

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
THAÏS SAVEDRA DE ANDRADE**

UMA LEITURA PSICANALÍTICA DO DISCURSO JURÍDICO DE HANS KELSEN

**Jacarezinho
2013**

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
THAÏS SAVEDRA DE ANDRADE

UMA LEITURA PSICANALÍTICA DO DISCURSO JURÍDICO DE HANS KELSEN

Texto de Dissertação apresentado como requisito final para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Norte do Paraná, sob a orientação do Professor Doutor Antônio Carlos de Souza

Jacarezinho
2013

THAÏS SAVEDRA DE ANDRADE

UMA LEITURA PSICANALÍTICA DO DISCURSO JURÍDICO DE HANS KELSEN

Texto de Dissertação apresentado como requisito final para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Norte do Paraná, sob a orientação do Professor Doutor Antônio Carlos de Souza.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Antônio Carlos de Souza

Professor Doutor Fernando de Brito Alves

Professor Doutor Ricardo Pinha Alonso

Jacarezinho, 11 de novembro de 2013.

Para minhas filhas, Tarsila, um abismo em mim, e Domitila, que me salvou das mais diversas formas que um ser humano pode ser salvo.

Ao homem forte dos meus dias, meu inimigo, carrasco, única criatura que me faz andar. Meu melhor amigo, meu amor, meu homem, a melhor parte de mim.

Para Daniel, sempre e sempre...

AGRADECIMENTOS

A Hans Kelsen, pela possibilidade de entender o Direito como ele deve ser compreendido, sem melindres ou neuroses, somente o Direito, puro, simples e maravilhoso.

Novamente a Kelsen, por me permitir pensar a Justiça como ela deve ser e, por conta disto, com a possibilidade de encontrar soluções justas para seres-humanos e não para super-humanos.

Minha gratidão para o cientista da alma, da minha alma, porque não dizer assim... A Freud que me ajuda na libertação da minha imbecilidade e das explicações das minhas próprias contradições, por me ajudar dar nome a(o) desconhecido(a): a Thaïs profunda, tão mais verdadeira e maior que esta casca que me prende e que me (de)limita.

Neste momento especial desejo agradecer particularmente algumas pessoas que merecem compartilhar comigo meu contentamento:

À Marisa Cristina Savedra de Godoy Andrade por toda a ajuda, cuidados e presença. Não teria conseguido cumprir os créditos do Mestrado não fosse seu sacrifício pessoal de viajar longas distâncias para me substituir no ofício de mãe.

À Elaine Nadir Tempski por todo auxílio que me prestou durante o curso, com os cuidados de mãe para com a Domitila e pela confiança que sempre demonstra ter em mim.

À Yvana Savedra de Andrade Barreiros com quem aprendi a praticar o princípio da fraternidade, à Marilda Guertzenstein pela disponibilidade em me ajudar sempre.

Ao professor Antônio Carlos de Souza pela preciosa orientação, compreensão e, principalmente, por ter me dado a liberdade de criar.

Meu muito obrigada a todos os professores e amigos da 8ª turma de Mestrado da Universidade Estadual do Norte do Paraná, principalmente ao professor Vladimir Brega Filho pela consideração que sempre me dispensou e à Natalina da Costa pelo apoio generoso.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES por custear parte da minha pesquisa.

Minha gratidão a todas as pessoas que de alguma forma estiveram presentes na minha vida durante o Mestrado, mesmo que somente na minha alma, marcada pelas perdas, pois, *“Não consigo pensar em nenhuma necessidade da infância tão intensa quanto a da proteção de um pai.”* (in O Mal-estar na Civilização). Para Yvan de Godoy Andrade, o melhor “Nome do Pai” que um sujeito poderia desejar.

Como disse Freud, uma pessoa que tem certeza que é amada se sente demasiadamente forte. É da minha família que retiro a minha força e coragem, assim, muito obrigada a todos da minha família, em especial ao meu marido e minha filha pela paciência em esperarem eu escrever.

“É a lei que faz o pecado.”

São Paulo

RESUMO

Este escrito parte de uma crítica aos modelos absolutos de justiça e busca demonstrar que é possível encontrar dentro do discurso jurídico de Hans Kelsen uma viável teoria de justiça, com ampla possibilidade de ser aplicada nas sociedades hodiernas, porquanto dirigida para seres humanos e não apenas para um grupo especial de pessoas. Para tratar desta questão utilizou-se da psicanálise e da hipótese levantada por Sigmund Freud do Totem e do Tabu, o qual define que o passo decisivo à civilização é a decisão da sociedade de limitar suas possibilidades de satisfação individual, assimilando as leis primordiais que proíbem o assassinato e o incesto. Observou-se que em pensamento muito similar ao desvendado pela psicanálise, Hans Kelsen admite que a civilização decorre de leis originais penais com um sentido de retribuição e posteriormente de vingança, como forma rudimentar de estabelecer critérios de justiça. Tendo isto em vista, concluiu-se que a subjetividade humana é naturalmente dirigida para criar e perceber hipóteses, concatenando cadeias significantes de consequências e, por este motivo, defende-se que a justiça somente se dará com a implementação de um direito que hipotetize uma regra orgânica de justiça na lógica-formal das normas jurídicas. Para tratar da justiça como fator de inclusão social, utilizou-se os estudos feitos por Kelsen sobre algumas teorias de Justiça definidas pela humanidade, verificando-se que estas se revelam esvaziadas de verdade pois, partem de critérios absolutos para definir o que é justo. Em mesmo sentido, as modernas teorias de justiça não tem aptidão para dar conta de toda complexidade das sociedades atuais com suas respectivas culturas, porquanto as maiores questões hoje dizem respeito à condição de percepção dos sujeitos de sua sujeitidade, aos novos formatos de exclusão social e a perda do poder subjetivo do Direito como terceiro organizador. Por fim, verificou-se que a Justiça entendida como ilimitada, onisciente e onipresente não existe, havendo apenas parcelas dela concretizáveis mediante a aplicação de leis que contemplem algum tipo de justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Pura do Direito, Psicanálise, Antropologia Jurídica, Teorias de Justiça, Exclusão Social, Sujeitidade.

ABSTRACT

This part of writing a critique of absolute standards of justice and seeks to show that one can find within the legal discourse of Hans Kelsen a viable theory of justice, with ample opportunity to be applied in today's societies, because addressed to human beings and not just for a special group of people. To address this issue we used psychoanalysis and hypothesis by Sigmund Freud 's Totem and Taboo, which defines the decisive step of civilization is the decision to limit the possibility of individual gratification society, assimilating the primordial laws prohibiting murder and incest. It was observed that much similar to thinking unraveled by psychoanalysis, Hans Kelsen admits that civilization arises from criminal laws with a unique sense of retribution and revenge later as rudimentary form of establishing criteria of justice. In view of this, it was concluded that human subjectivity is naturally directed to create and realize hypotheses, concatenating strings significant consequences and, therefore, defends himself that justice will be made only with the implementation of a law that one create a hypothesis organic rule of righteousness in the logic of the formal - legal rules. To treat justice as a factor of social inclusion, we used the studies by Kelsen of some theories of justice defined by humanity, verifying that they reveal themselves as devoid of truth, run by absolute criteria for defining what is fair. In the same sense, the modern theories of justice has no ability to account for all the complexity of modern societies with their respective cultures, because the biggest questions today concern the condition of your perception of the subjects subjectness, to new forms of social exclusion and loss of subjective law as the third power of the organizer. Finally, it was found that the Justice understood as unlimited, omniscient and omnipresent does not exist, with only her plots achievable through the application of laws that include some kind of justice.

KEYWORDS: Pure Theory of Law, Psychoanalysis, Legal Anthropology, Theories of Justice, Social Exclusion, Subjectness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A HISTÓRIA DAS LEIS SOB UMA PERSPECTIVA “PSICOJURÍDICA”	14
1.1 O psicojurídico e a construção histórica das noções de justiça e direito na civilização hodierna	14
1.2 O lugar das leis da cultura	19
1.3 Da civilização à justiça	27
2 DA NECESSIDADE DAS LEIS DO MUNDO DA CULTURA	36
2.1 As razões de Kelsen em harmonia com a civilização	36
2.2 A civilização e a ideologia do direito natural	43
2.3 (Des)construindo a Justiça a partir de Kelsen	48
3 (RE)CONSTRUINDO A JUSTIÇA A PARTIR DO DISCURSO KELSENIANO	55
3.1 O que não é Justiça e o problema da exclusão social	55
3.2 Um breve incursão sobre o tema Modernas Teorias de Justiça rumo à construção de uma Nova Teoria Pura de Justiça	66
3.3 A Lei e a Justiça: uma questão de sujeitividade	75
4 O QUE É JUSTIÇA (OU UM CONFLITO IRRECONCILIÁVEL)	82
4.1 O problema dos substantivos	82
4.2 O mal-estar no direito	88
4.3 Justiça: uma experiência mística	95
CONCLUSÕES	101
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	107

INTRODUÇÃO

O presente escrito deseja tratar do desafio de se defender leis em detrimento de valores. Na verdade a pretensão deste estudo é demonstrar como boas leis são inegavelmente mais importantes do que maus valores, pois uma lei conta com mecanismos lógico-jurídicos de coercibilidade e sanção, enquanto que os valores muitas vezes expressam uma complexa rede de interesses a serviço de um sistema que pretende manter os sujeitos indesejados às margens da sujeitidade.

Importante frisar que neste escrito quando se fizer uso da expressão Justiça com inicial maiúscula, falar-se-á daquela irretorquível, infalível, expressão da situação mais perfeita das coisas e da felicidade suprema, ou seja, o elemento que não existe na realidade, somente no simbólico e no imaginário. Utilizando justiça com inicial minúscula se estará tratando da parcela da outra, de um aspecto apenas da Grande Utopia, da singularidade da Justiça para um dado do real, ou seja, o elemento que pode existir sob algumas qualidades.

De início, este texto pretende demonstrar a origem das leis na civilização e a forma pela qual a razão humana passou a compreender a Justiça e a produzir direitos a partir desta incursão. A noção do que se revela o neologismo “psicojurídico” assume fundamental importância, porquanto indispensável para tratar dos conceitos da Ciência do Direito inundados pelo discurso psicanalítico.

No primeiro capítulo se estabelecerá a forma que se edificaram os direitos e, por conseguinte, o conceito de justiça na perspectiva jurídica. Em seguida, tratar-se-á da interdisciplinaridade que se estabelece entre o Direito e a Ciência Psicanalítica, bem como as condições originais que fizeram nascer a civilização, a partir da introdução do “Nome do Pai”, do que decorre as primeiras leis de interdição dos sujeitos: não matar e não cometer incesto/estupro.

No segundo capítulo será demonstrado que a compreensão antropológica da formação das leis a partir dos grupos primitivos, feita por Hans Kelsen, é absolutamente coincidente com a descrição dos processos civilizatórios observados por Freud.

A questão da natureza e dos direitos naturais tomará espaço fundamental para a desconstrução de conceitos pré-determinados de justiça, direito,

verdade e igualdade. Além disso, os processos lógico-jurídicos de funcionamento e concatenação de significantes contidos nas leis, será minuciosamente enumerado para demonstrar que somente através do sistema coercitivo-sancionatório das normas jurídicas é possível a constituição de algum tipo de justiça.

Por conseguinte, a comprovação da forma pela qual as leis de justiça implementam os campos da existência, validade e eficácia será de capital importância para revelar que os questionamentos feitos por Hans Kelsen acerca do direito justo possuem coerência e verdade inegáveis.

No terceiro capítulo será desenvolvido importante conceito relativo à identificação dos sujeitos com sua condição de destinatário de direitos. Será feito um incursão sobre algumas regras de justiça do tipo racional construídas ao longo da humanidade com a finalidade de demonstrar que a adoção de conceitos absolutos de justiça podem conduzir a situações de exclusão social.

Tratar-se-á do tema das modernas teorias de justiça, em especial a de John Rawls, e da aptidão desta para perceber as reais demandas mundiais quando o espaço civilizatório é distinto do norte americano e, em ato contínuo a construção do conceito de sujeitividade aplicada às relações de justiça e de direito será de fundamental importância para demonstrar como se opera a nova forma de exclusão social nas sociedades complexas.

No quarto e último capítulo serão analisadas regras de justiça do tipo metafísico, buscando-se na linguagem uma definição que singularize a justiça. O campo da fala e das construções simbólicas e imaginárias será de capital importância para evidenciar as formas de se idealizar e conceber a justiça. Questões pertinentes ao direito, seja na interdisciplinaridade que trava com os demais campos das ciências, ou nas demandas que surgem das sociedades complexas por efetivação de direitos humanos, bem como enquanto expressão de algum tipo de justiça, serão consideradas para se tentar construir um concepção de justiça para humanos, realizável mediante instituições que lhe deem existência, sendo o direito o mecanismo mais apto para realização desta proposta.

Finalmente tentar-se-á demonstrar que a Justiça, compreendida num sentido absoluto e imutável, forma que usualmente e concebida pelo senso comum, trata-se de uma ilusão, restando evidenciado que dentro da teoria de Kelsen se

encontra uma boa e sólida teoria de justiça, passível de realizar aspectos de justiça para seres-humanos, porquanto, uma norma de justiça somente pode ambicionar ser implementada mediante a coercibilidade do direito. A Justiça enquanto bem supremo ou qualidade transcendente de alguma entidade supra-humana, racionalmente não passa de uma ilusão, somente podendo ser concebida dentro de uma experiência mística.

1 A HISTÓRIA DAS LEIS SOB UMA PERSPECTIVA “PSICOJURÍDICA”

1.1 O psicojurídico e a construção histórica das noções de justiça e direito na civilização hodierna

Psicojurídico é a forma pela qual o presente escrito pretende trabalhar com a Ciência do Direito emprestando conceitos da psicanálise. Não por acaso o termo foi escolhido, porquanto necessário para expressar algumas situações do estudo do direito que neste trabalho serão levadas em consideração ou questionadas.

O primeiro elemento que merece ser acareado sob esta nova perspectiva diz respeito à forma pela qual a civilização concretizou direitos ao longo da história da razão humana, com vista à materialização de algum tipo de justiça. Importante frisar que, para o direito, as leis nascem como um mecanismo de controle dos grupos sociais. Desde muito cedo os homens percebem que necessitam uns dos outros para sobreviverem, seja na cooperação do trabalho, seja na assistência e amparo; posteriormente, nas relações comerciais rudimentares (trocas em face da ausência de moeda), mas, sobretudo, na proteção e defesa dos grupos sociais que se estabeleceram.

Destes ordenamentos primitivos surge o imperativo de coordenação e a instituição de limites para a manutenção do grupo. Nasce, inexoravelmente, a necessidade de “um” direito, sendo que este modelo normativo simples é o embrião do direito como resultado do processo de racionalização do homem. Entretanto, as leis, assim como são compreendidas (sejam morais puras ou morais juridicizadas), têm um mecanismo de infiltração nos grupos, assim como acontece na constituição psíquica dos sujeitos. Este mecanismo de construção de leis “sociais” Freud (1930/1996, p. 96) chama de constituição do sujeito civilização e, é desta “entidade humana” - quase um sujeito - , que este trabalho pretende ponderar no concernente à busca por uma identidade da justiça.

O homem civilizado, fruto da cultura e, por conseguinte, de leis culturais, depara-se invariavelmente com quatro questões fundamentais para dar conta da sua condição humana, quais sejam: (a) questionar o que é o ser, (b) como

esse ser se relaciona com as demais pessoas, (c) a forma pela qual o indivíduo compreende a natureza e, finalmente, a questão transcendental, (d) tentar conferir um sentido para a vida e mortalidade. Sobre as crises confrontadas pelos sujeitos civilizados, postula Freud (1930/1996, p. 84-85) o seguinte:

(...) nossas possibilidades de felicidade sempre são restringidas por nossa própria constituição. Já a infelicidade é muito menos difícil de experimentar. **O sofrimento nos ameaça a partir de três direções: de nosso próprio corpo, condenado à decadência e à dissolução, e que nem mesmo pode dispensar o sofrimento e a ansiedade como sinais de advertência; do mundo externo, que pode voltar-se contra nós com forças de destruição esmagadoras e impiedosas; e, finalmente, de nossos relacionamentos com os outros homens.** O sofrimento que provém dessa última fonte talvez nos seja mais penoso do que qualquer outro. Tendemos a encará-lo como uma espécie de acréscimo gratuito, embora ele não possa ser menos faticamente inevitável do que o sofrimento oriundo de outras fontes.(Grifou-se).

As culturas antigas, destituídas ainda da razão grega, aparentemente resolviam essas questões pelo mito. Após, a mitologia passa a introduzir na literatura porções da história vivida pelos cidadãos das cidades-estados. Começa, assim, a ser inserido no mundo da cultura uma parcela de razão, que terá seu ápice com os pós-socráticos.¹

Neste momento, as questões fundamentais humanas são resolvidas com uma razão que é expressão da natureza das coisas, ordenada e coerente com o movimento do cosmo (como causa e efeito da natureza). Surge, então, a matemática euclideana, a qual define o tempo como finito e o espaço plano. A justiça, nesta seara, pode ser entendida como consequência da natureza das coisas, advindo da ordenação perfeita da razão natural e do caráter político do homem (ARISTÓTELES, 1984a, p. 11-13, p. 121-123).

Com o apogeu da sociedade cristã e a supervalorização da Igreja Católica do século XIII, a razão passa a ser fruto de um desígnio maior,

¹ Sócrates, insistentemente, inquiria os atenienses acerca de conceitos e valores que estes cultuavam e replicavam, tais como “o que é a verdade”; “o que é a justiça” etc. Com base nestas respostas Sócrates demonstrou que cada pessoa detinha uma opinião particular sobre estes temas, que em geral tinham como base paradigmas insculpidos pela sociedade e família, conceitos que na grande maioria das vezes não eram compreendidos em toda sua fenomenologia, mas apenas replicados sem qualquer pensar sobre seu conteúdo. Esta forma comum ou senso comum de compreender a justiça será melhor trabalhada nos últimos capítulos deste estudo.

inquestionável e inviolável e a justiça é resultado desta vontade superior, que serve como justificativa ao sistema de produção e da forma política desta fase. Posteriormente, com o declínio do modo de produção Feudal, o Estado Bulionista intimida a nova classe social que surge dos guetos das metrópoles comercialistas.

A partir do Século XV, a forma de conceber a razão muda em decorrência de várias descobertas científicas do mundo da natureza -principalmente no pertinente ao heliocentrismo coperniano e alterações de paradoxos filosóficos e políticos.

Na França, com René Descartes, a razão capaz de construir a verdade está intimamente ligada ao sujeito da razão e a maneira pela qual ele experimenta esse potencial construtivo. Na Inglaterra, com Francis Bacon, o empirismo propugna que somente é possível a construção de uma verdade a partir da experiência. O fruto social do modo de pensamento inglês será a Revolução Industrial.

O resultado da racionalidade cartesiana é a Revolução Francesa e toda a incorporação de direitos de primeira geração e o modo de produção do estado liberal que se instalou em seguida. Surgem as constituições escritas, formais, rígidas. A partir desses conceitos surge a imagem de supremacia da carta capital. Da constituição francesa advêm as ideias de garantir direitos individuais e da separação de poderes.

Destes contratos liberais, a primeira experiência foi a norte-americana, de 1787, e que vigora até hoje, contribuindo com dois conceitos basilares para o embrião da concretização de direitos dos indivíduos. O primeiro estabelece a supremacia da Constituição, que passa a ter a competência para limitar os poderes e ditar as regras do jogo político. O segundo estabelece a garantia jurisdicional, o Judiciário como sendo o último órgão a ser clamado. O controle de constitucionalidade surge nos EUA, inclusive.²

Tempo e espaço, como decorrência da razão cartesiana, passam a ser grandezas infinitas e multidimensionais. A justiça passa a ser fruto da razão humana capaz de deduzir direitos políticos e civis, também, chamados de primeira dimensão

² A data de 1787 se trata de um marco dentro de um período de mudanças na concepção de direitos para indivíduos.

e que exigem do Estado uma abstenção.³ O Estado é abstencionista, é o estado da luta de classes da qual a burguesia sai vitoriosa, é o estado de direito que corresponde aos direitos burgueses da liberdade, propriedade, limitação do poder do soberano, é o Estado mínimo.

O conceito de justiça oscila entre a percepção dos teóricos, seja na proposta Kantiana de indagar acerca de qual seria o direito justo ou até mesmo que a justiça não passaria de uma ilusão (KELSEN, 2011, p. 19-28 e 2012, p. 3-16.). A utilização conveniente de um direito lógico jurídico, destituído de valores morais e éticos, composto por normas mandamentais válidas, independentemente de serem ou não justas, acaba por justificar Estados anômalos, como os fascistas, momento em que se constata que o modelo liberal não foi suficiente para dar conta das questões sociais e éticas dos povos.

Advêm, depois, os chamados direitos de segunda dimensão, ligados à ideia de igualdade material (sociais, econômicas e culturais), exigindo do Estado uma atuação positiva. Nesse período há uma mudança no Estado Liberal para o Estado Social, que intervém nos âmbitos social, econômico e laboral, tendo um papel decisivo na produção e distribuição de bens e na garantia de um mínimo bem estar. Esses modelos estão presentes na Constituição Federal brasileira.

Após a segunda guerra mundial fala-se de um neoconstitucionalismo, embora a concepção constitucionalista seja bastante antiga, mas, é usualmente empregado para significar um novo paradigma (CAMBI, 2009). No Constitucionalismo moderno o ideal foi o positivismo; no constitucionalismo contemporâneo fala-se em pós-positivismo tendente a superar a ideia de direito natural apartado do direito positivo, buscando um ponto médio entre o conteúdo e a forma, mesmo que a teoria do direito natural seja apenas uma ideologia, conforme se tentará demonstrar.

O pós-positivismo traz para o direito uma preocupação moral, corroborando a tese de que princípios são espécies de normas capazes de

³ Norberto Bobbio (1992) fala em gerações de direitos, mas, prefere-se adotar a terminologia mais moderna que fala em dimensões, porque não há uma superação da geração anterior, mas, apenas um acréscimo de novos direitos àquela.

carregarem não só uma recomendação mas, principalmente, a obrigação de suas efetivações.

A terceira dimensão de direitos se exprime em fraternidade, direito ao desenvolvimento e progresso, direito à autodeterminação dos povos, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, direito de comunicação (CANOTILHO, 2000, p. 22).

Já a quarta, está ligada à pluralidade ou direito das minorias, é algo que ainda se busca. Esses direitos de quarta dimensão, segundo Paulo Bonavides (2001), seriam a democracia material, direito à informação e ao pluralismo.⁴

Curioso que o sistema do Estado Social atual, implantado no mundo capitalista pós-guerra, como uma possibilidade de resposta as demandas sociais e defesa aos regimes socialistas, cristalizados naquele período, também mostra nítido desgaste. Assim como aconteceu na grande maioria dos países socialistas, o que resta do *welfare state* aguarda seu termo (ou transição) para outra coisa (regime), que melhor atenda a todos os interesses em jogo das civilizações complexas.

Definitivamente, não representa que será o modelo neoliberal, principalmente aquele propugnado a partir do final da década de 70 do século XX, o qual irá resolver as questões éticas, morais e jurídicas que se estabelecem nos dias de hoje, parecendo que este novo paradigma tende a “coisificar” as pessoas e impregnar o direito de uma lógica de mercado divorciada da legítima lógica jurídica, segundo se tentará demonstrar mais adiante.

Parece que nenhum modelo de gestão administrativa ou ciência política (que embaie ou não questões sociais) satisfaz integralmente aos interesses humanos.⁵ Quaisquer medidas que busquem um acréscimo na condição da justiça, assim como ela é compreendida pelo senso médio, representa que não funciona, ou que não tem possibilidade de ser implementada.

⁴ Paulo Bonavides (2001) aduz que a democracia de quarta dimensão é distinta da de primeira geração (democracia formal correspondendo à vontade da maioria, ideia formal do instituto, eleições etc.). Hoje se fala na democracia em sentido substancial ou material, que engloba as ideias da democracia formal e também a de fruição de direitos básicos por todos, inclusive pelas minorias.

⁵ Freud (1930/1996, p. 84), utilizando um poema de Goethe (“*nada é mais difícil de suportar que uma sucessão de dias belos*”) explica que “*Quando qualquer situação desejada pelo princípio do prazer se prolonga, ela produz tão-somente um sentimento de contentamento muito tênue. Somos feitos de modo a só podermos derivar prazer intenso de um contraste, e muito pouco de um determinado estado de coisas.*”

Conforme já mencionado, fala-se de gerações (dimensões) de direitos aptas a agregar, ou a superar, os direitos antecedentes, parecendo que hoje as demandas são mais de cunho afetivo. Há uma grande falta ou perda de afeto nas sociedades hodiernas. As distâncias diminuiram, teoricamente, em razão dos avanços tecnológicos, entretanto, nunca se esteve tão distante de todos num sentido simbólico. Não por acaso, a justiça ou qualquer sistema político, jamais será totalmente perfeito para o sujeito, ainda que seja perfeitamente viável, teoricamente e absolutamente implantável, do ponto de vista das demandas humanas.

Perquire-se hoje acerca de vários sistemas de justiça, as chamadas “modernas teorias de justiça”, que nascem com a aptidão de solucionarem este “mal estar” no “sujeito civilização”. Este esgotamento social, buraco aberto que não cicatriza, o mal estar eterno da civilização contemporânea, parece desejar a justiça, seja ela qual for, como paliativo para seu desajuste.

Tentar-se-á demonstrar adiante quais as possibilidades de justiça para serem aplicadas, bem como o motivo da civilização não poder concretizar a Justiça, como se desenha nas teorias, porquanto a civilização se constitui baseada em leis e não em ufanismos; sucessivamente, também se procurará demonstrar, psicojuridicamente, o motivo que leva a civilização a tentar acreditar na concretização de uma justiça absoluta.

1.2 O lugar das leis da cultura

Kelsen, discorrendo sobre o tema da origem das leis, busca na teoria da retribuição um “*condutor das relações sociais primitivas*”, que estabelece uma satisfação relacionada ao sentimento de vingança, somente experimentado por quem vive em sociedade (CARNIO, 2013, p. 56-59).⁶

Em Documentos Legislativos muito antigos, tais como o Código de

⁶ O sentido retributivo nas sociedades primitivas “*se refiere a la 'naturaleza recíproca de toda la cooperación social' y ve acertadamente en ella una de las garantías más eficaces para la observancia de los deberes sociales. Consiste en el hecho de que el hombre primitivo considera a todo hecho esperado de outro individuo como dependiente de um contrahecho de él mismo; imagina, sobre todo, que toda omisión de un hecho impuesto a él por la sociedad está conexas con una desventaja social para él. En ese sentido general, el sistema social entero posee um carácter retributivo.*” (KELSEN, 1945, p. 97-98).

Hamurabi, Lei de Talião e o Código de Manu⁷, é muito fácil de se observar a medida da compensação como forma de restituição do *statu quo ante bellum* dos ofendidos, na medida da retribuição de um mal pelo já sofrido. Observa-se que a vingança é o mecanismo mais rudimentar de se estabelecer uma modalidade de justiça. Veja-se:

O sentimento de satisfação é fundamental para o conceito de vingança. **A vingança contra o autor de um dano é mais que uma defesa instintiva, possui também um efeito preventivo, único na relação entre indivíduos que convivem socialmente.** A sua reação se dirige contra um elo da cadeia causal, contra um elo específico que atacado pela reação se torna uma causa menos provável de repetição de ocorrência do dano. (CARNIO, 2013, p. 57, grifou-se).

O sentido de retribuição ao um mal causado parece ser a explicação mais pragmática à origem do Direito, compreendido como mecanismo de satisfação e de equilíbrio nas relações sociais. Entretanto, o Direito como corpo normativo rudimentar propriamente dito, com normas e regras de acomodação da vida social, parece ter sua gênese em momento pouco anterior ao sentimento de vingança privada e se confunde com a própria opção (ou origem) pela da civilização, conforme se tentará demonstrar.

Arriscar apontar o momento preciso desta opção (ou constituição) pela vida em sociedade parece ser a tarefa primordial da antropologia moderna, e por conta disto, grande material científico e de qualidade, tais como as descobertas de Charles Darwin, permitem base à construção de uma teoria psicojurídica da gênese civilizatória em decorrência da opção por leis mínimas de interdição de instintos

⁷ O Código de Manu (200 a. C e 200 A. D.) continha um conjunto de normas que bem evidenciam o caráter retributivo que se esperava da prestação Estatal, como em algumas de suas normas:

Art. 283 Se uma pancada seguida de uma viva angústia, foi dada em homens ou animais, o rei deve infligir uma pena àquele que a deu, em razão da dor maior ou menor que a pancada tenha causado.

