda, de qual

voraus, worauf es nach einer Regel folgt. [...]. “Grundsatz der Zeitfolge nach dem Gesetze der Causalität: Alle Veränderungen geschehen nach dem Gesetze der Ursache und Wirkung”). Nota-se, sobretudo no último dos princípios, a estreita pertinência com a noção temporal das sociedades estruturadas, da flecha irreversível disparada rumo ao futuro – cf. itens 6.3.2 e 19.2.1. Impossível pensar em causa e efeito, em especial se entre ambos se interpõe período longo, nas culturas de tempo cíclico ou da fusão do pretérito, presente e futuro no agora eterno.

²³²⁸ NAGEL, *Explanation*, p. 15-16. No mesmo sentido, a arguta observação de LUHMANN, *Zweckbegriff*, 23, transcrita no nota 935.

²³²⁹ NAGEL, *Explanations*, p. 24: “Teleological explanations of this sort [of physical and biological sciences] account for a component part of process in terms of the *consequences* for a given system resulting from the presence of the component. On the other hand, causal explanations account for the occurrence or maintenance of some feature of a system in terms of *antecedent* events or processes”.

²³³⁰ NAGEL, *Explanations*, p. 24-25.

sentido há em se caracterizarem determinados (e não todos os) efeitos do agir como ‘fim’, e o agir, ao contrário, como meio”²³³¹. No que interessa aos direitos esturados, FIKENTSCHER notou com precisão: “o ser humano ‘ocidental’ está acostumado a contemplar qualquer problema que lhe diga respeito alternativamente sob dois pontos de vista; de um lado, o da causa e efeito e, de outro, o da livre decisão. Pensamentos causal e final dominam a cultura ‘ocidental’”²³³².

Ora, a proporcionalidade é precisamente a combinação de ambos os pensamentos que dominam o Ocidente estruturado, isto é, da causalidade com a finalidade: a relação lógica de causa e efeito serve à teleologia de proteção da pessoa, definida como o ser moral dotado de liberdade e, por isso, dignidade²³³³.

Tome-se o primeiro e mais evidente degrau da proporcionalidade – a adequação – como exemplo de sua incompatibilidade com o modo de pensar fragmentado. Determinado meio é inadequado quando prejudicar ou se mostrar anódino, em relação ao fomento de determinada finalidade realizada à custa dos direitos da pessoa²³³⁴. Culturas dedicadas a enumerar regularidades empíricas, mas desinteressadas na correlação de dois eventos por meio do *logos*, como ocorre com as antigas culturas

²³³¹ *Zweckbegriff*, p. 23: “Die Funktion der Zweck/Mittel-Orientierung läßt sich nicht allerdings mit einem Zuge enthüllen. Vielmehr müssen zwei Fragen unterschieden, aber doch im Zusammenhang miteinander beantwortet werden. Die erste und grundlegende lautet: Welchen Sinn hat es überhaupt, die natürlich-erlebte Geschenseinheit des Handel kausal, also als Differenz von Ursache und Wirkung, auszulegen? Erst wenn diese Frage beantwortet ist, und nur in bezug auf die Antwort, kann die zweite gestellt werden, welchen Sinn es hat, bestimmte (aber nicht alle) Wirkungen des ursächlichen Handels als ‘Zweck’, dieses selbst dagegen als ‘Mittel’ auszuzeichnen”.

²³³² FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. I, p. 338: “Der ‘westliche’ Mensch ist gewohnt, jedes ihn betreffende Problem alternativ unter zwei Gesichtspunkten zu betrachten, einmal unter dem von Ursache und Wirkung und zum anderen unter dem Gesichtspunkt der freien Entscheidung. Kausales und finales Denken beherrschen den ‘abendländischen’ Kulturkreis”.

²³³³ Cf. o item 15.3.4.2.

²³³⁴ Cf. a nota 13.

superiores, não divisam em determinado dever o meio tendente à obtenção de certo fim. Com muito mais razão, tais civilizações tampouco constroem o imperativo de proscrição de meios prejudiciais ou mesmo anódinos em relação a certo fim. Quem vive no mundo da causalidade mágica, ainda que disposta em fileiras de normas jurídicas, não pensa em termos lógicos requeridos pela proporcionalidade²³³⁵.

Tampouco as culturas fragmentadas oferecem espaço à proporcionalidade. Sua noção temporal, que funde os três aspectos do tempo ocidental – pretérito, presente e futuro – numa dimensão infinita parece alheia à causalidade. A noção de proporcionalidade moderna descende da causalidade científica compreendida, bem ou mal, em termos de dois momentos: a ação no momento antecedente – a causa – gera determinado efeito. A adoção de certa medida jurídica resulta numa consequência posterior, com perdão pelo pleonasma – é o “princípio da sucessão temporal segundo a lei da causalidade”²³³⁶. Nas culturas da eternidade no presente ou de tempos cíclicos, a noção de causalidade se esvai. Portanto, a proporcionalidade jurídica nelas não encontra suporte, pois não lhes interessam as idéias de meio presente para alcançar finalidade futura.

A inexistência da proporcionalidade em ordens jurídicas orientais também parece compreensível no contexto mais amplo da fragmentação intencional – dispersão – daquelas culturas, com reflexos imediatos na

²³³⁵ Cf. BOUZON, *Hamurabi*, p. 47. Assim, o Código de Hamurabi, paradigmático dessas culturas fragmentadas, dispõe: “se um *awilum* [homem livre] lançou contra um (outro) *awilum* (uma acusação de feitiçaria) mas não pôde comprovar: aquele contra quem foi lançada (a acusação de) feitiçaria irá ao rio e mergulhará no rio. Se o rio o dominar, seu acusador tomará para si sua casa. Se o rio purificar aquele *awilum* e ele sair ileso: aquele que lançou sobre ele (a acusação de feitiçaria) será morto e o que mergulhou no rio tomará para si a casa de seu acusador”. Apenas a causalidade mítica explica a convivência, nesse mesmo sistema, da noção de culpa e da magia. Sobre normas penais babilônicas apoiadas na culpabilidade, cf. BOUZON, *Hamurabi*, p. 122, 139, 140, 142, 142, 144, 147, 148, 193 e segs, por exemplo.

²³³⁶ A proporcionalidade demonstra o acerto da afirmação de FIKENTSCHER de que cada direito positivo representa o método de realização de determinada filosofia – cf. a nota 2327.

noção de causa e efeito. A proporcionalidade reflete, no campo jurídico, a relação entre a categoria da causalidade e a inteireza de determinado modo de pensar²³³⁷. Examine-se o tema à luz, por exemplo, da conclusão mais geral de ALBERT SCHWEITZER sobre as filosofias nascidas na Índia. As correntes filosóficas indianas mostrar-se-iam contraditórias no particular da causalidade, porque oscilam entre a negação e a afirmação do mundo, conquanto tenham muitos outros méritos²³³⁸. O ponto fraco do pensamento indiano residiria no artificialismo da negação do mundo, que sempre estaria na contingência de fazer concessões à realidade. A “pressão da ética”, por exemplo, forçaria as escolas filosóficas indianas a abdicarem do postulado básico do caráter ilusório do mundo²³³⁹. A “ética”, sublinha SCHWEITZER, é “a afirmação mais profunda do mundo”²³⁴⁰. As diversas filosofias dispersas concebidas na Índia formularam idéias correlatas à causalidade dos primórdios da filosofia ocidental²³⁴¹. Também elas pensaram as leis regentes do universo com base na extrapolação do princípio social da retribuição; de modo mais específico, todas se sustentam no *karman* – a “lei universal da causalidade moral”. A comunhão da origem da lei da causalidade permitiria supor, assim, a possibilidade da existência da proporcionalidade mesmo naquelas civilizações, pois dispõem da noção de causa e efeito a unir dois eventos. Isso, contudo, seria equívoco. Muito embora as culturas dispersas tenham concebido noção de causalidade similar ao pensamento ocidental,

²³³⁷ Cf. o item 6.

²³³⁸ SCHWEITZER, *Indie*, p. 218 e segs. Seria equivocado supor que SCHWEITZER somente realçaria as dificuldades da filosofia mencionada. Ele expressamente assevera, *Indie*, p. 219, que a filosofia indiana e a européia são, ambas, incompletas e insuficientes, cada qual à sua maneira. Como sinal de grandeza daquele gênero de pensamento, SCHWEITZER enfatiza, por exemplo, a idéia básica do pensamento indiano de que a finalidade última do homem seria a união espiritual com o infinito. A propósito dessa e de outras qualidades das correntes filosóficas cuja origem se situa na Índia, cf. o próprio balanço realizado pelo autor citado, *Indie*, p. 218 e segs.

²³³⁹ SCHWEITZER, *Indie*, p. 218.

²³⁴⁰ SCHWEITZER, *Indie*, p. 219: “l'éthique, qui est la affirmation du monde la plus profonde”.

a repercussão histórica dessa idéia foi amortecida pelo contexto fragmentado. Assim, o Bramanismo postula a existência de lei de causa e efeito aleatória que, ademais, parece comungar da natureza meramente ilusória do restante do universo, exceto pelo eu absoluto, Brahman. O objetivo do sábio consiste em extinguir as “sementes” do *karman*, fazer cessar a roda infinita de reencarnações e permitir, assim, que o iluminado se liberte da lei da causalidade social ou retribuição²³⁴², posteriormente aplicada por analogia ao cosmos. O Jainismo, a Yoga e o Budismo, com variações, cultivam a idéia de *karman* e, por isso, prescrevem algum método para destruir as sementes do infinito regresso à Terra em diversas vidas. Seria espantoso nesse pano de fundo filosófico que as culturas dispersas dedicassem à deusa da causalidade altares semelhantes aos que o pensamento ocidental lhe devota. Assim como nenhum teólogo cristão contemporâneo deve lembrar com insistência aos fiéis da existência dos ditos sete pecados capitais, tampouco se pode esperar dos filósofos das civilizações dispersas vivo interesse pelos elementos da causalidade subjacente à doutrina do *karman*. Basta-lhes postular a existência da causalidade moral, subjacente ao *karman*. Os esforços dessas filosofias orientam-se no sentido inverso, ou seja, na pesquisa e exposição dos métodos conducentes à libertação dessa lei. A causalidade oriental somente pode merecer um estatuto subalterno, em face das premissas de que os integrantes das culturas dispersas são aconselhados à introspecção como método de comungar com o infinito e de que a filosofia nelas predominante prega a irrealidade do mundo e, no limite budista, a própria idéia de causação social. Somente a partir desse quadro geral das sociedades dispersas parece advir a explicação pela qual a proporcionalidade nelas não vingou, considerada, agora, apenas a perspectiva da causação.

