

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 36 • nº 143

julho/setembro – 1999

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Ontologia jurídica e realidade – o problema da “ética da tolerância”

Alexandre da Maia

Sumário

1. Ontologia *versus* retórica: tentativas de explicação do fenômeno jurídico. 2. O problema da ontologia na filosofia, em especial na filosofia do direito. 2.1. Colocações iniciais: metafísica, filosofia e ontologia. 2.2. A ontologia nas teorias clássicas do direito. 2.3. Análise crítica e novas formas de estudo. 3. “Ética da tolerância” e ontologia jurídica: caminhos possíveis. 3.1. Ontologia na realidade jurídica subdesenvolvida. 3.2. Por uma união entre perspectivas ontológicas e retóricas no direito: o problema da “ética da tolerância”. 3.3. Possibilidades de discussão para o futuro.

1. Ontologia versus retórica: tentativas de explicação do fenômeno jurídico

A palavra “ontologia” vem do grego, em que a partícula *on* vem do participípio que significa “o que é”, “o ente”, dando origem ao termo *ontos*. A indagação inicial, sugerida pela etimologia, busca investigar o que é o ente¹. Discutir o tema da ontologia jurídica, pois, requer certos esclarecimentos de sentido de emprego do respectivo termo. Para tanto, há uma incursão pela análise de certos marcos que, a princípio, não seriam rigidamente fixáveis, mas que, em virtude da necessidade de se realizarem estudos com bases sólidas, requerem uma estipulação de “tipos ideais”² para efetivar tal mister. Tais tipos ideais, por conseguinte, podem não corresponder com total exatidão aos fenômenos da realidade; todavia, são formas de observar os fenômenos a partir

Alexandre da Maia é Mestre e doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Professor de Introdução ao Direito na Faculdade de Direito de Olinda – FADÓ/AESO. Mestrando em Teorias Críticas do direito pela *Universidad Internacional de Andalucía* – Espanha.

de *standards* que, mesmo não totalmente exatos, são necessários para a tentativa de análise da vida social.

O marco inicial deste estudo está na fixação do debate que cria uma certa semelhança entre a ontologia e a própria filosofia, o que seria uma metonímia³, em virtude de a ontologia ser uma espécie do gênero “filosofia”.

Por outro lado, como tipos ideais, cria-se a dicotomia entre a ontologia e a retórica⁴, ambos como formas de observação filosófica. A ontologia, que busca a análise do ser, defende a postura de que as formas de conhecimento existentes estão todas concentradas no próprio objeto de análise, buscando a fixação de uma idéia de essência. Portanto, a ontologia não permite a possibilidade de se elencarem perspectivas de abordagens alheias ao ser do analisado.

Por seu turno, o pensamento retórico parte de outro viés, por meio do qual a possibilidade do conhecimento existe também na necessidade de se agregarem outros elementos que, a princípio, seriam estranhos ao ser do objeto cognoscente, especificamente no que tange à teoria do discurso. Para o desenvolvimento do presente trabalho, optamos por uma análise do problema da ontologia filosófica no direito e quais os limites e as vantagens de um pensamento ontológico no direito.

A nossa escolha pelo presente tema se deve à utilização indiscriminada de palavras e, por conseguinte, de formas de pensamento que buscam muito mais legitimar o poder conferido do que criar uma idéia de conteúdo ao conhecimento, e, em especial, ao direito⁵. Observa-se por demais uma série de formas de argumentação que buscam difundir certas idéias como “democráticas”, ou “emancipatórias”⁶, sem, na verdade, haver uma preocupação com a fixação dos conteúdos de tais expressões. O que mais corrobora a nossa opinião é o fato de que, na maioria das vezes, tais formas de pensar estão sendo utilizadas de maneira distorcida. Tal distorção quase sempre ocorre por parte de quem quer que detenha quaisquer tipos

de poder, tais como o político, o religioso, e, em nossa seara, o jurídico, talvez um dos mais relevantes dentro do vasto elenco existente. Em outras palavras: uso da persuasão – entre outras estratégias – como forma de dominação, sem que haja uma fixação de conteúdo do método utilizado para dominar⁷.

O rol de exemplos é bastante extenso e, quase sempre, voltados para uma visão sistematizante do direito⁸. Veja-se, por exemplo, o emprego da palavra “democracia” de maneira totalmente descontrolada e no mais das vezes com a intenção de transmitir uma falsa idéia do que venha a ser uma prática de fato democrática, sendo, pois, uma visão distorcida, a fim de se obter quaisquer vantagens com tal forma de convencimento. Dizer-se democrático sem uma fixação de conteúdo da idéia do que isso significa, por exemplo, faz com que haja uma exacerbação dos elementos subjetivos, a tal ponto que cada qual, ao seu bel prazer, dentro de seus interesses, diga o que vem a ser democracia. E é exatamente nessa fixação aleatória que encontramos um desprezo por quaisquer formas de ontologia.