Art. 316 Aquele que tira a corda ou o balde de um poço e o que destrói uma fonte pública, devem ser condenados à multa de um masha de ouro e a restabelecer as coisas ao seu primitivo estado.

Art. 317 Uma pena corporal deve ser infligida àquele que furta mais de dez kumbkas 36 de trigo; por menos de dez, deve ser condenado à multa de onze vezes o valor do furto e a restituir ao proprietário seu bem.

Art. 318 Um castigo corporal será igualmente infligido por ter furtado mais de cem palas de objetos preciosos, se vendendo ao peso, como ouro e prata ou ricos vestuários.

Art. 319 Por um furto de mais de cinquenta palas dos objetos mencionados, deve-se ter a mão cortada; por menos de cinquenta, o rei deve aplicar uma multa de onze vezes o valor do objeto.

Art. 320 Por haver tirado de homens de boa família, sobretudo mulheres e jóias de grande preço, como diamantes, o ladrão merece a pena capital.

(pulsões).

Nos primitivos arranjos sociais tribais analisados por antropólogos, observou-se que estes grupos trataram de estabelecer as primeiras leis para garantirem uma convivência mínima naquilo que ali se formava e que se chamará civilização. Estas leis primordiais, que são fruto da cultura - e se atribui como sendo o embrião do Estado de Direito que iria surgir muitos séculos depois -, foram recepcionadas pelos indivíduos não apenas sociologicamente, mas, em seus psiquismos, criando nos seres humanos a ideologia de um direito inato e de um senso moral que sempre existiram em sociedade.

Para tentar dar conta da tese de que a civilização acontece pelas leis (pelo direito), necessário se faz a compreensão de alguns conceitos e teoremas emprestados das descobertas de Sigmund Freud (1930/1996, p. 74-75). Ele explica que nas criaturas humanas é usual a certeza de que suas individualidades são unitárias e livres. Porém, esta realidade é marcada para dentro na forma de uma *“entidade mental inconsciente”*, o id, sendo a parte emersa, ego, apenas o frontispício desta vida subjetiva e obscura, infinitamente maior⁸. O mesmo acontece com a civilização.

Assim como ocorre na estruturação do sujeito da linguagem, na civilização a maioria das experiências, vivências, traumas e desejos são encobertos

⁸ A descoberta do inconsciente é tida como a terceira grande ferida narcísica da civilização, pois implicou na destruição da razão comum pela descoberta de uma nova instância da própria razão, absolutamente atemporal, infinita e responsável pela maior vida subjetiva do homem.

O inconsciente é o reservatório das energias pulsionais, que Freud chamou de libido, fonte inesgotável de forças que pelo encadeamento de significados tenta se esgotar, satisfazendo-se imediatamente.

Todavia, estas energias, muitas vezes impossíveis de se realizarem para o sujeito da consciência (devido à censura que a sociedade e história lhe impõe), são barrados em outra instância do aparelho psíquico (superego), voltando ao seu início primitivo para, novamente, tentar outra investida de satisfação. Este mecanismo é perpétuo, vivo e incessante anotando o sujeito em toda sua vida, mesmo durante os sonhos.

Embora a satisfação destas energias nem sempre possam se operar no plano real devido ao recalque (superego), elas acabam por darem sinais de que estão a existir em contornos disfarçados, seja nas formações do inconsciente (como o chiste, o ato-falho e os sonhos), seja mediante os sintomas neuróticos ou pela sublimação.

Independentemente da origem e destino destas forças (pulsões) o que importa deixar claro é que o inconsciente é a maior parte da vida de um sujeito e, sendo a maior parcela, **define toda sua forma de agir**, mesmo que dele o sujeito do conhecimento desconheça.

Assim, o agir é inconsciente, apesar da consciência. O *“inconsciente não conhece a contradição, e que essa ausência de contradição é a condição de toda a contradição”* (ALTHUSSER, 2002, p. 77), definindo a história e o agir dos sujeitos.

por uma **modalidade especial** de recalque (censura). Por óbvio, um tanto transformado este tipo de superego social opera na civilização da mesma forma que o superego age nos sujeitos individuais. É a experiência humana instituidora do “ente civilização”.

Todo o conjunto da experiência racional do homem advém da vivência da humanidade, os traços mnemônicos das provas subjetivas, porque tudo que passa tem a capacidade de ser preservado nesta instância remota da civilização. A tarefa da construção da sociedade é extremamente árdua porque deriva da condição mais extenuante das crises dos sujeitos: os “*relacionamentos com os outros homens*” (FREUD, 1930/1996, p. 85).

Explica-nos Sigmund Freud (1930/1996, p. 85) que o processo civilizatório credita nas pessoas uma forma atípica de contorno dos desejos primitivos (prefere-se a expressão pulsões), momento em que as criaturas optam em direcionar seus esforços conjuntamente para dominar a natureza aos seus interesses pessoais e coletivos. Segundo ele:

Contra o sofrimento que pode advir dos relacionamentos humanos, a defesa mais imediata é o isolamento voluntário, o manter-se à distância das outras pessoas. A felicidade passível de ser conseguida através desse método é, como vemos, a felicidade da quietude. Contra o temível mundo externo, só podemos defender-nos por algum tipo de afastamento dele, se pretendermos solucionar a tarefa por nós mesmos. **Há, é verdade, outro caminho, e melhor: o de tornar-se membro da comunidade humana e, com o auxílio de uma técnica orientada pela ciência, passar para o ataque à natureza e sujeitá-la à vontade humana. Trabalha-se então com todos para o bem de todos.** (Grifou-se).

A grande questão a pontuar e que prova que a civilização é uma estrutura ordenada tal como um sujeito é o fato de que o domínio da natureza e a criação de todos os complexos arranjos sociais não garantem a extirpação do sofrimento (desprazer) nas criaturas de forma individual, pois, a sociedade é um organismo psíquico, que carrega traços decisivos das leis da civilização, leis que determinam a passagem para o estado social a custo de muito sofrimento e interdições; ao custo da repressão do próprio “gozo”.

Neste sentido, defende-se que as primeiras leis oriundas do processo de racionalização do homem, momento em que o animal (essencialmente pulsional)

cede em nome de “Eros” (o amor e/ou o desejo pelo coletivo), são aquelas que proíbem o incesto e o assassinio do pai. A partir destas considerações iniciais será preciso emprestar ao presente estudo elementos da psicanálise para que a tese, que ora se defende, possa ser melhor explicitada e os novos conceitos “psicojurídicos” tenham condição de serem explorados ao longo de todo o texto.

Discorrendo brevemente sobre estudo feito por Sigmund Freud entre os anos de 1912 e 1913, intitulado Totem e Tabu, o médico tratou de fazer um apanhado cuidadoso sobre os hábitos e costumes sociais de comunidades primitivas, tomando como base os experimentos mais sérios da antropologia de sua época. Observou que desde as sociedades mais primitivas que se tem notícia o horror ao incesto é algo patente, tanto é assim que constatado tal fato por muitas das ciências modernas, principalmente a sociologia, medicina e antropologia, seus cientistas tentaram dar as mais diversas explicações para o fato que se debate, sem, contudo, darem uma elucidação definitiva para tal fenômeno.

Partindo da observação de ser usual em determinadas culturas os casamentos familiares, principalmente quando interesses religiosos, políticos e, sobretudo, econômicos, estão em jogo, demonstrou que as teorias antropológicas tendentes a afirmar que a repulsa ao incesto se deveu ao receio da teratogênese não prosperam, mesmo porque é fato ela não ser regra em casamentos consanguíneos.

Concorde com os experimentos de James George Frazer, Andrew Lang, John Ferguson McLennan, Charles Darwin, entre outros, de que o horror ao incesto, na maioria das sociedades, sempre existiu, desde os mais remotos tipos societários (hordas, agrupamentos etc.), o referido psicanalista buscou dar um sentido para tal repúdio entre os seres sociais, desenvolvendo para tanto o mito do “Pai da Horda”, abalizando o conceito do “nome do pai”, que será o elemento central de toda a produção psicanalítica e, principalmente, do desvelamento do “Complexo de Édipo” (FREUD, 1912-13/1996, p. 21-163).

Ao tratar da função paterna nas instituições, Cristina Hoyer (2010, p. 19-20) aponta que *“Lançando mão desta hipótese, Freud buscava responder ao que ainda estava em aberto na etiologia da neurose, ou seja, a causação e a questão: ‘o*

que é um pai?”, dando o passo decisivo para cancelar todas as questões atinentes à estruturação dos sujeitos da linguagem e, por consequência, da civilização.

Constatando que em todos os grupos primitivos, assim como é ainda possível observar em grupos de primatas de grande porte, sempre existiu a figura de um macho preponderante capaz de entrar em mortal confronto com qualquer outro que tente ocupar sua condição, o médico avaliou que somente a este macho principal seria possível um suposto “gozo infinito”, porquanto detentor do poder sobre o conjunto do agrupamento e o direito à fruição de todas as fêmeas. Inerente à própria montagem destas associações, acontecia que a prole do grupo necessariamente seria parente consanguínea, sendo os membros do agrupamento, ainda que por outras linhas genéticas, filho deste Pai Original. A possibilidade de ter o poder sobre o grupo, principalmente o poder sobre o gozo, vez que a ele pertence todas as fêmeas, é algo aparentemente irresistível, tanto que em razão dos próprios instintos primitivos (neste caso a pulsão pela vida), cedo ou tarde outro macho desta prole tende a tentar realizar o desejo de ocupar o posto do pai. O que resiste a esta possibilidade (tomar o lugar do pai e poder copular incestuosamente, já que todos da horda são parentes) é o momento em que o sujeito passa à civilização.

Em mesmo sentido das constatações do antropólogo escocês James George Frazer, Freud (1912-13/1996, p. 129) revela que tudo aquilo que é proibido antes é desejado, ou seja, a lei apenas tem a função de coibir um instinto anterior. Por conta disto seria prudente considerar que um tipo penal somente existe porque ele é propenso a ser cometido, porque há uma tendência humana em incursioná-lo; caso ninguém praticasse um dado tipo ele sequer existiria,

Assim, a questão não reside em afirmar que a proibição legal do incesto decorre da aversão natural a ele, mas, em supor que há um instinto natural ao cometimento do ato, e *“que se a lei o reprime, como reprime outros instintos naturais, assim o faz porque os homens civilizados chegaram à conclusão de que a satisfação desses instintos naturais é prejudicial aos interesses gerais da sociedade.”* (FREUD, 1912-13/1996, p. 129).

A psicanálise evidencia que há uma forma de agir muito semelhante entre os homens primitivos e as crianças, que, ainda sem escrúpulos civilizatórios, se ordenam de forma natural. Desta observação, conclui-se que tanto as crianças

(analisadas em tratamento por Freud), quanto os homens primitivos estudados pela Antropologia moderna, desenvolvem uma completa identificação com um animal totêmico⁹ (o Pai simbólico) numa *“atitude emocional ambivalente para com este”*. (FREUD, 1912-13/1996, p. 136). O filho, embora deseje pulsionalmente substituir ao Pai, também o adora, o admira e o respeita pela sua condição alcançada.

Neste ensejo, se o totem é reconhecível como a figura do Pai e se há o desejo de substituí-lo, para que a prole possa obter as mesmas prerrogativas, ou seja, o direito de fruição sobre a mãe (aqui representada por todos os sujeitos consanguíneos do grupo primitivo), então as duas primordiais leis da humanidade é não matar o Pai simbólico (homicídio) e não cometer incesto (estupro), visto que *“Se o animal totêmico é o pai, então as duas principais ordenanças do totemismo, as duas proibições de tabu que constituem seu âmago - não matar o totem e não ter relações sexuais com os dois crimes de Édipo, que matou o pai e casou com a mãe[...]”* (FREUD, 1912-13/1996, p.137).

Em verdade, o que havia primordialmente era um agrupamento dirigido por *“um pai violento e ciumento que guarda todas as fêmeas para si próprio e expulsa os filhos à medida que crescem.”* (FREUD, 1912-13/1996, p. 145), ocorrendo que nas sociedades primitivas o assassinio do Pai da Horda se dá de fato.

Neste rumo, assinala Sigmund Freud (1912-13/1996, p. 145), levando em conta as descobertas conclusivas de Charles Darwin sobre a evolução das espécies, bem como as hipótese traçadas de James Jasper Atkinson sobre a origem da moral nas famílias, que em um determinado momento social os filhos que eram expulsos do grupo à medida que se tornavam aptos ao acasalamento (capazes de cometer estupro), retornam à horda em bando para aniquilarem o Pai e por termo ao tipo associativo patriarcal, *“Unidos, tiveram a coragem de fazê-lo e foram bem sucedidos no que lhes teria sido impossível fazer individualmente. (Algum avanço cultural, talvez o domínio de uma nova arma, proporcionou-lhes um senso de força superior.)”*.

⁹ O totem em geral é uma entidade mística, representada por um animal eleito por uma comunidade como enviado, ou uma entidade invisível, responsável pela origem, segurança e manutenção do grupo.

Na hipótese levantada pelo psicanalista, os filhos selvagens que invejavam mas, que também tinham neste Pai um modelo, além de matarem, devoravam suas vítimas, e neste caso particular, assimilaram na refeição do “Totem” (Pai) uma parte de sua condição, por um processo de identificação simbólica. O banquete feito com o animal eleito, com o elemento que representa o Totem “*é talvez o mais antigo festival da humanidade, seria assim uma repetição, e uma comemoração desse ato memorável e criminoso, que foi o começo de tantas coisas: da organização social, das restrições morais e da religião.*” (FREUD, 1912-13/1996, p. 145).

Embora estes “sujeitos irmãos” imbuídos de ódio pelo Pai da Horda, porquanto representasse obstáculo intransponível ao poder e a realização de todos os desejos sexuais, como já assinalado os filhos da horda, em postura ambivalente, também amavam e admiravam a força e poder do Pai Primordial, que passou a ser o “Pai Morto”. Juntamente com um sentimento de satisfação da proeza de destruí-lo e substituí-lo, surge da ambivalência de emoções a culpa, um sentimento de remorso e mal-estar compartilhados pelo parricídio, que passou a acompanhar o grupo social através da história da humanidade, “***O pai morto tornou-se mais forte do que o fora vivo***” ocupando a condição efetiva de Totem e passando a ser grande Tabu o homicídio (FREUD, 1912-13/1996, p. 147).

O que era proibido num sentido real, porquanto o Pai da Horda evitava à custa de sua força e poder, passou a ser “*proibido pelos próprios filhos, de acordo com o procedimento psicológico que nos é tão familiar nas psicanálises, sob o nome de ‘obediência adiada’*”. Do sentimento de culpa compartilhada pelo assassinio do pai, renunciaram ao poder de fruição que ele detinha sobre as mulheres do grupo, inaugurando-se, assim os “*dois desejos reprimidos do complexo de Édipo. Quem quer que infringisse esse tabus tornava-se culpado dos dois únicos crimes pelos quais a sociedade primitiva se interessava.*” (FREUD, 1912-13/1996, p. 147).

A nova organização que deriva do banquete totêmico é composta por descendentes, que ocupem o lugar do Pai, porém como sujeitos com direitos iguais, com restrições e leis primárias, já que atuaram em grupo para destituir o modelo primitivo patriarcal único.

Deste raciocínio é inerente apontar que as primeiras leis da civilização, que são leis da subjetividade dos sujeitos falantes, constituintes dos indivíduos em toda a sua grandeza introspectiva, capaz de dominar a natureza e de, eventualmente destruí-la, são a proibição ao incesto e ao homicídio. Importante destacar que nenhum indivíduo pode ser formado em perfeição emocional (constituição de um aparelho psíquico minimamente sadio) caso não marque em seu caráter - em uma fórmula que termina inconsciente -, estas duas leis primordiais, porquanto são as opções por estas normas que inauguram a civilização e a racionalidade, sendo que delas decorre a primeira regra de justiça, que é a igualdade, conforme oportunamente será demonstrado.

1.3 Da civilização à justiça

Uma vez constituída a sociedade como opção (ou falta dela)¹⁰ do sujeito falante (agora instituído da razão), as leis ou limites organizacionais destes grupos passam a ser matéria necessária para a vivência. Por assim dizer, *“Podemos apenas prender-nos ao fato de ser antes regra, e não exceção, o passado achar-se preservado na vida mental”* (FREUD, 1930/1996, p. 80) e, por conta disto, as experiências oriundas do processo de civilização acabam salvados na vida intelectual das coletividades, como normas atinentes a permitirem a vida social.

Oriundas de um estágio imediatamente anterior ao processo formacional dos povos e assimiladas como premissas da civilização na instância que se acoberta (id), as primeiras leis sociais dos grupos, mesmo que inconsciente - e justamente por se esconderem -, passam a ser o reflexo da moral e da ética que se estabelecerá nas civilizações. As demandas desta inflexível área que se encobre da cultura será, em parte, responsável pela incapacidade do mundo complexo garantir toda a felicidade e satisfação que se esperaria que ele trouxesse. Uma proteção contra todo o sofrimento decorrente da vida em grupos é tornar-se o mais ajustado

¹⁰ Segundo Freud (1930/1996, p. 83), *“A vida, tal como a encontramos, é árdua demais para nós; proporciona-nos muitos sofrimentos, decepções e tarefas impossíveis. A fim de suportá-la, não podemos dispensar as medidas paliativas. ‘Não podemos passar sem construções auxiliares’, diz-nos Theodor Fontane. Existem talvez três medidas desse tipo: derivativos poderosos, que nos fazem extrair luz de nossa desgraça; satisfações substitutivas, que a diminuem; e substâncias tóxicas, que nos tornam insensíveis a ela.”*

possível com civilização, trabalhando no sentido de ser um membro da comunidade humana. Entretanto a tarefa, além de extenuante, jamais garantirá a felicidade e a justiça ideal, conforme tentar-se-á demonstrar adiante.

Mesmo em face de todos os avanços científicos, do quase total controle do mundo natural, dos regimes políticos vocacionados a trazerem bem estar social ilimitado ou a propulsionarem o consumismo como estilo de vida, a felicidade incondicional mediante a concretização da justiça das coisas não acontece de forma integral. Por isto a tarefa de se ajustar e de se agregar revela-se absurdamente grande, as loucuras e os delírios em massa, em geral, são o resultado insano de buscar uma solução para o próprio desajuste com o Outro. Neste rumo, fica evidente que a civilização se funda na tentativa de eleger elementos que possam garantir um melhor ajuste entre os comuns, evitando, desta feita, o julgo arbitrário de um indivíduo mais forte sobre todos.

A deposição do “Pai da Horda” por outro elemento não mudaria os meandros destes grupos fundantes. Desta sorte, uma maioria mais forte que o indivíduo isolado e que permanece unida, garante a substituição do poder de um pelo poder do grupo. O passo decisivo à civilização é a decisão da sociedade de limitar suas possibilidades de satisfação individual (que existiria caso fosse o líder do bando), pelo poder da comunidade em troca de toda a proteção e vantagens que a civilização pode oferecer individualmente. O princípio da igualdade perante as leis, aos limites que se estabeleceram nestes arranjos sociais rudimentares, sem dúvida constitui a primeira demanda da vida social. Ser tratado de forma igual no confronto com os interditos marcaria o indivíduo civilizado, que abdicaria de seus instintos (pulsões) para não ser submetido à força bruta de um líder violento, vingativo e ciumento.

Na interpretação freudiana, “*a primeira exigência da civilização [...] é a da justiça*” (FREUD, 1930/1996, p. 102), num sentido de equidade, pois o ato de abdicar da liberdade e das pulsões (os interditos do desejo) anotariam a sociedade rumo ao processo civilizatório no qual ninguém mais estivesse submetido à brutalidade:

A substituição do poder do indivíduo pelo poder de uma comunidade constitui o passo decisivo da civilização. Sua essência reside no fato de os membros da comunidade se restringirem em suas possibilidades de satisfação, ao passo que o indivíduo desconhece tais restrições. **A primeira exigência da civilização, portanto, é a da justiça, ou seja, a garantia de que uma lei, uma vez criada, não será violada em favor de um indivíduo.** Isso não acarreta nada quanto ao valor ético de tal lei. O curso ulterior do desenvolvimento cultural parece tender no sentido de tornar a lei não mais expressão da vontade de uma pequena comunidade - uma casta ou camada de uma população ou grupo racial -, que, por sua vez, se comporta como um indivíduo violento frente a outros agrupamentos de pessoas, talvez mais numerosos. **O resultado final seria um estatuto legal para o qual todos - exceto os incapazes de ingressar numa comunidade - contribuíram com um sacrifício de seus instintos, que não deixa ninguém - novamente com a mesma exceção - à mercê da força bruta.** (FREUD, 1930/1996, p. 102, grifou-se).

Importante apontar que a liberdade individual é anterior à civilização e não um desejo dela. Talvez na condição primitiva a liberdade não tivesse o valor e a relevância que tem nas sociedades modernas, nem tão pouco os sujeitos tivessem recursos mnemônicos para compreendê-la na complexidade do seu significante na civilização contemporânea. A irresignação em razão de algum tipo de injustiça, decorrente de um tratamento desigual de um ou alguns indivíduos em face dos interditos civilizatórios, pode trazer à tona o chamado “desejo de liberdade”, ou seja, aquela memória antiga, guardada na instância que se encobre da civilização, da época em que todos os indivíduos podiam aspirar esta condição livremente, realizar todos seus instintos (pulsões) e desejos. Toda luta pela liberdade pode significar um avanço na eleição de novos interditos para civilização, na escolha de novas leis que garantam que a justiça será restaurada, na medida em que nenhum indivíduo seja tratado de forma diversa de outro nestas escolhas.

Por ser anterior ao processo civilizatório, a liberdade jamais será subjulgada em definitivo por qualquer lei ou interdito social. Ciclicamente a hostilidade pela civilização em face de alguma injustiça faz os indivíduos aspirarem sua condição original de liberdade. Por conta disto as grandes lutas da humanidade são a tentativa de se achar um equilíbrio (acomodação) entre os desejos individuais e coletivos, entre as pulsões e os valores morais, éticos e de justiça eleitos por dada sociedade, para que se garanta a continuidade da satisfação da coletividade. Neste sentido *“um dos problemas que incide sobre o destino da humanidade é o de saber*

se tal acomodação pode ser alcançada por meio de alguma forma específica de civilização ou se esse conflito é irreconciliável.” (FREUD, 1930/1996, p. 102).

Na mesma linha que Hobbes (2003), os estudos de Sigmund Freud (2003, p. 43-49), concluem que o ser humano é dotado de uma quota considerável de agressividade, significando que os demais sujeitos não são apenas cúmplices grupais para o trabalho e reprodução, mas, são capazes de a qualquer tempo se destruírem. O estado de sociedade nada mais seria que o esforço supremo da civilização em manter as manifestações de agressividade latentes. Para tanto empregam-se métodos de reação a estas energias pulsionais, sendo que a melhor invenção da cultura para tal índole é o amor.

As chamadas “formações psíquicas reativas” das coletividades, que tem o cunho de opilarem os impulsos individuais, na tentativa de conduzir a humanidade para caminhos mais dignos, demonstram não terem logrado êxito completo na maioria de suas tentativas, conforme constata-se nas reiteradas guerras travadas na humanidade.¹¹

Neste ponto é possível reconhecer que o atual estado da civilização garante muito pouco a satisfação dos seus indivíduos em face da verificação da quantidade de sofrimento que perturba o mundo e que, sem nenhuma dúvida, poderia ser evitado mediante a ação consciente e não apenas por vias paliativas. Se houvesse significativamente o desejo de usar o saber, inclusive na perspectiva psicojurídica, para melhorar a condição de vida na civilização, grandes conquistas poderiam ser efetivadas. Entretanto, muito pouco se traduz como desejo coletivo nas administrações.

À princípio de alteração cumpre apontar o interessante trocadilho que se pode fazer com duas questões ponderadas neste escrito: o inconciliável mal-estar na civilização e o modelo político do bem-estar social. O primeiro refere-se à tese da origem das leis e do direito sob uma forma psicanalítica, que nominou-se como

¹¹ *“Homo homini lupus. Quem, em face de toda sua experiência da vida e da história, terá a coragem de discutir essa asserção? Via de regra, essa cruel agressividade espera por alguma provocação, ou se coloca a serviço de algum outro intuito, cujo objetivo também poderia ter sido alcançado por medidas mais brandas. Em circunstâncias que lhe são favoráveis, quando as forças mentais contrárias que normalmente a inibem se encontram fora de ação, ela também se manifesta espontaneamente e revela o homem como uma besta selvagem, a quem a consideração para com sua própria espécie é algo estranho.”* (FREUD, 1930/1996, p. 116).

“psicojurídico”, na tentativa de demonstrar os acertos de Kelsen quando explica o funcionamento das leis e da justiça. Para tanto, usa-se elementos da teoria desenvolvida pelo Freud no atinente ao “plano do real”, ao “Complexo de Édipo” entre outros conceitos contidos, em sua grande maioria, no texto formulado em 1930, chamado “O Mal-Estar na Civilização”.

O estudo acima mencionado demonstra a fórmula emocional dos ajustes sociais, da importância da interiorização das leis da civilização para romper com o pulsional (instintivo) e construir um mundo social capaz de vislumbrar parcelas de uma verdadeira justiça e liberdade. O primeiro passo para tanto é a consciência de que há uma sensação de incômodo que perturba os grupos, a partir da compreensão dos mecanismos psicojurídicos de constituição social e de ajustes com a questão dos outros sujeitos. O ulterior passo é a apreensão de que a falta é inerente à condição humana e necessária para a sobrevivência, pois, quando o desejo acaba o ser humano inexistente. O resultado é uma reconstrução de dentro do sistema para fora, com perspectivas de irradiar a possibilidade de edificar estruturas sociais melhores para os indivíduos, garantido uma distribuição de justiça (ou do que ela representa).¹²

A segunda questão que ora vem em interesse deste escrito é o chamado Estado do Bem-Estar Social. Enquanto Freud demonstra cientificamente o motivo da civilização padecer de um mal-estar, fruto de um irrisignado sendo de culpa e de responsabilidade, passíveis de serem compreendidos e direcionados à sublimação e ao aperfeiçoamento de coisas maiores, a programação da teoria do *Welfare State*, cuja tradução literal é Estado de Bem Estar, propõe um garantismo para as questões dos sujeitos sob a insígnia de efetivar direitos de segunda e terceira dimensões e demandas de cunho social.

Por conseguinte, o modelo de gestão administrativa do bem estar, em uma análise mais profunda do discurso que lhe irrompe, nada mais é que a antítese ao “mal-estar na civilização”. Antítese imperfeita, porquanto incapaz de resolver

¹² Como bem apontado por Freud (1930/1996, p. 103), a sociedade não constitui a salvação para o homem, ela representa uma forma característica que os sujeitos encontraram para sobreviver, ela jamais representará “sinônimo de aperfeiçoamento, de que constitui a estrada para a perfeição, preordenada para os homens.” Podendo, entretanto, ser utilizada para a melhoria das condições humanas.

questões mais intensas do conflito inconciliável que cobre a humanidade. Visivelmente desgastados, os Estados Contemporâneos que adotam tal postura jurídica e administrativa, dão sinal de que nada além da falência econômica Estatal podem oferecer, principalmente no campo do individual.

Também não é o sistema neoliberal, que se compreende como uma liberdade irrestrita ao consumo e a coisificação dos indivíduos, que irá garantir a emersão de valores substantivos para os povos e para justiça (este assunto será melhor abordado nos capítulos atinentes ao direito e à exclusão social). As demandas sociais que impulsionaram estes sistemas políticos, num passado muito presente, não parecem ser as verdadeiras questões dos indivíduos hodiernamente. As teses hoje são muito mais relativas ao afeto, à identidade dos sujeitos, ao reconhecimento que os sujeitos têm de suas potencialidades e de sua condição de destinatários e possuidores de direitos na perspectiva da sujeitidade.¹³

A mera garantia (nem sempre levada a cabo) de que o Estado tratará de resolver todas as questões dos cidadãos, sejam elas econômicas, jurídicas, previdenciárias, educacionais, de saúde, ou que aos sujeitos será dada a maior liberdade possível em contratar (leia-se consumir), não têm capacidade de dar conta de toda a complexidade do ser humano, marcando-o na mediocridade, reduzindo-o a sujeito de pseudodesejos de consumo transitórios.

