

*Willis Santiago Guerra Filho***Sumário**

1. Considerações preliminares sobre “ficções de origem”. 2. Valor heurístico da ficção. 3. Sobre o pensamento dogmático. 4. A positividade do direito. 5. Conclusão. Referências.

Resumo

O objeto do presente estudo é evidenciar a natureza ficcional do Direito, assim como de outras manifestações similares dos modos de regulação da conduta, sempre derivadas de alguma ficção de origem, como se pode caracterizar os mitos constitutivos de nossa subjetividade. O conhecimento mais adequado para abordar tais manifestações teria natureza antes poética do que, propriamente, teórica, e em seu aspecto prático seria contemplado por um saber de natureza dogmática, que não deixaria, por isso, necessariamente, de ser crítico. A positividade do Direito, tão propalada na modernidade, vai-se revelar em um de seus maiores avatares, Hans Kelsen, ao final de sua extensa carreira acadêmica, como resultante da ficção de uma norma fundamental, consistindo toda ordem normativa em alguma forma de ficção coletiva, construídas a partir de ficções de origem, de natureza mitológica, e, logo, também religiosa, artística, científica, jurídica, ou um amálgama de mitologia, religião, arte e ciência, que é como se apresenta o conhecimento do Direito.

Palavras-chave

Direito positivo. Filosofia do direito.

Abstract

The aim of this paper is to point out to the fictional nature of Law, as well as of other similar way of ruling out men's conduct, which descent all from some kind of original fiction, as we may characterize the constitutional myths of our subjectivity. The more accurate knowledge to approach such phenomena would also have a rather poetic nature than properly theoretical, and in its practical features would be correspond to a dogmatics, that could be also critical. Law's positivity, so much praised in modern times, would appear to be in the latter thought of one of its most famous avatars, namely Hans Kelsen, as resulting from the fiction of a fundamental norm, thou as every normative order relying on some kind of original fiction, be it of mythological nature and therefore also religious, artistic, scientific, juridical, or some mixture of mythology, religion, art and science, as we may see the knowledge of Law.

Key Words

Positive law. Law's philosophy.

1 Considerações preliminares sobre “ficções de origem”

Diversas tentativas sempre foram feitas, em todos os tempos e lugares, a fim de dar resposta à indagação fundamental, sobre como se origina tudo aquilo que há de mais próprio do ser humano, como o jurídico; tal resposta é de se considerar fundante, fundadora do que somos, de como nos percebemos – e é isso o que “somos”. Na “pré-modernidade” a resposta típica é de cunho mitológico ou teológico em sentido amplo: os deuses ou Deus nos cria(m) e concede(m)-nos a ética, o direito etc.; na modernidade, ela vai ser de cunho jurídico: fomos constituídos em sociedade por um contrato – por nós mesmos, portanto; na “pós-modernidade”, a resposta típica é um misto das duas anteriores, é um mito criado conscientemente como tal, uma ficção, que remete nossa criação a um “grande Outro”, que não é um Deus nem um outro ser humano, que está em nós sem ser o que somos (ou consideramos “ser”): é a resposta da psicanálise, da mitologia metapsicológica freudiana. Essa ficção, como outras, mais antigas, dentre as quais incluímos o Direito, se configura no que se propõe aqui denominar “ficção de origem”, como se pode caracterizar os mitos constitutivos de nossa subjetividade, por originarem a ordem simbólica que institui o mundo em que habitamos, enquanto mundo propriamente humano, e, nele, também o Direito, sendo tudo o que daí se origina, nós, nosso mundo, nosso direito etc., da mesma natureza adquirida já na origem, isto é, ficcional.

2 Valor heurístico da ficção

O próprio discurso que aqui desenvolvemos o consideremos, em um sentido amplo, um *discurso ficcional*, poético, ou melhor, “*poiético*” (do grego *poiesis*, “fazer”, “produzir”). É um discurso que *põe* uma verdade onde se fez uma questão. Esta verdade ocorrerá para os que compartilharem deste discurso, visto que ela só existe nele, é uma “*verdade de discurso*”, e o discurso depende de quem discorra para existir. A aceitação de uma tal verdade vai depender da sua boa construção no discurso, de sua verossimilhança – dela não se pode dizer, como se diz em um contexto propriamente científico, ou mesmo filosófico, que é falsa, mas que não convence ou não agrada, pois seu registro antes de ser epistemológico, é estético e lúdico¹. Entende-se, assim, a proposta feita recentemente