Percebe-se, então, que nossa concepção de ontologia é um corolário da idéia do ser em si, acrescentando-se as questões relativas ao conteúdo do objeto do conhecimento em análise. Logo, perquirir acerca da ontologia do direito significa a busca da análise de seu conteúdo, independentemente das formas de manifestação do fenômeno jurídico⁹.

Tal vazio ontológico pode trazer consequências nefastas às formas do conhecimento, podendo todas serem desvirtuadas dos seus objetivos. Todavia, uma ontologia pode demonstrar, no direito, uma falta de adequação de suas formas de manifestação – a princípio, dogmáticas¹⁰ – ao mundo empírico. Logo, como a realidade social é um dado alheio ao modelo dogmático-estatal de estudo do direito para uns e, para outros, é parte integrante da essência do direito, percebe-se claramente que nem sempre a ontologia e a retórica estão em caminhos

distintos, por existir a possibilidade de uma ontologia baseada na tolerância argumentativa no direito, como veremos nas nossas conclusões.

Por outro lado, o apego à ontologia implica tomarmos como inexoráveis pontos de partida previamente estipulados e/ou perceptíveis por meio de métodos gnoseológicos. Ou seja, determinadas formas de conhecimento nos são passadas na forma de *dados a priori*, que, por possuírem tal natureza, não podem ser contraditados, e sim tomados como pontos primeiros de referência no estudo de determinado ramo do conhecimento. No direito, por exemplo, o “ontologismo” pode ser muito bem exemplificado a partir do positivismo jurídico e do jusnaturalismo, ambos formas de tentativa de fixação de uma ontologia, mas de abordagens epistemológicas distintas.

Alguns autores acentuam que, na filosofia do direito de hoje, não se permite mais uma visão do direito a partir de um viés ontológico, haja vista que tal vertente teórica poderia, na verdade, limitar as formas de conhecer o direito, especificamente ignorando o papel da linguagem no direito etc¹¹. Todavia, a total falta de apego à ontologia também pode trazer problemas próprios do emprego distorcido, quase sempre consciente, de certas palavras que são cruciais para um entendimento o mais acertado possível do que vem a ser o direito.

Eis a aporia na qual nos encontramos hoje nos estudos da Filosofia do Direito, e que é nosso objeto central de estudo. Para uma análise isenta do tema, decidimos observar como as teorias jurídicas investigam e analisam o fenômeno jurídico e como suas formas de observação contribuem – ou não – para a fixação de um conteúdo ao direito. Após essa observação das tentativas de fixação de ontologia, faremos nossas críticas e formulações teóricas próprias ao final do trabalho.

Nosso objetivo é, pois, demonstrar como a ontologia jurídica é abordada de maneira distinta pelas diversas teorias existentes e que a análise ontológica, caso seja realizada

nos parâmetros tradicionais, tem pouca contribuição a dar para o aperfeiçoamento da teoria e *praxis* jurídicas. Demonstrar-se-á como essas “buscas por uma ontologia” não conseguem lograr êxito em seus objetivos.

A partir de então, avizinha-se uma nova forma de observação da ontologia no direito, a partir de uma aproximação com os dados retóricos. Tal ponto de vista será abordado na conclusão do trabalho.

2. O problema da ontologia na filosofia, em especial na filosofia do direito

2.1. Colocações iniciais: metafísica, filosofia e ontologia

A metafísica busca ser a ciência das ciências, ou, usando o termo de Abbagnano, a “ciência primeira”¹². Muito embora haja divergências quanto à aplicabilidade do termo ciência, poderíamos dizer que a metafísica busca ser o fundamento de todo e qualquer modo de conhecer. Logo, seria uma espécie de baliza, de regra rectora do saber e, também, do conhecer.

Em virtude das diversas circunstâncias históricas, o saber se divide em diversos campos autônomos, sendo a metafísica a base primeira de todos eles. Parece que há, de certo modo, uma inserção da idéia de validade no saber baseado na metafísica. Todavia, o termo validade possui outras formas de entendimento dentro da seara jurídica e, mais especificamente, do garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. Max Scheler chega a dizer que o aprimoramento dos métodos filosóficos contribuem para a abordagem de questões metafísicas, essenciais à filosofia, sendo como uma forma de se perceber uma filosofia primeira, com bases metafísicas¹³.