A intencional irrelevância filosófica da causalidade do Oriente fez com que seu pensamento tomasse rumos diversos do ocidental, a partir

²³⁴¹ Cf. as notas 754 e 759 especificamente sobre as noções de causalidade no Hinduísmo, Jainismo e Budismo.

²³⁴² A qualidade da vida futura se mede pela atitude na presente.

do período de nascimento da noção do cosmos regido por leis infalíveis. Essa separação deu-se ainda quando a causalidade transitava entre a causalidade mágica e a abstração do princípio da retribuição social, ou seja, quando se conceberam leis por natureza infalíveis ou, pelo menos, cujo desrespeito importava sempre, sem exceção, a sanção destinada a repor as coisas a seus devidos lugares. A filosofia pré-socrática desenvolveu-se, não por coincidência, no mesmo período histórico do Budismo, ou seja, bem no centro da Era Axial²³⁴³. A pesquisa da causalidade para as culturas dispersas será sempre o contra-senso, por implicar a dedicação do pensador a respeito justamente do conceito a ser superado: extinta a causalidade do *karman*, ele poderá integrar-se ao eu universal. Nesse pano de fundo, esmaece-se a necessidade de saber se a causalidade se define como ilusão, álea ou irrelevância, pois o importante é transcendê-la. Parece correto concluir pela inexistência da proporcionalidade nas ordens intencionalmente fragmentadas, as dispersas, pois essa noção jurídica reentrou nos ordenamentos jurídicos continentais pelo artifício do decalque das leis da causalidade das ciências naturais²³⁴⁴. “Graças à negação do mundo”, afirma SCHWEITZER, “o pensamento indiano pode evitar de se explicar a fundo com as realidades”²³⁴⁵. Ora, bem ou mal, o desenvolvimento da filosofia ocidental ao longo de 2.500 anos deu-se exatamente na tentativa de explicação racional – *logos* – da realidade, em que a lei de causa e efeito atua como o protagonista do enredo. Por outro lado, a exortação ética à introspecção dos indivíduos, com o desprezo pelas questões da estruturação social, parece tornar igualmente improvável a criação da proporcionalidade jurídica, a partir da vertente ética, tal como ocorrido no sistema anglo-americano. A explicação parece encontrável no próprio HERÁCLITO: “os homens despertos têm um

²³⁴³ Estima-se que BUDA tenha vivido aproximadamente entre 563-480 a. C., segundo ABBAGNANO, *Dicionário*, p. 134, e HERÁCLITO “estava no seu apogeu na 69ª Olimpíada”, isto é, entre 504-501 a. C., de acordo com DIÓGENES LAËRTIOS, *Filósofos*, p. 251.

²³⁴⁴ Cf. o item 15.3.6.

²³⁴⁵ SCHWEITZER, *Indie*, p. 223: “Grâce à la négation du monde la pensée indienne peut éviter de s’expliquer à fond avec des réalités”.

mundo único e comum, mas cada dormente se volta para seu mundo particular”²³⁴⁶. Se cada um se ocupa de si mesmo e não se ocupa com o todo – ambos, aliás, nem pensados nesses termos – tampouco parece apresentar-se razão para controlar a ação dos titulares do poder, por meio do emprego da categoria de meio–fim, extraída da causalidade, do *logos*.

A causalidade mágica, por outro lado, foi transformada pelo Judaísmo e pelo Cristianismo na categoria destinada a explicar o universo como campo de atividade finalística e causal do Deus único. Eis ressurgida a vertente teológica da noção estruturada de causa e efeito. Recorde-se a seguinte passagem de LERNER sobre o aspecto teológico da causação:

“O testemunho do puritano americano [JOHNATHAN EDWARDS] oferece um elo filosófico valioso com o jansenista francês supeito e o judeu marrano holandês excomungado. O pensamento ‘avançado’ de EDWARDS, PASCAL e SPINOZA – que os tornou suspeitos aos seus doutrinadores contemporâneos – revela em retrospecto a indispensável ligação do Judaísmo, Catolicismo e Protestantismo com um conceito comum de causação. Sem ele, um mundo ordenado divinamente se lhes torna inexplicável e a filosofia perde sua vocação”²³⁴⁷.

As evidências apresentadas por FIKENTSCHER e confirmadas por LERNER mostram a especial adequação da idéia de causalidade às culturas

²³⁴⁶ Fragmento D. 89, *apud* AXELOS, *Héraclite*, p. 65: “Les hommes éveillés ont un monde unique et commun, mais chaque dormeur se détourne dans son monde particulier”.

²³⁴⁷ LERNER, *Cause*, p. 2: “The testimony of the American Puritan [JOHNATHAN EDWARDS] provides a valuable philosophical link with the suspect French Jansenist and the excommunicated Dutch Marrano-Jew. The ‘advanced’ thinking of EDWARDS, PASCAL, SPINOZA – which rendered them suspected to their doctrinaire contemporaries – reveal in retrospect the indispensable bondage of Judaism, Catholicism, and Protestantism to a common concept of causation. Without it, a divinely ordered world became inexplicable to them and philosophy lost its vocation”.

estruturadas sobre a extraposição eleutérica – judeus e cristãos: o deus ocioso de certas culturas primitivas dispensa, por definição, o atributo da intervenção causal no desenrolar da história, a partir do ponto extraposto onde se encontra. A idéia de causalidade apurada não faz falta a religiões, cujo deus seja espectador dos eventos terrestres sujeito às forças do universo, ao invés de as controlar²³⁴⁸.

. . – *Sistema tridimensional*

A proporcionalidade somente ganha inteiro sentido, acaso inserida em verdadeiro sistema, isto é, no modo estruturado de produção de conhecimento²³⁴⁹. Compreendê-lo demanda a recordação da complementariedade das noções de princípio e de sistema²³⁵⁰.

A filosofia atribui múltiplos significados ao termo *princípio*²³⁵¹, muito embora todos se reconduzam ao par de idéias anotado por ABBAGNANO: “o ponto de partida e o fundamento de um processo qualquer. Os dois significados de ‘ponto de partida’ e ‘fundamento’ ou ‘causa’ estão estreitamente relacionados na noção deste termo [princípio], que foi introduzido na filosofia por ANAXIMANDRO”²³⁵². Os direitos estruturados

²³⁴⁸ O fato de a causalidade ajustar-se muito bem ao Deus judaico-cristão extraposto não apaga, contudo, as observações precedentes: a origem mágica da causalidade é evento compartilhado não apenas pelo reduzido número de culturas estruturadas, mas se mostra característica de todas as culturas que refletiram sobre os problemas típicos da Era Axial.

²³⁴⁹ Cf. o item 6.3.3.

²³⁵⁰ A respeito da noção dessa característica do modo de pensar estruturado, cf. o item 6.3.3. A seguir, tentar-se-á demonstrar como se estabelece a dependência da proporcionalidade em relação a esse componente específico das sociedades estruturadas.

²³⁵¹ Note-se que o princípio lógico a que se refere aqui não se equipara necessariamente ao conceito de princípio jurídico, entendido como norma cuja densidade carece de preceito e conseqüência jurídicas perfeitamente delineadas – cf. as notas 1909, 1923 e 1924. Princípio aqui significa apenas enunciado de maior abstração que as regras comuns.

²³⁵² ABBAGNANO, *Diccionario*, p. 948.

extraem do *logos* a idéia de fundamentação racional de proposições, ilustrada na definição kantiana de princípio: “toda proposição geral, ainda que inferida por indução da experiência, que possa servir de premissa maior em um silogismo”²³⁵³. FIKENTSCHER retoma essa concepção para demonstrar que as idéias de sistema e princípio se co-implicam na lógica e no direito estruturados: “um enunciado sistemático (das ciências valorativas) é, pois, uma predicação acerca de dois termos (indivíduos), que se relacionam a um princípio, ou acerca de um princípio que se relaciona a dois termos”²³⁵⁴. Para que se possa afirmar algo sobre um termo desconhecido a partir de outro, conhecido, necessita-se de regra que lhes seja comum e superior – o princípio²³⁵⁵. Donde a conclusão:

“Aqui repousa a exigência, imposta já por CHRISTIAN WOLFF, segundo a qual um sistema há de possuir um princípio que contenha, pelo menos, um enunciado *igual* sobre circunstâncias que lhe sejam *subordinadas*. Essa primeira exigência feita ao conceito de sistema consiste na admissão de haver uma diferença entre o geral e o particular. Por meio da ligação dos dois primeiros pontos pelo princípio comum, o quadro se torna tridimensional. Ele ganha perspectiva”²³⁵⁶.

A inexistência de proporcionalidade nas ordens fragmentadas parece decorrer já da definição do sistema *stricto sensu* como construção estruturada em enunciados dotados de pelo menos dois níveis de genera-

²³⁵³ *Apud* ABBAGNANO, *Diccionario*, p. 948.