¹ Do que se trata, então, é de “jogar” com o antagonismo da filosofia e da ciência, buscando defini-las no contexto do que Wittgenstein, na segunda fase de seu pensamento, denominou “jogo de linguagem” (Sprachspiele). Sobre esse autor, fundamental para a filosofia contemporânea, cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Para uma filosofia da filosofia**: conceitos de filosofia. 2. ed., refundida. Fortaleza: Programa Editorial Casa de José de Alencar, 1999, p. 59 ss.

por Agamben², no sentido de que aos filósofos, como às crianças – e, de nossa parte, acrescentaríamos os poetas –, caberia a descoberta de novas dimensões para os usos comuns dos meios que se encontram à disposição para atingir certos fins – jurídicos, econômicos, políticos etc. –, tornando-os inúteis para tais finalidades, no mesmo gesto em que os utilizam para outras finalidades, mais diretamente prazerosas. Nosso objetivo terá sido alcançado, conforme anunciado anteriormente, se ao final, mesmo os mais céticos, possam dizer a respeito algo como o famoso dito italiano: *se non è vero, è bene trovato*³.

Um discurso dessa natureza há de ser, necessariamente, bem mais livre e criativo que os discursos filosóficos e científicos, em geral – para não falar daqueles religiosos e, mesmo, aqueles estritamente literários. Aqui não temos compromissos com nenhuma tradição, com dogmas, teoremas, axiomas, doutrinas, figuras ou personagens, pois queremos fazer a experiência do pensamento da origem, da raiz, o pensamento original, radical. Isso não quer de modo algum significar que iremos apelar para uma espécie de fabulação, para a invencionice. O discurso, para ser verossímil e persuasivo, para nos agradar, deve ser construído tomando elementos da realidade, do que compartilhamos de mais elementar, completando-os e, por assim dizer, cimentando-os com a argamassa de nossos sonhos, os que temos dormindo ou acordados, pois são nossos maiores desejos, os desejos de saber⁴. Daí podermos esperar um discurso que, mesmo quando imaginativo⁵, é bastante revelador⁶, sendo o conhecimento mais adequado para abordar tais manifestações de natureza antes poética do que, propriamente, teórica.

² Cf. AGAMBEN, Giorgio. **Profanazioni**. Roma: Nottetempo, 2005, p. 87.

³ Para uma exposição do intenso debate contemporâneo sobre o valor heurístico da ficção, inclusive no âmbito da filosofia analítica, cf. GABRIEL, Gottfried. Sobre o significado na literatura e o valor cognitivo da ficção. **O que nos faz pensar**: Cadernos do Departamento de Filosofia da PUC-Rio, n. 7, 1993, p. 63 ss.

⁴ “Tampouco isto foi descoberto pela razão”, podemos dizer com KIERKEGAARD. **Migajas filosóficas o un poco de filosofia**. Tradução de Rafael Larrañeta. Madri: Trotta, 1997. p. 64, “posto que esta fala pela boca do paradoxo se diz a si mesma: as comédias, as novelas e as mentiras têm de ser verossímeis...” – caso se queira que elas atinjam seus objetivos.

⁵ Uma “hermenêutica imaginativa” é preconizada por SCHUBACK, Márcia Sá Cavalcante (Para ler os medievais: ensaio de hermenêutica imaginativa. Petrópolis: Vozes, 2000), a fim de termos melhor acesso a autores medievais, que vem se revelando de grande importância para compreendermos melhor o momento atual de crise da Civilização que se fez no Ocidente, tornando-se mundial.

⁶ Aqui me parece que um dos objetivos seria o de realizar, no campo do pensamento, o que no campo puramente ficcional certos autores realizam quando fazem o que Deleuze e Guattari chamam de “literatura menor”. DELEUZE; GUATTARI. **Kafka**: por uma literatura menor. Rio de Janeiro: Imago, 1977. Trata-se da literatura necessariamente revolucionária daqueles que estão à margem, “desterritorializados”, ao ponto de empregarem para fazer literatura a linguagem do “colonizador”, daqueles que exercem o domínio político e lingüístico no território em que habita o povo dominado – lembremos, aqui, que em sua origem romana, o territorium é o local onde se demarca o dominium pelo exercício do terror. Entende-se, assim, porque o que de melhor se tem produzido em nosso País, em termos culturais, é de se considerar, em sentido amplo, como literatura.