É possível usar o conhecimento das questões mais subjetivas da humanidade com a finalidade de melhorar a civilização, mediante políticas que diminuam o desconforto e garantam a satisfação das necessidades humanas básicas. É possível, ainda, usar este conhecimento para o progresso da humanidade, visando a distribuição de justiça mediante as reais demandas da civilização, não apartando ou excluindo as pessoas num sentido substantivo. Voltar-se-á a este estudo no penúltimo capítulo deste escrito.

¹³ A expressão “sueitidade” é emprestada de Jung Mo Sung (2002, p. 19), *in Sujeito e Sociedades Complexas*. O Teólogo Sul-coreano, radicado em São Paulo, usa a aludida expressão em substituição à subietividade. O autor explica o seu conceito de sujeito a partir da *“crítica ao conceito de sujeito histórico e à negação da sueitidade (o que faz o ser humano ser sujeito) do indivíduo pelo neoliberalismo.”* O neologismo apontado será utilizado no último capítulo deste estudo para demonstrar como certas categorias de pessoas não se reconhecem como sujeitos e, por consequência, não se percebem como sujeitos de direitos, tal ponto será melhor elucidado no item atinente a sueitidade.

No entanto, toda esta possibilidade de progresso, em grande parte fica amarrada por questões mais profundas dos interesses de minorias, seja de cunho político, ou, meramente econômico. O maior indício de que as tentativas de se conferirem direitos e liberdade aos povos se esbarra em outras questões é que em toda revolução social, principalmente as que aconteceram até o século XVIII, o poder somente mudou de forma simbólica, jamais no real.

Nestes tipos de revolução a população, em tese, reúne-se com o fito de mudar os meandros do poder. Foi assim na Revolução Gloriosa Inglesa, na Independência dos Estados Unidos e, principalmente, na Revolução Francesa. Ocorre que estas revoluções mudaram apenas os arquétipos do poder. Foram depostos reis, guilhotinadas cortes inteiras e leis com indumentárias de liberdade foram promulgadas, no entanto, o poder jamais saiu das mãos dos posseiros do poder econômico, ou seja, *“A sociedade burguesa moderna, que brotou das ruínas da sociedade feudal, não suplantou os velhos antagonismos de classe.”* (MARX; ENGELS, 2011, p. 10).

Mas, as revoluções supra citadas, assim como todas as revoluções, até mesmo as de insígnia socialistas, não são de índole popular? Definitivamente nunca foram. Somente incluiu-se o povo enquanto massa de manobra, como elemento de legitimidade para uma nova era de ocupação do poder. Sobre o quê o povo entende? Somente das coisas do seu cotidiano que lhe atingem diretamente. O povo francês de 1789, por exemplo, definitivamente não lia Montesquieu, Voltaire, Jean-Jacques Rousseau, muito menos Kant. Os quase 85% do povo Russo que vivia ainda num sistema feudal, por exemplo, não lia Marx e Engels no início do século XX. Neste sentido pode-se defender que o povo brasileiro, no início do século XXI, pouco lê de Enrique Dussel, Paulo Freire, Ingo Wolfgang Sarlet, Cárcova, entre outros. (CHAUÍ, 2010, p. 460-481).¹⁴

O povo jamais teve acesso ao poder, nunca entendeu (inclusive hoje) o que é a liberdade promulgada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão;

¹⁴ Embora não seja regra, classicamente o veículo de produção de conhecimento, cultura e opinião política são os meios acadêmicos. O número de habitantes em 2009 que possuíam o grau acadêmico de Mestre (não de Doutor) no Brasil era de 38.800 pessoas, sendo que população nacional no mesmo período beira os 200 milhões de habitantes, ou seja, aproximadamente 0,019% de mestres (NÚMERO..., 2013).

sua compreensão do mundo, na medida do possível, é àquela na qual nasceu e foi criado, num funcionamento de replicação de comportamentos e de sintomas. É muito mais fácil compreender e adaptar-se ao que está posto por gerações, entregar-se à escravidão espiritual e à servidão voluntária do que assimilar o novo. Mais fácil ainda é acreditar em alguma ideologia que sustente um ganho secundário aos excluídos (num sentido simbólico), já que esta categoria de indivíduos jamais foi lembrada ou considerada relevante por si mesma (LA BOÉTIE, [ac. 1600]/2004, p. 3-4).

Herbert Marcuse (2010, p. 15), em seu prefácio político à interpretação filosófica do pensamento de Freud, indica que a *“submissão pela força cedo se converteu em servidão voluntária, colaboração em reproduzir uma sociedade que tornou a servidão cada vez mais compensadora e agradável ao paladar.”* e, ao invés de se aproveitar todo o avanço e o progresso alcançados pelas ciências modernas no sentido de haver um investimento humano em reduzir as desigualdades e eliminar os sistemas servis, preferiu-se, em muitas das vezes conscientemente, a servidão por conta de eventuais ganhos subsidiários desta opção, portanto *“a imagem de liberdade humana está deslocada: converte-se em projeto da subversão dessa espécie de progresso.”*

O fato reside em que hodiernamente deseja-se a prisão (a condição servil) porque dela se retira um proveito, mesmo que somente psíquico. É muito difícil ser livre, muitas vezes significa perder tudo aquilo em que se acredita e a que se atribui como sendo humano. Grande parte da civilização está abafada, crente que determinadas atitudes das administrações são justificadas por ínfimos ganhos secundários, que em geral acontecem na forma de assistencialismo oportunista, de um suposto bem-estar. Adoram-se os tiranos (reis, príncipes, presidentes, generais) e tudo o que eles representam de segurança e de vantagens, seja na forma de dinheiro e poder, ou, apenas na figura do “Pai Simbólico”. Neste contexto pouco provável subsistir um sistema que se classifique como justo. Acredita-se que questão da justiça é um elemento que deve ser constantemente repensado para a eleição de critérios que atendam uma determinada civilização.

A par destes conceitos e considerações acerca da forma pela qual a civilização surgiu, na medida em que interditou os impulsos (pulsões) assimilando as

leis da função paterna (não matar e não cometer incesto), passar-se-á a importantes considerações acerca da estrutura e funcionamento das leis e da relevância desta compreensão para desmistificar algumas ideologias e, principalmente, para demonstrar que sem a imperatividade coativa da lei não é possível a constituição de qualquer tipo civilizatório que tenha vocação à efetivação de alguns tipos de justiça.

2. DA NECESSIDADE DAS LEIS DO MUNDO DA CULTURA

2.1 As razões de Kelsen em harmonia com a civilização

Amparado pelos conceitos de civilização e origem das leis na perspectiva psicojurídica, o presente escrito se depara com questões da teoria geral do direito e da tentativa de se fazer uma ciência pura desta verdade, com desdobramentos a uma consciência de justiça.

Atualmente defende-se com muita veemência nos meios acadêmicos e judiciais os valores em detrimento das leis, como se estas nada pudessem oferecer na missão de preservar ou salvar a justiça. Primeiramente é necessário se perquirir sobre qual justiça se pretende salvar ou aplicar, para então considerar eficaz ou não uma determinada lei. Por conseguinte, entender que um sistema judicial está falido porque os valores que ele deveria encabeçar não são efetivados, não implica que as leis deste sistema sejam inúteis. Conforme se tentará demonstrar, o único verdadeiro mecanismo de efetivação de qualquer valor substantivo é a característica assecurativa das normas.

A incoerência técnica acerca de tudo que se discute atualmente sobre leis e justiça parece ser fruto das prioridades que a sociedade atual elege como valores de uma forma geral, porque a incoerência está, antes de tudo, intimamente ligada às opções desta civilização acerca do significado do “bem-estar”. Conforme já defendido no capítulo anterior, sempre existirá na civilização uma parcela de mal-estar oriunda das próprias dificuldades da formação do processo cultural e, talvez com relação a este ponto, nenhuma expectativa de conforto pode ser almejada além das ações de sublimação, responsáveis pelas mais profundas mudanças na essência da humanidade (quebras narcísicas). Entretanto, como estes eventos são relativamente raros e dependem de uma parcela muito grande de boa vontade (desejo) de algum sujeito, o que resta é a tentativa de lidar da melhor forma possível, ainda que minimamente, com todas as questões que se debruçam na humanidade, as quais, em última análise, residem na busca pela verdade e justiça,

lembrando que a falta é necessária para a manutenção da vida, porquanto, acabando o desejo, o sujeito inexistente.

O mecanismo que se traduz na melhor forma de tornar o convívio razoavelmente possível são os limites impostos pelas leis, sendo que este engenho é o mais perfeito, justamente porque a civilização lhe observa de forma familiar, tendo em vista que foi a opção pela lei (interdito) que permitiu o passo decisivo para sua formação. Definitivamente não há que se perquirir se uma lei é boa ou não porque carrega ou não em si uma carga valorativa, o que se deve perquirir é se há eficácia na lei que deveria proteger um dado valor humano e, principalmente, se este valor humano corresponde, verdadeiramente, a uma tentativa de reduzir desigualdades. Há uma certa unidade conceitual na doutrina acerca de quais são os direitos auferidos pela história, bem como a topologia destes nos ordenamentos hodiernos. Concorde-se, também, na afirmação de que as incorporações de direitos na esfera de vigilância jurídica dos sujeitos deve ser defendida e preservada sem equívocos, porquanto a característica basilar do direito fundamental é ser "*o mínimo necessário para a existência da vida humana.*" (BREGA, 2002, p. 66)

Todavia, a teoria dos princípios jurídicos e da super valorização das axiologias não pode perder de vista que é com as construções coercitivas que esta gama de direitos será levada a cabo. Antes de se questionar o valor das leis por si mesmas, a pergunta deveria residir em como é possível estender e impedir a transgressão de valores se não for por mecanismos de interdição? Tentou-se deixar claro no início deste escrito que a civilização se estrutura como um sujeito. Somente há sujeito saudável e consciente na medida em que as leis -os limites mínimos entre a cultura ou a brutalidade, o puramente pulsional (*animalesco*) ou a civilização-, são incorporadas como constituintes do aparelho psíquico. Fazendo parte, ainda que remota (inconsciente) dos sujeitos, estas leis primordiais definem toda a forma operacional dos indivíduos e da civilização.

O início do direito e princípio de um ordenamento jurídico rudimentar significou um preço bastante alto para os seres humanos, que abdicaram de parte de sua liberdade e da possibilidade do prazer infinito em nome dos ganhos da vida coletiva, a qual não seria possível sem a garantia da estrutura coercitiva das leis.

Sem lei não há pecado e, subsecutivamente, não há verdade nem ordenação do caos.

Apesar das críticas feitas à lógica desconcertante de Kelsen, inegável que o doutrinador percebeu a forma pela qual as leis funcionam para os indivíduos e, por conseguinte, funcionarão para a montagem e regulação da humanidade. Importante frisar que as conclusões a que chega Hans Kelsen sobre as operações lógicas efetuadas nas proposições jurídicas, nunca contou com outros recursos além daqueles que o teórico observava nas suas pesquisas puramente jurídicas e que findou por construir a chamada Ciência do Direito. Os recursos psicojurídicos, que ora se utiliza neste escrito para defender a importância primordial das leis em qualquer instituição (seja individual, na formação do sujeito, ou social), não foram conhecidos por Kelsen, o que demonstra uma capacidade genial do escritor em perceber os complexos arranjos cognitivos dos sujeitos e das sociedades.

Para ele as leis possuem um funcionamento lógico (lógico-jurídico). Independentemente do valor que elas contemplam, elas possuem uma forma peculiar de operar e de se fazerem sentir. A coercibilidade seria o elemento preponderante para que uma lei passasse do campo da validade para o da eficácia. A coercibilidade das leis jurídicas pode ser chamado de interdição (nome do pai ou castração) na linguagem ora inaugurada, a psicojurídica. Defende-se que somente com os interditos primordiais de restrições decorrentes do Tabu, com a finalidade de manter a nova forma associativa grupal, se constituiu o primeiro direito ou lei¹⁵ (FREUD, 1930/1996, p. 106). A forma pela qual estes códigos operam, na dualidade do seu preceito, com vistas a um garantismo, está em perfeita harmonia com o primórdio das instituições legais e da própria civilização, que decorre da asserção destas leis.

A estrutura da norma jurídica na compreensão de Kelsen possui uma armação dupla: a norma primária e a norma secundária. O fator preponderante de toda norma jurídica é que, tanto na norma primária, quanto na secundária, os juízos serão sempre hipotéticos. No momento histórico em que Kelsen se propôs a estudar o direito havia uma necessidade muito grande de conferir às ciências, ditas

¹⁵ No alemão, tanto direito, quanto lei, podem ser expressos por *Recht*.

humanas, um caráter científico para lhes assegurar legitimidade. O Positivismo cogitava na possibilidade do direito ser uma ciência exata na medida em que se tratava de um fato social, pertencente ao tronco das Ciências Sociológicas. Debruçando-se no estudo lógico do direito, Kelsen propõe que, inegavelmente, existe uma Ciência do Direito, cujo objeto são as normas jurídicas. Entretanto, o comportamento destas leis jurídicas jamais será como as das leis da natureza, ou seja, o direito nunca logrará ser uma ciência exata. Da mesma sorte, enquanto ciência, também o direito não está no campo eminentemente humano, tendo em vista que seu objeto, em determinadas condições, comporta-se com regularidade admirável.¹⁶

Assim, Kelsen aponta para o fato de ser o direito uma ciência do tipo hipotética, do “dever ser”, prefere-se a expressão: uma terceira verdade. Nas ciências naturais o implemento de dado fato faz surgir uma consequência correspondente, que pode ser prevista; já na ciência do direito o implemento de uma hipótese faz surgir uma consequência angularizada. Se na natureza os fatos são fenômenos e as consequências são resultado natural destes, no direito as normas têm um comportamento muito parecido, entretanto os fatos e as consequências são dados heterônimos.

No movimento retilíneo uniforme, por exemplo, cuja a expressão:

$$x=v.t \quad (1)$$

Onde: v é velocidade, t é o tempo e x o deslocamento, então é verdade indiscutível que se a velocidade for dobrada, o tempo para percorrer determinado caminho irá diminuir pela metade. A verdade contida na regra da física dinâmica será sempre inquestionável e constante. Em uma lei do direito, o fato por ela coberto decorre de uma hipótese estipulada por um terceiro, que pode ser o legislador ou o costume. A consequência pela incursão na hipótese também é oriunda da razão humana.

¹⁶ Aponte-se que a construção da Teoria Pura do Direito feita por Hans Kelsen (2012), precisamente sobre as considerações sobre a norma jurídica, partem da crítica ao Positivismo Filosófico para concluir que o Direito não se trata nem de ciência natural nem tão pouco de uma ciência humana. Neste rumo, defende-se que o Direito passa a refletir uma terceira categoria de coisas, ou uma ciência específica, do “dever ser”. Vale apontar que não se pode confundir positivismo jurídico com positivismo filosófico.

Em uma lei municipal que institua o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, IPTU, terá como hipótese a propriedade de um imóvel em dada cidade num determinado exercício financeiro e, como consequência o dever do proprietário pagar ao município determinada quantia proporcionalmente ao valor do bem (CARVALHO, 1998, p. 168). Caso determinada quantia não seja entregue à receita municipal, então deverá haver uma multa, ou outra sanção escolhida pelo município, pelo inadimplemento.

Sobre tal fato, leia-se:

Tal-qualmente uma lei natural, também uma proposição jurídica liga entre si dois elementos. Porém, a ligação que se exprime na proposição jurídica tem um significado completamente diferente daquela que a lei natural descreve, ou seja, a da causalidade. Sem dúvida alguma que o crime não é ligado à pena, o delito civil à execução forçada, a doença contagiosa ao internamento do doente como uma causa é ligada ao seu efeito. Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja. O ser o significado da cópula ou ligação dos elementos na proposição jurídica diferente do da ligação dos elementos na lei natural resulta da circunstância de a ligação na proposição jurídica ser produzida através de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica - através de um ato de vontade, portanto -' enquanto que a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção dessa espécie. (KELSEN, 2012, p. 86-87, grifou-se).

As lei jurídicas funcionam com uma lógica irretorquível na proporção em que sempre operam de predeterminada forma ou seja, em linguagem lógico-formal seria: “*se F então deve ser P (norma secundária), se não P então deve ser S (norma primária).*” Sendo que F significa a hipótese ou “*suporte fático*”, P a consequência ou “*preceito*”, não-P o descumprimento da hipótese e S a sanção pelo descumprimento do preceito ¹⁷ (MELLO, 1998, p. 28-29).

¹⁷ Para manter a fidelidade metodológica, interessante montar o modelo lógico-jurídico da lei transgredida por Édipo no texto de Sófocles, o qual se pode enunciar da seguinte forma:

Matar o pai; pena - autoflagelo, autoexílio e sentimento de culpa vitalícia.

Desta fórmula, verifica-se a seguinte montagem:

se A então deve ser B ou seja, quem possuir pai não deverá cometer parricídio.

se não B então deve ser S, ou seja, se o filho matar o pai então deverá se autoflagelar, autoexilar-se e sentir culpa de forma vitalícia.

Aponte-se que a psicanálise demonstra que, neste caso, a sanção ocorre mediante o mero desejo inconsciente.

Todas normas, sejam morais puras ou morais juridicizadas, carregam em si a lógica deôntica observada em Kelsen. Analisando a questão mais a fundo, psicojuridicamente, verifica-se que esta duplicidade estrutural normativa de prever juízos hipotéticos, consequências e sanções pelo descumprimento dos preceitos, também acontece nas leis que se assimilam inconscientemente, como interdições às pulsões primitivas. Por consequência, o mesmo engenho lógico-jurídico acontece nas leis que se encobrem (advindas da culpa e responsabilidade pelo “Pai Morto”) da civilização.

Curioso apontar que Kelsen (1945, p. 75-100) observa que o ser humano tem um sistema cognitivo que se desenvolve de forma muito peculiar. Esta especial maneira de desenvolvimento marca os indivíduos desde as mais iniciais e rudimentares sociedades, atribuindo aos sujeitos a capacidade de concatenar cadeias significantes, de caracterizar e processar dados do real, sempre com a peculiar característica de apontar a cada hipótese um conseqüente dentro de definidas relações. Esta maneira natural de função cognitiva, característica humana, obedece à lógica normativa, ou melhor dizendo, o sistema orgânico dos sujeitos trabalha no formato de normas e leis, aduzindo fatos e seus conseqüentes, criando cadeias de significantes e significados como retribuição uns dos outros.

Com base nesta asserção de que os sujeitos percebem a natureza e a elas atribuem leis, ainda que primitivas, de causalidade e de retribuição, traz para a teoria Kelseniana uma discussão antropológica e, principalmente psicanalítica profunda. Kelsen (1945) indica que as primeiras leis que se estabeleceram culturalmente foram as de caráter retributivo, além da percepção de que nas sociedades rudimentares os indivíduos não se consideram apartadamente, mas, como elemento indissolúvel do seu grupo social. Neste rumo, um crime praticado por apenas um elemento gera uma retribuição contra toda a família ou clã.

Assim como no crime cometido contra o Pai da Horda por alguns indivíduos do grupo, toda a civilização padece da mesma retribuição sancionatória, a qual repercute em forma de responsabilidade, culpa e mal-estar por esta investida. Posteriormente a isto, o mero desejo de substituir ao pai já atua como um interdito proibitório, trazendo à tona do psiquismo humano o sintoma e a angústia pelo desejo proibido.

Não por um acaso Kelsen (2005, p. 80-81) enumera que as condições normativas mais rudimentares da civilização foram a proibição do assassinio entre os membros de uma tribo (não matar o pai) e a proibição ao incesto (não desejar a mãe). Usando curiosamente a mesma expressão freudiana, o cientista do direito indica que nas sociedades primitivas quando uma **norma-tabu** é violada (assassinio entre confrades ou incesto/estupro) a pena deve ser proporcional à infração do tabu rompido estendida à totalidade da família do infrator. Neste momento as leis têm caráter meramente retributivo, seguem a coerência de que um mal se paga com outro para que a ordem volte a ser estabelecida no grupo (CARNIO, 2013, p. 57).

Segundo Hans Kelsen (2012, p. 92-93) *“na consciência dos homens que vivem em sociedade, existe a representação de normas que regulam a conduta entre eles e vinculam os indivíduos.”*, e a interpretação destas leis - compreendidas por estes sujeitos como normas advindas de uma inteligência imaterial-, que são utilizadas no auto julgamento e no julgamento de seus pares. Destarte, conclui que *“As normas mais antigas da humanidade são provavelmente aquelas que visam frenar e limitar os impulsos sexuais e agressivos. O incesto e o homicídio são deveras os crimes mais antigos,”*. Embora estas leis rudimentares sejam atribuídas como sendo de uma entidade *“supra-humana”*, Kelsen deixa claro que a assimilação delas acontece de forma consuetudinária, reforçando a tese de que existe um tipo de natureza penal para os delitos descritos em razão de uma inclinação natural (desejo) ao cometimento destes crimes.

Relativamente à sanção pelo descumprimento destas leis nos grupos primitivos, Hans Kelsen (2012, p. 92-93) enumera que *“a regra da retribuição (retaliação)”* é a base de toda vida social nestas hordas, sendo que *“a perda da paz (Friedloslegung) (isto é, a exclusão do grupo) e a vingança de sangue [são] as mais antigas sanções socialmente organizadas.”* O sentimento de vingança de sangue contra membros de outros clãs é algo ulterior e resulta da compreensão da cultura sobre a qual a sanção deve transcender ao caráter meramente defensivo, passando a ter também um aspecto preventivo. Entende-se que a vingança na proporção do mal sofrido deve ser também um exemplo para que outros sujeitos não cometam as mesmas infrações. O ponto chave para a questão da retribuição e da vingança é a existência da sociedade, é a opção pela civilização, porquanto o indivíduo em seu

estado natural não necessita de tais limites (interditos) e coações (superego) para viver.

Ultrapassando a mera claudicação de que há um direito posto de forma anterior ao humano (ou aos processos civilizatórios), aspecto que irá ser debatido mais adiante nas discussões sobre o direito natural, verifica-se que a teoria de Kelsen é absolutamente correspondente as observações de Freud e tem como conclusão que o psiquismo humano funciona normativamente, com base em leis primévoras de causa e efeito sociais.

2.2 A civilização e a ideologia do direito natural

Conforme apontou-se, a primeira exigência da justiça na civilização e a igualdade perante as leis. As leis aqui dispostas são eminentemente humanas, fruto das opções dos sujeitos com vista à possibilidade de sobrevivência de modo gregário. Decorre de uma lógica simples compreender que num estágio primitivo os indivíduos explicassem os fenômenos naturais, sociais e psíquicos como uma contingência de forças estranhas, apartadas e superiores aos próprios sujeitos.

Atribuir inteligência e desejo a entes imaginários sempre foi uma solução bastante razoável para por fim a diversas crises do ser humano. Do que não se entende não se pode compreender, porquanto não está revelado, é desígnio de algo ou alguém que assim o deseja. O que resta às pessoas é a satisfação deste desejo, submerter-se a ele sem questionamentos, com resignação e obediência. Inclusive muitos dos processos de dominação social se apoiam nestas crenças primitivas para lograrem êxito.

Na tentativa de definir os mecanismos de sujeição dos homens a supostas forças místicas, fato que curiosamente ocorre com muita frequência nas sociedades contemporâneas, acaba-se por definir as formas pelas quais as formações do inconsciente atuam no “ego”, pontuando que estas formações (sonhos, chistes, atos falhos, toda sorte de sintoma como os modernos “toques” e “fobias”) nada mais são do que as próprias experiências dos sujeitos em etapa inicial e também contínua da constituição destes.

É um subterfúgio comum da humanidade tentar atribuir forma ao caos daquilo que a incompreensão dos sentidos e da inteligência não dá conta. Dar nome ou nomes a estes fenômenos na tentativa de diminuir a angústia do simples viver, remontando a percepção do sujeito nas coisas, evitando até mesmo a loucura, muito embora seja recurso da humanidade em estágio bastante primitivo da razão, ainda hoje é usual. Colocar para fora do corpo o que sempre foi do humano, todavia negado, iludir-se com todo tipo de história e de mitos, podem ser uma solução, mas é também uma tarefa muito extenuante e nem sempre lograda de êxito.

Tratando das questões do direito natural e do direito positivo, do dualismo que cerca o conceito deste primeiro, Hans Kelsen (2009, p. 100) assinala, com propriedade, que assumir um direito oriundo de um mundo ideal vai em face de toda atitude racional científica:

Quando, do ponto de vista do conhecimento científico, se rejeite o pressuposto de uma essência transcendente, existente para além de toda a experiência humana, isto é, a existência de um absoluto em geral e de valores absolutos em particular, e apenas se reconheça a validade de valores relativos, a validade do direito positivo não pode, do ponto de vista de uma teoria científica do direito, ser posta na dependência da sua relação com a justiça.

O Cientista do Direito consigna que a teoria do direito natural jusnaturalista é apenas uma das modalidades de doutrina idealista e tem como premissa considerar o direito justo aquele o qual resulta da natureza (ou razão natural, se é que há razão na natureza). O Direito é construção humana, decorre da razão e das opções da civilização, não há uma razão pura e simples fora de qualquer critério que fuja à compreensão. Uma norma de justiça não tem maior valor porque se supõe que ela sempre esteve inscrita na natureza humana. De que natureza se perquiri para defender a validade maior de uma lei natural, num critério de justiça, porque constatado que é da natureza humana ser bruto e destrutivo?

Conforme amplamente demonstrado, um tipo de natureza penal decorre da observação que o ato nele descrito é reiteradamente praticado, perturba a ordem social e o processo de acomodação civilizacional. A contrário senso, então, seria o direito natural aquele que contemplasse leis da própria subversão da

sociedade, decorrentes do estágio primitivo da humanidade, quando os desejos e ímpetos do animal irracional humano eram amplamente gozados. Mas, a teoria do direito natural muitas vezes se alicerça na própria razão dos sujeitos, defendendo que os direitos naturais devem prevalecer porque fruto da condição humana. Entretanto, a condição humana foi uma opção, foi a decisão conjunta e, até certo ponto consciente, de acatar leis à vida gregária e proteção da brutalidade.

O desejo de liberdade, por exemplo, não é do campo natureza humana, mas de sua condição. Caso os homens fossem naturalmente livres e para tanto empregassem todo seu esforço para manter este valor, então a humanidade não existiria e todos os seres, ainda em estado animalesco, seriam sozinhos em seu alvedrio. A liberdade total é uma condição em que os sujeitos viviam num passado da humanidade. Abdicar de parte desta condição infinita à vida social é uma escolha da razão. Não há um desejo de liberdade com gênese na natureza humana, mas em razão da condição humana.

Também é assim com relação aos direitos irradiados da condição da igualdade. Ser igual não está na natureza humana, nem tão pouco na razão desta. Nada mais absurdo, numa perspectiva psicojurídica, que defender a tese de que todos são iguais. Nem fisicamente, que dirá psiquicamente um sujeito civilizado será igual a outro. Em face destas verdades, outra conclusão não se pode fazer além de que o Direito Natural é uma criação humana, assim como tudo do mundo da cultura, inclusive as primeiras leis de coordenação social. Como criação do sujeito por ele é admirado e homenageado, porque nada mais simples que justificar o mundo por mecanismos que não necessitem maiores explicações.

Não pelo acaso Pontes de Miranda (1980, p. 157) defende o seguinte:

O Direito é o Direito do Homem; como o bem e o mal, o belo e o feio são conceitos relativos - o bem e o mal do Homem, o belo e o feio do Homem. Só existe de absoluto no Direito o que corresponde, no Homem, ao relativo das leis infinitas do universo; sem se conhecerem essas e o que no Homem produzem de invariável não se poderá conhecer aquela partícula. Assim, pois, desinteressa-nos, praticamente, a investigação metafísica do direito natural. (Grifou-se)

Justificar na natureza humana um direito natural e anterior que dela decorre, choca-se com fatos outros que não sustentam esta tese. O direito natural à

vida, por exemplo, que tanto é emprestado para manobrar as massas em todos os tempos, é um direito que, enquanto natural, encontra mitigação. É fato que na essência humana há uma vasta gama de energias, chamadas pulsionais e que tentam satisfação por todas as vias possíveis. Estes impulsos são controlados pelo superego (pelo processo histórico da civilização), sendo que os impulsos primordiais são descritos pela ciência psicanalítica como sendo os de vida e morte.

Portanto, haveria, em tese, na natureza humana, um instinto de sobrevivência com vista a manter a vida. Desta razão da natureza, a vida seria um direito não negociável. Todavia, a mesma energia psíquica que fomenta a vida tem seu arquétipo negativo, a pulsão de morte, o qual é um impulso natural do ser humano apto a destruir sua própria essência. A prova deste instinto acontece com certa frequência na prática do suicídio. Igualmente, sustentar o direito natural à vida como consequência da natureza humana seria admitir que o suicídio também é um direito natural carecedor de defesa por sua natureza.