²³⁵⁴ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 103-104: “eine (wertungswissenschaftliche) systematische Aussage ist also eine dreibezügliche logische Prädikation über zwei Nomen (Individuen), die einem Prinzip zugeordnet sind, oder über ein Prinzip, das zwei Nomen zugeordnet ist”.

²³⁵⁵ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 104.

²³⁵⁶ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 4, p. 104: “Hierauf beruht die schon von CHRISTIAN WOLFF aufgestellte Forderung, daß zu einem System ein Prinzip gehört, das über mindestens zwei dem Prinzip *untergeordnete* Umstände eine *gleiche* Aussage enthält. Die erste Anforderung an den Systembegriff ist also, daß man zugesteht, daß es einen Unterschied zwischen Allgemeinen und Besonderen gibt. Mittels der Verbindung der beiden zuerst genannten Punkten durch ein gemeinsames Prinzip wird das Bild dreidimensional. Es gewinnt Perspektive”.

lidade – um, amplo; o outro, particular –, com cujo auxílio se formula logicamente o terceiro enunciado novo. Os direitos fragmentados são pensados em termos aspectivos, isto é, de enumeração ou justaposição de conceitos de modo bidimensional, no mesmo plano. Mas, a partir de dois termos situados lado a lado, no mesmo nível de abstração ou concretude, nada se pode inferir sobre um terceiro termo. FIKENTSCHER observou, por isso, que o direito das culturas fragmentadas não é sistemático, pois suas normas não se deduzem de princípios, vale dizer, não se convertem em nenhum valor corrente²³⁵⁷. Precisamente a inexistência da distinção entre o geral e o particular, sobre a qual se assenta a lógica estruturada, inviabiliza a proporcionalidade jurídica nas ordens fragmentadas. As ordens jurídicas distribuídas num único plano normativo não se interessam pela elaboração das diretivas da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, pois sua criação demandaria algo de que carecem: a dualidade de planos, pelo menos. Com efeito, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu* representam juízos normativos superiores sobre possibilidades normativas inferiores. SIECKMANN observa, por exemplo, ser a ponderação entre valores e princípios jurídicos regida por normas de “segundo escalão”, que determinam o modo pelo qual se concretizam outras normas²³⁵⁸. Dado que as enumerações bidimensionais – a justaposição de enunciados num mesmo plano de abstração – não permitem a formulação de conclusões lógicas, seria contra-senso esperar encontrar nas compilações bidimensionais um instituto jurídico calcado na idéia central dos verdadeiros sistemas – a tridimensionalidade.

A concepção de princípios, silogismos e sistemas não se esgota em meras formas do pensamento, mas também se relaciona aos conteúdos concretos de determinado “modo de pensar”, mais especificamente do modo de pensar ou horizonte existencial grego. À falta do elemento comum – decorrente da abstração ou de atributo formal mais elevado –,

²³⁵⁷ FIKENTSCHER, *Methoden*, vol. 1, p. 110; cf. a nota 790.

²³⁵⁸ SIECKMANN, *Prinzipienmodelle*, p. 83 e segs: “Regeln 2. Stufe”.

os diversos setores dos ordenamentos jurídicos fragmentados permanecem insulados: cada parte não se comunica com as demais, por lhes faltar valor compartilhado, tal como ocorre, quando se afirma que cães e tigres se submetem ao mesmo princípio ou compõem a mesma classe – mamíferos – de um sistema de classificação animal. Não é mera coincidência histórica o fato de a proporcionalidade se circunscrever às sociedades onde se construíram verdadeiros sistemas jurídicos, isto é, ordens jurídicas dotadas de prescrições situadas em mais de um nível de hierarquia normativa²³⁵⁹. Tampouco parece casual que os esforços empreendidos pelos teóricos da proporcionalidade caminham em direção de primeiramente lhe reconhecer a existência nos diversos direitos positivos para, depois, lhe assegurar a posição superior nos mencionados sistemas.

. . – *Extraposição ética*

A proporcionalidade deriva de valores cruciais para as civilizações estruturadas²³⁶⁰. A extraposição ética, aparente construção formal sobre a qual se assenta o direito estruturado, não se dissocia por inteiro dos conteúdos dos seus preceitos normativos. Os valores estruturados e as nor-

²³⁵⁹ A suposta inexistência da Constituição inglesa escrita não desafia a validade do asserto. A consulta a ORLANDO BITAR, *Fontes*, p. 280, desmistifica o tema: “Essência da Constituição. Dois princípios condensam toda a Constituição: a supremacia do Parlamento e a supremacia do Direito (*rule of law*)”. E segue ironizando: “a aparente impossibilidade destes dois traços essenciais afina com a autoproclamada ilogicidade nativa. A polarização é característica”. BITAR, *Fontes*, p. 283-284, apoiado em DICEY, resume esse mistério inglês chamado *rule of law* a três pontos: “ninguém pode ser punido [...] senão por violação de uma norma de direito [...], provida esta *pelos meios ordinários* e apurada *pelos tribunais ordinários* [...]. Ninguém está acima do Direito [...]. Os princípios fundamentais da Constituição são o resultado de decisões judiciais fixadoras dos direitos de particulares, nos casos regulares produzidos perante os tribunais [...]”. A passagem de DICEY a respeito encontra-se em *Introduction*, p. 18-184.

²³⁶⁰ A respeito dessa característica do modo de pensar estruturado, cf. os itens 6.3.5, 6.2.8, 6.2.10.4 e 6.2.10.5.

mas destinadas à sua proteção resultam do mecanismo da “extraposição ética”: é axiomático nela que o critério distintivo entre o bem e o mal não se encontra no interior da sociedade, nem está nas mãos de nenhum de seus membros, mas, sim, fora do alcance de qualquer deles. Na extraposição “eleutérica”, peculiar aos credos judaico e cristão, o parâmetro ético encontra-se fora da sociedade, porque é confiado a Deus, com exclusividade. Somente Ele é capaz de distinguir o certo do errado, de modo que os fiéis devem ater-se às revelações divinas constantes dos respectivos Testamentos. Já na extraposição “trágica”, típica do pensamento grego, o critério ético se subtrai ao alvedrio dos indivíduos, por se localizar em ponto ideal e transcendente, perspectivado e exterior à dimensão palpável da existência. Em exemplo mais claro, o parâmetro axiológico situa-se no platônico mundo das idéias. Talvez, outras modalidades de extraposição sejam concebíveis, afirma FIKENTSCHER; do ponto de vista de fatos históricos, contudo, apenas as soluções trágica e eleutérica se registram.

Esse modo de estruturar a ética – a extraposição – representa pressuposto axiológico da proporcionalidade no direito. Essa assertiva parece confirmada pela observação de REMMERT e de HIRSCHBERG, segundo quem a proporcionalidade somente foi construída, quando superada a pretensão de totalidade do Estado²³⁶¹, isto é, quando o Estado passou a ter fins limitados ou, ao menos, delimitáveis²³⁶². HIRSCHBERG afirma que a associação da limitação teleológica do Estado às idéias democráticas gerou o resultado de o poder público necessitar de autorização especial, sempre que a persecução de seus fins, agora definidos, interfira na esfera de liberdade dos particulares²³⁶³. Ora, essa formulação analítica admite versão sintética, coincidente com o pensamento desenvolvido no correr

²³⁶¹ No sentido aqui empregado, o termo não se prende à forma moderna de Estado, mas abarca as mais variadas formas de titularidade do poder. Acerca da valia desse conceito lato, ainda que não tão amplo quanto aqui defendido, cf. REMMERT, *Übermaßverbot*, p. 2, nota 2.

²³⁶² Cf. a nota 2045.

²³⁶³ HIRSCHBERG, *Verhältnismäßigkeit*, p. 3.

deste tópicos: a noção jurídica de proporcionalidade nasce apenas em ambientes estruturados.

Em períodos históricos mais recuados, as assembleias de cidadãos gregos, onde se dava livre curso ao *logos*, representavam a alternativa estruturada aos inconvenientes do mando aleatório das culturas fragmentadas. À falta de revelação divina, animava-nas a idéia de que só o diálogo livre permitia a realização, na vida quotidiana, dos valores abstratos, extrapostos à realidade mas impositivos mesmo aos titulares do poder político. Se, em virtude do seu poder de fato incontrastável na sociedade o Estado criado com a Renascença e o Estado barroco, por exemplo, não se subordinam a ninguém nem a nada, daí já decorre a impossibilidade de, a partir de seu interior, selecionar-lhes os fins e, com muito mais razão, moderar-lhes os meios para sua obtenção. Logo, os limites impostos às finalidades às quais o Estado se dedica e aos meios empregados em sua obtenção advêm de um ponto ideal, axiológico, supostamente sobrepairante – extraposto – à sociedade. A ausência de antagonista capacitado de fato a enfrentar o poder, notadamente quando encarnado no Estado, requer oponente ideal e superior, isto é, um conjunto extraposto de valores éticos situado além do alcance do titular do poder do momento. Um dos elementos dessa ordem extraposta e rival do Estado foi a pessoa humana, uma paulatina secularização de conceito teológico medieval²³⁶⁴. Já na Idade Moderna, a extraposição ética baseou-se em conceito judaico-cristão progressivamente secularizado, em combinação com a paulatina limitação teleológica do Estado.

Agora, importa menos ilustrar com fatos a correlação entre a extraposição ética e a proporcionalidade do que compreender o mecanismo pelo qual aquele modo peculiar de construir a ética é decisivo para a admissão da noção em causa. E não parece difícil demonstrar como tal processo ocorre. Explicou-se acima que uma das conseqüências capitais de ambas as modalidades da extraposição ética é a produção de igualdade entre os seres humanos.

Quando a extraposição se dá por via da entrega do padrão ético ao deus transcendente ao tempo e ao espaço, a igualdade resulta do axioma de que os humanos sempre se encontram em erro perante a divindade. Chega-se à conclusão da igualdade entre os homens, porque todos, sem exceção, têm defeitos. A solução consiste em tentar satisfazer as prescrições reveladas e, no mais, confiar em Deus²³⁶⁵.