56 **3 Sobre o pensamento dogmático**

Do que se trata, então, é verdadeiramente de realizar um trabalho imaginativo, ficcional, que se avalia – e avaliza – por seus efeitos. É assim que, dessa perspectiva, mitologia, filosofia, direito ou religião são literatura⁷, pois o que se pretende fazer é contar uma história o melhor possível, para torná-la verossímil, dando um sentido às nossas vidas, mesmo quando se diz, como o jurista romano do século II, depois teólogo cristão e filósofo, Tertuliano: *creio, ainda que pareça – ou mesmo porque parece – absurdo*.

Nesse contexto, é de um saber prático que se trata, o qual pode ser caracterizado como aquele que indica como algo pode ser feito, uma vez que se decidiu fazê-lo, estabelecendo uma verdade onde se faz uma questão. A teologia foi considerada um saber prático já por John Duns Scot (1266-1308). Também como ele⁸, pode-se defender que do Ser de Deus, o criador, ser-em-si, deve-se falar como do ser dos entes, as criaturas, em um sentido unívoco e não, por exemplo, como em Tomás de Aquino, em sentido análogo. Imaginando, então, que todo o Universo é um ente, um indivíduo, Deus poderia ser nele o que a mente é em nós, seus “sentidos internos”. Eis uma resposta possível, viável, do ponto de vista prático, para uma questão de impossível solução, sob o aspecto teórico. Dessa resposta pode-se fazer um apoio incontestado para a construção de um saber que, além de prático, seria também, dogmático.

Dogmático, aqui, não se confunde com dogmatismo. Como já registrei em outro trabalho⁹, toda afirmação de um conhecimento que desconsidere o ceticismo pode ser tida como dogmática. Dogmático é afirmar como certo um ponto de partida para uma argumentação, que pode perfeitamente, no final, ser revisto. Não ser cético é diferente

⁷ Nesse contexto, vale recordar palavras de Gilles DELEUZE, em sua última publicação, **Crítica e clínica**. São Paulo: 34, 1997, p. 13 ss.: “Não se escreve com as próprias neuroses. A neurose, a psicose não são passagens da vida, mas estados em que se cai quando o processo é interrompido, impedido, colmatado (...) por isso o escritor, enquanto tal, não é doente, mas antes médico, médico de si próprio e do mundo. O mundo é o conjunto de sintomas cuja doença se confunde com o homem. A literatura aparece, então, como um empreendimento de saúde: (...) A saúde como literatura, como escrita, consiste em inventar um povo que falta. Compete à função fabuladora inventar um povo. (...) Embora remeta sempre a agentes singulares, a literatura é agenciamento coletivo de enunciação. (...) Fim último da literatura: pôr em evidência no delírio essa criação de uma saúde, ou essa invenção de um povo, isto é, uma possibilidade de vida. Escrever por este povo que falta... (...) ‘Cada escritor é obrigado a fabricar para si sua língua...’ (...) O escritor como vidente e ouvidor, finalidade da literatura: é a passagem da vida na linguagem que constitui as Idéias”.

⁸ E antes dele, influenciando-o, AVICENA ou IBN SÎNÂ – cf. ATTÍE FILHO, Miguel. **Os sentidos internos em Ibn Sînâ (Avicena)**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 31.

⁹ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago, *ob. ult. cit.*, p. 158, texto e nota 13. A colocação, na verdade, se deve a Edmund HUSSERL. Já KANT, porém, quando propõe o seu “juízo sintético a priori”, como meio de superar a oposição entre dogmáticos e céticos, se lhe atribui a natureza de um dogma - cf. *Kritik der reinen Vernunft*, A 736, D 764.

de não ser crítico, de se imunizar contra a crítica. O ceticismo pode ser visto como um dogmatismo.

Nesse sentido, mesmo o pensamento matemático pode ser dogmático, como se percebe estudando a “lógica das formas”, de Spencer Brown, pois parte de uma distinção inicial, estabelecida para efeito de cálculo¹⁰. E afinal, a palavra “axioma”, em sua origem grega, denota seu parentesco com o dogma, pois significava uma opinião tida como verdadeira por gozar de prestígio, sendo, por isso, auto-demonstrada. Daí ter Pierre Legendre relacionado estreitamente o axioma com o dogma, referindo ainda a dimensão “decorativa”, “nobiliárquica” de ambas as palavras, expressa em equivalentes latinos como *dignitas* e *decus*¹¹.