Somente para citar um exemplo, Tomás de Aquino (*apud* KELSEN, 2009, p. 108-111) pontua que a autoconservação é um impulso natural, sendo, por razão disto, o suicídio proibido, em posição diametralmente oposta ao fato de existirem desejos íntimos, que conduzem o ser humano a investidas de autodestruição. Acontece que em Tomás de Aquino, assim como em tantos outros pensadores, há uma identidade absoluta e mística que permeia todas as discussões do direito. Este ente abstrato representa a vontade e a razão, sendo assim, o direito é natural porque advém da razão humana, a qual, em última análise, é a razão divina aplicada.

A questão que decorre da concepção da existência de um direito natural, imanente à natureza, é que, mesmo em face da atribuição de razão a esta natureza, sempre restará espaço para uma entidade mística na alocação da própria razão. Nesta perspectiva, uma lei é mais justa porque pertence ao campo do direito natural, e se o direito natural decorre da razão humana, então a razão humana provém de alguma inteligência super-humana, capaz de ditar um motivo tal que desfie direitos absolutos e mais justos que todos os outros. A própria natureza jurídica do direito natural, qual seja a imutabilidade ou a transformação pela vida social, traria à tona a perspectiva mística para esta concepção.

Explica Kelsen (2012, p. 86-87) que, neste escopo, o direito acaba tendo uma explicação metafísico-religiosa que associa a retribuição (causa e efeito) a uma entidade criacional: “*E, por isso, uma teoria metafísica do Direito crê poder encontrar na natureza um Direito natural.*”

Ainda que se entenda que o Direito Natural não é imutável, porque decorre da razão natural humana que modifica no tempo e no espaço, as mesmas ponderações devem ser feitas, porque jamais poderia se extrair do “ser” regras do “dever ser” (do homem natural para uma regra jurídica hipotética), sem falar que a tese do direito natural variável acaba por negar o paradigma da justiça absoluta e irretorquível do jusnaturalismo. Parece que a teoria do direito natural antes de ter a finalidade de ser a base de legitimidade para o direito positivo, tem um propósito mais preciso e oportuno, ou seja, **legitimar um determinado direito positivo**. Sendo assim, o próprio direito natural é pré-determinado pelo homem, precisamente por alguns deles, para atender interesses e conferir vantagens pessoais, fato que chancela maiores discussões acerca da origem real do direito natural.

A ideologia, diz Karl Marx e Friedrich Engels (2001, p. 55-86), nada mais é que tomar as causas como sendo os efeitos da vida. Embora este estudo não tenha caráter teológico, nem tão pouco se preste a considerar qualquer aspecto desta ciência ou da própria religião, a melhor explicação de como funcionam os processos ideológicos reside na compreensão da existência de Deus.

Marx (MARX; ENGELS, 2011) parte para seus estudos sobre a ideologia a partir da compreensão de Feuerbach (*apud* MARX, 1996, p. 6-60) sobre alienação religiosa, especulando que o homem criou Deus e, com o passar do tempo e da preleção da classe dominante - cujo interesse em justificar a detenção dos meios privados de produção também encontra amparo no religioso -, acaba por acreditar que é sua criatura. O discurso de que o homem é criatura de uma inteligência superior, com desígnios especiais de pobreza ou riqueza para este homem, distorce a percepção dos sujeitos de que foram eles que criaram Deus. A produção das ideias, fabricadas a partir do discurso dominante dos detentores dos meios de pensamento, com reais interesses econômicos na perpetuação desta particular forma de pensar; desvirtua a percepção de que os efeitos da vida social, em sua maioria, são as próprias causas e origens das instituições, das religiões, das

divindades e, principalmente, das Leis (sejam morais puras ou morais juridicizadas). Este fenômeno, chamado de alienação, serve tanto para Deus quanto para o Estado e para a maioria das instituições como Partidos Políticos, Clubes, Cracolândias, tipos de Justiça absolutos ou a própria Justiça, consumismo desenfreado, entre outros, que, em última análise, são mecanismos de dominação e de geração de massa de manobra ordinária.

Nenhum outro discurso melhor serve a ideologia do que amparar a ideia de justiça na existência de um direito natural anterior ao próprio homem “sujeitizado” como base de legitimidade para um direito positivo, que somente escreverá o conteúdo daquele direito especial, porque oriundo de desígnios maiores, sejam da idolatria pela razão humana natural, ou pior, do próprio conceito de sagrado que reside na civilização.

Falar de direito natural, em última análise, é falar de mais um dos vários mecanismos de dominação social, conseqüentemente *“Quem julgue encontrar, descobrir ou reconhecer normas nos factos, valore na realidade, engane-se a si próprio.”* (KELSEN, 2009, p. 103).

2.3 (Des)construindo a Justiça a partir de Kelsen

Talvez a forma que este escrito tratará das questões deste item possa soar pessimista. De início, defende-se a tese de que somente é possível tratar da justiça de forma singular e quando expressa por algum mecanismo. Por conseguinte, a justiça da qual se irá tratar agora não é absoluta nem muito menos infalível, é a justiça em parcelas apenas humanas, divisível e mensurável na medida que é expressão de apenas um aspecto da Justiça.¹⁸

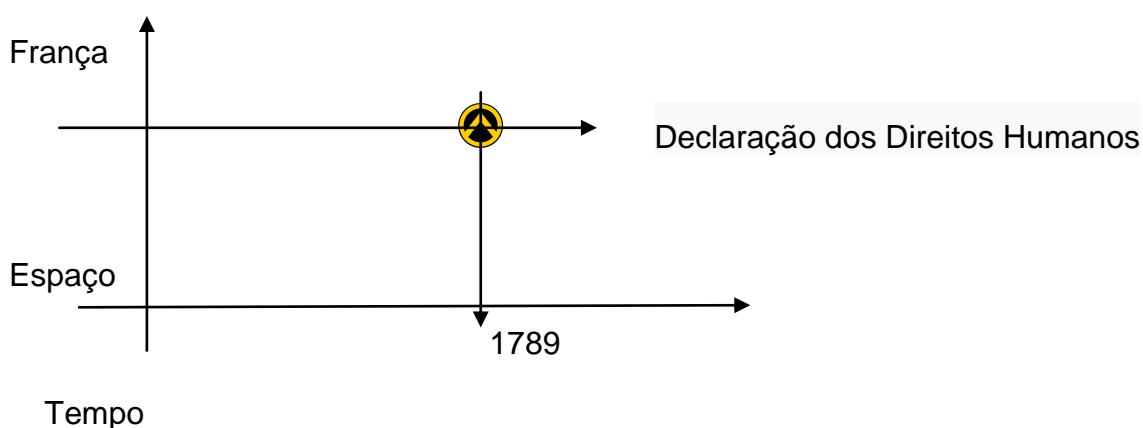
Quando for utilizada a expressão Justiça com inicial maiúscula, falar-se-á daquela irretorquível, infalível, expressão da situação mais perfeita das coisas e da felicidade suprema, ou seja, o elemento que não existe no real, somente no

¹⁸ Segundo Agnes Heller (1998, p. 246) sobre a coragem de se defender Leis expõe o seguinte: *“Felizes são aqueles que podem adotar com seriedade o positivismo legal; que têm confiança na justiça de seus juízes; que acreditam que as leis são importantes; que podem declarar publicamente que algumas das leis sob as quais eles vivem são injustas. Não são muitas estas pessoas.”*

simbólico. Utilizando justiça com inicial minúscula se estará tratando da parcela da outra, de um aspecto apenas da Grande Utopia, da singularidade da Justiça para um dado do real, ou seja, o elemento que pode existir sob algumas qualidades.

As condições para que um valor seja justo ou injusto são a norma (i)moral estar juridicizada, ter logrado êxito no campo da existência em dado momento histórico e em determinado espaço temporal. Destarte, um valor ou norma moral pura do tipo “liberdade” somente será expressão da Justiça caso seja (a) juridicizada num determinado (b) tempo e (c) espaço. Neste rumo, a formulação da compreensão desta norma (que poderá ser ou não de justiça) como expressão da Justiça, pode ser assim plotada:

Gráfico 1 - Valor ou norma moral pura: Liberdade



No caso grafado, a liberdade é um valor de Justiça da sociedade francesa do Século XVIII, não é a Justiça, mas, pelo fato ter sido juridicizada, em dado espaço e tempo, tem a vocação de ser expressão desta, mas, tão somente, porque estava sendo lida como a própria Justiça ou uma forma de personificá-la.

De igual modo, se outra norma fosse juridicizada em uma civilização que entenda que somente é justo ser livre um cidadão legítimo, conforme acontecia na Roma antiga, então, uma norma, promulgada naquela Roma, de exclusão de liberdade para os não cidadãos, resulta em uma norma de justiça. Certamente se mantido o espaço e modificado o tempo para o ano de 2013, uma norma que fosse

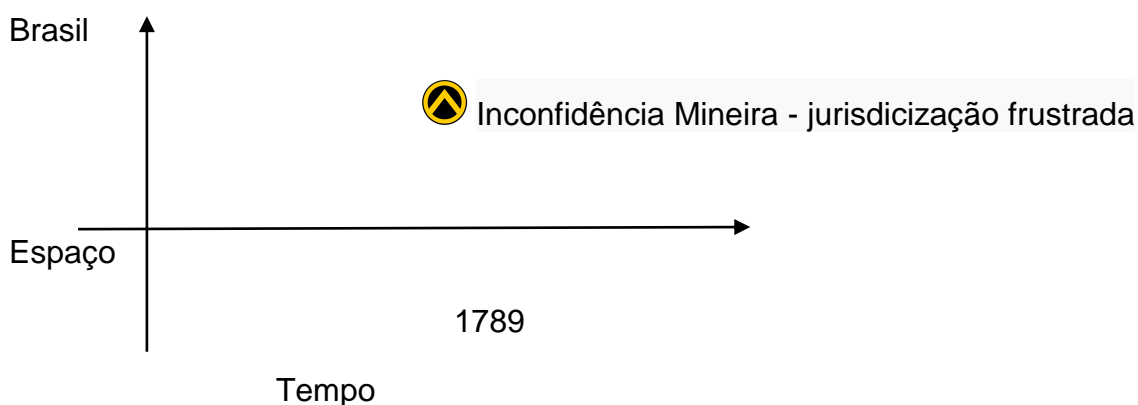
promulgada excluindo de liberdade os não cidadãos da Roma contemporânea seria uma norma injusta.

Como tratado anteriormente, um desejo por um elemento que se considere ideal como é a liberdade, a igualdade, a vida, entendidos como dados aptos para concretizar a Justiça, podem insuflar grandes mudanças paradigmáticas nas leis que coordenam a civilização. Assim, como tudo que é oriundo do sujeito da cultura, a percepção das coisas da vida podem sofrer modulações e os valores, inclusive da Justiça, mudarem; ou seja, revela-se que é importante para a vida somente o que é relevante para um certo tempo e espaço.

Acerca da liberdade, que é considerada por muitos o valor mais importante de todos os tempos, a lógica conduz a perceber que a Declaração de Direitos Humanos Francesa representa uma parcial justiça para um certo momento histórico, num determinado espaço da civilização, que pode ser, inclusive o dia de hoje. Somente nesta interseção é possível a análise do conceito de Justiça na medida em que uma justiça é levada a cabo.

Se a mesma fórmula for utilizada, modificando-se alguns parâmetros, é possível traçar curioso gráfico sobre o mesmo valor de Justiça que não será sua expressão (não acontecerá a interseção no espaço e no tempo). Deste modo, a plotagem ficaria assim:

Gráfico 2 - Valor ou norma moral pura: Liberdade



No caso da Inconfidência Mineira, embora o desejo de liberdade (justiça fracionada), tenha sido propulsor à concretização da Justiça mediante uma norma de justiça de liberdade, esta não se operou, ficando, naquele momento histórico do Brasil, vago o espaço à norma de justiça que garantisse liberdade sob a óptica Arcade-Illuminista.

Estas considerações são relevantes para a compreensão da afirmação feita por Kelsen (2011, p. 68) que *“Um direito positivo não vale pelo fato de ser justo, isto é, pelo fato de a sua prescrição corresponder à norma de justiça - e vale mesmo que seja injusto.”*

Não resta dúvida que foi exatamente isto que Kelsen pretendeu dizer, que um direito não será inválido se não for expressão da Justiça. Contudo, a análise perfunctória da supracitada afirmação, destacada do contexto metodológico defendido por Kelsen pode, sem dúvida, conduzir o estudioso a conclusões distintas. É possível entender que o método de Kelsen é radical e esvazia de conteúdo o direito, que passa a poder contemplar leis que impliquem em injustiças sem precedentes.

É imaginável utilizar a compreensão superficial de forma oportunista da proposta de Kelseniana, visando legitimar regimes do tipo fascista e manipular a civilização na direção dos interesses de uns poucos grupos.¹⁹

Porém, quando Kelsen fala que uma norma que não expresse justiça não será inválida pretendeu com esta afirmação dizer que, para a lógica jurídica, em meio a atitude científica, uma norma que atenda os elementos de sua estrutura e sistema será uma norma válida, ainda que injusta. Somente do ponto de vista técnico da validade e invalidade de normas e regras que o doutrinador discutiu a questão. Alguém que dedicou uma vida para estudar o Direito e que escreveu algumas dezenas de livros sobre a Ciência do Direito, além de outros tantos

¹⁹ Uma lei do tipo válida injusta que se aprecia citar é o Decreto Noite e Névoa (*Dekret Nacht und Nebel*) de Hitler, de 7 de Dezembro de 1941, responsável por instituir o sistema de desaparecimentos forçados na Alemanha Nazista como meio de espalhar o terror. A título de curiosidade histórica, a filosofia da aludida norma foi copiada pelos regimes ditatoriais da América Latina, principalmente no Brasil e na Argentina. Os Chamados *vuelos de la muerte*, onde dissidentes do regime de direita argentino eram jogados no rio da Prata em vôos noturnos para que seus corpos desaparecessem, foi responsável por boa parte da coação da população a não se opor ao regime ditatorial daquele país.

trabalhos sobre a Justiça, certamente não almejava destruir o desejo de Justiça que existe no ser humano.

Em sentido diametralmente oposto, Kelsen tenta desmistificar a Justiça porque, somente a partir desta “quebra narcísica”, que consiste em aceitar que esta Justiça do ideal é um engano, poderá se efetivar justiças para humanos. Leis que contemplam teorias de justiça para super-humanos existem de sobra e são, na mais das vezes, inconcretizáveis pela inviabilidade. Um exemplo é a Lei de Execução Penal brasileira (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984) que pretende concretizar a Justiça na aplicação da pena para os condenados, separando-os no cárcere por critérios diversos, principalmente os psicológicos, conferindo todo o tipo de assistência à reintegração social, amparando-os física, emocionalmente e até espiritualmente, dando ao criminoso a dignidade da pessoa humana grifada na Constituição da República Federativa do Brasil.²⁰

Não é preciso apontar que a Justiça neste caso serve apenas para o engodo, pois fato é que os presídios brasileiros são verdadeiros depósitos dos odiados, do resto da civilização que perturba uma suposta ordem que atende a poucos, a esquina incômoda da sociedade, em última análise, um aterro (porque não sanitário) de excluídos.

Buscar uma justiça absoluta nas instituições, principalmente nas legais, acaba transferindo quaisquer possibilidades de “uma justiça” para um plano

²⁰ Exemplo de dificuldade de concretizar Leis da Justiça na forma ideal/ideológica são os seguintes artigos, dentre tantos outros, da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984:

Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

Art. 7º A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.

[...]

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados). (Grifou-se).

[...]

metafísico. Por outra sorte há ainda os que tentam retirar do plano transcendental a solução da Justiça, sustentando valores e ideais absolutos, oriundos da racionalidade humana, sem, contudo, perceberem que tais valores são formações emocionais tão somente, destituídos de qualquer critério lógico, acabando inaplicáveis e inúteis de um ponto de vista lógico/prático. Outrossim, adverte Kelsen (2001, p. 11) que *“A determinação de valores absolutos em geral e a definição de justiça em particular, alcançados dessa maneira, revelam-se fórmulas totalmente vazias, através das quais toda e qualquer ordem social pode ser legitimada.”*, ficando evidenciado que jamais o doutrinador pretendeu, com suas teorias, justificar regimes jurídicos ou sistemas legais anômalos.

Outrossim, é muito mais fácil justificar um sistema social exclusivo (ou mantê-lo disfarçado) utilizando-se ideologias da Justiça, do que criar um sistema normativo passível de ser aplicado no plano real. Discursos bem atuais que defendem uma Justiça social com base no afastamento dos assujeitados em nome da segurança e dignidade da classe trabalhadora, por exemplo, são reflexo da ideologia em prol da exclusão em nome da Justiça. Tema que sempre volta ao embate social e legislativo é a redução da maioria penal, por exemplo. Ora, nada mais patético para resolver a incompetência estatal brasileira, dando uma satisfação à sociedade civil utilizando a bandeira da Justiça para a “população trabalhadora”, proclamando que “lugar de bandido é na cadeia” não importando sua idade. Nem se fale que o correto seria a criação de medidas tendentes a diminuir as desigualdades sociais e incluir as crianças marginais (na verdade marginalizadas).

Nestes casos, verifica-se uma lei jurídica, absolutamente válida para o sistema jurídico brasileiro e que, supostamente, corresponde ao ideal da Justiça, pelo menos na mediada dos interesses de dada classe; ou ainda uma justiça para super-humanos que são infalíveis ao erro, porquanto pertencem a outra realidade social que os inclui no sistema. As leis penais, no Brasil, embora tenham o *slogan* de estarem oponíveis a todos, porque “todos são iguais perante a lei”, são inegavelmente dirigidas aos excluídos. Veja-se o interessante e curioso exemplo do artigo 59 da lei das Contravenções Penais:

Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.

Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.

Depreende-se do texto legal supramencionado que somente ricos é quem podem cometer esta contravenção, que se chama vulgarmente “crime de vadiagem”. A articulação histórica/social leva as pessoas a acreditarem que pobre “vagabundo” é bandido e merece ser castigado estando, assim, a justiça para os super-humanos realizada, porquanto ser apenas humano não é mais suficiente.

Partindo da contestação a todas as construções filosóficas da Justiça ao longo da história da razão, Kelsen demonstra que tais acepções podem gozar de certa identidade com a Justiça, mas, não serão a própria Justiça transcendental. Ideais somente servem para serem ideais, para a vida existe o viver, e sempre restará o mal-estar em face da impotência da não realização do desejo ideal. Embora a Justiça seja um engodo, a justiça não precisa ser uma ilusão, conforme se tentará provar adiante.

3 (RE)CONSTRUINDO A JUSTIÇA A PARTIR DO DISCURSO DE KELSENIANO

3.1 O que não é Justiça e o problema da exclusão social

Explicado que a Justiça é uma criação humana, sendo que a subversão deste fato se explica como um processo ideológico, atribuindo-se causa ao efeito da ciência do sujeito, bem como somente existe Justiça no simbólico e apenas nuances dela podem ser efetivadas mediante normas de justiça em dado tempo e espaço, urge compreender quais são os mecanismos mais aptos para a conclusão de alguns aspectos da Justiça, bem como quais não passam de um equívoco.

Kelsen demorou em estudar diversas acepções da Justiça ao longo da racionalidade humana, buscando achar uma medida entre o bom senso e a utopia. Não cabe neste ponto do escrito discorrer se o autor encontrou uma fórmula para a Justiça ou se simplesmente encerrou o tema numa perspectiva pessimista, apontando que tudo que se descreve ser a Justiça, em verdade, é uma (des)ilusão. Como todo desiludido de amor (sim porque sem dúvida ele ama a Justiça) talvez Kelsen não tenha tido tempo para discorrer que dentro de sua homilia há um boa e sólida Teoria de Justiça, porque principia daquilo sobre o que o ser humano entende como natural, ou seja, da concatenação cognitiva de causação e efeitos nas leis que estruturam todos os sujeitos falantes e, por consequência, possuem uma aptidão genuína para trabalhar com estas proposições da lógica-jurídica.

Primeiramente, cumpre apontar que esse Cientista do Direito destaca que somente há uma busca no significado da Justiça quando valores e interesses estão em conflito, pois *“Onde não há conflito de interesses, não há necessidade de justiça.”* (KELSEN, 2001, p. 4), partindo do pressuposto que sempre que há bons argumentos em sentidos opostos sobre um determinado valor da vida, passa a existir a necessidade de se construir um conceito de Justiça a partir da convicção de cada sujeito, assinalando que o jogo de interesses qualifica uma suposta justiça, a qual apenas se identifica com um dado critério de valor subjetivo.

Exemplo típico é a questão da propriedade privada. Para uma sociedade capitalista, a propriedade é um direito inato, absoluto e inegociável; de

igual modo, num modelo econômico comunista a propriedade é naturalmente de todos, sendo expressão da justiça ela ser dividida igualmente a toda sociedade. O conflito de valores faz nascer o conceito (ou conceitos) de Justiça para uma dada civilização. A questão reside em apontar se realmente é do conflito de valores que nasce a Justiça ou se é do conflito de interesses que surgem determinados tipos de justiça, com vocação para julgar apenas determinados aspectos de valores, tendo em vista que *“o juízo só é válido para o sujeito que julga, sendo, neste sentido, relativo.”* (KELSEN, 2001, p. 5).

Kelsen marca que há dois tipos de normas de justiça em todos os tipos de construção ou argumentação sobre o tema, um de vertente metafísica e outro racional e, em ambos os casos, a validade das regras que emana destas acepções sempre será relativa. Analisando mais a fundo a afirmação desse doutrinador, entende-se que uma regra de justiça será sempre relativa porque definida para um dado tipo de civilização da qual ela é expressão (para um tempo e um espaço determinados) e, mesmo que se identifique nestas regras uma propriedade metafísica, ainda poderá ser uma regra meramente de controle social, mesmo com a ambição de cercar um valor de justiça.

Neste rumo, é possível identificar diversas normas de justiça absolutamente contraditórias entre si, sustentadas em conceitos que designam ou designaram algo justo, e que são absolutamente válidas de uma perspectiva formal. Por isto, a concentração da Ciência do Direito vai além de se imiscuir na decisão do que é justo ou injusto ou da melhor forma de se tratar o ser humano porque, de outra forma se estaria defendendo uma ou outra concepção de justiça, o que refutaria a cientificidade da proposta de uma Teoria Pura do Direito (KELSEN, 2009, p. 51-53). O trabalho da ciência cingi-se em apontar contradições e equívocos dentro dos usuais sistemas tidos como justos, para que normas que expressem um valor da vida para dada civilização (valor e justiça relativos), ambicionem ter alguma atividade efetiva, porquanto especificadas dentro de um sistema lógico-jurídico que as respalde. Por este motivo é altamente reducionista apontar que a teoria Kelseniana pretendeu desmontar a crença na justiça, porquanto parece que sua real intenção sempre foi desmistificar normas de justiça absolutamente relativas, que expressam tão somente um determinado valor, o qual somente é justo de um ponto de vista.

Simplificando ao máximo as considerações que Hans Kelsen faz sobre os tipos de justiça, resta importante analisar algumas destas observações (as mais relevantes para este escrito), pois fundamentais para a compreensão que muitos dos aspectos dessas normas são, de fato, mecanismos de controle e exclusão identitária dos sujeitos.

Considerando as regras de justiça do tipo racional, a primeira observação que urge levantar é sobre a tradicional forma de observar o direito a partir das construções do direito romano. A regra do *suum cuique tribuere*, a qual especifica deva se dar a cada um o que é devido, corresponderia em aceitar que um determinado sistema dite o que é devido a cada um e, sem sombra de dúvidas, tal medida pode levar as mais diversas discrepâncias na distribuição de justiça, sem falar ser impossível determinar “o que é devido” e “o que é seu” de um ponto de vista filosófico (KELSEN, 2009, p. 53-54). Para o direito civil (direito das coisas), por exemplo, a fórmula do direito romano parece ser bastante lógica. Entretanto, se aplicada na divisão de oportunidades e vantagens subjetivas parece ser um fórmula altamente falível e, por consequência relativa.

Outras normas de vertente racional muito próximas são 1. Não fazer ao outro o que não deseja que façam para ti (regra de ouro) e 2. *“age sempre de tal modo que a máxima de teu agir possa por ti ser querida como lei universal”* (imperativo categórico de Kant). A primeira regra pode conduzir ao absurdo de acabar com a punibilidade para todos os crimes, porque ninguém deseja ser condenado e preso, logo, o sistema jamais poderia fazer o mesmo com um infrator. Entretanto, a questão mais contundente reside no fato de definir quais são os desejos das pessoas no sentido de esperarem ou não determinado tratamento. É fato que um especial tratamento, que para uns é muito adequado, pode ser altamente indesejado para outros sujeitos, *“pois que os homens de forma alguma coincidem no seu juízo sobre aquilo que é subjectivamente bom, ou seja, naquilo que desejam.”* (KELSEN, 2009, p. 55).

Já o segundo regramento, retirado das considerações de Immanuel Kant sobre a moral e a ética, *“não é propriamente pensado como uma norma de justiça, mas como um princípio geral e supremo da moral no qual está contido o princípio da justiça.”* (KELSEN, 2011, p. 19). *“Age sempre de tal modo que a máxima*

de teu agir possa por ti ser querida como lei universal” significaria que jamais uma lei injusta poderia prevalecer, porque seria contraditória por si mesma. Para Kant um indivíduo racional não poderia desejar que uma sua conduta imoral fosse elevada a condição de lei universal porque, necessariamente acabaria, mais cedo ou mais tarde, sendo refém do próprio juízo de valor emanado pela norma. Neste condão, uma lei universal seria sempre uma lei querida por todos, porquanto atingiria a todos. Um princípio como o do egoísmo, por exemplo, não poderia ser querido como uma lei universal, pois, contrário à razão e ao próprio imperativo categórico.

Outrossim, a questão da ética que fica em aberto é o conteúdo da lei universal e o que pode ela contemplar, pois é perfeitamente plausível admitir que possam haver pessoas que não se importem em receber qualquer ajuda de outrem, desejando, assim, que o princípio do egoísmo, conforme exemplificado, seja elevado à condição de lei universal. Pode acontecer, inclusive, que para algumas pessoas, seja absolutamente razoável haver uma lei que homenageie o egoísmo.

Em última análise, Kelsen (2009, p. 56-63; 2012, p. 131-133). aponta que as lei morais, neste caso, acabam tendo um valor geral e preexistente, sendo que a única exigência acaba sendo que as leis morais *in concreto* sejam compatíveis com o imperativo categórico, o qual exige que a ação seja conforme uma lei universal, a qual pressupõe como os sujeitos devem atuar para serem justos, mesmo que esta atuação seja relativa para cada pessoa.

Assim, observa que, na verdade, aquilo que deveria na teoria Kantiana ser dedução do imperativo categórico da razão, finda como sendo um código moral já delineado pelos valores, conclusões e opiniões que Immanuel Kant possui acerca do que é o bom e o bem passíveis de serem categorizados como universais. Veja-se:

Se examinarmos os exemplos concretos através dos quais Kant procura ilustrar a aplicação de seu imperativo categórico, seremos obrigados a constatar que se trata, sem dúvida, de regulamentos da moral tradicional e do direito positivo de sua época. Não são, de forma alguma - como alega a teoria do imperativo categórico -, deduzidos do imperativo categórico, pois nada se pode deduzir dessa fórmula vazia. Esses exemplos se mostram apenas e tão-somente compatíveis com o imperativo categórico. Mas todo regulamento de toda e qualquer ordem social é compatível com esse princípio, uma vez que expressa, unicamente, que o homem deve agir de acordo com normas gerais. Por isso, o imperativo categórico - da mesma

forma que o princípio “a cada um o que e seu” ou da regra de ouro - pode servir de justificação - e assim foi utilizado - para toda e qualquer ordem social em geral e para todo e qualquer regulamento em particular. **Essa possibilidade explica por que essas fórmulas, apesar e exatamente por causa de sua total falta de conteúdo, ainda hoje são aceitas como respostas satisfatórias à questão da justiça, e provavelmente ainda o serão no futuro.** (KELSEN, 2001, p. 19).

Usando o argumento do imperativo categórico de Kant é possível a ilação de leis universais que apreciem as mais pontuais desigualdades, que mistifiquem uma distribuição de valores éticos quando, na verdade, pretendem assegurar uma distância considerável entre os fatos e a aplicação de leis que garantam uma distribuição de justiça (representada por algum valor da vida).