A extraposição grega se origina na consciência do trágico da condição humana: os homens chamam a si toda a responsabilidade pelos seus atos e, na tentativa de minorar-lhes a imperfeição congênita, se reúnem na praça pública para discutir os rumos da existência coletiva. Como todos os cidadãos possuem capacidade racional – o *logos* –, estão conclamados a participar das decisões da *polis*²³⁶⁶. MONTAIGNE, um apaixonado pela Antigüidade, retoma-lhe o princípio com maestria: “todos os homens são de uma mesma espécie e, salvo um pouco mais ou menos, se encontram providos de ferramentas e instrumentos parecidos para conceber e julgar”²³⁶⁷. A extraposição da ética cria a igualdade entre os membros de determinada cultura. Se todos eles se situam no mesmo plano de dignidade, nenhum se predispõe a aceitar determinações unilaterais do momentâneo ou mesmo vitalício titular do poder. Antes pelo contrário, cada pessoa sente-se munida de dignidade teológica ou epistemológica que o habilita a interferir nos rumos da coletividade ou de sua própria vida. Em linguagem jurídica pertinente ao campo da proporcionalidade, isso significa que os integrantes de sociedades estruturadas não confiam ao Estado a livre escolha das finalidades a perseguir e nem sequer lhe dão carta branca para a adoção de qualquer meio para atingi-las. Ao contrário, desejam influir na seleção dos fins públicos e,

²³⁶⁴ Cf. o item 15.3.

²³⁶⁵ Cf. o item 6.2.10.5.

²³⁶⁶ Cf. o item 6.2.10.4.

²³⁶⁷ *Essais*, Livro I, p. 50: “... car les hommes sont tous d’une espece, et sauf le plus et le moins, se trouvent garnis de pareils outils et instrumens pour concevoir et juger”.

não contentes com isso, também exigem que os instrumentos postos em marcha nessa direção sejam adequados, necessários e proporcionais aos objetivos citados. Quando arraigada a idéia de igualdade entre os seres humanos, ninguém se dispõe a abdicar do caráter teológico ou epistemológico de sua dignidade, em prol de terceiro que ditará o futuro da existência. A proporcionalidade entra aqui para equilibrar as tendências contraditórias entre a livre pesquisa dialógica e racional do direito e o respeito mínimo ao ser humano.

19.3 – A proporcionalidade como a articulação entre ambas as modalidades de extraposição ética

A evocação dos principais marcos da longa tradição da proporcionalidade no pensamento ocidental parece confirmar a tese de que essa noção jurídica somente pertence às culturas estruturadas, com a função de superar o antagonismo entre os elementos da cultura grega – notadamente a racionalidade dialógica e a limitação teleológica do direito – com o objetivo de proteger a pessoa humana, um valor judaico-cristão secularizado²³⁶⁸.

A proporcionalidade articula e compatibiliza as divergências entre os dois modelos de extraposição ética geradores dos direitos estruturados do presente. Busca-se, com seu auxílio, harmonizar as exigências racionais e, sobretudo, finalísticas da vida coletiva, hauridas da extraposição trágica, com o desejo de preservação da pessoa, oriundo da extraposição eleutérica. O diálogo no Judiciário, no Executivo e mesmo no Legislativo não pode redundar num direito que aniquile o ser humano.

A proporcionalidade almeja harmonizar essas duas tendências quase sempre antagônicas, por meio de ambas as categorias predominantes no Ocidente estruturado, isto é, da causalidade e a finalidade: a relação ló-

²³⁶⁸ Cf. o item 9.

gica de causa e efeito serve à teleologia de proteção da pessoa, definida como o ser moral dotado de liberdade e, por isso, de dignidade.

A proporcionalidade tenta equilibrar as exigências coletivas racionais, impostas pelas decisões de maioria, com a proteção do indivíduo, das minorias e dos detentores de escasso poder político contra a possibilidade de adoção de qualquer alternativa decorrente de escolhas democráticas. A proporcionalidade age como a pedra de toque de um sistema ético, de fundamento racionalista mas imbuído de valores teológicos secularizados. Trata-se da última barreira ao exercício do poder político das majorias sobre os mais frágeis, a não se contentar com a arbitrariedade na elaboração ou aplicação do direito, ainda quando revestida de argumentos de aparência racional.

20 – Zusammenfassung

Die Verhältnismäßigkeitsvorstellung im Recht wird in der vorliegenden Dissertationsarbeit unter dem kulturellen Gesichtspunkt untersucht. Sie begründet deshalb auf der Theorie von WOLFGANG FIKENTSCHER, insbesondere anhand des Begriffs von “Denkart” und der “Synepeik” als Metatheorie.

Die Untersuchung zeigt, dass die Verhältnismäßigkeit, trotz weit verbreiteter entgegengesetzter Meinungen, keine universelle Rechtskategorie bildet. Es handelt sich dagegen um einen typischen Begriff einiger gegenwärtiger Rechtsordnungen, die in der genannten Theorie als “strukturiert” bezeichnet werden.

Die Verhältnismäßigkeit verknüpft wesentliche – und fast immer widersprechende – Merkmale dieser Rechtsordnungen und versucht, sie in Einklang zu bringen: auf der einen Seite die in demokratischen Mehrheitsbeschlüssen durchgesetzten Forderungen des Gemeinwohls und auf den anderen die Grundrechte. Die Verhältnismäßigkeit bezweckt also das Zusammenleben zwischen rationalistischem Ethikmodell aus der griechischen Philosophie und dem jüdisch-christlichen Wert der Würde der Person, der in modernen Verfassungen säkularisiert wurde. Die Verhältnismäßigkeit versucht beide Arten “ethischer Extrapolation” im gegenwärtigen strukturierten Staat zu harmonisieren.

21 – Abstract

This work concerns the notion of proportionality in law under a cultural perspective. It's based, therefore, on WOLFGANG FIKENTSCHER'S theory, mainly on the “modes of thought” concept and the “synepeics” metatheory.

It reveals that, despite widespread opinion, the proportionality concept is not an universal one. On the contrary, it is a typical idea of a few given contemporary law systems called “structured” in the above mentioned theory.

Proportionality brings together essentials – and almost always conflicting – elements of these law systems, and tries to balance them: on one hand, measures concerning the common good democratically imposed by majority, and on the other, the fundamental rights. Proportionality looks forward, thus, to conciliating the rational ethics from the Greek philosophy with jewish-christian value of human dignity, which is secularized in modern constitutions. Proportionality aims to harmonize both “ethic extraposition” species.

22 – Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de filosofia*. 1. ed., Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1963. Modo de citação: *Diccionario*.

ADOMEIT, Klaus. *Rechts- und Staatsphilosophie*. Band I: Antike. 2. Aufl., Heidelberg: R. v. Decker, 1992. Modo de citação: *Rechtsphilosophie*.

_____. *Rechts- und Staatsphilosophie*. Band II: Rechtsdenker der Neuzeit. 1. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, 1995. Modo de citação: *Rechtsphilosophie*.

_____. *Filosofia do direito e do Estado: filósofos da Antigüidade*. 1. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, vol. 1. Modo de citação: *Filosofia*.

_____. *Filosofia do direito e do Estado: filósofos da Idade Moderna*. 1. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, vol. 1. Modo de citação: *Filosofia*.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 1. Aufl., Suhrkamp, 1994. Modo de citação: *Grundrechte*.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983. Modo de citação: *Direito Romano*.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. Modo de citação: *Direitos*.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação prática*. 1. ed., Campinas: Copola Editora, 2002. Modo de citação: *Proporcionalidade*.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1985, tradução, introdução e notas de Mário da Gama KURY. Modo de citação: *Ética*.

_____. *Metaphysics*. In : *Great Books of the Western World, Aristotle*. London: Encyclopædia Britannica, vol. 8, tomo 1, 499-626. Modo de citação: *Metaphysics*.

_____. *Poética*. 2. ed., Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1990, tradução, prefácio, introdução, comentário e apêndices de Eudoro de Sousa. Modo de citação: *Poética*.

ASSMANN, Jan. *Ägypten: Eine Sinngeschichte*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft – WBG, 1996. Modo de citação: *Ägypten*.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição de dever de proporcionalidade. In: *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 215, p. 151-179, janeiro-março de 1999. Modo de citação: *Proporcionalidade*.

AXELOS, Kostas. *Héraclite et la philosophie*. Paris: Éditions de Minuit, 1962. Modo de citação: *Héraclite*.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000. Modo de citação: *Proporcionalidade*.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 1996. Modo de citação: *Interpretação*.

BITAR, Orlando. A lei e a constituição. In: _____. *Obras completas*. Conselho Federal de Cultura, vol. 2, p. 13-209. Modo de citação: *Constituição*.

_____. Fontes e essência da Constituição britânica. In: _____. *Obras completas*. Conselho Federal de Cultura, vol. 2, p. 261-316. Modo de citação: *Fontes*.

_____. Origem e evolução do sistema parlamentar de governo, na Inglaterra e no continente europeu. In: _____. *Obras completas*. Conselho Federal de Cultura, vol. 2, p. 211-260. Modo de citação: *Sistema parlamentar*.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed., Brasília: Ministério da Justiça, 1997, reimpressão facsimilar da 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968. Modo de citação: *Controle*.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1992. Modo de citação: *Hermenêutica*.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed., Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1992. Modo de citação: *Direito*.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*. 1. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, 2002. Modo de citação: *Gechichte*.

BORGES, Jorge Luis. El Aleph. In: _____. *Obras Completas*. Barcelona: Emecé, 1989, vol. 1, p. 617-628. Modo de citação: *Aleph*.