Tais ramos do saber teriam áreas autônomas de investigação, mas, por virem todos da idéia de metafísica, teriam, sempre, um tronco comum a todas elas. Enfim, há um campo de inter-relação entre tais formas de conhecer, o que é, sem dúvida, um corolário da idéia de metafísica na filosofia.

Assim, todas as formas de conhecer buscavam, em síntese, em uma “ciência primeira” todas as causas, todos os princípios basilares das formas de conhecer e os demais problemas que estariam em uma forma comum a todas as ciências. Assim, a metafísica daria a base comum de fundamentação de todas as ciências. No dizer de Abbagnano, seria uma “enciclopédia de ciências”¹⁴. E, claro, tal metafísica também teria por intuito o esclarecimento acerca do objeto das ciências¹⁵. É exatamente em tal contexto que começam a surgir as preocupações ontológicas.

Há variações de entendimento do termo “metafísica” no decorrer da História, muito embora todas elas buscando caracterizá-la como esse fundamento primeiro e comum a todas as ciências, conforme exposto *supra*. Assim, podemos enquadrar a metafísica em três aspectos: como teologia, como ontologia e como gnoseologia. Miguel Reale busca uma síntese entre essas duas últimas formas de conhecer, no que ele denomina ontognoseologia. Afirma Reale que, na verdade, a busca de uma ontologia tem por finalidade sempre uma atividade de conhecimento, e vice-versa¹⁶.

A metafísica teológica sempre existe quando se busca a base das ciências em um ente único e perfeito, que impõe formas primeiras que também são perfeitas. Ou seja, o objeto da metafísica seria, em suma, “o ser mais elevado e perfeito”¹⁷. Assim, tal forma de pensamento metafísico ocorre sempre a partir da correlação porventura existente entre uma ciência e um ente.

No que diz respeito à metafísica como teologia, parece que se consubstancia em uma análise dita primitiva do fenômeno do ser e do conhecer. Tal primitivismo não é, em absoluto, um juízo de valor, mas sim uma constatação fática. Tal assertiva tem fundamento na fixação da idéia de modernidade como sendo a possibilidade de distinção entre as diversas formas existentes de produção do conhecimento¹⁸. No mundo jurídico, o direito – se pudéssemos estabelecer uma ontologia mediante um parâmetro

estritamente procedimental – será tanto mais moderno quanto mais distinto ele for dos demais enunciados prescritivos éticos¹⁹. Já a metafísica como ontologia seria um ponto de observação filosófica mais próprio de nossa análise.

A metafísica ontológica busca a idéia de uma análise última no ser em si, o que para muitos filósofos daria a impressão de que estabelecer uma série de objetos de análise por parte de um sujeito configuraria uma ontologia. Todavia, em um viés mais amplo, a ontologia seria uma forma de manifestar os fundamentos do ser, ou seja, algo que nenhuma ciência pode deixar de ter. Logo, inclui-se aí a idéia de essência do ser, que seria fundamental a toda e qualquer forma de conhecer, havendo, então, uma equivalência entre as idéias de metafísica e de ontologia.

Todavia, há o reconhecimento de que existem modos particulares de ser, muito embora tais formas localizadas sejam uma consequência dos meios metafísico-ontológicos mais gerais. O direito possuiria, por seu turno, sua própria ontologia, desde que baseada em princípios mais gerais, que serviriam não apenas a ele, mas a todas as formas de ser e conhecer. Existe, pois, para essa forma peculiar de pensamento, uma “necessidade do ser”²⁰. E, por existir tal necessidade, a idéia de essência seria própria da metafísica. A questão que poderia ser debatida deveria, então, girar em torno da possibilidade ou não de haver mais de um significado à idéia de essência. Todavia, vale ressaltar que tal idéia de essência, mesmo que com um sentido único, não dá à ciência um caráter sublime, como havia na metafísica religiosa; trata-se, apenas, de se estabelecer a explicação das próprias coisas existentes.

A retórica busca exatamente trazer aspectos de persuasão para formar, às vezes, por meio de uma construção filosófica, uma essência mutável, o que é, desde já, questionável, pois o resultado de uma construção retórica não é um dado *a priori*, como os enunciados ontológicos pretendem ser.

Como vimos, as fronteiras entre a retórica e a ontologia como “tipos ideais” não são tão rígidas assim, muito embora haja campos autônomos de análise de ambas as formas de pensamento.