Nesta mesma linha de raciocínio revela Kelsen (2009, p. 63) que outra fórmula vazia é a que dita que os homens devem ser bem tratados e não mal tratados; este valor se extrai da afirmação de Tomás de Aquino o qual aponta o seguinte: faz o bem e evita o mal. Mais uma vez se pretende predeterminar o que é o bem e como se deve, neste código, dispensar um bom tratamento, mesmo que o bem seja absolutamente relativo.

Também não é justiça a forma pela qual uma dada civilização sempre tratou seus pares, porquanto tal assertiva apenas justifica o direito consuetudinário e dita que tal sistema específico é justo sob dado aspecto, o que se entende poder perpetuar um código de costumes das mais agudas desigualdades e injustiças. Outro não é o exemplo das monarquias e das sucessões hereditárias baseadas nos costumes e que tanto exploraram, em nome das tradições, seus concidadãos (KELSEN, 2009, p. 63-64).

Em *Ética a Nicômaco*, Aristóteles (1994b, p. 91-98) aponta ter encontrado uma fórmula exata para determinar quais as virtudes perfeitas. Seria quase uma proposição matemática a proposta em se reconhecer entre dois vícios (um por excesso e outro por falta) o meio termo, ou seja, a equidade. Desta feita, seria uma virtude o respeito próprio, por exemplo, pois estaria no meio termo entre a modéstia e a vaidade, sendo a maior virtude a prudência (o equilíbrio entre a ambição e indolência). A teoria Aristotélica é bastante interessante e coerente sob alguns aspectos caso não presumisse os dois extremos das supostas virtudes. Para se saber o que é a atitude ética e virtuosa é necessário conhecer, de antemão, quais

os seus excessos, e tais valores são dados por uma moral (em geral ateniense) que data aproximadamente 350 a.C. Como bem assinalado por Kelsen (2001, p. 109-135), a função da teoria de *mesotes* é “a manutenção da ordem social estabelecida”, pois tende a corroborar que o que é o bom e o mal já está posto pela ordem social e, por conseguinte, pelo direito positivo vigente. Quando aplicada à justiça a referida teoria mostra-se ainda mais tautológica, porque a conduta reta seria a virtude entre praticar a injustiça e sofrer a injustiça. Ora, praticar ou sofrer uma injustiça não são extremos, são a mesma coisa, ficando em aberta a resposta sobre o que seria esta injustiça, restando apenas a conclusão de que a pretensão do *mesotes* de Aristóteles é a justificação da ordem posta e “nesta sua função conservadora, reside sua função política”.

O princípio da retribuição parece ser a tese que melhor atende à Justiça na medida em que prevê uma retribuição para um agir. Deste raciocínio é possível concluir que uma atitude boa ou justa receberá uma compensação (prêmio), assim como a atitude má ou injusta uma pena. É importante destacar que a retribuição nunca logrará êxito em ser igual ao ato que lhe deu causa, será sempre proporcional e relacionada com um valor social relevante. Tanto a pena quanto o prêmio por um determinado agir sempre serão expressões de um código de valores éticos e morais de uma dada civilização. A compensação (retribuição) para as modalidades civilizatórias atuais jamais ocorrerá como na física dinâmica, nem mesmo se aplicada fosse a Lei de Talião na sua integralidade, já que este teorema parece prever uma retaliação muitas vezes superior a um suposto mal infligido. Kelsen (2009, p. 66-71) aponta que o princípio da retribuição talvez seja o mais importante da história, justamente porque o direito se funda em seu paradoxo (hipótese e sanção). Porém, é fato que as leis contempladas por um dado direito positivo são a expressão da valoração do agir de uma sociedade, ficando a retribuição apenas aproximada da conduta inicial.

Aponte-se que há tipos de comunidades que nenhum prêmio atribuem ao bom agir, nem tão pouco há qualquer retribuição à má conduta (pelo menos para alguns sujeitos), mesmo em meio a leis que prevejam punição para um comportamento tido como indesejado. Nem moralmente, nem dentro de um sistema jurídico é possível observar uma compensação satisfativa, restando as leis (sejam

morais puras ou juridicizadas) compreendidas às avessas. Há uma positivação de valores que não correspondem ao real modo de operação de algumas civilizações, sendo que somente se espera a conduta prevista em lei de uma classe sem identidade política ou que tenha compreensão de seus direitos (assujeitados). Em sentido absolutamente contraditório, uma determinada classe, que não tem em seu rol de valores a vida, a dignidade, a igualdade entre outros bens da ética, é responsável por positivar estes valores, que são exigidos do resto da população como elementos indispensáveis para a manutenção de uma ordem justa. Seria de se esperar a retribuição para todos, mas não é o que se observa, isto porque “a igualdade apenas existe na expressão verbal e não na realidade.” (KELSEN, 2009, p. 68).

O princípio da igualdade, conforme já foi mencionado neste escrito, foi a primeira exigência da vida comunal, logo, o primeiro valor da Justiça. Mas, este valor de justiça será sempre referente a alguma regra moral (pura ou juridicizada), nunca será uma igualdade descolada de uma lei, pois, nem minimamente os homens são iguais, nem mesmo perante todas as leis. O princípio da igualdade “*não postula um tratamento igual, ou melhor, postula não apenas um tratamento igual, mas também um tratamento desigual.*” (KELSEN, 2009, p. 86), havendo de ser tanto as igualdades quanto as desigualdades apontadas por um código de valores, por consequência, relativos. Por estes motivos a regra da igualdade também é uma lei da justiça geral e que pode compreender variações, revelando que jamais será através dela que se concluirá a Justiça propriamente dita.

Neste sentido, Freud (1930/1996, p. 118). aponta para a impossibilidade de uma justiça de igualdade infalível numa civilização, onde a natureza pode pré-determinar um situação de desigualdade sem remédio para leis de justiça que expressem igualdade, em movimento simétrico a compreensão kelseniana sobre Justiça como igualdade:

Quem quer que tenha provado as desgraças da pobreza em sua própria juventude e experimentado a indiferença e a arrogância dos abastados, deveria achar-se a salvo da suspeita de não ter compreensão ou boa vontade para com os esforços destinados a combater a desigualdade da riqueza entre os homens e tudo a que a ela conduz. Certamente, se se fizer uma tentativa para basear essa luta numa exigência abstrata, em nome da justiça, da igualdade para todos os homens, existirá uma objeção muito

óbvia a ser feita: a de que a natureza, por dotar os indivíduos com atributos físicos e capacidades mentais extremamente desiguais, introduziu injustiças contra as quais não há remédios.

É possível incluir qualquer pessoa na sociedade mediante leis de justiça relativas, mesmo quando a desigualdade seja oriunda dos caprichos da natureza, bastando boa vontade política para direcionar as instituições na efetivação de direitos neste sentido. Em meio a um conceito fechado do que é igualdade ou desigualdade, como apontado por Freud, se justificará a manutenção de qualquer situação de injustiça que se deduza como natural, amparando-se a questão na existência de leis de igualdade perante todos.

Com relação ao valor da justiça liberdade, nenhum outro bem da vida pode ser tão bem articulado politicamente, principalmente quando a finalidade é propulsionar a economia e o consumismo. Associar a justiça a um sistema de liberdades quer dizer que qualquer lei que limite a liberdade individual das pessoas deve ser rechaçada, o que, em última análise, resultaria no fim da sociedade. Para viver em comunidade são necessários vários atos de abdicção, sem os quais seria improvável a civilização. Assim, defender a liberdade como sendo a Justiça revela Kelsen (2009, p. 81-82) ser impossível, tendo em vista ela sofrer, em tese, uma metamorfose para caber no mundo, tornando-se *“em liberdade sob a ordem normativa, a liberdade individual tem de transformar-se em liberdade social.”* O tema é bastante polêmico, porque nenhum outro bem parece ser mais precioso para a vida, e comporta uma gama de questões que oportunamente serão retomadas. Importante agora é frisar que liberdade pode ser um valor de justiça, mas, não a Justiça, pois, além de comportar variações ao longo dos tempos (principalmente do setor político) a liberdade suprema seria o fim da própria vida comunal, conforme dito no primeiro capítulo deste escrito.

Sobre a teoria dos contratos sociais, o princípio de justiça que se observa não diz respeito ao conteúdo do pacto, mas, na possibilidade de criar uma ordem jurídica e social, ou seja, de autodeterminar-se. Seria uma releitura do princípio da liberdade vocacionado a criação de uma comunidade com base na vontade da maioria e passível de ser efetivada apenas uma vez, pois, a mesma idéia de justiça (compreendida como liberdade de escolher uma determinada ordem

jurídica e social) não serviria para o processo de modificação de civilização pré-existente. Esta peculiar modalidade de justiça “*transforma-se em justiça da democracia*”, arquitetada, ainda, pela regra de justiça da maioria, ficaria assim disposta: autodeterminação no contrato e princípio da maioria para modificar a regra pré-existente. Mas, a totalidade de uma maioria autodeterminável “*não preclude uma democracia totalitária*”, por exemplo, restando concluir que também se trata apenas de mais uma regra de justiça geral e relativa, que expressa apenas um tipo de justiça, ou em determinados casos, nenhuma justiça (KELSEN, 2009, p. 83-84).

Outra questão de pontual polêmica é a releitura da regra de justiça da retribuição aplicada à prestação de um salário ou do valor de uma mercadoria. O que é um salário justo ou um preço justo senão a relação entre o trabalho prestado e a mercadoria oferecida? Todavia, o valor de um trabalho acaba sendo especificado pelo valor do salário, assim como uma mercadoria tem seu valor arbitrado pelo mercado numa economia liberal e não pelo que ela supostamente valeria em outras condições ou, ainda, planejado numa economia de regulamentação. Uma regra que estipule uma relação entre o tempo ou a quantidade de trabalho despendidos para equivaler a um determinado salário nunca será uma regra de justiça perfeita, nem tão pouco pode refletir uma proporcionalidade real entre trabalho e salário. Outrossim, é quase regra não haver proporção entre o trabalho e o salário, seja na economia liberal ou mesmo na comunitária (com salários estipulados pelo poder público).

Kelsen (2009, p. 74) concorda com Marx quanto à crítica ao usual sistema que ignora as desigualdades dos diferentes sujeitos no ato de pagar um salário, pois, este tipo de exortação não conduz a um sistema justo de direitos iguais, porquanto trata desigualmente o que é desigual. Já no tocante ao postulado de Marx (*apud* KELSEN, 2009, p.74-75) “*Cada um segundo as suas capacidades, a cada um segundo as suas necessidades*”, Kelsen (2009, p. 74-80) afirma não ser esta uma regra de Justiça absoluta, pois, caberia a um ordenamento preexistente definir o que é, ou qual é a capacidade de cada pessoa (o que deveria ser respondido por cada um de acordo com seu juízo de possibilidade) e por consequência, definir o *quantum* tais categorias de sujeitos deveriam produzir para receberem um determinado salário. As mesmas questões ponderadas para a regra

de outro e para o imperativo de Kant podem ser aplicadas à segunda parte desta norma de justiça *“a cada um de acordo com sua necessidade”*, tendo em vista que não há um consenso do que é necessário (bom ou mau) para cada indivíduo de uma forma geral.

Na medida em que Kelsen (2009, p. 74-79) assinala que a justiça comunista (como ele prefere chamar) é um *“ideal da segurança econômica de todos os membros da comunidade”*, na qual a integralidade das necessidades deste grupo estariam satisfeitas, pois, todos espontaneamente cumprem seus deveres com júbilo, ele demonstra que as leis de justiça marxista pressupõe *“que esta ordem social não precisa de estatuir quaisquer actos de coerção como sanções e, portanto, constitui uma sociedade sem Estado e sem direito”*.

Demorou-se no primeiro capítulo deste escrito para demonstrar a necessidade das leis (dos interditos psíquicos) na opção pela civilização, bem como esta civilização padece de um mal-estar necessário para propulsionar dimensões de direitos da personalidade (valores que expressem tipos de justiça). No arranjo civilizatório socialista se idealiza uma espécie de estado com homens infinitamente satisfeitos (com um índice de satisfação muito grande), em que todos cumprem seus deveres dentro de conceitos preexistes de produção, de acordo com a capacidade individual de cada um (caso o exercício de uma capacidade humana fosse sempre perene e infalível) e assim é concretizada a Justiça num sistema desestatal.²¹ Muito embora o Estado possa representar um mecanismo de controle social, conforme alertado por Kelsen, já que demonstrado que mesmo a justiça contratual, metamorfoseada em democracia, pode comportar regimes totalitários (ainda que disfarçados), não é possível a existência da civilização sem as leis decorrentes do tabu, sem o direito, que é consequência da organização primordial das leis e do Estado (que pode ser representado inclusive pelos clãs, famílias e feudos nos arranjos primitivos da humanidade), o qual tem a força para garantir a coercibilidade nas normas e a perpetuação da opção da vida em sociedade.

²¹ Relativamente à satisfação dos indivíduos em seu grupo social e o real cabimento destas mensurações, este tema será melhor analisado no tópico seguinte, sobre modernas teorias de justiça.

Parece que o tipo de proposição ideal do marxismo acaba desconsiderando completamente as características peculiares de cada ser humano (pelo menos as pulsões e desejos negativos), não prevendo possibilidade de falibilidade do homem e do próprio arranjo socialista. Não há nesta teoria a probabilidade da primeira parte do princípio da justiça - “*a cada um segundo a sua capacidade*” (apud KELSEN, 2009, p.74) - não ser implementada, porque decorre da utopia de que todos neste tipo de civilização cumprirão voluntariamente seus deveres em uma posição absolutamente ideal do ser humano. Seria a justiça com a maior capacidade de inclusão, idealizada na crença louvável da superação histórico-social das criaturas.²²

Afora se discutir sobre a possibilidade ou não de opção de um tipo de modelo de produção em detrimento de outro, o que se pretende neste escrito é demonstrar o que se pode fazer emergencialmente para os sujeitos, principalmente para a civilização brasileira, usando de forma conjugada os conhecimentos do direito (da aptidão que os indivíduos possuem de concatenarem causa e efeito em suas relações e a coercibilidade) com os conhecimentos emprestados da psicanálise, que demonstram a necessidade das leis (interdição ao tabu) para a estruturação dos sujeitos e, por conseguinte, das sociedades. O que se nominou psicojurídico é a proposta de reconstrução de dentro do sistema para fora, sendo assim a possibilidade emergencial de se pretender alguma “desinclusão” social, ou seja, enumerar o que são conceitos ou tipos de justiça relativos e não a Justiça propriamente dita, evitando engodos e o erro oposto de se cair dentro de um sistema que contemple as mais teratológicas injustiças, porque embandeira uma espécie de justiça relativa como sendo a definitiva. Pretende-se a construção de uma justiça (relativa), mas, para seres-humanos e não para super-humanos, trabalhando com o que já existe e é familiar ao homem, ou seja, tentar salvar a civilização que existe (e

²² Somente é possível conceber uma situação social desta natureza de forma hipotética, imaginando-se que o ser humano evoluirá a tal ponto que se desprenderá de todos os vícios e valores mundanos. A aposta seria num darwinismo social que conduzisse os sujeitos para o caminho da sublimação, entretanto, a vida global hoje, totalmente esvaziada, solitária e carente, conduz o estudioso a acreditar justamente no inverso.

Agnes Heller (1998, p. 145-155) aponta que o pensamento de Marx constitui uma revolução antropológica na medida em que propõe um conceito de liberdade absoluta social que não é um conceito de justiça, mas, além da justiça, revelando-se a última grande utopia da humanidade.

no que ela existe) e não derruí-la para inaugurar um novo arranjo que supostamente será mais justo.

Exclusão social, como se verá no último tópico deste capítulo, atualmente transcende a questão do emprego e da distribuição de renda de acordo com as necessidades, consiste em se negar às pessoas a percepção de sua condição de sujeitos da linguagem e, por consequência, de direitos. Assim, não levar em conta as necessidades individuais de cada pessoa é uma forma de exclusão social, de aniquilamento da condição humana, é a coisificação dos indivíduos como engrenagens de um sistema que, obrigatoriamente, têm que funcionar e ter como resultado um índice de felicidade satisfatório, ainda que apenas para certas categorias de sujeitos.

Analisadas as regras tidas como racionais para a justiça, conclui-se que nenhuma delas é a própria Justiça, tão pouco será através de algum destes preceitos que se alcançará uma justiça social definitiva e irretorquível, pois, sendo a sociedade composta de sujeitos, a validação das regras de justiça deve estar em constante observação e evolução. Oportunamente, tratar-se-á de algumas regras do tipo metafísico de justiça, apontando que a Justiça como expressão da natureza ou da própria razão humana já foi pontuada no segundo capítulo. Adiante se verá como as novas teorias de justiça, em especial a de John Rawls, trabalham com estas questões, conduzindo o escrito a uma percepção das condições atuais dos seres humanos enquanto destinatários de leis e a possibilidade de se distribuir justiça em meio à ausência de percepção da sujeitidade.

3.2. Um breve incurso sobre Modernas Teorias de Justiça rumo à construção de uma Nova Teoria Pura de Justiça

Entende-se que para se construir e defender uma teoria de justiça os pontos principais a serem analisados são: 1. considerar quais as normas morais puras (valores) prezados para uma dada civilização fracionada (entendidas dentro de coordenadas de tempo e espaço) e 2. a possibilidade de haver juridicização destas normas (ainda que a coerção seja psíquica), porquanto sem a sanção no esqueleto lógico-jurídico das leis, improvável sua efetivação. Defende-se que uma

teoria de justiça apta a ser aplicada é aquela que contemple normas de justiça, as quais gozem de força e coercibilidade. De forma contrária, caso não haja lei e direito para respaldar uma dada construção de justiça relativa, o tema não passará do campo teórico/filosófico, ou melhor dizendo, inútil de um ponto de vista prático.

Quando Kelsen (2009, p. 88), após ter sido perseguido pelo nazismo e ter tido contato íntimo com a *common law*, deixa obra póstuma na qual muda a alocação da norma primária para representar o mandamento (a recomendação da lei), com isso deixa claro que não é possível haver proteção do espírito da lei sem a sanção da norma.²³

Sem apenamento uma norma a qual expresse um valor da Justiça que consiga lograr êxito em existir de forma válida, dificilmente teria a eficácia esperada, por isso a dificuldade de se extrair força de normas programáticas. Além disso, o tempo e o espaço geográfico em que se pretendem à aplicação de regras de Justiça, têm capital importância para se defender a utilidade de uma determinada Teoria de Justiça em detrimento de outra e, principalmente, para se definir o que é passível se ser assimilado pelo modelo civilizatório brasileiro.

Embora o critério de justiça ou injustiça não tenha implicação na validade de uma norma, porque uma lei que cumprisse os requisitos dos campos da existência e validade estaria apta a irradiar seus peculiares efeitos, é necessário assinalar mais uma vez que leis absolutamente válidas, ainda que positivem valores da Justiça, contam com um processo político e econômico em missão de lhes recaçar a atividade em determinadas circunstâncias, mormente quando não atendam aos usuais sistemas de controle das massas.²⁴ A positivação de leis de justiça promulgadas sem qualquer perspectiva de atividade para seus mandamentos, com finalidade de apenas dar uma satisfação social é um aspecto

²³ Carlos Cossio (2007, p. 88-93) explica que a perinorma (norma sancionatória) protege a endonorma (elemento valorativo da norma).

²⁴ Quando Kelsen fala que uma norma que não expresse justiça não será inválida pretendeu dizer o seguinte: para a lógica jurídica, em meio à atitude científica, uma norma que atenda aos elementos de sua estrutura e sistema será uma norma válida, ainda que injusta. Somente do ponto de vista técnico da validade e invalidade de normas e regras que o doutrinador discutiu a questão. Alguém que dedicou uma vida para estudar o Direito e que escreveu algumas dezenas de livros sobre a Ciência do Direito, além de outros tantos trabalhos sobre a Justiça, certamente não almejava destruir o desejo de Justiça que existe no ser humano. Vide segundo capítulo deste escrito.

político comum em muitos países do mundo, sendo de interesse para este estudo apontar que tal característica é historicamente usual no Brasil e na América Latina.

Neste condão, entende-se perder o cabimento a discussão acadêmica sobre o valor ser mais relevante que a norma, como se tem feito nos últimos tempos, restando o fato único que sem uma efetiva sanção à transgressão de um determinado valor de Justiça positivado (importante para uma dada civilização), mesmo uma norma de Justiça pode passar a contemplar as maiores injustiças.

Outra questão imperiosa é verificar como estender uma Teoria de Justiça ao maior número de sujeitos, porque se deve ter em mente que os representantes mais miseráveis de um grupo civilizatório, e que são os mais necessitados de regras neste sentido, são justamente os que não têm perspectiva de sujeitidade, conforme restará claro adiante.

Outrossim, percebe-se que a forma mais dinâmica de concretização de normas de justiça é a perspectiva distributiva, considerando que existem elementos da constituição da civilização (opções desta) que são absolutos ou participáveis, como a política, e outros divisíveis ou partilháveis, como é a Justiça e que pode ser representada por várias modalidades de valores (vida, igualdade, liberdade, dignidade, entre outros). A construção de uma teoria distributiva de valores partilháveis envolve a eleição de vários princípios e a análise de diversos mecanismos de controle social, que esbarram na concretização destes princípios, levando-se em conta o tipo de sociedade que se pretende a distribuição igualitária de justiça, pois, é fato que toda humanidade comunga de valores comuns, principalmente quando oriundos de uma mesma organização social. Veja a seguinte conclusão:

O fato de juízos de valor legítimos serem subjetivos, e por isso ser possível a existência de juízos de valores bem diversos, conflitantes entre si, não significa absolutamente que cada indivíduo tenha seu próprio sistema de valores. Na verdade, muitos indivíduos são concordantes em seus juízos de valor. Um sistema de valores positivo não é uma criação arbitrária de um indivíduo isolado, mas resultado de uma influência exercida por indivíduos uns sobre os outros no âmbito de um determinado grupo - como família, tribo, clã, casta, profissão - e sob condições econômicas específicas. Todo sistema de valores, especialmente uma ordem moral com sua ideia central de justiça é um fenômeno social e, conseqüentemente, distinto, conforme a natureza da sociedade na qual teve origem. (KELSEN, 2001, p. 8).

A dignidade da pessoa humana enquanto valor moral puro, por exemplo, deve contar com uma gama de garantias para ser efetivado, sendo a mais relevante a jurisdicização, em um local e tempo, para acontecer uma efetiva proteção, de forma igual, aos indivíduos.²⁵

Nas últimas décadas se tem falado muito sobre novas formas de se construir a justiça a partir de propostas de reconstrução social, eleição de novos sistemas políticos, legais e administrativos a partir da concretização de teorias jurídico-políticas, com aptidão de estender ao maior número possível de pessoas alguma forma de justiça. Nas chamadas *Modern Theories of Justice*, principalmente de pensadores da direita liberal norte americana, ou igualitaristas liberais, como John Rawls (2000, p. 119), observa-se a tese de que para a criação de uma sociedade justa seria necessário uma distribuição igualitária e democrática de justiça, seja a partir do consenso original, ou da capacidade de autogovernar-se, com vista a um maior índice de bem estar social (DWORKIN, 2003, p. 169-183), por exemplo.²⁶

Para criar um paradigma, discorrer-se-á, brevemente, sobre a ideia das modernas teorias de justiça, em especial da proposta que tem sido objeto de muitas discussões nas últimas décadas no Brasil, que é a teoria de justiça de John Rawls, assim como fez Kelsen em seu tempo com as propostas de Kant, Platão, Aristóteles, Tomás de Aquino, Marx, entre outros, com a finalidade de entender se tal modelo atenderia à concretização da Justiça ou também tal tese se equivoca em seus cálculos, principalmente quando o contexto espacial é diferente do norte americano.

Em Rawls (2000, p. 64-65) averigua-se a proposta de dois grandes princípios sobre os quais haveria um consenso da sociedade numa posição original

²⁵ Gustav Radbruch (2010, p. 159-160) estabelece que somente se pode conceber uma situação de igualdade ou desigualdade entre homens (dentro de um critério de justiça distributiva) na medida em que se constrói uma opinião acerca de qual deve ser o fim do direito.

²⁶ Nas mais modernas teorias de justiça, cite-se Heller (1998, p.144-155), Rawls (2000, p.116-125), Serge-Christophe Kom (2000, p. 37-41), justiça é um sistema amplo de distribuição de vantagens a todos, independentemente de condições anteriores, dando oportunidades de vida iguais, pouco importando se os sujeitos são oriundos de condições de vida distintas. Esses autores filiam-se à visão Kantiana de que o homem é justo porque é racional, e nesse rumo, **traçam suas teorias sob a óptica de quanto uma sociedade justa pode trazer de satisfação para as comunidades.**

de igualdade substancial entre indivíduos. O professor da *Harvard School* propõe os princípios da igualdade das liberdades básicas e a das desigualdades sociais ordenadas de forma a trazerem vantagens para todos. Consequentemente, explica quais seriam os princípios para indivíduos visando a distribuição de vantagens:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdade básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.

Ideia louvável, principalmente no contexto desta teoria, porque esses princípios partiriam de uma posição de indivíduos que ainda não teriam noção de que relevância teria seu papel na nova sociedade. Rawls compreende que os indivíduos acatariam este código de igualdades - e todo o sistema jurídico oriundo dele -, porque os sujeitos estariam sob um “véu de ignorância” no momento do pacto fundante. Desta sorte ninguém agiria com interesse em promulgar leis que beneficiassem uma dada categoria de indivíduos, pois não teria ciência de qual categoria participaria na nova civilização. Esse sistema seria harmônico e mantido porque fruto da decisão de todos do grupo fundante e, pelo mecanismo desta nova concepção jurídica, o conjunto desta nova sociedade auferiria vantagem quando qualquer indivíduo alcançasse uma prerrogativa pessoal. Além disso, as desigualdades somente seriam admitidas quando trouxessem um benefício para toda coletividade.

Trata-se de uma teoria que busca a satisfação dos indivíduos do grupo a tal ponto que, o seu precursor defende não existir justiça nesta dada coletividade de liberdades se uma única pessoa estivesse infeliz. Neste ponto ele critica os sistemas de justiça clássicos de vertente utilitarista, que propugnam que a justiça está no maior saldo líquido de satisfação, já que não consideram os indivíduos de forma particular.²⁷ Além disso, defende que este novo sistema, com base na

²⁷ Marciano Seabra de Godoi (1999, p. 47), discorrendo sobre a teoria de Rawls, explica que “na justiça como equidade (*justice as fairness*) os direitos fundamentais são tomados como invioláveis e não podem estar sujeitos à negociação política ou se tornar moeda corrente nos cálculos dos interesses do bem-estar social.”

equidade e nas diferenças para a distribuição de vantagens, estaria equilibrado porque fruto da racionalidade humana aplicada ao consenso (RAWLS, 200, p. 108-303).

A aposta de Rawls é fascinante, entretanto, pouco passível de ser efetivada em sua integralidade no mundo real, principalmente em outros modelos civilizatórios além do norte americano. Primeiramente, o conceito do pacto fundante dos princípios de igualdades não encontraria condições de existir porque não leva em conta os discursos oriundos das diversas classes sociais, discurso este que certamente se incumbiria de estabelecer diferenças no momento da eleição dos valores sociais. Seria através do discurso que se estabeleceriam os princípios das liberdades iguais, porém, entende-se que seria o próprio discurso o responsável por estabelecer as primeiras desigualdades no pacto fundante, como, aliás, acontece em todo processo jurídico constituinte (HABERMAS, 1996, p. 167).

Ademais, a proposta de “Uma Teoria de Justiça” prevê que as desigualdades sociais são fatos meramente naturais, assim como são as capacidades pessoais dos sujeitos. Este tipo de preleção traduz a possibilidade do sistema aceitar uma parcela de desigualdades, porque jamais seria possível erradicar todas as distinções existente no mundo, ou seja, defende que a riqueza e a renda, mesmo não sendo distribuídas de forma proporcional, não prejudicariam a consecução da justiça, tendo em vista que a sorte e a fortuna são distribuídas de forma arbitrária pela natureza. Neste ponto Rawls (2000, p. 293-423) explica que há pessoas com maior capacidade natural ou que partem de uma posição original mais favorável, e que isto não corresponde a injustiças por serem fatos que se justificam, ou pela incapacidade de alterar o mundo natural, ou pela característica do pacto fundante (véu da ignorância).