_____. El libro. In: _____. *Borges Oral. Obras Completas*. Barcelona: Emecé, 1989, vol. 1, p. 165-171. Modo de citação: *Libro*.

_____. El jardín de senderos que se bifurcan. In: _____. *Ficciones. Obras Completas*. Barcelona : Emecé, 1989, vol. 1, p. 472-480. Modo de citação: *Jardín*.

_____. Tlön, Uqbar, Orbis Tertius. In: _____. *Ficciones. Obras Completas*. Barcelona: Emecé, 1989, vol. 1, p. 431-443. Modo de citação: *Tlön*.

_____. Pierre Menard, autor del Quijote. *Ficciones*. In: _____. *Obras Completas*. Barcelona: Emecé, 1989, vol. 1, p. 444-450. Modo de citação: *Menard*.

_____. Avelino Arredondo. Libro de Arena. In: _____. *Obras Completas*. Barcelona: Emecé, 1989, vol. 3, p. 62-65. Modo de citação: *Arredondo*.

_____. La busca de Averroes. El Aleph. In: _____. *Obras Completas*. Barcelona: Emecé, 1989, vol. 1, p. 582-588. Modo de citação: *Averroes*.

_____. Música da palavra e tradução. In: _____. *Esse ofício do verso*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 63-81. Modo de citação: *Música da palavra*.

_____. O credo de um poeta. In: _____. *Esse ofício do verso*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 102-126. Modo de citação: *Credo de um poeta*.

_____. Deutsches Requiem. In: _____. *Obras Completas*. Barcelona: Emecé, 1989, vol. 1, p. 576-581. Modo de citação: *Requiem*.

BOUZON, Emanuel. *O Código de Hammurabi*. 8. ed., Petrópolis : Vozes, 2000. Modo de citação: *Hamurabi*.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2004. Modo de citação: *Proporcionalidade*.

BRASIL. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*. Recurso especial 31.430-0-SP, vol. 46, junho de 1993, p. 381-386. Modo de citação: *REsp 31.430*.

BRAUNSTEIN, Jean-François. Comentários. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 4-15. Modo de citação: *Comentários*.

BRUNNER-TRAUT, Emma. *Frühformen des Erkennens: Aspekte im alten Ägypten*. 3. Aufl., Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft – WBG, 1996. Modo de citação: *Erkennen*.

BUDGE, E. A. Wallis. *O livro egípcio dos mortos*. 9. ed., São Paulo: Editora Pensamento, 1993. Modo de citação: *Livro*.

BUKKYO DENDO KYOKAI (Fundação para a Propagação do Budismo). *A doutrina de Buda*. 3. ed., Tokyo: Bukkyo Dendo Kyokai, 1982. Tradução de Jorge Anzai. Modo de citação: *Buda*.

BUNGE, Mario. *Causality: the place of the causal principle in modern science*. Cleveland: The World Publishing Company, 1963. Modo de citação: *Causality*.

BUSSI, Emilio. *Stato e amministrazione nel pensiero de Cart Gottlieb Svarez*. 1. ed., Milano: Giuffré, 1966. Modo de citação: *Stato*.

BYDLINSKI, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. Aufl., Wien: Springer, 1991. Modo de citação: *Methodenlehre*.

CALCINI, Fábio Pallaretti. *O princípio da razoabilidade: um limite à discricionarieidade administrativa*. 1. ed., Campinas: Millennium Editora, 2003. Modo de citação: *Razoabilidade*.

CAMINHA, Pero Vaz de. *Carta a El Rey D. Manuel*. 2. ed., São Paulo: Ediouro, 1999. Modo de citação: *Carta*.

CAMPOS, Amini Haddad. *O devido processo legal proporcional: o princípio da proporcionalidade constitucional na teoria processual. As concepções do direito brasileiro*. 1. ed., São Paulo: Lejus, 2001. Modo de citação: *Processo*.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. Modo de citação: *Sistema*.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 1. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1982. Modo de citação: *Constituição dirigente*.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2. ed., Coimbra, 1984, 2 vol. Modo de citação: *Constituição anotada*.

CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press, 1991. Modo de citação: *Nature*.

CARNEIRO, Maria Francisca. *Estética do direito e do conhecimento*. 1. ed., Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2002. Modo de citação: *Estética*.

CASTELO BRANCO, Camilo. Livro de consolação. *Obra seleta*. Rio de Janeiro: Editora José Aguilar, 1960, vol. 2, p. 121-253. Modo de citação: *Livro*.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989. Modo de citação: *Razoabilidade*.

CHAMFORT. *Maximes, Pensées et Caractères*. Paris: Garnier-Flammarion, 1968. Modo de citação: *Maximes*. CLÉRICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. 1. ed., Baden-Baden: Nomos, 2001. Modo de citação: *Verhältnismäßigkeit*.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 2. ed., Porto Alegre : Fabris, 2003. Modo de citação: *Interpretação*.

_____. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 15-99. Modo de citação: *Hermenêutica*.

CONFÚCIO. Invariabilidad en le medio (Chung-Yung). In: _____. *Los cuatro libros de filosofía moral y política de China*. Barcelona: José Janés Editor, 1954, p. 23-54. Modo de citação: *Medio*.

_____. Colóquios filosóficos (Lun-Yu). In: _____. *Los cuatro libros de filosofía moral y política de China*. Barcelona: José Janés Editor, 1954, p. 57-141. Modo de citação: *Colóquios*.

CORÃO. Espanhol. *El Sagrado Coran*. Tradução de Rafael Castellanos e Ahmed Abboud. Buenos Aires: Editorial Arábigo – Argentina “El Nilo”, 1953. Modo de citação: *Coran*.

CORETH, Emerich. *Grundfragen der Hermeneutik: Ein philosophischer Beitrag*. Freiburg : Herder, 1969. Modo de citação: *Grundfragen*.

_____. *Questões Fundamentais de Hermenêutica*. São Paulo: EPU, 1973. Tradução da obra anterior, por Carlos Lopes de Matos. Modo de citação: *Questões*.

CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. *O Estoicismo no direito romano: dissertação apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para o concurso à livre docência de direito romano*. São Paulo: [s. n.], 1950. Modo de citação: *Estoicismo*.

CORWIN, Edward. The 'higher law' background of american constitutional law. In : *Harvard Law Review*, 42 (2) : 149-185, dec. 1928; 42 (3) : 365-409, jan. 1929. Modo de citação: *Law*.

COSI, Giovanni. Un anniversario dimenticato: il *Bill* del 1689 e la sua eredita. In: *Sociologia del diritto*, vol. 16, n. 3, 1989, p. 45-64. Modo de citação: *Bill*.

COSTA, Alexandre Araújo. *O princípio da razoabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Brasília, 1999. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Modo de citação: *Razoabilidade*.

COSTA, Elcias Ferreira da. *Analogia jurídica e decisão judicial*. 1. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987. Modo de citação: *Analogia*.

COTTA, Sergio. Verbete persona (filosofia del diritto). In: Mortati, Costantino; Santoro-Passarelli, Francesco [Dir.]. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, vol. 33, p.159-319. Modo de citação: *Persona*.

CRETTON, Ricardo Aziz. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário*. 1. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. Modo de citação: *Proporcionalidade*.

CUSHMAN, Eugene. Due process of law. In : Seligman, Edwin R. A. [editor-in-chief]. *Encyclopaedia of the social sciences*. New York: The Macmillan Company, 1937, p. 264-268. Modo de citação: *Due process*.

DANTAS, F. C. San Tiago. Igualdade perante a lei e *due process of law*. In: _____. *Problemas de direito positivo : estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 35-64. Modo de citação: *Igualdade*.

DE SMITH, Stanley; BRAZIER, Rodney. *Constitutional and administrative law*. 6. ed., London: Penguin Book. Modo de citação: *Law*.

DECHSLING, Rainer. *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*. München : Vahlen, 1989. Modo de citação: *Verhältnismäßigkeitsgebot*.

DERRETT, J. Duncan M. Das Dilemma des Rechts in der traditionellen indischen Kultur. In : FIKENTSCHER, Wolfgang; FRANKE, Herbert; KÖHLER, Oskar [Hrsg.]. *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*. München: Alber, 1980, p. 497-535. Modo de citação: *Dilemma*.

DIAMOND, Jared. *Armas, germes e aço*. 3. ed., Rio de Janeiro: Record, 2003. Modo de citação: *Armas*.

DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 10. ed., London: Macmillan Press, 1975. Modo de citação: *Introduction*.

DIÓGENES LAËRTIOS. *Vidas e doutrinas dos filósofos ilustres*. 2. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília. Modo de citação: *Filósofos*.

DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e "due process of law"*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986. Modo de citação: *Due process*.

ELIAS, Norbert. *Sobre o tempo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998. Modo de citação: *Tempo*.

EPICTETO. *O pensamento de Epicteto*. São Paulo: Agência Editora Iris, 1959. Modo de citação: *Pensamento*.

ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen und Interpretationslehre*. 4. Aufl., Tübingen: Mohr, 1990. Modo de citação: *Grundsatz*.

EUCLIDES. *Elements*. In: *Great Books of the Western World, Euclid, Apollonius de Perga, Nicomachus*. London: Encyclopædia Britannica, vol. 11, Euclid, Apollonius de Perga, Nicomachus, p. 1-396. Modo de citação: *Elements*.

FECHNER, Erich. *Rechtsphilosophie*. s. ed., Tübingen: J. C. B. Mohr, 1956. Modo de citação: *Rechtsphilosophie*.

FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofia*. 5. ed., Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1965, 2 volumes. Modo de citação: *Diccionario*.

FERREIRA, António Gomes. *Dicionário de Latim-Português*. Porto: Porto Editora, 1995. Modo de citação: *Dicionário*.

FERREIRA, Odím Brandão. *Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. 1. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. Modo de citação: *Fato consumado*.

