

EDITORIAL

Este exemplar da *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais* da Faculdade de Direito de Vitória é dedicado à filosofia do direito, entendendo dentro dela a teoria geral do direito. E o tema do editorial é justamente este: para que serve a filosofia e sua subdivisão que mais nos interessa, a filosofia do direito.

Com esse desiderato, quero sugerir que a tarefa da filosofia do direito pode ser resumida em dois grandes campos de investigação.

Por um lado, procura saber o que é o direito, como ele pode ser descoberto, conhecido, consultado. Por exemplo: o direito vem objetivamente da lei, isto é, a lei tem um sentido específico e claro para todos que leem seu texto? São mesmo os legisladores – senadores, deputados e vereadores – que criam o direito? Ou os textos legais não têm um sentido próprio e o direito é revelado a nós por aquilo que os juízes decidem que a lei quer dizer naquele caso, diante de um conflito concreto? E quando a sociedade, aquelas pessoas a quem as leis se dirigem as ignoram (por vezes até os órgãos do próprio Estado não seguem a lei), o direito é aquilo que as leis ou as decisões judiciais dizem ou consiste naquilo que seus destinatários – as pessoas, o povo – efetivamente fazem? Este é o problema do conhecimento do direito, o problema de saber em que consiste uma **norma jurídica**.

Por outro lado, a filosofia do direito ocupa-se da questão do valor, da ética no direito. Por exemplo: o direito justo é aquilo que os poderes estabelecidos (executivo, legislativo, judiciário) decidem que é justo ou ele está acima da vontade dos governos? Em outras palavras: existe uma regra ética que vale acima das leis, acima da própria Constituição? Digamos, uma regra que afirme que o aborto é crime independentemente do que digam a lei e os juízes, mesmo que a Constituição o permita? Ou que proteja os direitos humanos de todos, mesmo quando os governos nacionais e o seu direito os neguem a determinados grupos, como fizeram os nazistas em relação aos judeus ou os brancos em relação aos negros sul-africanos? Em outras palavras, o conteúdo ético do direito está à

disposição do poder positivado ou independe dele? Este é o problema do **direito subjetivo**. As repercussões práticas dessas duas ordens de problemas são imensas e muito importantes, dizem respeito ao próprio sentido da palavra “direito”.

Em termos bem gerais a filosofia do direito procura responder a essas duas ordens de questões, mostrando que é uma ferramenta útil, para o caminho profissional e pessoal: o advogado que precisa decidir se aceita ou não a defesa de determinado indivíduo, a delegada de polícia que tem que resolver quais os dados que devem constar do inquérito policial, o promotor de justiça que precisa acusar ou pedir a absolvição de uma pessoa ou a juíza que hesita em condenar aquele jovem a 25 anos de regime fechado numa penitenciária cruel... Todos esse profissionais do direito verão sua difícil tarefa ficar menos pesada com o auxílio da filosofia.

Em outras palavras, não apenas os ministros do Supremo Tribunal Federal que decidem sobre a constitucionalidade do aborto de feto me-roencefálico ou da pesquisa em células tronco precisam da filosofia do direito; as pessoas não precisam dela apenas em momentos de crise e de grandes decisões, mas sim no dia a dia, ajudando a tornar a vida melhor.

Uma das características da sociedade contemporânea tem sido o distanciamento da filosofia do direito, a incapacidade dos juristas para pensar, simplesmente. Isso num contexto inusitado, no qual o direito é assoberbado por sobrecargas. Uma delas é a **pulverização ética**, com a qual o direito estatal não se tem mostrado capaz de lidar. Isso significa que as outras ordens éticas – pois o direito é uma delas – tornam-se mais e mais individualizadas e nessa pulverização só resta ele como “mínimo ético”, pois moral, política, religião e etiqueta, por exemplo, não mais funcionam como amortecedores para os conflitos sociais, os quais são todos juridicizados.