Com a separação entre ontologia e teologia, percebe-se que algumas teorias ocupadas com indagações ontológicas se voltam cada vez mais para o mundo empírico, no sentido de que a essência é demonstrada mediante uma observação repetitiva e constante da experiência. Desse modo, para alguns, as preocupações ontológicas passam a ser compreendidas como uma forma de conhecimento da essência por meio do mundo empírico, buscando trazer a ontologia à experiência. Todavia, seu pano de fundo nunca se altera: a busca, a partir de paradigmas epistemológicos os mais diversos, de dados *a priori* que seriam pontos de partida inexoráveis para a determinação da essência ou conteúdo de um determinado objeto – como o direito, por exemplo – a partir de formas específicas de se conhecê-lo.

A ontologia, pois, para alguns, seria a própria filosofia, mas, para outros autores, a ontologia seria uma espécie do gênero filosofia, assim como a epistemologia e a axiologia.

No que tange à metafísica, se a entendermos como ontologia, os conceitos são equivalentes, pois toda forma de razão primeira para as demais formas de conhecimento viria da essência do ser. Por outro lado, parece-nos que a ontologia seria uma das formas de abordar a metafísica, pois esta pode ser fundamentada por meio de outros argumentos que não estão estreitamente vinculados à essência, como no caso de uma metafísica com base na religião, por exemplo.

2.2. *A ontologia nas teorias clássicas do direito: a teoria dos objetos na filosofia do direito*

A partir da análise do fenômeno ontológico na filosofia geral, buscaremos agora observar como o direito se utilizou, e ainda se utiliza, da noção de ontologia em seus postulados, especialmente no que tange à

teoria clássica de abordagem, bastante peculiar e de certa forma uníssona no tratamento do tema.

No entender de Miguel Reale, o ser e o conhecer estão intimamente interligados, são conceitos correlatos. Com efeito, o referido autor estabelece duas formas de acepção do termo “ontologia”²¹. Em um sentido amplo, a ontologia seria a forma de determinação do ser e, de uma maneira mais restrita, a relação do ser com o conhecer, ou seja, ontognoseologia. Em ambas as perspectivas, o autor, com base em Edmund Husserl, trabalha a questão ontológica dentro da teoria husserliana dos objetos, chamadas “ontologias regionais”²² por Cossio, tão utilizada para caracterizar os fenômenos, especialmente o mundo jurídico. Logo, os objetos que podem ser percebidos e conhecidos na experiência são classificados como *ideais, naturais e culturais*. Alguns, ainda, incluiriam os objetos *metafísicos*. Muito embora existam críticas a serem feitas a tal forma de ontologia fenomenológica, vale a sua exposição inicial para uma apreciação crítica *a posteriori*.

Por objetos naturais, físicos ou psíquicos, entendem-se aqueles que existem a partir de dados concretos, perceptíveis mediante uma observação de fatos e das emoções. Os átomos, por exemplo, seriam objetos naturais físicos; por outro lado, os sentimentos e emoções estariam qualificados como objetos naturais psíquicos. Há quem pense o direito como objeto natural. Pontes de Miranda²³, por exemplo, afirma que o direito é fruto do fenômeno da vida. Logo, Pontes não restringe o direito ao ser humano, o que leva a crer que pode surgir direito nas plantas, musgos, líquens, plânctons etc.

Já os objetos ideais seriam aqueles que existem pelo fato de serem pensados pela mente humana. Logo, não possuem existência corpórea, nem são percebidos como emoções, mas sim são criados pelo intelecto humano. Uma circunferência, por exemplo, não existe na experiência; apenas se estabelece uma representação gráfica de sua idéia formulada mentalmente. Os números

matemáticos não existem além da mente; todavia, a sua utilização se faz fundamental para a compreensão de certos fenômenos físicos e químicos.

Como exemplo de tentativa de observação do direito como objeto ideal, o positivismo normativista kelseniano é o mais significativo. Todavia, há divergências doutrinárias a respeito; para alguns, Kelsen não veria a norma como objeto ideal apenas. Porém, a vinculação do direito ao Estado seria uma forma de caracterizar tal direito como um objeto ideal, haja vista que a própria idéia de Estado é em si um produto da mente, em virtude de o Estado ser um ente abstrato, criado para regulamentar o direito e todo o direito. Kelsen, como expoente do normativismo, reduz o direito ao Estado e, conseqüentemente, às normas jurídicas, próprias do intelecto humano²⁴.

Por outro lado, os chamados objetos culturais²⁵ pressupõem a sua verificação empírica, ou seja, perceptível por meio dos órgãos dos sentidos. Além de ser um dado empírico, há sobre tal objeto uma carga valorativa para a concretização de sua essência. Assim, o direito como objeto cultural poderia ser enquadrado a partir da própria teoria tridimensional do direito, de autoria do Prof. Miguel Reale²⁶, bem como a partir da chamada teoria egológica do direito, de Carlos Cossio²⁷.