FIKENTSCHER, Wolfgang. *Methoden des Rechts*. 1. Aufl., Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1975-1977, 5 volumes. Modo de citação: *Methoden*.

_____. *Synepëik und eine synepëische Definition des Rechts*. In: FIKENTSCHER, Wolfgang; Franke, Herbert; Köhler, Oskar [Hrsg.]. *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*. München : Alber, 1980, p. 53-120. Modo de citação: *Synepeik*.

_____. *Synepëik in Recht und Gerechtigkeit* : Ein vielfältiges Manuskript, nicht zum Druck bestimmt. München : Juni 1979. Manuscrito policopiado, não-destinado à impressão. Modo de citação: *Synepeik mimeografado*.

_____. *Die Freiheit und ihr Paradox* : Über Irrtümmer unserer Zeit. 1. Aufl., Gräfelfing : Frankfurter Allgemeine Zeitung, Verlagsbereich Buch e Ingo Resch, 1997. Modo de citação: *Freiheit*.

_____. Globale Gerechtigkeit zwischen Rechtsangleichung und Kulturenvielfalt. In: FIKENTSCHE, Wolfgang *et alii*. *Globale Gerechtigkeit*. Bamberger Hegelwoche (2000 : Bamberg), 1. Aufl., Bamberg : Universitäts-Verlag Bamberg, 2001, p. 48–86. Modo de citação: *Gerechtigkeit*.

_____. Rechtsethologische Bedeutung neuerer Ergebnisse der Epigenetik. In: Useri, Martin, FIKENTSCHE, Wolfgang; Wickler, Wolfgang. [Hrsg.]. *Gene, Kultur und Recht*. Bern : Stämpfli Verlag A. G., 2000, p. 23–38. Modo de citação: *Epigenetik*.

_____. *Cultural complexity*. Manuscrito, 81 pág. Modo de citação: *Complexity*.

_____. Zwei Werteebenen, nicht zwei Reiche : Gedanken zu einer christlich-säkularen Wertontologie. In: FIKENTSCHE, Wolfgang *et alii*. *Wertewandel Rechtswandel : Perspektiven auf die gefährdeten Voraussetzungen unserer Demokratie*. Gräfelfing : Resch, 1997, p. 121–166. Modo de citação: *Werteebenen*.

FIKENTSCHE, Wolfgang; FRANKE, Herbert; KÖHLER, Oskar [Hrsg.]. Über Aufgaben und Möglichkeiten einer historischen Rechtsanthropologie. In: _____. *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*. München : Alber, 1980, p. 15–49. Modo de citação: *Rechtsanthropologie*.

FIKENTSCHE, Wolfgang; FRANKE, Herbert; KÖHLER, Oskar [Hrsg.]. *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*. München : Alber, 1980. Modo de citação: *Entstehung*.

FIKENTSCHE, Wolfgang; in Zusammenarbeit mit FIKENTSCHE, Kai. In : FIKENTSCHE, Wolfgang [Hrsg.]. *Begegnung und Konflikt – eine kulturanthropologische Bestandaufnahme –*. (1996 : München). *Abhandlungen der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-*

historische Klasse. München : Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 2001, Heft 120 (neue Folge). Modo de citação: *Kulturanthropologie*.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas : uma arqueologia das ciências humanas*. 4. ed., São Paulo : Martins Fontes, 1987. Modo de citação: *Palavras*.

FREUD, Sigmund. Moisés e o monoteísmo. In : _____. *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas*. 1. ed., Rio de Janeiro : Imago, 1975. Modo de citação: *Moisés*.

GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode : Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. 6. Aufl., Tübingen : Mohr, 1990, 2 volumes. Modo de citação: *Wahrheit*.

_____. *Was ist Wahrheit?* In: _____. *Wahrheit und Methode : Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. 6. Aufl., Tübingen : Mohr, 1990, vol. 2, p. 44–56. Modo de citação: *Was ist Wahrheit?*.

GETHMANN, Carl-Friedrich. Die Einheit der praktischen Vernunft und die Vielfalt der Kulturen. In: FIKENTSCHER, Wolfgang *et alii*. *Globale Gerechtigkeit*. Bamberger Hegelwoche (2000 : Bamberg), 1. Aufl., Bamberg : Universitäts-Verlag Bamberg, 2001, p. 13–44. Modo de citação: *Vernunft*.

GIEBEL, Marion. *Reisen in der Antike*. 1. Aufl. Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft – WBG, 19. Modo de citação: *Reisen*.

GIORDANI, Mário Curtis. *História dos reinos bárbaros*. 3. ed., Petrópolis : Vozes, 1985, vol. 1. Modo de citação: *Reinos bárbaros*.

_____. *História do mundo feudal : acontecimentos políticos*. 2. ed., Petrópolis : Vozes, 1984, vol. 1. Modo de citação: *Mundo feudal*.

_____. *História do mundo feudal : civilização*, Petrópolis : Vozes, 1982, vol. 2. Modo de citação: *Mundo feudal*.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. O princípio constitucional da proporcionalidade. In: _____. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza, 1989, p. 69-91. Modo de citação: *Proporcionalidade*.

HANAU, Hans. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht*. 1. Aufl., Tübingen : Mohr Siebeck, 2004. Modo de citação: *Verhältnismäßigkeit*.

HANANIA, Aida Ramezá. *Caligrafia Árabe*. 1. ed., São Paulo : Martins Fontes, 1999. Modo de citação: *Caligrafia*.

HAVERKATE, Görg. *Rechtsfragen des Leistungsstaates* : Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln. Tübingen : Mohr, 1983. Modo de citação: *Leistungsstaat*.

HERÓDOTOS. *História*. Tradução de Mário da Gama Kury. 2. ed., Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1988. Modo de citação: *História*.

HESÍODO. *Os trabalhos e os dias*. 3. ed., São Paulo : Iluminuras, 1996. Modo de citação: *Trabalhos*.

HEUSCH, Andreas. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht*. 1. Aufl. Berlin : Duncker & Humblot, 2003. Modo de citação: *Verhältnismäßigkeit*.

HIPÓCRATES. On the surgery. In: *Great Books of the Western World, Hippocrates Galen*. London : Encyclopædia Britannica, vol. 10, p. 70-74. Modo de citação: *Surgery*.

HIRSCHBERG, Lothar. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Göttingen : Verlag Otto Schwartz, 1981. Modo de citação: *Verhältnismäßigkeit*.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 1. ed., São Paulo : Abril Cultural, 1974. Modo de citação: *Leviatã*.

HORN, Norbert. *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*. 2. Aufl., Heidelberg : C. F. Müller, 2001. Modo de citação: *Einführung*.

HOTZ, Werner Friedrich. *Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis zur Handels- und Gewerbefreiheit*. Zürich : Schulthess Polygraphischer Verlag, 1977. Modo de citação: *Verhältnismässigkeit*.

HOUAISS, Antônio; Villar, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed., Rio de Janeiro : Objetiva, 2001. Modo de citação: *Dicionário*.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1958, vol. 6. Modo de citação: *Comentários*.

HUSSERL, Gerhart. *Recht und Zeit*. In: _____. *Recht und Zeit*. 1. Aufl., Frankfurt am Main : Vittorio Klostermann, 1955, p. 7-65. Modo de citação: *Recht und Zeit*.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: riferimenti comparatistici*. 1. ed., Milano : Giuffrè, 1994. Modo de citação: *Ragionevolezza*.

JAEGER, Werner. *Paidéia : a formação do Homem grego*. 1. ed., São Paulo : Martins Fontes/Universidade de Brasília, 1986. Modo de citação: *Paidéia*.

JAKOBS, Michael Ch. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*. Köln : Carl Heymanns, 1985. Modo de citação: *Verhältnismässigkeit*.

JANUS. *O papa e o concílio*. 3. ed., Rio de Janeiro : Elos. Modo de citação: *Papa*.

JASPERS, Karl. *Iniciação filosófica*. Lisboa : Guimarães Editores, 1961. Modo de citação: *Iniciação*.

_____. Die maßgebenden Menschen – Sokrates, Budha, Konfuzius, Jesus. München : Piper, 1964. Modo de citação: Menschen.

_____. *Vom Ursprung und Ziel der Geschichte*. München : Piper, 1949. Modo de citação: *Ursprung*.

JELLINEK, Walter. *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitsewägung*. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1913, Aalen : Scientia Verlag, 1964. Modo de citação: *Gesetz*.

JENNING, W. IVOR. *The law and the constitution*. 3. ed., University of London, 1944. Modo de citação: *Constitution*.

JOÃO PAULO II. *Fides et ratio* : Carta Encíclica do Sumo Pontífice aos Bispos da Igreja Católica sobre as relações entre fé e razão. Petrópolis : Vozes, 1998. Modo de citação: *Fides*.

KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*. Akademie Ausgabe, vol. 3. Modo de citação: *Kritik der reinen Vernunft*.

_____. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Akademie Ausgabe, vol. 4. Modo de citação: *Grundlegung*.

_____. *Metaphysik der Sitten*, Akademie Ausgabe, vol. 6. Modo de citação: *Metaphysik der Sitten*.

_____. *Zum ewigen Frieden*, Akademie Ausgabe, vol. 8. Modo de citação: *Zum ewigen Frieden*.

_____. Prolegómenos a toda a metafísica futura que queira apresentar-se como ciência. Lisboa : Edições 70, 1987. Modo de citação: Prolegômenos.

KAUFMANN, Arthur. *Das Verfahren der Rechtsgewinnung* : Eine rationale Analyse. 1. Aufl., München : Beck, 1999. Modo de citação: *Rechtsgewinnung*.

KAUFMANN, Erich. Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichverfassung. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der*

Deutschen Staatsrechtslehrer (1926 : Münster), Berlin : Walter de Gruyter, 1927, Heft 3, p. 2-24. Modo de citação: *Gleichheit*.