Parece que Rawls pretende desculpar as injustiças sociais com a tese de que, na posição original (na qual ninguém sabe qual sua disposição na nova civilização), os sujeitos elegem livremente leis e princípios que iriam beneficiar a todos. A questão reside em compreender o seguinte: como podem leis e princípios, que beneficiem a todos, partirem de uma topologia que justifica desigualdades? Dever-se-ia, no caso hipotético desse Professor Americano, acreditar-se que as

peças devem aceitar muito bem uma desigualdade social porque, em última análise, foram elas que concorreram para estarem naquela situação.

Deste discurso observam-se duas possibilidades: 1. as pessoas abdicam de sua condição de liberdade natural para se entregarem aquilo que Étienne de La Boétie ([ac. 1600]/2004) chama de “Servidão Voluntária”²⁸, aceitando a opressão porque se fossem opressores estariam desempenhando o mesmo papel, ou 2. acreditam na ideologia de que foram eles próprios que se colocaram em dada situação de desigualdade social.²⁹

Rawls (2000, p. 589-602) perde um tempo razoável em sua teoria para tratar da inveja pelo sucesso dos mais favorecidos, sentimento que não deveria existir no seu sistema de igualdades e liberdades, revelando um vício de caráter, sendo somente escusável quando a pessoa perde sua autoestima. Vale lembrar que a autoestima que se analisa no caso da “*A Theory of Justice*” é a Norte Americana, sociedade puritana que foi constituída com a finalidade de ser a residência farta, rica, próspera e permanente de seus fundadores, diferentemente de outras civilizações, constituídas com a precípua finalidade de exploração econômica e humana (DUSSEL, 2000, p. 176-182).

Outro ponto relevante nesta discussão seria a forma de implementar a condição original no mundo atual, seja ele norte americano ou não. A civilização já existe, então a colocação dos sujeitos sob um véu da ignorância seria impossível de um ponto de vista prático, porque já impregnado nos sujeitos quais os valores da vida por si próprios, além da questão do discurso dos sujeitos, conforme já apontado.³⁰ De qualquer forma, resta muito difícil sustentar empiricamente que um sistema de justiça contemple desigualdades, as quais, em derradeira análise, podem

²⁸ Étienne de La Boétie ([ac. 1600]/2004) trata da dos motivos pelos quais as pessoas se entregam pacificamente a servirem aos seus próprios opressores, submetendo-se à “servidão voluntária”, este processo hoje pode ser identificado com os mecanismos de exclusão social e de assujeitamento, conforme se verificará no capítulo que tratar da sujeitidade.

²⁹ Ressalte-se que ideologia, a grosso modo, é tocar os efeitos pela causa. Assim, o sistema cria as desigualdades e é articulado de tal forma a fazer os indivíduos acreditarem que foram eles que se colocaram em dada situação desigual.

³⁰ Kelsen (2009, p. 83-84), conforme enunciado no tópico anterior sobre a justiça nos contratos sociais, evidencia que somente é possível o exercício do princípio da liberdade, vocacionado à criação de uma comunidade com base na vontade da maioria, uma única vez, pois, a mesma idéia de justiça (compreendida como liberdade de escolher uma determinada ordem jurídica e social) não serviria para o processo de modificação de civilização pré-existente.

ser traduzidas como injustiças sociais, porque, como já mencionado anteriormente, *“A primeira exigência da civilização, portanto, é a da justiça, ou seja, a garantia de que uma lei, uma vez criada, não será violada em favor de um indivíduo”* (FREUD, 1930/1996, p. 102). Assim, o primeiro princípio de justiça da civilização é a igualdade num sentido absoluto. Já o tratamento das desigualdades é tema posterior à opção pela civilização e decorre do desdobramento dos valores eleitos para as sociedades, não sendo algo que possa decorrer de um momento inicial do pacto social ou fundante.

A Teoria de Justiça de John Rawls pode revelar-se como justa, de um determinado ponto de vista e pode, também, observar as maiores injustiças, seja porque desconsidera a origem cultural e política das pessoas envolvidas em sua aplicação, ou porque justifica as desigualdades sociais (injustiças) colocando sobre os atores sociais a responsabilidade exclusiva por sua condição de vida (de riqueza ou de pobreza).

De qualquer forma, também aí não está a Justiça para humanos, ela pode representar um aspecto dela, uma tentativa de concretizá-la em uma dada sociedade, como pode, também, ser a expressão de uma grande injustiça, o que não retira integralmente o mérito da tentativa de se construir uma teoria desta natureza.

Note-se que esta hipótese, assim como outras teorias de justiça oriundas do pensamento norte americano, foi idealizada a partir da percepção de valores e do conceito de Justiça esta civilização. Corrobora a tese da subjetividade e relatividade dos valores de justiça o fato deles serem aceitos por todos os membros de uma específica comunidade, conforme ilustra Kelsen (2001, p. 8). Contudo *“A unanimidade sobre um juízo de valor existente entre muitos indivíduos não é prova de que esse juízo seja correto, isto é, objetivamente válido.”*

A questão reside se na coordenada de espaço latino-americana, por exemplo, as reivindicações de valores e da Justiça seriam os mesmos. Se considerarmos que os sujeitos da civilização latina foram reiteradamente iludidos, usurpados, e psiquicamente esvaziados pelos sistemas que confluem com um planejamento de dominação, seja via colonização histórica, seja pela nova forma de colonizar, trazendo à dependência do *“consumo do supérfluo, dos novos inventos*

do obsoletismo planejado e dos meios de destruição”, então não estaremos mais tratando apenas de sujeitos da linguagem, mas, também de vítimas (MARCUSE, 2010, p. 13; DUSSEL, 2000, p. 519-521).³¹

Apregoa-se que para garantir uma distribuição de justiça a partir dos valores da vida de uma civilização é fundamental a existência de normas e regras, que possuam a estrutura heterônoma e coercitiva observada por Kelsen. Sem a sanção da norma, impossível sua eficácia para a atual vida em sociedade, justamente porque não seria possível a concretização de justiça se não houvesse, por exemplo, normas para excluídos com coercitividade, por este motivo a dificuldade de levar a efeito normas com caráter meramente programático.

Não é viável invocar como garantia de justiça direitos de primeira geração (hoje sendo modulada para expressar a liberdade infinita de consumir), que eram expressões da justiça de uma sociedade burguesa do século XVIII, tão pouco um sistema de justiça que se aparte da realidade do espaço a que ele deva dar conta. Para uma sociedade estatisticamente pobre e com insignificante acesso à cultura (por consequência à justiça), como a sociedade brasileira do século XXI, outros são os direitos (que contenham uma justiça específica) que devem ser evocados, como o dever da solidariedade. Todavia, pretender estender esses valores de justiça sem lei efetiva concreta de um sistema legal atuante, impossível o desejo.

Bastaria a concepção de democracia constitucional de Ronald Dworkin, por exemplo, e no tratamento de todos com igualdade, respeito e consideração sem a normatividade sancionatória e a pureza destituída de valor preconizada por Kelsen? Seria possível uma sociedade aceitar que todo o benefício auferido pelo mérito dos indivíduos significativos fosse estendido a todos como preconiza John Rawls, sem a pena imposta pela lei no caso de sua transgressão?

Para distribuir justiça de uma forma material e substantiva são necessárias estruturas eficazes de realização de direitos humanos. Um mecanismo naturalmente apto a realizar o espírito de uma lei é a coercibilidade do direito, que

³¹ Defende-se que há um abismo entre afirmar no Brasil ou nos EUA que uma pessoa é pobre por escolha. Seria mais adequado afirmar que no Brasil um sujeito é miserável por falta de escolhas.

pode ser institucionalizado para a concretização desses princípios, deixando a lei de ter apenas aspecto formal (KELSEN, 2001, p. 251-256). Modular o mandamento de uma norma ou regra para a realização de uma justiça distributiva, apontando mecanismos de efetivação de direitos civis é uma proposta a se explorar. Sob esta perspectiva (possibilidade psicojurídica de desconstrução de dentro do sistema), este tipo de justiça não precisa ser uma ilusão.

3.3. A Lei e a Justiça: uma questão de sujeitividade

A expressão “sueitividade” é emprestada de Jung Mo Sung (2002, p. 19), *in* *Sujeito e Sociedades Complexas*. O Teólogo Sul-coreano, radicado em São Paulo, usa a aludida expressão em substituição da subietividade. O autor explica o seu conceito de sujeito a partir da *“crítica ao conceito de sujeito histórico e à negação da sueitividade (o que faz o ser humano ser sujeito) do indivíduo pelo neoliberalismo.”* O neologismo está sendo usado neste escrito para demonstrar como certas categorias de pessoas não se reconhecem como sujeitos e, por consequência, não se percebem como sujeitos de direitos, como excluídos ou vítimas, conforme já se apontou na nota 13, no primeiro capítulo deste escrito.

A exclusão social é algo muito mais profundo e que nas sociedades caracterizadas como complexas³², transcende a simples negação do acesso ao trabalho e ao consumo como indivíduo que participa da economia. Exclusão social é, antes de tudo, a negação da sueitividade. Reconhecer-se sujeito de direitos (sejam eles fundamentais ou principiológicos) e destinatário de uma distribuição de justiça é uma percepção estritamente ligada à questão da sueitividade. Quem não se percebe primeiramente como pessoa, ser dotado de um feixe de características que lhe conferem humanidade no sentido simbólico, histórico e cultural, jamais reconhecer-se-á como destinatário de códigos de proteção com possibilidade de recorrer à justiça (na forma processual ou ideal).

³² Entende-se como sociedade complexa aquela que contém todos os tipos de arranjos sociais, econômicos, políticos, humanos e psíquicos desenvolvidos ao longo da história da civilização, inclusive as relações mais modernas, que são travadas exclusivamente no âmbito virtual.

Para se defender uma determinada qualidade de justiça em detrimento de outra é necessário primeiramente compreender quais os fenômenos que levam as coletividades a estamparem o panorama de exclusão identitária que se verifica atualmente. Entende-se que não é somente a pobreza, como fenômeno econômico da histórica relação entre capital e trabalho, que caracteriza a exclusão social. Este acontecimento deve ser compreendido como algo novo e que revela um problema social muito mais agudo e difícil, resultado de uma gama de novas relações que se estabelecem, tanto no campo econômico, quanto no cultural (no real, no simbólico e no imaginário do plexo psíquico dos sujeitos). O resultado deste processo de massificação e de globalização de valores e conceitos, como o de pobreza e riqueza (que hoje podem ser compreendidos como dimensões de sujeitos que participam ou não do jogo social e econômico), produzem uma nova forma de pobreza: a inorgânica. Fenômenos como:

o desemprego estrutural, a precarização do trabalho, a desqualificação social, a desagregação identitária, a desumanização do outro, a anulação da alteridade, a população de rua, a fome, a violência, a falta de acesso a bens e serviços, à segurança, à justiça e à cidadania, entre outros. (LOPES, 2006, p. 3).

assinalam e determinam as contemporâneas categorias de sujeitos, que surgem deste processo que se denomina exclusão da sujeiticidade e do que faz dos homens sujeitos de uma civilização em dado tempo e espaço.

A ciência econômica, que deveria tratar de conceitos que visassem a distribuição dos bens sociais

para todos, tornou-se o elemento de desintegração social na medida em que se tornou global. Na sociedade moderna os atores que compõem o jogo social não são mais apenas os elementos clássicos como “trabalhador”, “burguês”, “assalariados”, “povo”, “proletários”, “detentores dos meios privados de produção”, sendo que hoje os atores são também os sistemas (corporações, empresas, monopólios, oligopólios, estigmas comportamentais etc.) oriundos de uma economia que é internacional.

A pobreza, como explicado anteriormente, não é mais produzida apenas pela desigualdade entre trabalho e detenção de meios de produção. Hoje a

miséria é também oriunda da sistematização da economia sem fronteiras, do superdesenvolvimento técnico, que limita não só o acesso ao trabalho mas, também, a consciência de alguns sujeitos de serem partícipes do sistema global, como forma de exclusão social (LOPES, 2006, p. 13-17).

A miséria é antes de tudo psíquica, é a pobreza inorgânica. O ser humano foi sugado, esgotou-se, planificou-se, assujeitou-se. Os sistemas de controle atuais são dotados de mecanismos que garantem a perpetuação da nova forma de produção, que impõe aos sujeitos um ajuste a um sistema que é criado propositalmente para desajustar os desejos, pulsões e interesses. Herbert Marcuse (2010, p. 19), comentando o texto de Freud sobre o Mal-estar na Civilização, assinala que *“Não há razão justificativa para que a ciência, a tecnologia e o dinheiro não repitam a tarefa de destruição e, depois, executem a tarefa de reconstrução à sua própria imagem e semelhança.”* porque o que se pretende é adequar os sujeitos a uma nova civilização e excluir tudo aquilo que não conflui com este modelo lucrativo de dominação. É o processo avesso a psicojuridicidade, que prevê a desconstrução do obsoleto, do vazio, dos esgotamentos, das falsas ideias de justiça e de direito, para a reconstrução de uma identidade de justiça para seres humanos, com olhar exclusivo à valorização do sujeito.

A miséria leva a degeneração de qualquer percepção identitária. Hoje, em épocas de economia global, o pauperismo toma nova perspectiva. Exclui-se não só o proletário e o trabalhador desempregado, mas, todo aquele sujeito que não pertence ao sistema de um mundo sem fronteiras. Exclusão social é um fato maior mais grave do que já foi, porque, além de confluir com a pobreza, induz também ao pauperismo moral controlado por entes silenciosos e impessoais e, justamente por este motivo muito difíceis de se apontar como causadores das desigualdades:

Do período da industrialização herdamos a imagem de dois adversários, a classe capitalista e a classe operária, frente a frente numa arena e com armas que são na verdade escolhidas pela classe dirigente, mas que não impedem que o confronto seja direto. **A imagem que se impõe atualmente, ao contrário, é a de um aparelho central impessoal e integrador, que mantém sob seu controle, além de uma "classe de serviço", uma maioria silenciosa que projeta à sua volta um certo número de minorias excluídas, fechadas, subprivilegiadas ou até mesmo negadas.**(TOURAINÉ, 1989, p. 14, grifou-se).

Exclui-se, silenciosamente, quem não domina determinado idioma ou quem não tem acesso a redes virtuais; elimina-se do jogo das oportunidades quem não tem mais a idade que se julga adequada para se produzir o máximo, no maior número de anos possível; excluem-se todos os indesejados, diferentes, drogaditos e “exóticos” que não podem atender a máxima eficiência econômica, *“A nova boêmia, os beatniks e hipsters, os andarilhos da paz - todos esses ‘decadentes’ passaram agora a ser aquilo que a decadência, provavelmente, sempre foi: pobre refúgio da humanidade difamada.”* (MARCUSE, 2010, p. 20).

Há atores sociais que simplesmente não pertencem ao novo aparelho global e que são mantidos propositalmente fora dele, despersonalizados e inacessíveis a qualquer programa ou política pública de redução da pobreza e marginalidade. Não sendo apenas um problema socioeconômico, as injustiças não se operam somente nesta seara, invadindo também o campo do simbólico, criando homens que se sujeitam à miséria moral porque não se compreendem destinatários de direitos ou de um sistema de justiça.

Pierre Tap (1996, p. 113-114) chama, convenientemente, estas modernas sociedades de “Pigmaleão”, como se fossem “sistemas camaleões às avessas”, que não existem para servir aos homens, adaptando-se a eles, mas, que os transformam na sua aparência, forçando os sujeitos num mimetismo psíquico. Com relação a este processo de transformação do humano para um tipo de sociedade ou organismo, o Professor Francês questiona sua própria condição de sujeito quando se encontra numa posição de ignorância em relação aos mecanismos que o governam, questionamento que deve ser refletido num processo de criação de leis para justiça:

Como é que eu posso, com efeito, falar de identidade, de sujeito ou de pessoa, se aquilo a que chamo eu próprio se encontra constantemente reduzido à impotência, privado de liberdade e de iniciativa, despojado dos valores e das normas que guiarão a minha acção, que se torna insignificante, quando me encontro incapaz de compreender os mecanismos que me governam?

Na construção de uma teoria de justiça, ou na eleição de valores que expressem uma justiça para uma civilização, a questão não repousa em tão só

oferecer acesso a bens sociais relevantes como os princípios constitucionais, pois, tal medida não garante a inclusão social; os Estados do bem-estar social corroboram esta tese, por isso a defesa da necessidade da coerção, heteronomia e sanção do sistema observado por Kelsen. Um sistema de justiça jamais seria cumprido, pelo menos no atual estágio da civilização, sem o direito. É fato que mesmo havendo leis fortes com suas respectivas sanções protegendo valores de justiça, ainda assim a efetivação da sujeitidade se encontra em processo de achatamento. Desta forma, um sistema de justiça ideal sem lei ou coerção levaria a situações inimagináveis de injustiça e de pobreza, maiores até do que as vistas hodiernamente.

Pior que isto, o novo arranjo social conspira para que estes “exóticos” jamais saiam de sua anticondição, que jamais se percebam como sujeitos de direitos. Ocorre que o preço para retirar o marginal da periferia da assujeitidade é muito alto e implicaria em reduzir os ganhos econômicos de uma minoria.

Há um processo de extirpação não só da oportunidade do trabalho, mas da autoestima dos assujeitados, que acabam se afastando do mercado de oportunidades por não se compreenderem úteis ou capazes de pertencerem ao sistema. É o pauperismo moral, que leva à miséria econômica e à eliminação social.

Segundo Pierre Tap (1996, p. 115):

A alienação enquanto desapossamento e privação, exteriorização, desumanização ou coisificação de si mesmo, enquanto deslocamento despersonalizante no campo do outro, não se aplica somente à exploração no trabalho e à opressão mas a toda a situação onde um indivíduo, um grupo, perde os seus meios de acção, as suas capacidades de personalização, fracassa em tornar-se ele próprio, em conquistar sua identidade pessoal e coletiva, por meio de uma sujeição de origem exógena.

Desta feita, impossível imaginar que um indivíduo, divorciado da compreensão que é um sujeito destinatário de direitos, vá reivindicar acesso à justiça. Ora, a uma dada classe de sujeitos é negada a própria capacidade de se compreender como humano, que dirá dar-lhe a oportunidade de reivindicar direitos na seara das normas para justiça. Aliás, é muito mais eficiente, de um ponto de vista econômico, a manutenção da ignorância da sujeitidade. Não é mais suficiente apenas se manter um certo número de pobres como massa de manobra e mão de

obra barata. O “novo” pobre é capaz de se identificar com uma gama de direitos fundamentais e se sentir sujeito deles. Então, necessário se faz novos e silenciosos mecanismos de controle para tratar de excluir o que for possível e inadequado à nova civilização.

Neste “admirável mundo novo” para se manter um arranjo social eficiente e que satisfaça ao desejo de uma minoria, necessário é excluir-se a pessoa humana no sentido mais primitivo da concepção do sujeito. Assim, não basta a pobreza, a nova forma de controle social é a redução do humano à miséria absoluta, tanto no sentido das necessidades pessoais, quanto no sentido da sujeitidade (instância simbólica).

Manter uma certa quantia de indesejados fora de qualquer acesso à justiça, nas periferias e nos guetos das metrópoles do consumo, com suas percepções de sujeitidade desclassificadas, é uma forma de controle social, ou, na observação de Alessandro Baratta (2004, p. 31), uma forma de manter mão-de-obra ordinária, tanto num sentido econômico, quanto num sentido emocional:³³

Criminalizar os pobres é um instrumento indispensável porque garante materialmente a sua posição subalterna no mercado de trabalho e a sua crescente exclusão, disciplinando-os, pondo-os em guetos e, quando necessário, destruindo-os.

A exclusão social, a coisificação das identidades dos indesejados (exóticos), trata-se de mecanismo de controle para manter a sociedade em equilíbrio, pacificada e atendendo apenas a interesses de alguns. Clamar por princípios e valores da dignidade da pessoa humana não resolvem o embate que aqui se põe. Não havendo, sequer, percepção de destinação de direitos valorativos, como haver reivindicação desses direitos principiológicos pelos assujeitados? Não há outro veículo se não a necessidade da sanção pelo descumprimento destes preceitos a quem nega a sujeitidade a parcelas sociais. Embora existam valores

³³ Não é raro encontrar trabalhadores com todos seus direitos sociais garantidos se submetendo a toda sorte de assédio moral sem qualquer questionamento acerca do tratamento que lhe é dispensado. Em uma pesquisa feita no Brasil entre 42 mil trabalhadores de empresas públicas e privadas, 28,8% das pessoas pesquisadas confessaram já terem sofrido algum tipo de agressão no ambiente de trabalho de natureza psicológica como humilhação e insultos (ASSÉDIO..., 2011).

cosagrados para a civilização eles não se efetivam por carência de instituições. É necessário, desta feita, outro estado de mudanças, o da justiça material, que só se concretizaria num plano de normatização sancionatória.

O domínio da natureza, das relações sociais e da racionalidade exacerbada transformou o homem do século XXI num solitário, anti-solidário e egoísta, insensível à natureza e que ainda não consegue explicar a sua razão de existir para ocupar um papel tão efêmero e mortal na sociedade. A resposta talvez seja a compreensão de que não é possível viver sozinho e a solidariedade é a chave para uma existência plena satisfatória.

4 O QUE É JUSTIÇA (OU UM CONFLITO IRRECONCILIÁVEL)

4.1 O problema dos substantivos

Discorrido sobre eventuais perigos de se definir, de forma absoluta e fechada, algum conceito de Justiça, porque tais definições em geral decorrem de critérios e valores pessoais ou da conveniência de uma minoria, passíveis de excluir do mundo das oportunidades o maior número de sujeitos, cumpre neste ponto do escrito assinalar o equívoco de conduzir a civilização na crença da Justiça em momento posterior ao da vida (regras de justiça metafísicas) e definir quais as consequências reativas ao direito na busca por algum tipo de justiça para, finalmente, tentar dar conta da grande questão deste trabalho: O que é Justiça?

Freud explica que a humanidade sempre lutou em busca de encontrar uma adaptação desejável entre as várias questões que decorrem da condição humana, como resultado da escolha entre o animal essencialmente pulsional e a sujeitividade (sujeito da linguagem e de direitos). Isto conduz à conclusão de que há uma constante busca pelo equilíbrio entre os interditos (as leis primordiais que advêm da interiorização do “Nome do Pai”) e a liberdade absoluta. Como já sabido, decorre da interdição fundante do sujeito a necessidade de ser tratado de forma igual em face das normas, surgindo, assim, o primeiro princípio de justiça que é a igualdade material perante as leis rudimentares (não matar e não cometer incesto/estupro). Na medida em que as sociedades se tornam mais complexas outras leis surgem em razão (ainda que inconsciente) da necessidade de manutenção da opção pela civilização.

A constante energia despendida entre manter as reivindicações individuais (pulsões) e as da humanidade tenta encontrar uma acomodação o mais apropriada possível para que possa haver um saldo líquido de felicidade entre os indivíduos. Uma das ferramentas empreendidas para esta arrumação é a Justiça entre todos os entes da sociedade, seja mediante o mesmo tratamento perante as leis, pelo pagamento de um salário justo pelo trabalho digno, ou no momento de se distribuir renda, riqueza e oportunidades, ou ainda pela metamorfose do pacto social em democracia participativa, entre outras tentativas de lutar pela sociedade, em

outras palavras, lutar pela existência da criatura humana social e não animal, sujeito de sua própria história.

A questão reside em se definir se “*tal acomodação pode ser alcançada por meio de alguma forma específica de civilização ou se esse conflito é irreconciliável.*” (FREUD, 1930/1996, p. 102). Neste raciocínio, a Justiça, de vertente racional ou metafísica, como mecanismo de acomodação social e satisfação humana, pode existir ou é de apenas de um desejo?

Quando se tratou da Justiça como um conceito fechado porque oriunda da natureza, por estar representada pela engrenagem do mundo ou como expressão da razão humana, que é natural, demonstrou-se que estas doutrinas, em geral, associam à Justiça a figura de uma entidade mística que confere uma razão pré-existente ao homem ou à natureza. Assim, há uma inteligência anterior, perfeita e infalível que dita o protótipo do que é justo e bom, cabendo às criaturas ou seguirem a natureza, ou reconhecerem, porque são racionais, esta justiça que decorre da expressão da inteligência humana.

A solução parece fácil e, embora limitada, resolveria uma série de embates que se colocam atualmente acerca do que é bom e justo para as novas sociedades complexas. Há quem entenda ainda hoje que a justiça se identifica com alguma inteligência superior ou um plano de coisas ideais, no qual sempre haverá justiça infinita, cabendo ao homem perceber e reconhecer esta instância invisível para copiá-la no mundo da realidade. São as regras de Justiça do tipo metafísico, que direcionam a compreensão da Justiça para um determinado conceito absoluto e fechado, porque decorrentes de uma inteligência supra-humana e superior, ou pior, convencem os sujeitos de que a Justiça jamais será conquistada no mundo físico, sendo um valor, bem ou estado a ser alcançado apenas em outro mundo ou plano de ideias.

Afora entender a Justiça como sendo oriunda da compreensão da natureza *lato sensu*, outras duas regras de Justiça do tipo metafísico podem ser elencadas na civilização ocidental segundo Kelsen: a Justiça Platônica e a Justiça Divina.

A Justiça para Platão (*apud* KELSEN, 2001, p. 81-107) se define como sendo elemento do bem, ou melhor, o conceito de bem absoluto (ideia central em

Platão), que é uma grandeza até certo ponto inacessível, compreende o conceito de Justiça. O problema é que a definição do “bem” em Platão é algo intrincado, sendo que quando o filósofo chega a alguma definição parece que lhe advém uma melhor ou nova questão acerca do conceito antecedente. Pode-se explicar de forma resumida que este filósofo compreende o mundo como sendo expressão de um plano de ideias no qual tudo está em perfeita harmonia e perfeição. O mundo imanente, ou seja, o mundo físico, é uma malograda cópia deste mundo ideal, perfeito, acabado e que transcende aos sentidos comuns. As ideias chegariam no mundo imanente a partir do transcendente, dando os conceitos das coisas, mas, nunca da forma ideal e perfeita, como existem no plano das ideias puras. O bem é a característica fundamental da transcendência havendo apenas um valor respectivo imanente copiado, porque o bem absoluto figura como sendo um mistério impossível de ser compreendido pelos sentidos humanos ou reduzido em palavras, podendo ser intuído, de forma mística, por algumas pessoas, as quais guardam seu conceito em segredo.

Neste sentido, a Justiça constitui um segredo da intuição do bem absoluto e, para o mundo físico, seria apenas tentar buscar a virtude, pois, ser justo é melhor do que ser injusto, garante a felicidade e a paz pessoal. O postulado Platônico seria quase que uma análise antropológica das atitudes éticas do ser humano em busca da sua felicidade e da concretização de um mundo próximo ao ideal (mundo das ideias). Kelsen (2009, p. 95) assinala que o bem, em última análise, *“desempenha na filosofia de Platão mesmo papel que a ideia de Deus na teologia de qualquer religião”*, e por isso, constitui um segredo, e a cópia deste mistério configura como sendo um conceito “do bem” enraizado nos valores éticos e morais do próprio Platão (*apud* KELSEN, 2001, p. 81-107). De igual modo, um conceito de Justiça que decorra do bem transcendente, pode conter os valores de Platão e também toda sorte de outros valores, inclusive valores de justiça para atender interesses sociais de poucos. Com isto seria possível supor que sistemas políticos pudessem ser alimentados como expressão deste suposto mundo ideal, que é inacessível à maioria, sendo o segredo de poucos escolhidos que haverão de dizer o que é o bem por aproximação e, por conseguinte, o que é a Justiça ideal.

Em mesmo sentido são as regras de Justiça advindas de uma ou mais divindades. O tipo de regra de Justiça metafísica mais enraizada na cultura ocidental é a nova perspectiva de Deus como fonte inesgotável do amor, sendo que *“Um dos elementos mais importantes da religião cristã é a ideia de que a justiça é uma qualidade essencial de Deus”*. (KELSEN, 2001, p. 27). Neste condão, ser justo é ser a imitação de Deus, amando todos indiscriminadamente, tanto o próximo, quanto ao inimigo. Contudo, o mesmo Deus de amor pode, no juízo final, condenar aqueles que não deram conta de sua própria salvação pela subversão as leis éticas e morais cristãs, principalmente da caridade e amor ao próximo. Tal enigma do Deus de amor que, todavia, condena o infiel, o injusto, enfim, o pecador, assim como tantos outros mistérios, não podem ser explicados, *“Pois que, com efeito, ele apenas é contradição para a razão humana limitada, não para a razão absoluta de Deus, que é inacessível ao homem.”* (KELSEN, 2009, p. 97).