Uma análise da teoria tridimensional do direito e da teoria egológica do direito requer um estudo muito mais profundo, o que não é o nosso intuito neste trabalho. Vale ressaltar que, pela primeira teoria, o professor Reale observa a realidade jurídica a partir da observação dos fatos sociais e dos respectivos juízos de valor feitos em relação a eles. Por exemplo, a repugnância de certo modo generalizada que existe por certos atos e fatos, como o canibalismo.

Todavia, os elementos fato e valor, apesar de claramente perceptíveis no seio social, ainda não podem trazer conseqüências jurídicas, haja vista que, para tanto, há que existir mais um elemento, eminentemente

formal: a norma, mais especificamente a norma jurídica.

Assim, para que um determinado fato/ato seja considerado jurídico, ele deve estar consubstanciado no trinômio *fato/valor/norma*, especificamente a norma jurídica emanada ou tutelada pelo Estado.

Já a teoria egológica cossiana estabelece a conduta como centro do objeto do direito, ao contrário da teoria kelseniana, na qual o direito se resumiria à norma jurídica estatal. A própria teoria da norma jurídica em Cossio estabelece uma disjunção, na qual, ocorrendo a conduta lícita ou a ilícita, houve uma incidência normativa sem hierarquização entre elas (endonorma e perinorma). Já Kelsen estabelece, entre as normas secundária e primária, uma hierarquia, sendo o essencial para o direito a norma primária, e a secundária, um mero artifício lógico para se alcançar o verdadeiro objeto do direito: a norma, advinda do Estado, que prescreve a conduta ilícita e suas conseqüências. Assim, para Cossio, o objeto verdadeiro do direito seria a conduta normatizada, sendo a norma jurídica um mero instrumento formal para moldar e adequar condutas sociais, levando-se ao adágio segundo o qual toda conduta que não está juridicamente proibida está juridicamente permitida.

2.3. Análise crítica e novas formas de estudo

A forma de estudo da ontologia tal como colocada acima traz uma série de problemas. A divisão das chamadas ontologias regionais, na verdade, é apenas uma forma de demonstrar quais são os tipos de objetos que existem e quais são, entre eles, os que podem ser conhecidos. Muito embora tal forma de pensar ainda seja muito adotada no ensino de teoria do direito nas Faculdades brasileiras, ela, na verdade, nada esclarece. Afirmar que um objeto só pode ser conhecido em virtude do pensamento não traz em si nenhum caráter essencial a ele. Ou seja, o fato de o direito, para uns, ser um objeto natural, ideal ou cultural não dá a ele, em nenhuma dessas formas, uma essência

específica, apenas traça formas de conhecimentos distintos para o direito. Enfim, fica-se apenas no mero campo descritivo-fenomenológico, sem um aprofundamento da idéia de essência e de ontologia.

Claro que é extremamente tentador aos filósofos do direito efetuarem uma redução dos problemas essenciais do direito a tais categorias, o que, para eles, resolveria o problema da ontologia jurídica. Outros, de maneira distinta, buscam investigar se o direito pode ou não ser enquadrado em tais tipos de objetos, o que é, sem dúvida, uma indagação de maior monta.

Podemos dizer, então, que o estudo ontológico mais cultuado pelo direito é o que menos traça parâmetros para a fixação de uma ontologia jurídica, o que pode ser paradoxal, mas é o que de certo modo ocorre. Descontentes, pois, com essas “ontologias regionais”, a preocupação dos filósofos do direito passa a ser traçar novos rumos ao estudo do direito. A tarefa, agora, é buscar a fixação de dados ontológicos sem empregar o termo “ontologia” propriamente dito, mas sim mediante outras formas de investigação de problemas jurídicos, como o positivismo jurídico e o jusnaturalismo, como já faziam os antigos. A busca de dados *a priori*, assim, existe muito antes da fenomenologia de Husserl, a partir do estudo de problemas clássicos da filosofia, em especial da filosofia do direito.

3. “Ética da tolerância” e ontologia jurídica: caminhos possíveis

3.1. Ontologia na realidade jurídica subdesenvolvida

O problema da ontologia, além de ser um árduo ponto de discussão na filosofia, também possui uma importância fundamental na teoria do direito. A base teórica do direito é de fundamental importância para que se possam fazer análises diversificadas e conectadas a problemas sócio-jurídicos de extrema relevância nos dias de hoje.

Além do mais, os matizes ontológicos que nortearam a filosofia do direito sempre foram os mais variados. Tais pontos de análise buscam, cada qual ao seu modo, uma ontologia jurídica. Todavia, o problema está exatamente na necessidade ou não de uma ontologia no direito.