KELSEN, Hans. *Sociedad y naturaleza : una investigación sociológica*. Buenos Aires : Depalma, 1945. Modo de citação: *Sociedad*.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed., Coimbra : Arménio Amado, 1984. Modo de citação: *Teoria Pura*.

_____. *A justiça e o direito natural*. 2. ed., Coimbra : Arménio Amado, 1979. Modo de citação: *Justiça*.

KHAWAM, René (Comp.). *El libro de las argúcias* (relatos árabes): ángeles, profetas y místicos. 1. ed., Barcelona: Paidós Ibérica, 1992, vol. 1. Tradução de Antonio Lopes Ruiz. Modo de citação: *Argúcias*.

KOBUSCH, Theo. *Die Entdeckung der Person: Metaphysik der Freiheit und modernes Menschenbild*. 2. Aufl. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft – WBG, 1997. Modo de citação: *Person*.

KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires: Depalma, 1980. Modo de citação: *Introducción*.

LALANDE, André. *Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie*. 9. éd., Paris: Presses Universitaires de France, 1962. Modo de citação: *Vocabulaire*.

LAO-TSÉ. *El libro del sendero y de la linea recta*. Buenos Aires: Editorial Kier, 1955. Tradução de Eduardo Montagne. Modo de citação: *Sendero*.

LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. Aufl., Berlin: Springer Verlag, 1979. Modo de citação: *Methodenlehre, 4. ed.*

_____. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 5. Aufl., Berlin: Springer Verlag, 1983. Modo de citação: *Methodenlehre*.

_____. *Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik*. 1. Aufl., München : Beck, 1979. Modo de citação: *Richtiges Recht*.

_____. Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl., München: Beck, 1977. Modo de citação: Allgemeiner Teil.

LEISNER, Walter. *Der Abwägungsstaat: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997. Modo de citação: *Abwägungsstaat*.

_____. “Abwägung überall” – Gefahr für den Rechtsstaat. *Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt a. M., n. 10, p. 636-639, 1997. Modo de citação: “*Abwägung*”.

LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*. 2. Aufl. Goldbach: Keip Verlag, 1999. Modo de citação: *Übermass*.

LERNER, Daniel. *On cause and effect*. In: _____ (editor). *Cause and effect*. New York: Free Press, 1965, p. 1-10. Modo de citação: *Cause*.

LEVINSON, Stephen C; Brown, Penelope. Immanuel KANT among the Tenejapans: antropology as empirical philosophy. In : *Ethos*, New Hampshire, vol. 22, n. 1, março de 1994. Modo de citação: *Tenejapans*.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Fabris, 1999. Modo de citação: *Devido processo*.

LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes: El “debido proceso” como garantia innominada en la Constitución Argentina*. 2. ed., Buenos Aires : Astrea, 1989. Modo de citação: *Razonabilidad*.

_____. *Poder discrecional administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958. Modo de citação: *Poder*.

LUHMANN, Niklas. *Zweckbegriff und Systemrationalität: Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*. 6. Aufl., Frankfurt a. M: Suhrkamp, 1999. Modo de citação: *Zweckbegriff*.

MARSHALL, John. *Decisões Constitucionais de Marshall*. Traduzidas por Americo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. Reimpressão

fac-similar da edição do Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903. Modo de citação: *Decisões*.

MARTIN SANCHEZ, Adelaida; MARTIN SANCHEZ, Maria Angeles. Introducción. In: HESÍODO. *Teogonia, Trabajos y dias, Escudo, Certamen*. Madrid: Alianza Editorial, 1986, p. 7-25. Modo de citação: *Introducción*.

MASANI, R. P. *Le Zoroastrisme: religion de la vie bonne*. Paris: Payot, 1939.

MATTEI, Jean-François. *Pythagone et les pythagoriciens*. 2. éd., Paris: Presses Universitaires de France, 1993. Modo de citação: *Pythagone*.

MAUROIS, André. *História da Inglaterra*. 3. ed., Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores. Modo de citação: *História*.

MEHTA, Gita. *Escadas e serpentes*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. Modo de citação: *Escadas*.

MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. Modo de citação: *Direitos*.

MISRAHI, Robert. Felicidade. In : Le Nouvel Observateur. *Café philo: as grandes indagações da filosofia*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1999, p. 43-49. Modo de citação: *Felicidade*.

MONDOLFO, Rodolfo. *Pensamento antigo: história da filosofia greco-romana*. 3. ed., São Paulo : Mestre Jou, 1971, vol. 1. Modo de citação: *Pensamento*.

MONTAIGNE. Essais. *Œuvres complètes*. Éditions Gallimard. Bibliothèque de la Pléiade. Modo de citação: *Essais*.

MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 7. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 1997. Modo de citação: *Methodik*.

NAGEL, Ernst. Types of causal explanation in science. In: Lerner, Daniel (editor). *Cause and effect*. New York: Free Press, 1965, p. 1-10. Modo de citação: *Explanation*.

NASCENTES, Antenor. Dicionário da Língua Portuguesa da Academia Brasileira de Letras. Rio de Janeiro: Bloch, 1988. Modo de citação: Dicionário.

NASS, Gustav. *Person, Persönlichkeit und juristische Person*. Berlin: Duncker & Humblot, 1964. Modo de citação: *Person*.

NAWIASKY, Hans. Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichverfassung. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (1926 : Münster), Berlin: Walter de Gruyter, 1927, Heft 3, p. 25-43. Modo de citação: *Gleichheit*.

NIETZSCHE, Friedrich. Also sprach Zarathustra. In: _____. *Werke*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft – WBG, 1997, vol. 2, p. 275-561. Modo de citação: *Zarathustra*.

_____. Aus dem Nachlaß der Achtzigerjahre. In: _____. *Werke*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft – WBG, 1997, vol. 3, p. 415-926. Modo de citação: *Nachlaß*.

_____. Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinn. In: _____. *Werke*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft – WBG, 1997, vol. 3, p. 309-322. Modo de citação: *Wahrheit*.

NOGUEIRA, Alberto. *O devido processo legal tributário*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Modo de citação: *Devido Processo*.

OKAKURA, Kakuzo. *O livro do chá*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1993. Modo de citação: *Chá*.

OSTEN, Manfred. War Nietzsche Japaner? In: *Zeitschrift für Kulturaustausch*, Stuttgart, n. 3, p. 46-48, Jul./Sept. 1998. Modo de citação: *Japaner*.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1999. Modo de citação: *Hermenêutica*.

PASCAL, Blaise. *Œuvres complètes*. Paris: Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1960. Modo de citação: *Pensées*.

PAWLOWSKI, Hans-Martin. *Methodenlehre für Juristen: Theorie der Norm und des Gesetzes*. 2. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, 1991. Modo de citação: *Methodenlehre*.

_____. *Einführung in die juristische Methodenlehre: Ein Studienbuch zu den Grundlagenfächern Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*. 1. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, 1986. Modo de citação: *Einführung*.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo como juízo de adequação hermenêutico-concretizador do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. Brasília, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Modo de citação: *Princípio*.

PERELMAN, Chaïm. *Logique Juridique: Nouvelle Rhétorique*. 2. éd., Paris: Dalloz, 1979. Modo de citação: *Logique*.

_____. A justiça. In : _____. *Ética e Direito*. 1. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 3-67. Modo de citação: *Justiça*.

PERESTRELLO, Manoel de Mesquita. Relação summaria da viagem que fez Fernão d'Alvares Cabral, desde que partio desse Reyno por Capitaõ mór da Armada que foy no anno de 1553. às partes da India athè que se perdeo no Cabo da Boa Esperança no anno de 1554. In: Brito, Bernardo Gomes de [org.]. *História Trágico- Marítima*. Rio de Janeiro: Lacerda Editores/Contraponto, 1998, p. 25-93. Modo de citação: *Relação*.

PHILIPPE, Xavier. *Le contrôle de la proportionnalité dans le jurisprudence constitutionnelle et administrative françaises*. 1. éd., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990. Modo de citação: *Proportionnalité*.

PICHOT, André. *La naissance de la science*. Gallimard, 1991, 2. vol. Modo de citação: *Science*.

PLATÃO. *Apologia de Sócrates; Críton*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. Tradução de Manuel de Oliveira Pulquério. Modo de citação: *Críton*.

_____. The republic. In: *Great Books of the Western World, Plato*. London: Encyclopædia Britannica, vol. 7, 295–441. Modo de citação: *Republic*.

_____. Timaeus. In : *Great Books of the Western World, Plato*. London: Encyclopædia Britannica, vol. 7, 442–477. Modo de citação: *Timaeus*.

_____. Protagoras. In : *Great Books of the Western World, Plato*. London: Encyclopædia Britannica, vol. 7, p. 38–64. Modo de citação: *Protagoras*.

POLLAK, Christiana. *Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs*. 1. ed., Baden-Baden: Nomos, 1991. Modo de citação: *Verhältnismäßigkeitsprinzip*.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo : Dialética, 2000. Modo de citação: *Proporcionalidade*.

POROT, Antoine. *Manuel alphabétique de Psychiatrie*. Paris: Presses Universitaires de France, 1965. Modo de citação: *Manuel*.

PUHL, Adilson Josemar. *O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como instrumento assegurador dos direitos e garantias fundamentais e o conflito de valores no caso concreto*. Brasília, 2002. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Modo de citação: *Proporcionalidade*.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro*. 1. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. Modo de citação: *Proporcionalidade*.

RADBRUCH, Gustav. *El espíritu del derecho inlgés*. Madrid: Marcial Pons, 2001. Modo de citação: *Espírito*.

_____. El hombre en el derecho. In : _____. *El hombre en el derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 17-31. Modo de citação: *Hombre*.