A questão pontual deste aspecto de Justiça é que o mesmo Deus absoluto, perfeito e irascível, o qual tem a capacidade de emanar uma justiça eminentemente absoluta, infindável e imutável, também dita as regras deste tipo peculiar de justiça (KELSEN, 2001, p. 28-80). Levando-se em conta que o acesso a Deus é baseado na fé, constituindo a verdade numa revelação dada para poucos, seja na interpretação dos textos bíblicos, seja mediante uma experiência mística, tal assertiva pode dar azo à pregação de um determinado tipo de Justiça, muitas vezes divorciada dos preceitos cristãos.

A identificação da Justiça com uma divindade, que dita os preceitos de uma verdade velada, porque não estaria à altura da compreensão humana apreendê-la, é algo mais antigo que se possa imaginar e muito disto se deve ao fato de que toda instituição humana busca pelo “Nome do Pai” como elemento capaz de derivar os interditos, responsáveis pela civilização e continuidade dos seres humanos. Além disso, esta forma de explicar a Justiça não pode ser julgada ou menosprezada, porquanto pode ser a única forma de grupos sociais, vítimas de agudas injustiças, terem esperança de vida. O que não se pode perder de vista, entretanto, que tal interpretação também pode se prestar (como tem se prestado com frequência no modelo colonial latino-americano) como excelente meio de dominação e usurpação da sujeitidade.

O ser humano parece ter a necessidade de encontrar uma resposta absoluta para o conceito de justiça, nem que para isto tenha que lhe atribuir um caráter incognoscível a fim de lhe dar um sentido. Este fenômeno advém da condição psíquica dos sujeitos saudáveis e racionais de sempre buscarem uma ordem para o caos, porque uma visão infinita ou sem “borda”, indelimitada fisicamente, é a visão que os “loucos” possuem do mundo e de si próprios. Compreender a justiça como sendo absoluta e imutável, grosso modo, seria uma tentativa de salvar a humanidade de sua própria loucura, entregue a toda sorte de injustiças, sem qualquer qualidade ou entidade que lhe confira um interdito.

Interessante que, como ressaltado, a justiça pode ser uma qualidade de uma entidade mística substantivada, que psicojuridicamente carrega o “Nome do Pai” enquanto instituição, ou a própria entidade coincide com coisa por si mesma, ou seja, é o sujeito Justiça substantivo concreto, identificável com o próprio “PAI MORTO”. A “brincadeira” da linguagem, segundo Jacques Lacan (1996, p. 277-278) em seu relatório sobre *“Função e Campo da Fala e da Linguagem”*, tem a seriedade de carregar os verdadeiros significantes da proposição que pretende definir, por isso a grande diferença entre ser uma determinada coisa, com toda sua carga de afeto mas, apenas significante, ou ter os atributos deste significante.³⁴ Neste sentido explica este médico francês:

Essa “alguma coisa” completa o símbolo, para dele fazer a linguagem. Para que o objeto simbólico, liberto de seu uso, transforme-se na palavra liberta do *hic et nunc* [aqui e agora], a diferença não é a qualidade, sonora, de sua matéria, mas seu ser evanescente, onde o símbolo encontra a permanência do conceito.

Pela palavra, que já é uma presença feita de ausência, a ausência mesma vem a se nomear em um momento original cuja perpétua recriação o talento de Freud captou na brincadeira da criança. E desse par modulado da presença e da ausência, que basta igualmente para constituir o rastro na areia do traço simples e do traço interrompido [...], nasce o universo de sentido de uma língua, no qual o universo das coisas vem se dispor.

Por aquilo que só toma corpo por ser um vestígio de um nada, e cujo suporte desde então não pode alterar-se, o conceito, resguardando a permanência do que é passageiro, gera a coisa.

Pois ainda não é o bastante dizer que o conceito é a própria coisa [...] É o mundo das palavras que cria o mundo das coisas inicialmente confundidas

³⁴ Não por outro motivo a civilização associa milenarmente a imagem da Justiça à Deusa Themis da mitologia grega, pois é a forma pela qual o senso comum dá conta das questões inerentes aos valores da justiça.

no *hic et nunc* do todo em devir, dando um ser concreto à essência delas e dando lugar, por toda parte àquilo que é desde sempre [...] (Grifou-se).

Segundo Carlos Emílio Faraco e Francisco Marto de Moura (1990, p.88) substantivo concreto “*designa o ser propriamente dito, com existência própria ou independente de outros seres. Esses seres podem ter existência real ou imaginária.*” Por outra banda, um substantivo abstrato “*designa ação, estado ou qualidade dos seres*”. Pode-se entender que um substantivo é abstrato quando não podemos fazer uma personificação mental de seu significado, sendo necessário outro ser para que ele possa se manifestar e existir. Gramaticamente construindo é possível afirmar que há substantivos que, a *priori*, podem traduzir uma falsa opinião de abstração, enquanto que a concretização efetivamente se opera em um padrão mental, sendo possível a construção de sua imagem. Deus, sereia, mago, entre outros, são substantivos que em uma primeira análise poderiam, para o leigo, traduzir uma ideia de enleio, contudo, há uma possibilidade mental de construí-los faticamente, numa esfera cognoscível.

O problema que aqui se enfrenta é em relação ao substantivo Justiça, que tanto pode existir, independentemente de outros seres, num plano imaginário, quanto pode ser o atributo de um ser, não tendo, assim existência autônoma. Dizer que algo é a própria Justiça ou dizer que algo tem como característica a justiça são verdades diferentes e que podem levar a compreensões bastante distintas e perigosas. Por estes motivos, defende-se que a construção ideal deste “atributo”, seja para pessoas ou instituições, seria enquanto substantivo abstrato, jamais concreto e absoluto.

Do ponto de vista da experiência possível a Justiça seria a abstração do seu conteúdo, o fracionamento da sua verdade e a necessidade inevitável de um ser ou uma instituição para ela se manifestar hipoteticamente, mediante a garantia da sanção jurídica, através da concretização de direitos humanos (dimensões de direitos alçadas pela civilização), conferindo desigualdades positivas, ou, até mesmo, na pretensão de se esboçar uma teoria de justiça universal, como pretende Rawls.

Pode-se entender que justiça é o bem e agir dentro de máximas morais, ou a distribuição igualitária de renda e riqueza (NADER, 2007, p. 207-211), ou, ainda,

entender que a justiça pode ser sentida a partir do discurso da inclusão e da ótica do oprimido (DUSSEL, 2000, p. 519-521), ou que é a construção de um Estado de Direito como resultado da razão humana (RADBRUCH, 2010, p. 50-121). Todavia, todas essas experiências “sinestésicas” com a justiça, jamais serão a Justiça, aquela que, como humanos e eternamente iludidos, pretende-se ver concretizada num plano transcendental.³⁵

4.2 O mal-estar no direito

Até agora arriscou-se em defender um caráter relativo, abstrato, temporal e material para a compreensão da Justiça, deixando-se de lado as fórmulas absolutas como base de legitimidade para a vida social. Mostrou-se, ainda, que algoritmos de justiça modernos, que poderiam muito bem serem aplicados em dadas comunidades, são totalmente descabidos em face da realidade cultural e social de outros sujeitos, tendo em vista o caráter complexo que tomam as sociedades hodiernas.

O conceito do justo é algo que deve ser constantemente atualizado para representar a realidade da civilização que ele deve acobertar e amparar (REALE, 2002, p. 700-713). Da mesma maneira que foi expresso no tópico antecedente, deve ficar claro que a justiça deve existir enquanto atributo de alguma instituição, jamais como sendo uma entidade suprema, porquanto tal atitude se presta a super-humanos, que não estariam, sequer, em corpo físico para gozarem deste estado de coisas. O que se pretende apontar é que é possível haver justiça

³⁵ Em um questionário informal sobre questões simples acerca da justiça, feito entre jovens de ambos os sexos, bacharéis ou estudantes de Direito, obtiveram-se os seguintes dados, observe-se:

100% declarou acreditar na justiça;

95% declarou que somente após a morte e perante a justiça divina é que se efetiva a justiça real;

98% declarou que um criminoso absolvido pelo sistema judiciário brasileiro não está livre da justiça;

95% declarou que somente a justiça divina pode ser plena.

Na opinião deste estudo, as respostas obtidas são curiosas e revelam dois fatos muito relevantes, principalmente porque foram oriundas de operadores ou futuros operadores do direito. O primeiro é a descrença no sistema judiciário, e, por conseguinte, no direito brasileiro. O segundo é a forma fantasiosa de acreditar na concretização da justiça, relegando-a a uma esfera mística, o que corrobora uma das hipóteses deste estudo, o qual defende que a justiça somente será compreendida na sua forma absoluta em uma experiência transcendental, não havendo qualquer cogitação sobre a realização de um algum tipo de justiça na civilização, fato que é lamentável.

mediante a juridicização de valores da vida para cada civilização complexa, valores de uma justiça relativa, que possa ser exigível pelo caráter do direito, mas, que possa também ceder, por ser relativa, em razão de alguma injustiça.

O direito é elemento da cultura, disso não se pode olvidar. Seu material de trabalho é a expressão da análise de diversos fatores que o fazem peculiar e indispensável para a humanidade. Sua ferramenta por excelência é a lei, que irá contemplar proposições que podem ter sua exigência cumprida mediante a força. Este aspecto do direito é marca que lhe confere um caráter assecuratório, é a entidade que tem o predicado de proteger a civilização de uma forma simbólica. Se o direito é fato, valor e norma, como diz Miguel Reale (2002, p. 702), então não há mecanismo mais apto a concretização dos valores da cultura. Entretanto é em razão desta peculiar estrutura tripartida que reside a grande questão atual do direito, qual seja: a valoração de todos os novos fatos da vida oriundos das atuais sociedades complexas para serem convertidos em leis:

Sendo o Direito um bem cultural, nele há sempre uma exigência axiológica atualizando-se na condicionalidade histórica, de maneira que a objetividade do vínculo jurídico está sempre ligada às circunstâncias de cada sociedade, aos processos de opção ou de preferência entre os múltiplos caminhos que, como vimos, se entreabrem no momento de qualquer realização de valores. Põe-se, assim, no âmago da experiência jurídica a problemática do Poder, que procura assegurar por todos os modos, inclusive pela força física, a realização do Direito.

Se por um lado há para o direito o recurso da lei, elemento familiar à sujeitividade e cognição humana, que se estrutura com leis nas proposições de hipóteses e consequências, por outro lado estão os fatos da vida do novo milênio, emaranhado de novas relações que se estabelecem até de forma invisível além dos modernos valores que esta civilização demanda, como garantismo da condição humana. O direito, embora num mundo diferente, ainda tem que trabalhar com a limitação das liberdades, exercendo o papel de interdito, levando consigo a nota decisiva da lei, da autoridade, enfim, do “Nome do Pai”.

Neste rumo, o direito não pode de forma alguma se prestar à mera manifestação de uma efetividade num plano transcendental, como acontece com a Justiça absoluta. Ele tem que ser efetivo e capaz de se fazer perceber por todas as

categorias de sujeitos, na perspectiva de suas sujeitidades. O desafio é grande e complexo, demanda que se faça novamente a clássica reflexão acerca de qual o fim do direito.

Ocorre que a civilização se transformou drasticamente após a segunda guerra mundial, instalaram-se novos sistemas de produção, uma nova forma de gerir a economia, a política e as ciências de uma forma geral, vertem agora na direção do imediatismo e do obsoletismo programado de praticamente tudo. Este novo conceito de civilização traz para a seara do direito um arranjo de fatos inéditos, com novos valores convocando normas que exigem do direito a instauração de algum tipo de autoridade na vida social. Deste ponto resulta um grande “mal-estar” para o direito como consequência da falta de autoridade que hoje ele possui.

Assim como há uma crise em todos os aspectos da sociedade hodierna, no direito ela se revela na proporção da falta de autoridade que ele passou a exprimir. Num mundo onde o individual cada vez mais é condição de vida, seja pelo consumo do supérfluo em escalas nunca vistas, seja no imediatismo das satisfações, que retira dos sujeitos a crise de desejar um objeto e lutar por ele, enfim, não havendo limites à vontade pessoal, o direito, veículo que carrega a força da lei, passível de ser cumprido “sob vara”, expressão da vontade geral pela opção da civilização, fica acovardado e sem força (PAULA, 2009, p. 157-159).

A vontade geral, que pode ser exprimida pela metamorfose do pacto social de Rousseau em democracia participativa, deixou de ser um valor preponderante, hodiernamente, para ser substituído pela vontade individual, pela satisfação imediata, que em pouco tempo se torna ultrapassada e passa a desejar algo novo, mas, com a marca da individualidade. Se a lei é a expressão do consenso, da vontade geral que verte seus valores nos interditos, para serem garantidos pelo direito, na era do desejo imediato, egoísta e individual, leis para todos deixam de ter sua real importância e o direito, enquanto instituição, carece de sua função paterna, ou seja, de autoridade, porquanto somente o individual tem valor e força. Como bem apontado por Jacques Lacan (1998, p. 130) *“Uma civilização cujos ideais sejam cada vez mais utilitários, empenhada como está no movimento acelerado da produção, nada mais pode conhecer da significação*

expiatória do castigo.”, ou seja, torna-se uma sociedade que tende a questionar a força das instituições, da lei e do direito.

Outro ponto de nodal relevância orbita acerca de quais valores de justiça devem ser protegidos pelo direito, porquanto ele tem a função de Terceiro organizador. Para haver sujeito da civilização é necessário uma referência, um elemento capaz de conduzir o animal pulsional para um indivíduo histórico e social. Assim é imperioso haver um Outro³⁶ (uma instituição mais ou menos organizada como “*Deus, Razão, Ideias*”, Direito) que ensine aos homens a serem homens dotados de sujeitividade (CAVALCANTE, 2009, p. 166). É a partir destas identificações que surgem os sujeitos e as sociedades, sendo que o dilema repousa em saber quais paradoxos esta instituição irá carregar para organizar novas instituições.

Se o mundo mudou para veicular sociedades absolutamente complexas, nas quais o conceito de liberdade é levado às últimas consequências, seja mediante o achatamento do valor do Estado, na coisificação dos indivíduos, comparados a mercadorias que perdem seu valor assim que conquistados, na liberdade incondicional de comprar novas aparências, mesmo que leve à essência ao ridículo das deformações físicas, na desinstitucionalização da família, na perda de identidade cívica, entre outros, mas, principalmente pela supressão aos interditos da função paterna, pois se vive na busca pelo constante bem-estar e pelo “gozo” absoluto. Então, a missão do direito, enquanto função paterna e terceiro organizador é ainda mais intrincada.

Caso entenda-se que os valores do direito, enquanto Outro organizador de sujeitividade, devem ser absolutos porque advém da razão de uma supra-razão que lhe confere identidade, então estar-se-á admitindo que o direito irá continuar sendo assinalado com leis para super-humanos, assim entendidas como normas para manter até certo ponto os interesses de uma minoria em equilíbrio. As leis hoje devem expressar os valores da civilização para a qual ela se presta (temporal e espacialmente), afora a reivindicação por instituições legais que dêem conta da

³⁶ Na psicanálise “o outro” grafado com letra maiúscula “Outro” diz respeito “ao grande outro”, ou seja, ao mundo, à cultura, aos valores, leis, virtudes, enfim, às referências que constituem a civilização.

sociedade complexa hodierna, com todo seu novo arcabouço de importâncias e de peculiaridades. Mais do que isto, a lei deve voltar a ter sua força porque é uma Lei, e, portanto, deve ser exercida (cumprir sua função de interdito de delimitação do sujeito). Se a lei não tem mais seu original poder de coação moral, então a empreitada da nova civilização que deseja sobreviver é a articulação de instituições com seriedade e “força da espada” para garantirem a eficácia das leis.

Outro grande perigo que decorre da falta de autoridade do direito é ele perder, gradativamente, o poder de afiançar a segurança jurídica, o direito adquirido e a coisa julgada. “*Se o Direito não pode garantir o que se consumou sob o império da lei atual, não pode a rigor garantir mais nada!*” Se isto acontecer, já que é fato atual “*as garantias jurídicas*” estarem sendo substituídas “*pelas garantias de Mercado, que é o verdadeiro soberano*”, então estar-se-á falando de um novo tipo de Estado regulado pelo consumo, ou um retorno ao estado de natureza de Hobbes, onde a liberdade é total para se consumir rapidamente de tudo, no qual todos são inimigos entre si porque são concorrentes num sentido econômico, em um mercado sem fronteiras. Além do mais, se tudo leva o crivo da nova economia sem fronteiras, a forma peculiar da lógica jurídica pode acabar sendo substituída por uma lógica de mercado e, neste rumo, reduzir direitos seria justificado mediante a lógica da redução dos custos. Nem se fale das novas políticas de “Caução Estatal” que, em nome do combate ao terror, à desordem ou aos protestos dos vândalos, tratam de reduzir direitos para garantirem a segurança, sendo que são estes próprios Estados que criam zonas de desordem para justificar a indústria do estado de exceção (MARQUES NETO, 2009, p. 63, 56-57).

Destarte, o mal-estar no direito que se manifesta mediante a perda de sua autoridade, em muito se deve às categorias de leis que ele leva a cabo, bem como quais os sujeitos que terminam efetivamente sendo atingidos por esta categoria de direitos. Como a lei é para todos, então ela deveria ser oponível a todos mediante o direito (seu *habitat* natural). Este fato, contudo, não se verifica, principalmente nas searas dos direitos fundamentais (valores de justiça esculpidos pela civilização em sua história) e dos direitos penais.

O que se coloca em embate é a forma pela qual reconquistar o prestígio do direito, sua força e, principalmente sua autoridade. Duas são as

soluções que talvez pudessem retomar a identidade do direito: 1. leis para inclusão em um sentido orgânico e 2. leis penais para todos em sentido orgânico. Orgânico porque, muito além de significar genericamente a vida, o termo implica numa atuação e interação de elementos dentro de um sistema vivo. É muito fácil estender “a espada” do direito na direção do assujeitado, usar esta instituição a favor da exclusão do obsoleto, em vez de realmente criar regras que prevejam o resgate dos excluídos em todos os sentidos simbólicos. Também por uma questão de arranjo social e político criar regras penais que apenas acabem por atingir o obsoleto social, trazem para o direito este caráter de insuficiência satisfativa.

Leis para inclusão em sentido orgânico são aquelas que têm a possibilidade de resgatarem à civilização todos os atores sociais que historicamente foram excluídos e, também, reaproximem do jogo de oportunidades aqueles os quais as sociedades complexas excluíram. É importante que estes valores de justiça sejam realtivos, temporais, espaciais e tenham o caráter lógico/jurídico propugnado por Kelsen, porque valor sem lei e sem direito é, na melhor das hipóteses, um princípio. O caráter principiológico de um valor de justiça por si só, sem ser erigido à condição de lei de um Estado, muitas vezes engessa os atos dos aplicadores do direito. É fato que se, tanto um direito, quanto uma lei, forem frontalmente contra uma verdade da justiça, a obrigação do operador, em tese, deveria ser homenagear a justiça.

Todavia, no mundo real, das injustiças crônicas, um valor de justiça absoluto convertido em lei (ainda que consuetudinariamente) se justifica mesmo mediante a mais aguda injustiça. Por este motivo a confissão de um “miserável” não tem valor subjetivo algum, porque é fato da ideologia que todo pobre está nesta condição, porque para ela conspirou com seu ócio e falta de caráter, que em geral é hereditário, e por sua anticondição tende, sempre que possível, a mentir, a enganar, a trair, a matar e a roubar. Nas palavras de Lacan (1998, p. 139), trata-se de “*uma concepção sanitária da penologia*”. Não tendo sua palavra qualquer valor de um ponto de vista subjetivo, é dever do Estado, ou de quem lhe faça as vezes, com base numa lei dos costumes, torturar o marginal para que a verdade material venha à tona e a Justiça absoluta seja concretizada. Quem trabalhe com direito e olvide

duvidar da atualidade deste fato, não vive nesta vida do Brasil do século XXI, por exemplo.

Leis em sentido orgânico para um direito que exige atualização compreenderia, ainda, leis penais para todos, inclusive para os fabricantes dos mecanismos de dominação. As leis de combate à corrupção no Brasil, por exemplo, são baluartes da inutilidade. A eficácia do Poder Judiciário em punir criminalmente os casos de corrupção no Brasil não chega a 3%, conforme pesquisa realizada por Carlos Higino Ribeiro de Alencar e Ivo Gico Jr. (2011, p. 75-98), concluindo que *“Em resumo, o resultado que encontramos é que a chance de alguém ser efetivamente preso, no Brasil, por corrupção, é próxima de zero. E as coisas não diferem muito quando analisamos as sanções cíveis.”*

Hoje o Brasil conta com boas leis de inclusão que não são efetivadas, na maioria das vezes, por falta de vontade política.³⁷ Há uma carência de instituições que efetivem as leis, as quais fariam o Direito possuir força para concretizar mudanças e ter credibilidade. De outra sorte, não são leis meramente assistenciais, por exemplo, que irão recompor a autoridade do direito. Sem dúvida há uma primeira fundamental utilidade para este tipo de lei, que é o resgate emergencial de situações de extrema pobreza. Não se poderia admitir, num sistema de justiça legal, de direito ou simplesmente político, que hajam partícipes do arranjo social numa condição de miséria humana tal que não tenham o que comer, por exemplo. Este seria o quadro mais agudo da assujeitidade para este estudo. As demais utilidades que decorrem das leis de valor assistencial, e que invadem outros campos das relações sociais, como o político, não têm valor para este escrito, que tem a finalidade essencial de discutir a Justiça.

O que deve ser assinalado é que, com base na experiência histórica de outros Estados de bem-estar social, o assistencialismo não resolveu estruturalmente o problema da exclusão no quadro atual das sociedades complexas. Ademais, o maior embate hoje nas civilizações latino-americanas reside na efetiva distribuição

³⁷ São exemplos de leis de inclusão no Brasil: Lei n. 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente, embora a efetivação da lei encontre limites por conta de um Conselho Tutelar sem apoio e estrutura; Lei n. 9.394/96; - Lei de inclusão Escolar, que dispensa comentários sobre sua eficácia; Lei n. 12.651/12 - Novo Código Florestal, apesar da fiscalização deficiente para apurar os crimes ambientais; entre outras tantas leis boas, com base em valores relativos de justiça (para dada verdade espacial e temporal) que não tem efetividade plena, desautorizando o Direito.

de renda e riqueza mediante a abertura de oportunidades iguais para todos, não podendo o sistema ficar estagnado apenas no cumprimento de leis assistenciais, embora elas sejam muito importantes num primeiro momento, conforme enfatizado. Infelizmente, *“Nossa felicidade depende frequentemente da satisfação de necessidades que nenhuma ordem social pode garantir.”* (KELSEN, 2001, p. 3). Por este motivo, o imperativo premente de leis de inclusão efetivas, principalmente no campo do simbólico, para que se possa oferecer às pessoas a oportunidade de se compreenderem humanas, com uma gama de atributos e de direitos desta condição (percepção da subjetividade) (ARENDR, 1999).

4.3 Justiça: uma experiência mística

Mas, o que é Justiça? A Justiça é como Deus, onisciente e onipresente, não é possível vê-la ou reconhecê-la, apenas senti-la de vez em quando, em algumas coisas, pessoas ou situações. A identidade que se faz neste ponto do escrito da Justiça com Deus, numa perspectiva propositalmente teológica, leva o presente estudo à reflexão sobre como somente é possível reconhecer o que é justo para um dado momento ou situação, sem, contudo, jamais vislumbrar a Justiça propriamente dita.

A onisciência, como a capacidade extraordinária de saber de tudo infinitamente, revela que a Justiça tem um poder de trazer a verdade em si como um oráculo, assim como é associado nas sagradas escrituras onde verdade e justiça são nobrezas equivalentes. Onipresente porque a Justiça é capaz de estar em todos os lugares, manifestando-se de diversas formas. Entretanto, é necessário um conjunto de aptidões oriundas da sensibilidade e da fé para reconhecê-la, assim como muitos reconhecem Deus nos fenômenos naturais do universo.

Talvez por isso a crença na justiça seja tão contraditória e ilusória, porque ela jamais se manifesta em definitivo, jamais é percebida ou assimilada por inteiro e, principalmente, ela não conta com cultos para reforçar no humano uma fé inabalável na sua Justiça. Quiçá, também por este motivo, Kelsen (2009, p. 98) tenha afirmado que a crença na Justiça não passe de uma tapeação, *“Tal é o engodo desta eterna ilusão.”*

A justiça é uma Ilusão, ou uma desilusão, como se prefere neste trabalho, porque jamais será tateada, apenas parcialmente sentida em nuances - como uma breve brisa - do que ela realmente significa, é e representa. Nesse passo, difícil e extenuante tarefa a de tentar explicar o que é esse substantivo, sendo mais adequado e científico o modo pelo qual o Teórico do Direito construiu o tema, explicando o que não é a Justiça (KELSEN, 2001, p. 27-201).

Desconstruindo séculos de afirmações, Kelsen (2001, p 81-107) finalmente constata que o bem absoluto, elemento de um mundo ideal e que somente é acessível numa experiência mística, como enuncia Platão, jamais esclarecerá essa grande questão do mundo das coisas. Quando este Cientista afirma que nenhum dos critérios construídos doutrinariamente na história humana são suficientemente esgotados no sentido de responderem à pergunta inicial - o que é justiça -, acredita-se, em verdade, que todas essas edificações (seja a de Marx, Platão, Kant etc.) são manifestações da Justiça, entendida como uma entidade impossível de vislumbrar em pessoa concreta ou em forma absoluta.

Por isso, muito mais prudente perguntar o que não é Justiça, pois, Ela é algo que não encontra uma única resposta, nem tão pouco se reconhece no real. A Justiça infalível, universal e radicalmente inevitável às criaturas jamais será efetivada a não ser que se possa ter a certeza de que a vida não é finita e continua em outros orbes. Em caso de dúvida sobre a eternidade ou outra possibilidade de vida além da física e principalmente para não relegar a obrigação da civilização de efetivar direitos para indivíduos a outra vida, o que resta ao operador do direito, para garantir a força da lei perante o sistema, é uma fração da Justiça, é a aplicação de uma lei que tenha como valores intrínsecos alguns tipos de justiça, como a igualdade, a vida, a dignidade da pessoa humana, entre tantos outros.

Aplicada contínua e consistentemente uma lei para todos, pode-se defender que nesta hipótese se está a concretizar uma face da Justiça, porquanto é premissa lógica da lei, pelo menos em tese, ser para todos. Não se espera que um político corrupto seja apenado por uma lei tal como o ladrão anônimo? Não é a lei que se espera, para garantir a igualdade de todos, como critério de justiça? Então, porque o sistema observado por Kelsen de funcionamento e operacionalidade das

normas vem sofrendo ao longo do final do século passado e início deste, tantas críticas?

Quando Kelsen pretende estudar o Direito sob a ótica científica, levou a condição da lógica às últimas consequências. É certo ser possível elencar críticas à modalidade hermenêutica da proposta da Teoria Pura, bem como justificar a lei pela lei, tão somente, parece tautologia em um mundo tão carecedor de proteção à sujeitividade. Porém, conforme já explanado, a análise precipitada destes estudos sobre direito e Justiça, destacada do contexto metodológico defendido por Kelsen, podem gerar algum “mal-estar”. O que este Doutrinador, em última análise, pretendeu com suas teses, foi explicitar, cientificamente, que uma lei de injustiça não será inválida para a lógica jurídica, do ponto de vista técnico da validade e invalidade de normas e regras. Este fato, contudo, não afirma que Kelsen defendia a validade de leis injustas num aspecto filosófico. Aliás, tudo leva a crer que sua postura era diametralmente contrária a sistemas ou teorias autoproclamados como sendo de Justiça absoluta, passíveis de perpetuarem sistemas anômalos de poder.

Em toda a leitura que se fez de Kelsen sobre o tema parece que há uma autêntica preocupação e advertência do autor no sentido que não é possível permitir que um conceito fechado dite o que é a Justiça (um valor natural, ou expressão da própria razão humana, ou a igualdade, ou a retribuição pura e simples, entre outros) porque tais interpretações poderiam conduzir a sistemas de controle social, implantações de códigos com indumentária de justiça, mas que contemplam as mais exasperadas injustiças, ou ainda, nas próprias palavras de Hans Kelsen (2001, p. 109-135), justificar “*a manutenção da ordem social estabelecida*”, mesmo que sem vista a consecução de algum bem para a sociedade.