A teoria do garantismo jurídico, elaborada por Luigi Ferrajoli²⁸, busca unir ambas as perspectivas, a tradicional e a crítica, para buscar uma ontologia específica: a dos direitos fundamentais como base e conteúdo substancial de toda e qualquer forma de direito válido. Ferrajoli busca na teoria tradicional os conceitos de *validade* e de *elemento formal* do direito, este último extraído diretamente da teoria pura do direito. Das teorias críticas ao direito dogmático, entre as quais o direito alternativo, Ferrajoli busca uma fixação do direito não mais como forma (Kelsen), mas também com o seu elemento substancial, muito embora a idéia de legalidade está, para ele, intrínseca ao direito. Enfim, é uma tentativa de união de perspectivas a princípio opostas, com a finalidade de se traçar um paradigma ao direito. E, como toda ontologia é uma forma de se estabelecer paradigmas, o que se busca – mas não se alcança – é a fixação de uma ontologia jurídica a partir da junção dos elementos formal e substancial característicos do direito.

Ocorre que, na realidade subdesenvolvida, cada vez mais difícil fica a tarefa de se estabelecer uma ontologia. Se a fixação de conteúdo tem por objetivo a emancipação de direitos para alguns, ela também pode transformar o intérprete e o interessado pelo direito em um escravo de si mesmo e dos elementos ontológicos.

O chamado direito subdesenvolvido demonstra claramente uma complexidade social intensa. Além do surgimento da distinção entre o direito e as demais ordens normativas éticas, há uma enormidade de formas de solução de conflitos no meio social, quase sempre ocasionadas pela inércia do Estado em solucionar os conflitos

existentes no mundo social, cada vez mais intensos e sem soluções do direito oficial.

Logo, as formas não-oficiais de solução de problemas são hoje a regra de países subdesenvolvidos, o que faz com que existam mil formas distintas de direito em um mesmo espaço territorial, como bem estabelece Boaventura de Sousa Santos²⁹. Tal pluralidade jurídica nos faz ter em mente que as múltiplas possibilidades afastariam a idéia de uma ontologia jurídica nos países subdesenvolvidos, restando apenas uma abertura retórica para o fundamento de legitimidade das decisões a partir de uma estruturação competente do uso das palavras como formas de dominação.

Todavia, como bem explicita Adeodato, tal estrutura de pensamento, por criar um dado *a priori*, também seria uma forma de ontologia, mesmo que reconhecendo a pluralidade. Então, afirmar que não existe uma ontologia seria, paradoxalmente, uma ontologia, por ser um enunciado com pretensões de verdade inquestionável³⁰, assim como as leis e comandos estatais, por exemplo.

Não haveria, pois, espaço à ontologia? Talvez uma ética da tolerância possa ser uma forma de tentar conciliar perspectivas ontológicas e retóricas.

3.2. Por uma união entre perspectivas ontológicas e retóricas no direito: o problema da “ética da tolerância”

Como visto anteriormente, existe um problema grave na filosofia do direito em conciliar problemas de segurança e de justiça na caracterização do objeto *direito*. Tal problema está exatamente na tentativa de conciliar uma idéia de conteúdo ao direito, eminentemente na busca de uma ontologia, como propõe Cláudio Souto³¹, com a possibilidade de que esse conteúdo responda aos anseios sociais e às necessidades da coletividade, cada vez mais alheia ao processo de conquistas efetivas de direitos.

Todavia, fixar conteúdos, como já salientado nessas considerações finais, não estabelece uma possibilidade de mutação –

pois os dados colhidos seriam paradigmas fixos – e, por conseguinte, pode-se, com outro viés epistemológico, cometer os mesmos erros do positivismo exegético e do jusnaturalismo: a fixação de dogmas inquestionáveis como sendo o conteúdo do direito em si³². A tendência, ao que parece, não é o apego a maniqueísmos, mas sim à necessidade de uma pluralidade de possibilidades de uma ontologia jurídica, havendo a inter-relação entre a ontologia e a retórica.

Se se quer ainda falar em ontologia, não se pode mais fazê-lo na forma tradicional, ou seja, de imposição de verdades absolutas como o fundamento de legitimidade do direito e do poder. O que se propõe, então, é uma revisão do conceito de ontologia no direito; uma ontologia mutável, capaz de abarcar as diferenças existentes a partir dos fundamentos de argumentação traçados pelos conflitantes.