O pensamento dogmático, portanto, pode perfeitamente ser científico – e ainda mais.

Dogmático, etimologicamente, vem do grego *doxa*, “parecer”, “opinião”¹², donde resulta o verbo *dokein*, que é o *docere* latino e, logo, também, o ensino¹³. Um saber dogmático, nesse sentido, é um saber voltado para o ensino, e que, em sendo assim, se ampara em uma estrutura de poder, em uma autoridade¹⁴. Não por acaso um dos raros saberes atuais que ainda se assumem como dogmáticos é aquele da chamada “ciência jurídica em sentido estrito”, a herdeira da *jurisprudencia* romana. O *dogma*, em teologia, como em direito e em filosofia, é um critério de decisão, uma norma posta acima do questionamento de sua verdade, para afirmar-se sua validade.

4 A positividade do direito

Considerando a chamada positividade do Direito, tem-se que ela pode ser entendida como sua existência afirmada enquanto independente de qualquer transcendência, ou seja, como resultado da deliberação humana, garantindo a submissão a esta deliberação

¹⁰ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago, *id. ib.*, p. 48 ss.

¹¹ Cf. LEGENDRE, P. **Leçons II: L'empire de la verité**. Introductions aux espaces dogmatiques industriels. Paris: Fayard, 1983. p. 19; 30.

¹² A que Platão opunha a episteme própria da filosofia, sem deixar de reconhecer o domínio restrito desta última aos assuntos especulativos, excluindo, portanto, aqueles práticos, da *techne*, onde se situa a moral, o direito e a religião (v. República, 538; Leis, 644). Já os céticos opunham-se generalizadamente a todo conhecimento, como dogmático, preconizando a *epoche*, a suspensão do juízo e do assentimento. HUSSERL, como é sabido, fará uso desse expediente para ir ao encontro de um saber superior, essencial, “eidético”.

¹³ Para HERBERGER, M. **Dogmatik: Zur Geschichte von Begriff und methode in medizin und jurisprudenzen**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1981; os saberes dogmáticos por excelência, na história ocidental, são os do Direito e da Medicina.

¹⁴ Cf., v.g., Novo Testamento, Lucas, 2:1; Cícero, *apud* MACEDO, Sílvio de. **Introdução à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 1993, p. 34.

58 sem apelar a nada diverso da própria vontade que o põe, sobre ele dispõe, e o impõe. Dessa forma, o direito não é uma entidade, não existe, como existimos os seres humanos e demais seres – que, a rigor, não são “seres”, mas “sendos”, entes -, nem tampouco “eksiste”, “existe fora”, como Deus ou o transcendente. Trata-se de uma ficção, uma ficção coletiva, que se nos impõe e mesmo, nos constitui, como seres sociais que somos, mas que, ao mesmo tempo, depende de nós para existir, ou de nossa crença nele. O objetivo da presente investigação é captar como se constroem as ficções que resultam no Direito¹⁵.

O ordenamento jurídico é formado por normas e condutas humanas; atos de vontade que estabelecem normas, de acordo com outras, preexistentes, e normas que conferem um sentido jurídico àqueles atos. Esta é a concepção clássica do positivismo jurídico, aquela kelseneana¹⁶. Para Kelsen, como é sabido, haveria uma “norma (hipotética) fundamental” (*Grundnorm*), que em sua teoria fornece a consistência lógica do sistema jurídico, bem como a base última em que se assenta a estrutura hierárquica (*Stufenbau*) do ordenamento jurídico; ela própria – ao contrário das demais – não é o resultado de um ato impositivo de vontade, mas sim uma condição *a priori* do conhecimento jurídico, no sentido transcendental kantiano. Fica-se, então, sem saber como um ato “meramente pensado”, uma hipótese com função heurística, pode se constituir no fundamento de validade de uma ordem coativa (*Zwangsordnung*), como seria para Kelsen a ordem jurídica, formada por normas imperativas, que fornecem o “sentido objetivo de atos de vontade para o Direito”¹⁷. Já no final de sua longa carreira, porém, abdica do próprio fundamento de sua monumental construção teórica. “Em obras anteriores”, escreveu ele, “falei de normas que não são o conteúdo significativo de um ato de vontade. Em minha doutrina, a norma fundamental foi sempre concebida como uma norma que não era entendida como o conteúdo significativo de um ato de vontade, mas que estava pressuposta por nosso pensamento. Devo agora confessar que não posso continuar mantendo essa doutrina, que tenho de abandoná-la. Podem crer-me, não foi fácil renunciar a uma doutrina que defendi durante décadas: a abandonei ao comprovar que uma norma (*Sollen*) deve ser o correlato de uma vontade (*Wollen*). Minha norma fundamental é uma norma fictícia, baseada em um ato de vontade fictício.