RAHN, Guntran. Recht und Rechtsverständnis in Japan. In: FIKENTSCHER, Wolfgang; FRANKE, Herbert; KÖHLER, Oskar [Hrsg.]. *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*. München: Alber, 1980, p. 473-496. Modo de citação: *Japan*.

REMMERT, Barbara. *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*. Heidelberg: C. F. Müller, 1995. Modo de citação: *Grundlagen*.

REGENBOGEN, ARMIN; MEYER, UWE [Hrsg.]; KIRCHNER, Friedrich; MICHAËLIS, Carl [Begründer]. *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft – WBG, 1998. Modo de citação: *Wörterbuch*.

REZEK NETO, Chade. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. 1. ed., São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. Modo de citação: *Proporcionalidade*.

RICŒUR, Paul; DANIEL, Jean. A estranheza do estrangeiro. In : Le Nouvel Observateur. *Café philo: as grandes indagações da filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 13-22. Modo de citação: *Estranheza*.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Suprema Corte o direito constitucional americano*. 2. Ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. Modo de citação: *Suprema Corte*.

ROSEN, Klaus. *Griechische Geschichte erzählt*. 1. Aufl., Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2002. Modo de citação: *Geschichte*.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. In: _____. *Obras*. Porto Alegre:

Editora Globo, 1958, vol. 1 (obras políticas), p. 9-31. Modo de citação: *Discurso*.

_____. Economia política. In: _____. *Obras*. Porto Alegre: Editora Globo, 1958, vol. 1 (obras políticas), p. 285-321. Modo de citação: *Economia*.

_____. Do contrato social. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade. In: _____. *Obras*. Porto Alegre: Editora Globo, 1958, vol. 2 (obras políticas), p. 19-165. Modo de citação: *Contrato*.

SACKS, Oliver. *O homem que confundiu sua mulher com um chapéu*. 7. reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2003. Modo de citação: *Homem*.

_____. *Um antropólogo em Marte*. 9. reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2003. Modo de citação: *Marte*.

SANDBOTHE, Mike. *Die Verzeitlichung der Zeit: Grundtendenzen der modernen Zeitdebatte in Philosophie und Wissenschaft*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1998. Modo de citação: *Zeit*.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. 1. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. Modo de citação: *Proporcionalidade*.

SANTOS, Jarbas Luiz dos. *Princípio da proporcionalidade: concepção grega de justiça como fundamento filosófico*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. Modo de citação: *Proporcionalidade*.

SARAMAGO, José. *A jangada de pedra*. 14. reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2000. Modo de citação: *Jangada*.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. Modo de citação: *Ponderação*.

SCARMAN, Leslie. *O direito inglês: a nova dimensão*. Porto Alegre: Fabris, 1978. Modo de citação: *Direito*.

SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. 1. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1976. Modo de citação: *Abwägung*.

SCHNEIDER, Hans. Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen. In: Starck, Christian [Hrsg.], *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgericht*. 1. Aufl. Tübingen : Mohr, 1977, vol. 2, p. 390-404. Modo de citação: *Verhältnismässigkeit*.

SCHNEIDER, Harald. *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtenkonflikten: Empirische Studie zu Methode und Kritik eines Konfliktlösungsmodelles*. 1. Aufl., Baden-Baden: Nomos. 1979. Modo de citação: *Güterabwägung*.

SCHWEITZER, Albert. *Les Grands Penseurs de l'Indie: étude de philosophie comparé*. Paris: Payot, 1956. Modo de citação: *Indie*.

SIECKMANN, Jan-Reinard. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. 1. Aufl., Baden-Baden: Nomos. 1990. Modo de citação: *Prinzipienmodelle*.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da Silva. *O proporcional e o razoável*. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 798, p. 23-50, abril de 2002. Modo de citação: *Proporcional*.

SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. *História do direito português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, vol. 1. Modo de citação: *História*.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal (Due process of law)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. Modo de citação: *Devido Processo*.

SLERCA, Eduardo. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 1. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. Modo de citação: *Proporcionalidade*.

SOLLERS, PHILIPPE. *Passion fixe*. Gallimard, 2000. Modo de citação: *Passion*.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. 1. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. Modo de citação: *Colisão*.

STELZER, Manfred. *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Wien: Springer, 1991. Modo de citação: *Verhältnismäßigkeit*.

STÖRIG, Hans Joachim. *A aventura das línguas: uma viagem através da História dos idiomas do mundo*. 1. ed., São Paulo: Melhoramentos, 1990. Modo de citação: *Línguas*.

STRUCK, Wolfgang. *Topische Jurisprudenz*. Frankfurt aM: Athenäum Verlag, 1971. Modo de citação: *Jurisprudenz*.

STUBBS, William. *The Constitutional History of England: in its origin and development*. 5. ed., Oxford : Clarendon Press, 1891, vol. 1. Modo de citação: *History*.

_____. *The Constitutional History of England: in its origin and development*. 3. ed., Oxford: Clarendon Press, 1887, vol. 2. Modo de citação: *History*.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. 1. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. Modo de citação: *Proporcionalidade*.

SWIFT, Jonathan. A batalha dos livros. In : _____. *Panfletos satíricos*. 1. ed., Rio de Janeiro: Topbooks, 1999. Modo de citação: *Batalha*.

TÁCITO. *Germânia*. São Paulo: Edições e Publicações do Brasil, 1952. Modo de citação: *Germânia*.

THEROUX, Paul. *Viajando de Trem pela China*. Porto Alegre: L&PM, 1995. Modo de citação: *China*.

TRUJOL Y SERRA, Antonio. *Historia de la filosofia del derecho y del Estado*. 10. ed., Madrid: Alianza Editorial, 1991, vol. 1 (De los orígenes a la baja Edad Media). Modo de citação: *Filosofia*.

TUCCI, Rogério Lauria; Tucci, José Rogério Cruz. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: RT, 1993. Modo de citação: *Devido processo*.

UNRUH, Peter. *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*. 1. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. Modo de citação: *Schutzpflichten*.

USERI, Martin, FIKENTSCHER, Wolfgang; WICKLER, Wolfgang. [Hrsg.]. *Gene, Kultur und Recht*. Bern: Stämpfli Verlag A. G., 2000. Modo de citação: *Gene*.

VALLEJO NÁGERA, Antonio. *Tratado de Psiquiatria*. 3. ed., Barcelona: Salvat, 1954. Modo de citação: *Tratado*.

VELHO, Álvaro. *O descobrimento das Índias: o diário da viagem de Vasco da Gama*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1998. Modo de citação: *Diário*.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional (co-edição do Ministério da Justiça e da Universidade de Brasília), 1979. Modo de citação: *Tópica*.

XENOFONTE. *Erinnerungen na Sokrates*. Leipzig: Verlag Philipp Reclam, 1883. Modo de citação: *Erinnerungen*.

XYNOPOULOS, Georges. *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence – LGDJ, 1995. Modo de citação: *Proportionnalité*.

WENDT, Rudolf. *Das Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot: Zur maßstabsetzenden Kraft der Grundrechten in der Übermaßprüfung*. *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen : vol. 104, Heft 3, p.414-474, Sep. 1979. Modo de citação: *Übermaßverbot*.

WEISCHEDEL, Wilhelm. *Die philosophische Hintertreppe*. 20. Aufl., München : Nymphenburger, 2000. Modo de citação: *Hintertreppe*.

WIEACKER, Franz. Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung. In: Lutter, Marcus; Simpel, Walter; Wiedemann, Herbert [Hrsg.]. *Festschrift für Robert Fischer*. Berlin: de Gruyter, p. 867–881. Modo de citação: *Wurzeln*.

_____. *História do direito privado moderno*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. Modo de citação: *História*.

WICKLER, Wolfgang. Ansätze zu einem epigenetischen System. In : In: Useri, Martin, FIKENTSCHER, Wolfgang; Wickler, Wolfgang. [Hrsg.]. *Gene, Kultur und Recht*. Bern : Stämpfli Verlag A. G., 2000, p. 11–22. Modo de citação: *System*.

WILLOWEIT, Dietmar. *Deutsche Verfassungsgeschichte*. 5. Aufl., München: Beck, 2005. Modo de citação: *Verfassungsgeschichte*.

WINKLER, Markus. *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen: Zur Dogmatik der “verfassungsimmanenten” Grundrechtsschranken*. 1. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 2000. Modo de citação: *Kollisionen*.

WINTER, Gerd. *Alternativen in der administrativen Entscheidungsbildung: Zugleich ein Beitrag zu einer Grundpflicht ökologischer Verhältnismäßigkeit*. 1. Aufl., Düsseldorf: Werner, 1997. Modo de citação: *Verhältnismäßigkeit*.

WOLF, Erik. *Griechisches Rechtsdenken*. Frankfurt a M: Vittorio Klostermann, 1950. 4 vol. Modo de citação: *Rechtsdenken*.

_____. Maß und Gerechtigkeit bei Solon. In: CONSTANTOPOULOS, Dimitri S.; WEHBERG, Hans [Hrsg.]. *Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie: Festschrift für Rudolf Laun zu seinem siebzigsten Geburtstag*. Hamburg: Girardet & Co., 1953, p. 449–464. Modo de citação: *Maß*.

WOODS, Michael. *Babylons Vermächtnis: Auf der Suche nach den Ursprüngen unserer Kultur*. 1. Ausg., Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft. Tradução do original: *Legacy: A search for the origins of civilisation*. Modo de citação: *Vermächtnis*.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Su tre aspetti della ragionevolezza. *In*: ITALIA. Corte Costituzionale. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: riferimenti comparatistici*. 1. ed., Milano: Giuffrè, 1994, p. 179-192. Modo de citação: *Ragionevolezza*.

ZIMMER, Heinrich. *Filosofias da Índia*. 1. ed. São Paulo: Palas Athena, 1986. Modo de citação: *Índia*.