Tal postura, claro, prejudica a investigação do problema da segurança no direito, haja vista que, sem as normas jurídicas, estatais ou não, inexistem referenciais de aplicação do direito para resolver conflitos sociais. Mesmo que a admissão da pluralidade possa, para alguns, ser uma forma de abandono completo da ontologia, assim não pensamos, haja vista que os enunciados, em geral, buscam sempre manifestar uma idéia de verossimilhança do que se quer dizer, ou seja, de dados que busquem, por si sós, ser considerados verdadeiros. Por conseguinte, a oração “o direito deve assumir a pluralidade de possibilidades de sua determinação” é, também, uma ontologia, por buscar transmitir a verossimilhança do que foi informado³³. Enfim, há uma junção de perspectivas ontológicas e retóricas na caracterização do direito.

Como uma forma de coadunar os problemas gerados pela ontologia e efetuar sua respectiva junção com a retórica, Adeodato surge com a proposta de uma “ética da tolerância”, que busque exatamente respeitar a diversidade, servindo as normas do direito positivo como forma de auferir a segurança necessária ao direito e os espaços

argumentativos como claramente existentes em respeito à diversidade de formas de percepção do jurídico.

Enfim, a ética da tolerância seria uma maneira de não se fixar na ontologia generalizante dos jusnaturalismos e positivismos até então imperantes na filosofia do direito. O eixo da ontologia se modifica, criando espaços para as possibilidades de uso de estruturas retóricas para a solução dos conflitos. Ou seja, uma idéia de essência mutável, a partir de um referencial normativo preexistente, mas concatenado a problemas concretos que precisam ser solucionados, sendo o direito uma forma de resolver os problemas comuns existentes, os *topoi*. Daí o nome tópica, estabelecida no direito por Theodor Viehweg.

Todavia, a ética da tolerância enfrenta problemas de manipulação na mesma ordem sofrida pelo garantismo jurídico. Ou seja: a questão da manipulação das normas que funcionariam como ponto de partida. Mas o que se busca é a união do ponto de partida ao problema concreto, que pode ser solucionado de inúmeras maneiras possíveis. Mesmo assim, o espaço retórico permite que aquele que tem bom uso de sua persuasão faça prevalecer sua opinião, pouco importando o fato de ela ser ou não adequada a ideais democráticos ou a formas de inserção e conquistas de direitos sonogados.

Parece, pois, que o direito, realmente, não possui nenhum conteúdo específico. Não há como reduzir a complexidade do direito a palavras que especifiquem uma única e correta idéia do que ele vem a ser. Sendo assim, o espaço para a argumentação seria algo inexorável, ontológico, mesmo. Todavia, toda ontologia tem seus problemas, como salientamos *supra*. Estamos diante de mais uma aporia filosófica no direito. Existem possibilidades de reversão das aporias mencionadas?

3.3. Possibilidades de discussão para o futuro

A grande batalha do teórico do direito é enfrentar os problemas sugeridos acima. Temos plena convicção que, em um trabalho

dessa ordem, não poderíamos chegar a conclusões mais esclarecedoras do fenômeno jurídico, muito embora a intenção tenha sido a de fomentar o debate. E a discussão de temas tão inesgotáveis de perquirições e, por isso mesmo, longe de conclusões – que seriam uma forma de estabelecer ontologias – já é uma grande vitória para o aprimoramento intelectual daqueles que têm interesse pelo direito; um direito vivo, que porém nem sempre consegue mostrar a sua cara; um direito consagrador ou tolhedor de bens e liberdades; uma forma de conhecimento que existe desde que somos seres sociais.

A tentativa de expor as idéias em filosofia do direito já provoca inquietação e formas diversas de pensar. Que tenhamos, também, uma ética da tolerância com as formas divergentes de pensamento, que, mais do que contestar academicamente, colaboram para o engrandecimento do debate e para o aprofundamento de questões desde sempre debatidas pela filosofia e pelo direito.

Logo, os espaços sociais sempre trazem em si formas de direito. A imposição de modelos rígidos e que se legitimam por si sós pode, fatalmente, levar o direito a ser uma forma de dominação sem a preocupação com a diversidade, com a pluralidade e com a complexidade próprias do meio jurídico-social³⁴. Mas, como vimos, a pluralidade, por ser forma, também pode ser manipulada, mas que as possibilidades de argumentação existam. E, num Estado de Direito frágil como o do Brasil, a capacidade plena de argumentar já seria, como de fato é, uma grande vitória; não que tal conquista possa ser considerada o último estágio de aferições de direitos, mas sim o pontapé inicial para que possamos celebrar outras conquistas sociais. E o direito é um excelente aliado para almejar tais objetivos.

Notas

¹ Cf. GAOS, José: *Introducción a "El ser y el tiempo" de Martin Heidegger*. México : Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 19.

² Sobre a teoria dos tipos ideais, cf. WEBER, Max. *Economía y sociedad*: esbozo de una sociología comprensiva. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 7 e 16 s.