Ora, por óbvio que os modernos Cientistas do Direito darão, pelo menos, uma dezena de alternativas “atuais” para assegurar direitos considerados naturais, como liberdade e igualdade entre as pessoas. Entretanto, difícil é a tarefa de oferecer um mecanismo melhor do que a lei para garantir esses valores de Justiça. Como referido no tópico antecedente, a lei é o *habitat* natural do direito, que tem o poder de efetivar o valor intrínseco e relativo da Justiça, e, elevada aquela à condição de direito do Estado, realiza sua primordial e indispensável tarefa de organizar e civilizar os sujeitos. Sem lei e direito, a civilização não existiria. Tudo que

é humano e implique relações intersubjetivas, deverá ser tocado pelo direito para que haja possibilidade de haverem relações sobre aquele bem tutelado. De outra sorte se estabeleceria a desordem, o conflito sem solução e a brutalidade (um retrocesso da humanidade para um estado hobbesiano). Repise-se mais uma vez que sem interdição (a lei como expressão do direito de um povo) não há sujeito civilização.

Com relação ao fenômeno da juridicização defendido neste escrito, relevante o comentário do professor Miguel Reale (2002, p. 706-707), o qual define que quaisquer valores ou ciências (sejam religiosos, políticos, econômicos, sociais e outros tantos), quando positivado, vira direito (lei), que é uma terceira verdade, com seus mecanismos de atuação e lógica:

O Direito é dever ser que se projeta necessariamente no plano da experiência concreta, para que caiba o seu a cada um dos membros da comunidade e à comunidade mesma. Seria impertinente estudar agora a natureza do seu que o Direito atribui, que pode ser de ordem moral ou material, religiosa ou econômica. Ao averiguar as relações entre Direito e Economia, por exemplo, verifica-se que a juridicidade reside no atribuir, e não na coisa atribuída. **Se o Direito não é o rei Midas, invocado na imagem Kelseniana, que transforma em "jurídico" tudo em que toca, não se deve olvidar que entra sempre na órbita do Direito toda realidade humana enquanto implique relações intersubjetivas, mercê de cuja instância axiológica a conduta adquire um significado que seria inexplicável segundo o prisma singular dos participantes.** (Grifou-se).

Outrossim, seria ilógico desprezar um sistema já constituído, que tanto na teoria, quanto, na maior das vezes, na prática, funciona, para lançar mão de uma nova teoria de justiça, com a constituição de todo um novo sistema que, em derradeiro exame, seria a proposição de leis máximas, aptas a expressar apenas um “tipo” de justiça, como se vê, por exemplo, na proposição de Rawls. Exemplo do que pode ser concretizado no Brasil, enquanto efetivação de justiça, oponíveis mediante a lei e a coação do sistema jurídico, são as promotorias de direitos humanos que tanto direitos vêm implementando, as delegacias de direitos do consumidor, de proteção à criança, os conselhos tutelares, entre outras instituições criadas e operacionalizadas por conta da força e legitimidade da Lei.

Em Kelsen encontramos uma teoria de justiça absolutamente clara e precisa e, talvez, a única teoria de justiça minimamente plausível, por ser a única

que considera a justiça humana imperfeita e falível. Ousa-se defender que a exclusiva forma de concretização de Justiça na sociedade atual, apta a resgatar a autoridade do direito, é a aplicação consistente de boas normas e regras com observação e zelo, lembrando que direito é fato, norma e valores, que na teoria de justiça de Kelsen devem ser relativos, espaciais e temporais para servirem a seres humanos.

Quando Hans Kelsen (2009, p. 98) percebe o óbvio (“*Justiça, assim como a concebemos, não existe, é um engodo*”), parece que desejou com isso dizer que a justiça de satisfação ilimitada (libidinal, que tenta a maior investida de prazer perpétuo), não é possível nem tão pouco existe, porque estamos na civilização. Assim como se abdica de diversos elementos para a constituição da sociedade, em nome do amor e da necessidade, não é possível esperar que esta civilização concretize a justiça transcendental, perfeita, de “gozo absoluto”. O prazer incondicional significaria a própria morte da Justiça, dextr-se-ia de buscá-la, de tentar concretizá-la porque passaria a ser mais um bem de consumo imediato e, por consequência, obsoleto. Possível para a civilização e, por conseguinte, para os homens reais, são os instrumentos de concretizações de faces da Justiça (FREUD, 1930/1996, p. 73-148).

Neste rumo, a Teoria de Kelsen sobre o funcionamento das Leis para os Estados, ainda é a melhor e mais atual tese científica e filosófica, destinada a construir um modelo de Estado de Direito que poderá efetivar normas de justiça, porque conta com mecanismos para tanto. Somente a partir da compreensão e consecução do que é o Estado, somados à evolução do próprio processo civilizatório (diminuição do desprazer e busca do prazer), é que esta entidade poderá prever “proposições hipotéticas” e mandamentos, com dada carga axiológica, com finalidade à Justiça.

A partir da consecução de normas válidas, de um ponto de vista formal, é razoável idealizar instituições aptas a concretizar algum tipo de ajustamento, jamais a Justiça infinita, descrita por Platão, Kant, Tomás de Aquino, as Sagradas Escrituras, entre outros exemplos, mesmo porque, conforme explanado anteriormente, tais conceitos de justiça seriam apenas a forma pela qual cada

teórico a compreende e a entende, sendo, assim, também, mínimas parcelas desta entidade.

Kelsen (2011, p. 12) explica que *“as normas de justiça têm um caráter geral. Uma norma é geral quando tem validade não apenas num caso singular [...] mas vale para um número de casos iguais que não pode ser determinado de antemão [...]”* Por isso, impossível uma norma que expresse um determinado valor manifestar Justiça em todas as situações em que ela é aplicada.

Uma sociedade relativamente justa é, antes de tudo, a que garanta aos sujeitos o direito de possuir um critério de justiça razoável e que, de forma alguma, comprometa a continuidade progressiva da civilização. Quando se fala, no campo do Direito Constitucional, da impossibilidade de retrocesso nas conquistas auferidas pelas “ondas de direitos”, é justamente neste sentido que não se poder almejar um conceito de justiça pessoal tal que promova um anacronismo das questões civilizatórias.

A Justiça não precisa ser uma ilusão. Para que ela seja real é necessário que os sujeitos deixem o senso comum e passem a olhar a realidade com um crivo científico, como aconteceu para Kelsen, ou voltando-se exclusivamente à condição humana, com suas complexas estruturas, formas de existir e de conviver num mundo, cuja prodigalidade única do sujeito civilizou, como fez Freud. O que se espera com este escrito é que o foco mude, ou seja, no lugar de buscar a Justiça ideal, feita para super-humanos, procurar o ideal da Justiça, para as complexas criaturas humanas.

Falar sobre a Justiça jamais se esgotará porque ela é um tema, conforme defendeu-se ao longo deste escrito, relativo, no qual cabem desde as mais simples definições até as mais complexas construções, feitas pelas *“mentes mais ilustres”* de toda história da racionalidade humana. Isto se dá porque a Justiça é um conceito pelo qual se vale lutar em qualquer tempo ou circunstâncias, sempre buscando a *“atualização do justo”* e a valorização do ser humano. A questão felizmente não termina, nem pode jamais deixar de ser inventada *“Talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva; deverá apenas tentar perguntar melhor.”* (REALE, 2002, p. 713; KELSEN, 2001, p. 1)

CONCLUSÕES

Parte-se ao fim deste escrito de um pensamento retirado do livro, Grande Sertão: Veredas, de João Guimarães Rosa (1965, 438-439), talvez o mais profundo da Literatura Brasileira, que diz o seguinte: *“Só se pode viver perto de outro, e conhecer outra pessoa, sem perigo de ódio, se a gente tem amor. Qualquer amor já é um pouquinho de saúde, um descanso na loucura.”* Desta questão metafórica entre o amor e o ódio advindos da condição mais extenuante das crises dos sujeitos que é o convívio, reside, em parte, o mal-estar na civilização e no direito hodierno.

Vive-se em uma era na qual todo o discurso intelectual (seja na seara do direito, seja em todas as grandes ciências) vertem no sentido de se defenderem os valores, na maioria expressos pelas ondas de princípios galgados pela humanidade, em detrimento de qualquer instituição, Estado ou direito. Porém, em condição diametralmente oposta, verifica-se que os princípios axiológicos de salvaguarda da condição humana são preteridos porque não encontram mecanismos de efetivação e de coação para seus cumprimentos. Além disso, novos arranjos sociais e econômicos invadem a esfera privada dos sujeitos, muitas vezes de forma velada e silenciosa, impondo hábitos de vida e de consumo que induzem à despersonalização e a mecanismos de controle e de exclusão social que não encontram limites nem ordem para serem disseminados na civilização.

Em razão da dicotomia entre a defesa aguerrida dos valores – que não se revela útil ou capaz de efetivar garantias da pessoa humana, diminuir a pobreza, distribuir melhor renda mediante oportunidades de vida iguais, incluir os “assujeitados” –, em detrimento das leis e da soberania dos Estados de Direito, tentou-se demonstrar o perigo de se defenderem valores absolutos e imutáveis, que a nada se prestam além de manter um arranjo de poder confortável para algumas pessoas e instituições.

O desafio foi tentar demonstrar porque boas leis devem ser preferidas no lugar de princípios ou valores de justiça incondicionais (expressão de uma verdade irretorquível, seja racional ou transcendental), usando para tanto as teses levantada por Sigmund Freud sobre a gênese da civilização e os estudos de Hans

Kelsen acerca do mecanismo lógico-jurídico das leis e das acepções ao conceito de Justiça através da racionalidade humana.

Freud ensina que o passo decisivo para a civilização é o momento em que o puramente pulsional (instintivo) cede em nome de Eros mediante a introjeção do “Nome do Pai”, ou seja, dos interditos/leis que passam a constituir sujeitos da linguagem, agentes vivos culturalmente dentro de um organismo social. Da mesma forma que os sujeitos, a civilização se constitui de interditos, instituída a partir de leis primordiais que proibem os atos que os agrupamentos mais primitivos da humanidade passaram a considerar crime: o assassinato e o incesto (reconhecíveis como o homicídio e o estupro). Essas leis primordiais são a gênese da civilização e de várias outras instituições, como o Direito.

No mesmo sentido, Kelsen demonstra ser através da lógica das leis a forma pela qual a cognição humana sempre operou historicamente; por esse motivo, revela-se natural à subjetividade humana a concatenação de causas e efeitos, na proposição de hipótese e consequências. Sendo a partir de leis que se constituem os sujeitos e a civilização, e havendo uma natural aptidão dos seres humanos para raciocinarem no mecanismo lógico-jurídico delas, entende-se que são esses os veículos por excelência para conduzirem a gama de preceitos da personalidade conquistados pela humanidade.

As incursões da civilização em busca de respostas para a condição humana, aliadas ao desejo de liberdade (memória do estado de natureza) intrínseco ao homem, são responsáveis pela construção de direitos humanos para indivíduos, ou “ondas de direitos” incorporados na subjetividade da civilização através da história. Partindo do “banquete totêmico”, da introjeção do “Nome do Pai” na civilização mediante os dois interditos originais definidos nas duas leis de proibição (direito rudimentar que se estabeleceu nas comunidades mais primitivas), os sujeitos conscientemente decidem cooperar e ceder parte de sua liberdade para viverem, a princípio, num sistema de igualdades. Destarte, a primeira construção que se faz em torno do conceito de Justiça diz respeito à garantia que esses sujeitos – agora sociais –, serão tratados de forma igual perante as leis, demanda que se revela absolutamente atual para os sujeitos e as sociedades.

A grande questão da civilização, que hoje toma maiores proporções por conta dos novos arranjos das sociedades complexas, é encontrar uma acomodação satisfatória entre as demandas individuais e as da civilização, porquanto o que se espera na constituição de uma sociedade é a justiça. Sendo históricas (característica do ser humano racional ou civilizado) a reivindicação e a busca pela justiça, desde os tempo mais remotos os sujeitos tentam edificar um conceito determinado para caracterizar o que ela significa ou deve simbolizar, bem como traçar códigos de valores e de atitudes para os seres humanos no sentido de serem justos ou perseguirem a justiça.

Entretanto, entendeu-se que conceitos de justiça absolutos, imutáveis e perenes revelam-se esvaziados de valor substantivo, porque acabam sendo resultado da compreensão pessoal que cada indivíduo tem acerca do que é justo ou de como proceder de forma justa. Nessa seara, defende-se que a adoção de um conceito dessa natureza pode levar a civilização a equívocos e a perpetuar regimes de opressão ou sistemas que contemplem as mais agudas injustiças.

Existem dois tipos de normas de justiça em todos os tipos de construção ou argumentação sobre o tema: uma de vertente metafísica e outra racional, e, em ambos os casos, a validade das regras que emana dessas acepções sempre será relativa. Assim, uma regra de justiça será sempre relativa porque definida para um dado tipo de civilização da qual ela é expressão (para um tempo e um espaço determinados) e, ainda que se identifique nessas regras uma propriedade metafísica, poderão ser regras meramente de controle social, mesmo com a ambição de cercar um valor de justiça, por isso o perigo de se defender um conceito fechado e absoluto desta verdade, devendo o justo, conforme lição de Miguel Reale, ser constantemente atualizado.

Buscar uma justiça absoluta nas instituições, principalmente nas legais, acaba transferindo quaisquer possibilidades de “uma justiça” para um plano metafísico. Por outra sorte, há ainda os que tentam retirar do plano cognoscível a solução da Justiça, sustentando valores e ideais absolutos, oriundos da racionalidade humana, sem, contudo, perceberem que tais valores são formações emocionais tão somente, destituídos de qualquer critério lógico, acabando inaplicáveis e inúteis de um ponto de vista lógico-prático. A Justiça como atributo

absoluto e eterno somente poderia ser compreendida e vivenciada numa experiência mística, jamais no mundo real.

Por essa razão, definiu-se que as condições para que um valor seja justo ou injusto são a norma (i)moral estar juridicizada, ter logrado êxito no campo da existência em dado momento histórico e em determinado espaço temporal. Assim, um valor ou norma moral pura do tipo “liberdade”, por exemplo, somente será expressão da Justiça caso seja: (a) juridicizada num determinado (b) tempo e (c) espaço (implicando a atualização do justo).

A par desses conceitos, defendeu-se que, quando Kelsen demonstrou que normas que não expressem justiça não serão inválidas em meio a atitude científica [?], deixou claro que os sujeitos somente empreenderão esforços na construção do ideal da justiça quando perceberem que a Justiça ideal é uma ilusão criada para super-humanos, tendo em vista que teorias de justiça dessa natureza existem de sobra e são, no mais das vezes, irrealizáveis pela inviabilidade.

Carente de Justiça, a sociedade que emerge no século XXI tende a acreditar que os valores preponderam sobre as leis, como se elas nada pudessem fazer, além de serem até culpadas pelo novo panorama da vida social. Todavia, não há uma coerência razoável acerca de quais valores devem ser defendidos para salvar a nova civilização de sua loucura.

Para explicar os novos processos de exclusão social e a forma pela qual valores de justiça podem promover esse resgate caso sejam elevados à condição de leis, usou-se a expressão “sujeitividade” para demonstrar como certas categorias de pessoas não se reconhecem como sujeitos e, por consequência, não se percebem como sujeitos de direitos, como excluídos ou vítimas.

Sendo a pobreza não mais produzida apenas pela desigualdade entre trabalho e detenção de meios de produção, assume-se que a miséria é também oriunda da sistematização da economia sem fronteiras, do superdesenvolvimento técnico, que limita não só o acesso ao trabalho, mas, também, a consciência de alguns sujeitos de serem partícipes do sistema global, como forma de exclusão social. Os sistemas de controle atuais são dotados de mecanismos que garantem a perpetuação da nova forma de produção, que impõe aos sujeitos um ajuste a um sistema criado propositalmente para desajustar os desejos, pulsões e interesses,

porque o que se pretende é adequar os sujeitos a uma nova civilização e excluir tudo aquilo que não conflui para esse modelo lucrativo de dominação.

Exclusão social é um fato mais grave do que já foi, porque, além de caminhar paralelamente com a pobreza, induz também ao pauperismo moral controlado por entes silenciosos e impessoais e, justamente por isso, muito difíceis de apontar como causadores das desigualdades.

Nesse rumo, propôs-se que, para a construção de uma teoria de justiça, ou na eleição de valores que expressem uma justiça para uma civilização, a questão não repousa em tão só oferecer acesso a bens sociais relevantes como os princípios constitucionais, pois tal medida não garante a inclusão social, havendo necessidade de existirem as características da heteronomia e sanção das leis observadas por Kelsen. Um sistema de justiça jamais seria cumprido, pelo menos no atual estágio da civilização, sem o Direito.

Mas, em razão de a civilização ter se transformado drasticamente após a Segunda Guerra Mundial, verifica-se que se instalaram novos sistemas de produção, novas formas de gerir a economia, a política e as ciências de uma forma geral, que vertem na direção do imediatismo e da obsolescência programada de praticamente tudo. Esse novo conceito de civilização traz para a seara do Direito um arranjo de fatos inéditos, com novos valores convocando normas que exigem do Direito a instauração de algum tipo de autoridade na vida social. Desse ponto, resulta um grande “mal-estar” para o Direito como consequência da falta de autoridade que hoje ele sofre.

Se a lei é a expressão do consenso, da vontade geral que verte seus valores nos interditos, para serem garantidos pelo direito, na era do desejo imediato, egoísta e individual, leis para todos deixam de ter sua real importância, e o Direito, como instituição, carece de sua função paterna, ou seja, de autoridade, porquanto somente o individual tem valor e força.

Outro ponto de nodal relevância orbita acerca de quais valores de justiça devem ser protegidos pelo Direito, porquanto ele tem a função de Terceiro organizador. Para haver sujeito da civilização, é necessária uma referência, um elemento capaz de conduzir o animal pulsional para um indivíduo histórico e social.

Assim, é imperioso existir uma instituição mais ou menos organizada como o Direito que ensine aos homens a serem homens dotados de sujeitidade.

Caso se entenda que os valores do Direito, qualidade de Outro organizador de sujeitidade, devem ser absolutos, porque advêm da razão de uma suprarrazão que lhe confere identidade, então estar-se-á admitindo que o Direito irá continuar sendo assinalado com leis para super-humanos, assim entendidas como normas para manter até certo ponto os interesse de uma minoria em equilíbrio. As leis devem expressar os valores da civilização para a qual elas se prestam (temporal e espacialmente), afora a reivindicação por instituições legais que deem conta da sociedade complexa hodierna, com todo seu novo arcabouço de importâncias e de peculiaridades. Mais do que isso, a lei deve voltar a ter sua força porque é uma Lei, e, portanto, deve ser exercida (cumprir sua função de interdito e delimitação do sujeito).

O que se coloca em embate é a forma pela qual reconquistar o prestígio do Direito, sua força e, principalmente sua autoridade. Duas são as soluções que talvez pudessem retomar a identidade do Direito: 1) leis para inclusão em um sentido orgânico e 2) leis penais para todos em sentido orgânico. Orgânico porque, muito além de significar genericamente a vida, o termo implica atuação e interação de elementos dentro de um sistema vivo, criando regras que prevejam o resgate dos excluídos em todos os sentidos simbólicos.

Em Kelsen, encontramos uma teoria de justiça absolutamente clara e precisa e, talvez, a única teoria de justiça minimamente plausível, por ser a única a considerar a justiça humana imperfeita e falível. Ousa-se defender que a particular forma de concretização de Justiça na sociedade atual, apta a resgatar a autoridade do Direito, é a aplicação consistente de boas normas e regras com observação e zelo, lembrando que Direito é fato, norma e valores, que na teoria de justiça de Kelsen devem ser relativos, espaciais e temporais para servirem aos seres humanos, revendo o ideal da Justiça.

REFERÊNCIAS

ALARCON, Pietro de Jesús Lora. Constitucionalismo e internacionalismo nos marcos da regeneração democrática: estratégias jurídicas para a efetividade do direito à verdade, à memória e à reparação. *Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP*, n. 16, p. 173-194, janeiro/julho 2013.

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JR. Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista Direito FGV*. SÃO PAULO, n. 13, p. 75-98, jan/jun 2011.

ALTHUSSER, Louis. *Freud e Lacan – Marx e Freud*. Trad. Walter José Evangelista. rev. Alaíde Inah Gonzales. 4. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2002.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Vizenzo Cocco. São Paulo: Abril Cultural, 1984a.

_____. *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonal Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1984b.

ASSÉDIO: você sabia? *Era*. 28 jun. 2011. Disponível em: <<http://era.org.br/2011/06/assedio-vc-sabia/>>. Acesso em: 30 jun. 2011.

BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da democracia participativa. Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de estado Institucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 13 fev. 2013.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do*

Brasil, Brasília, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 13 fev. 2013.

BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 20 de dez de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 13 fev. 2013.

BRASIL. Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 25 de mai de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2012/Lei/L12651.htm>. Acesso em: 13 fev. 2013.

BRASIL. Decreto-Lei n 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 05 de set. de 2012.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: Conteúdo Jurídico das Expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes . Kelsen, o positivismo e o ensino do direito nos anos 70. In: Eurico Marcos Diniz de Santi. (Org.). *Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas. Do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico*, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 329-344.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trd Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNIO, Henrique Garbellini. *Direito e Antropologia, Reflexões sobre a Origem do Direito a partir de Kelsen e Nietzsche*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTEL, Robert. *As Metamorfoses da Questão Social: Uma Crônica do Salário*. 9 ed. Trad. Iraci Poleti. Petrópolis: Vozes, 2010.

CAVALCANTE, Chistiany Maria Basseti. A Constituição da Subjetividade na Pós-Modernidade. *A Lei em Tempos Sombrios*. Org. Escola Lacaniana de Psicanálise de Vitória e Faculdade de Direito de Vitória. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, p. 165-171, 2009.

COSSIO, Carlos. *Teoria de la Verdad Jurídica*. Buenos Aires: El Foro, 2007.

CHEMAMA, Roland; VANDERMERSCH, Bernard. *Dicionário de Psicanálise*. Trad. Francisco Settineri e Mario Fleig. São Leopoldo: Unisinos. 2007.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 14 ed. São Paulo: Ática, 2010

CRESPO, N. Freud, um otimista: notas sobre o “Mal-Estar da Civilização”. *Revista de Direito e Psicanálise*. Curitiba: Núcleo de Direito e Psicanálise do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, v. 1, n. 2, p. 83-92, jan/jun 2009.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2 tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Levando os Direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOLSCHEID, Dominique. *Metodologia Filosófica*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas: uma Arqueologia das Ciências Humanas*. Trad. Salma Tannus Muchail. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

FREUD, S. O Mal-Estar na Civilização (1930). *In: Edição standard brasileira das obras completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v.21, p. 73-148.

_____. O Futuro de uma Ilusão (1927). *In: Edição standard brasileira das obras completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v.21, p. 15-63.

_____. Além do princípio do prazer (1920). *In: Edição standard brasileira das obras completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v.18, p. 17-75.

_____. Totem e Tabu (1913 [1912-13]). *In: Edição standard brasileira das obras completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v.13, p. 21-163.

_____. Sobre a psicopatologia da vida cotidiana (1901). *In: Edição standard brasileira das obras completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v.6, p. 19-271.

GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, Igualdade e Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e Interesse*. Trad. José N. Heck. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

_____. Reconciliação Através do Uso Público da Razão: Observações Sobre o Liberalismo Político Político de John Rawls. Trad. Otacílio Nunes Júnior. *Educação e Sociedade*, v.17, n 57, p. 167, 1996.

_____. *Pensamento Pós-Metafísico: Estudos Filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HALBERSTADT, Max. *Retrato de Sigmund Freud*, 1921.

HELLER, Agnes. *Além da Justiça*. Trad. Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S.A. Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOYER, Cristina. *A Função Paterna na Instituição, do Individual ao Coletivo*. Rio de Janeiro: Gramond, 2010.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. *O Problema da Justiça*. . 5. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. *A Justiça e o Direito Natural*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *O que é Justiça?* Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *A Democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jéferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3.ed. 2.tir. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo Martins Fontes, 2000.

_____. *Sociedad y Naturaleza: una investigación sociológica*. Trad. Jaime Perriau. Buenos Aires: De Palma, 1945.

KOLM, Serge-Christophe. *Teorias Modernas de Justiça*. Trad. Jéferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LA BOÉTIE, Etienne de. *Discurso Sobre a Servidão Voluntária* [ca. 1600]. Cultura Brasileira, 2004. Disponível em <<http://www.culturabrasil.pro.br/zip/boetie.pdf>>. Acesso em 25 mai 2011.

LACAN, Jacques. *Escritos*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Trad. Wander Bastos. Rio de Janeiro : Liber Juris,1985.

LEE, Anne Feder. *Retrato de Hans Kelsen*, 1951.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. 4 ed. São Paulo: RT, 2000.

LOPES, José Rogério. Exclusão social e controle social: estratégias contemporâneas de redução da sujeitidade. *Psicologia e Sociedade*. Porto Alegre, v 18, n. 2, p. 13-24, mai/ago 2006. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102718220060002000|03&lng=en&nrm=iso. Acesso em 2 de mai. 2012.

MARCUSE, Herbet. *Eros e a Civilização: uma Interpretação Filosófica do Pensamento de Freud*. 8.ed. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: LTC, 2010.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: Conceito, Objeto, Método*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Neoliberalismo e Gozo. *A Lei em Tempos Sombrios*. Org. Escola Lacaniana de Psicanálise de Vitória e Faculdade de Direito de Vitória. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, p. 51- 68, 2009.

MARX, Karl. *O Manifesto Comunista*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. Trad. Luiz Claudio de Castro e Costa, 2011.

_____. *Contribuições à crítica da economia política*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. *O Capital*. v.1. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRANDA, Pontes de. *Introdução à Sociologia Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Obras Incompletas*. Seleção de textos de Gérard Lebrun. Trad. e notas Rubens Rodrigues Torres Filho. 3.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

Número de brasileiros com títulos de mestre cresce 11% ao ano no País. *Portal Brasil*. 23 abr. 2013. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/educacao/2013/04/numero-de-brasileiros-com-titulos-de-mestrado-cresce-11-ao-ano-no-pais>. Acesso em 13 nov. 2013.

PAULA, Rodrigo Francisco de. A Crise de Autoridade no Mundo Atual: Uma Crítica ao Modelo Estabelecido pela Política e pelo Direito para Equilibrar Autoridade e Liberdade nos dias de Hoje. *A Lei em Tempos Sombrios*. Org. Escola Lacaniana de Psicanálise de Vitória e Faculdade de Direito de Vitória. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, p. 155-164, 2009.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Trad. Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. L. Cabral de Moncada, 6 ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Piseta e Lenitan M.R. Esteves, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Justiça e Democracia*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RÊGO, João. *Poder, Estado e Sociedade em Hobbes e Freud: reflexões sobre Leviatã e o Mal-estar na Civilização*. 1995. Disponível em: <<http://www.fundaj.gov.br>>. Acesso em: set. de 2007.

RORTY, Richard. *A Filosofia e os espelho da natureza*. Trad. Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

_____. *Contingência, ironia e solidariedade*. Trad. Nuno Fonseca. Lisboa: Editorial Presença, 1992

ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão: Veredas*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1965.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SOUZA, Antônio Carlos. A relação entre ética e educação em Karl Marx. *Filosofia e Educação Online*. v. 3, n. 1, p. 72-86, abr/set. 2011. Disponível em: <<http://www.fae.unicamp.br/revista/index.php/rfe/article/view/2377/2522>>. Acesso em 1 de set. 2012.

_____. *Karl Marx: Crítica à Tradição Filosófica Burguesa e o Projeto de uma Filosofia Revolucionária*. Inédito. 2012.

_____. *Filosofia, Educação e Marxismo: Ser Social e Educação Omnilateral*. Inédito. 2012.

TAP, Pierre. *A Sociedade Pigmalião. Integração Social e Realização da Pessoa*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

TOURAINÉ, Alain. Os novos conflitos sociais para evitar mal-entendidos. *Lua Nova*. São Paulo, n. 17, jun. 1989. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-445198900020002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 2 mai. 2012.

VESCOVI, Renata Conde (coord.). *A Lei em Tempos Sombrios*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2009.

VITA, Álvaro de. Uma Concepção Liberal-igualitária de Justiça Distributiva. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 14, n. 39, p. 41-59, fev. 1999.

_____. Justiça Distributiva: a Crítica de Sen a Rawls. *Dados*, v. 42, n. 3, p. 471-96, 1999.

_____. *A Justiça Igualitária e seus Críticos*. Tese de doutorado, São Paulo, Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 1998.