Isso quer dizer que, na sociedade complexa, cada grupo social e mesmo cada indivíduo passa a ter sua própria moral, sua própria religião, e só o direito coercitivo constitui o ambiente ético comum a todos. Numa sociedade mais homogênea, a religião e a moral comuns cuidam de controlar as condutas contrárias e só chegam até o direito os conflitos mais agudos, tais como os referentes ao direito penal. Não é à toa que as pessoas não versadas em direito pensam logo no direito criminal quando falam

do direito, ao passo que os juristas sabem que o penal é uma parte muito pequena dentre os demais ramos do direito. Numa sociedade complexa, por seu turno, qualquer conflito é levado ao ordenamento jurídico, tais como brigas de vizinhos ou desentendimentos de família.

Além dessa **sobrecarga do direito** dogmaticamente organizado dentro do sistema social, observa-se outra dentro do próprio direito, qual seja, a **sobrecarga da decisão concreta**, fazendo com que aumentem as tarefas e a importância do Judiciário, em detrimento do Legislativo, pois o direito torna-se mais e mais casuístico e as regras gerais se enfraquecem. Da mesma maneira que o direito dogmático não está preparado para a primeira sobrecarga, o poder judiciário tampouco está preparado para essa segunda sobrecarga e crescem os procedimentos alternativos de solução de conflitos, como conciliação, mediação e arbitragem. E pulverizam-se também as instâncias decisórias: a questão sobre quais dos três poderes prevalecem na criação do direito torna-se mais complicada do que transparece no debate entre ativistas judiciais e seus contrários e hoje o direito está também nas mãos dos terceirizados da Infraero e companhias de energia elétrica, pessoas que às vezes nem funcionários públicos são.

O fato é as regras de ética válidas para todos passam a ser unicamente as jurídicas e decididas somente no caso concreto. Ao mesmo tempo em que isso é pouco para constituir os laços éticos dos indivíduos de uma comunidade, é muito para o direito estatal assumir o controle de todos os conflitos.

A solução oferecida pela modernidade democrática para o dilema da pulverização e divergências éticas na sociedade complexa é que o direito passa a decidi-las, em primeiro lugar, de acordo com as inclinações da maioria, pois justo não é este ou aquele padrão de conduta, como permitir ou proibir o aborto, o comércio de armas ou de sexo, mas sim aquilo que a maioria decide como justo; em segundo lugar, e por isso mesmo, o direito assume um conteúdo ético essencialmente mutável, pois sempre será possível que novas majorias decidam por opções éticas divergentes em relação às anteriores.

Em relação ao controle das diferenças éticas, há também um problema linguístico, que a semiótica jurídica estuda e explica: numa sociedade altamente diferenciada, os signos significantes tendem a se distanciar

cada vez mais dos signos significados. No direito, isso quer dizer que os textos normativos, como as palavras da lei, são compreendidos diferentemente pelos diversos indivíduos e grupos, pois cada um reage a seu modo diante de expressões como “litigância de má fé”, “interesse público”, “reação moderada”, “crime de responsabilidade fiscal” e demais termos abundantes na legislação. Isso torna a lei menos funcional no trato com os conflitos e daí sobrecarrega os envolvidos na decisão do caso, como as partes, os advogados e os magistrados, e ressalta o papel da vontade pessoal e dos interesses concretos, em prejuízo de uma “racionalidade” pretensamente geral e independente. Ao mesmo tempo fica mais difícil prever como será a decisão concreta, tornando mais e mais obsoletas as concepções hermenêuticas exegéticas, literais ou filológicas, tal como mostra a evolução da hermenêutica jurídica.

Com esses problemas como pano de fundo e seguindo os devidos procedimentos de avaliação exigidos de uma publicação qualificada como A 1 pela CAPES, a Revista de Direitos e Garantias Fundamentais busca dar uma contribuição ao debate contemporâneo no Brasil e no mundo.

João Maurício Adeodato

Faculdade de Direito de Vitória (FDV)