³ Em sentido contrário, cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 662-663, em que o autor faz uma análise do termo “ontologia” como uma expressão própria da idéia de uma metafísica como saber dos saberes, sendo um fundamento para todas as formas de ser e conhecer. Desenvolveremos tal tema no próximo capítulo.

⁴ Para uma análise de tal dicotomia, cf. ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito*: uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 8-16.

⁵ Para um aprofundamento da questão da legitimidade político-jurídica, cf. ADEODATO, João Maurício. *O problema da legitimidade: no Rastro do Pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989., especialmente nas p. 53 s.

⁶ Basta observar as estruturas de argumentação adotadas pelos teóricos do chamado “direito alternativo”. Para uma análise do tema, cf. MAIA, Alexandre da. “O movimento do direito alternativo e sua influência no poder judiciário da comarca do Recife. *Revista da OAB – Seccional de Pernambuco*. a. 32, n. 24. Recife: OAB-TS, 1997. p. 41-62.

⁷ O que, para Abbagnano, é uma forma de construção retórica. Cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia* n. 3, p. 856-857.

⁸ Sobre as teorias sistêmicas no direito, cf. STAMFORD, Artur. *A decisão judicial: dogmatismo e empirismo*. Recife: CPGD-UFPE (dissertação de mestrado), 1998, p. 20-76.

⁹ Tal busca de conteúdo a partir de métodos rigorosos de pesquisa está presente em quase todas as obras de Cláudio Souto. Cf., SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito: uma Alternativa de Modernidade*. Porto Alegre : Fabris, 1992. p. 75 s. Apesar da necessidade de tais métodos, reconhece Cláudio Souto que essas formas de fixação de conteúdo ainda são muito incipientes na Sociologia do Direito. Cf. tb., sobre as acepções do termo “ontologia”, REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 30 e 44-45.

¹⁰ Sobre o problema do direito dogmático, cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo : Atlas, 1994. p. 31-51 e 85-93.

¹¹ Cf., como exemplo, ROBLES MORCHÓN, Gregorio: “Introducción” in KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried (orgs.). *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Madrid : Debate, 1992. p. 14-17.

¹² ABBAGNANO, Nicola: *Dicionário de Filosofia* n. 3, p. 660. Em outro entendimento, cf. HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Rio de Janeiro : Tempo brasileiro, 1987. p. 33 s.

¹³ SCHELER, Max. *Visão filosófica do mundo*. São Paulo : Perspectiva, 1986. p. 8 e 14.

¹⁴ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia* n. 3, p. 661.

¹⁵ Para uma abordagem do problema do conhecimento no direito, cf. TEIXEIRA, João Paulo Allain. “A caracterização do objeto da ciência do direito e seu problema hermenêutico-decisório”. *Revista da ESMAPE*, v. 3, n. 7. Recife : ESPAPE, 1998, p. 405-428, especificamente nas p. 405-407.

¹⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. n. 9, p. 175-176.

¹⁷ Cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. n. 3, p. 661.

¹⁸ ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. n. 4, p. 8-16. Cf. tb. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília : UnB, 1980. p. 195-198

¹⁹ ADEODATO, João Maurício. “Modernidade e direito”. in *Revista da ESMAPE*, v. 2, n. 6, Recife : ESMAPE, 1997. p. 255-273.

²⁰ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. n. 3, p. 663.

²¹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. n. 9, p. 30 e 44-45.

²² COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1964. p. 54 s.

²³ MIRANDA, [Francisco Cavalcanti] Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. Rio de Janeiro : Borsoi, 1972. *passim*.

²⁴ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1985. p. 2-16.

²⁵ Para um conceito de cultura, cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. n. 9, p. 240 s.

²⁶ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*: situação atual. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 117-128.

²⁷ COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. n. 22, *passim*.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid : Trotta, 1998. p. 851 s.

²⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder*: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre : Fabris, 1998. p. 64 s. Cf. tb., do mesmo autor, *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo : Cortez, 1997. p. 235-280.

³⁰ ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito*: uma crítica à verdade na ética e na ciência. n. 4, p. 207.

³¹ SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito*: uma alternativa de modernidade. n. 9, p. 99-107.

³² Sobre os temas, cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: Técnica, decisão, dominação. n. 10, p. 170 s. Cf. tb. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 45 s.

³³ ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. n. 4, p. 208-213, quando trata da “inevitabilidade de uma ontologia”.

³⁴ Cf. CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Madrid : Trotta, 1998. p. 38-46, que afirma a falta de clareza dos postulados jurídicos em função da complexidade social circundante.