¹⁵ Cf., em geral, VV.AA. *Droits. La Fiction*: Revue Française de Théorie Juridique, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, n. 21.

¹⁶ Cf. KELSEN, H. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 32 (no 6, let. a).

¹⁷ Veja-se, por exemplo, o que escreveu KELSEN na obra publicada postumamente, *ult. cit.*, p. 322: (que) “normas são o sentido de *atos de vontade* e não *atos* de pensamento, é irrelevante do ponto de vista da Lógica. Mas se estes conteúdos de sentido estão expressos em proposições normativas, e se estão não são compreendidas como sentido de atos de vontade, positivamente não são *normas válidas*. Elas são positivamente normas válidas apenas como conteúdo de sentido de reais atos de vontade” (grifos do A.).

Na norma fundamental se concebe um ato de vontade fictício, que realmente não existe”¹⁸. Eis como até de uma perspectiva positivista, a mais clássica, pode se chegar à conclusão de que o Direito é, essencialmente, fictício – ou seja, não “é”.

5 Conclusão

Como se pode observar, no positivismo, ficamos diante de uma definição circular do que seja direito posto, positivo: é aquele posto de acordo com uma vontade que o põe em obediência ao Direito pré-estabelecido; se não é respeitado em seu conteúdo – em caso de ruptura revolucionária da ordem jurídica –, o é em sua forma, a forma jurídica, da qual não se escapa – só se rompe com o Direito para estabelecer um outro. E quando teria começado o Direito? Assim que começamos, nós também. “*Ubi societas, ibi jus*” (onde há sociedade, há direito”), diziam os antigos romanos, pais de nosso direito. E “*ubi homini, ibi societas*”, podemos dizer, parafraseando-os. O Direito, nós, a sociedade, a religião, a ética, a política como teria começado tudo isso, que agora se encontra tão ameaçado de chegar ao fim? Para dar uma resposta, em todas as épocas e em consonância com a época, criam-se ficções, ficções de origem, de natureza mitológica, e, logo, também religiosa, artística, científica, jurídica, ou um amálgama de mitologia, religião, arte e ciência, que é como se apresenta o conhecimento do Direito.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. **Profanazioni**. Roma: Nottetempo, 2005.
- ATTIÊ FILHO, Miguel. **Os sentidos internos em Ibn Sînâ (Avicena)**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix. **Kafka: por uma literatura menor**. Rio de Janeiro: Imago, 1977.
- _____. **Crítica e clínica**. São Paulo: 34, 1997.
- GABRIEL, Gottfried. Sobre o significado na literatura e o valor cognitivo da ficção. **O que nos faz pensar: Cadernos do Departamento de Filosofia da PUC-Rio**, n. 7, 1993.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Para uma filosofia da filosofia: conceitos de filosofia**. 2. ed., refundida. Fortaleza: Programa Editorial Casa de José de Alencar, 1999.
- HERBERGER, M. **Dogmatik: Zur Geschichte von Begriff und methode in medizin und jurisprudenzen**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1981.

¹⁸V. tb. KELSEN, *ob. ult. cit.*, p. 328 e seg.

- 60 Kelsen, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- Kierkegaard, Søren. **Migajas filosóficas o un poco de filosofía**. Tradução de Rafael Larrañeta. Madri: Trotta, 1997.
- Legendre, Pierre. **Leçons II: L'empire de la vérité**. Introductions aux espaces dogmatiques industriels. Paris: Fayard, 1983.
- Macedo, Sílvio de. **Introdução à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 1993.
- Schuback, Márcia Sá Cavalcante. **Para ler os medievais: ensaio de hermenêutica imaginativa**. Petrópolis: Vozes, 2000.
- VV.AA. **Droits. La Fiction: Revue Française de Théorie Juridique**, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, n. 21.