

## BENTO XVI E OS EDIFÍCIOS SEM JANELAS

Vicente de Paulo Barretto<sup>1</sup>

---

O discurso de Bento XVI no Parlamento alemão suscita alguns temas relevantes para a reflexão sobre os fundamentos do Estado e do Direito e, mais do que isto, aponta para um novo caminho a ser trilhado na construção do estado democrático de direito. Duas leituras significativas podem ser feitas desse discurso: a primeira refere-se à recuperação da questão da justiça, considerada como o cerne da ordem política e jurídica; a outra, que não se encontra explícita, mas está implícita no discurso, se constitui na necessidade de uma leitura ética das realidades sociais.

A ênfase dada por Bento XVI na questão da justiça resulta de uma pré-compreensão dessa idéia. Para que se possa visualizar a perspectiva em que se situa a ideia de justiça e suas vinculações com o Estado e o Direito, torna-se necessário distinguir entre os fundamentos e os princípios de uma ordem normativa. Parodiando-se Schopenhauer, pode-se afirmar que o princípio é a proposição primeira em que se funda uma ordem jurídica, ao passo que o fundamento é o porquê do Direito, a razão que estabelece a obrigação.

Por não diferenciar esses dois momentos é que o positivismo termina por ignorar a indagação básica da justiça. Substitui-se, assim, a busca dos fundamentos do Direito por um sistema de normas que tem princípios, frutos do voluntarismo, mas que passam ao largo da questão preliminar que permitiria a distinção, nas palavras de Bento XVI, “entre o bem e o mal, entre o verdadeiro direito e o direito apenas aparente”. Esses são os critérios que diante da pletora de leis – que obedecem a critérios outros que não os da justiça – permitem que se revele no sistema normativo a contrafação do Direito.

A cultura jurídica moderna debate-se em uma tensão particular: o empirismo constituiu-se no seu eixo epistemológico e produz crescentes exigências pragmáticas; na outra ponta, surgiram na sociedade e na cultura jurídica contemporânea, exigências crescentes de ordem moral. Os direitos humanos por consagrarem a última etapa de uma evolução que se inicia na ligação pré-cristã entre direito e filosofia, como conhecimento que possibilita a avaliação crítica do justo e do injusto, passando pelo Iluminismo, pelo estabelecimento do estado de direito e chegando, em nossos dias, à Declaração Universal dos Direitos Humanos,

---

<sup>1</sup>Livre-docente em Filosofia pela PUCRJ. Pós-doutor pela Maison des Sciences de L’Homme, Paris. Professor no Programa de Pós-graduação em Direito da UNESA e do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS. Decano da Escola de Direito da UNISINOS. Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pesquisador no Instituto Max Planck. Autor dos livros *O Fetiche dos Direitos Humanos* e outros temas, *As Máscaras do Poder, Ideologia e Política no Pensamento de José Bonifácio de Andrada e Silva*, *Evolução do Pensamento Político Brasileiro* e *O Liberalismo e a Constituição de 1988* e de artigos publicados em obras coletivas e em revistas nacionais e internacionais. Coordenador científico do *Dicionário de Filosofia do Direito* e do *Dicionário de Filosofia Política*. É consultor *ad hoc* da CAPES e do CNPQ na área de Direito e de Filosofia. Bolsista de Produtividade Científica do CNPQ.

representam essa conquista moral de direitos que perpassam todo o sistema jurídico.

O entendimento de que o Direito e o seu objetivo final, a distinção do justo e do injusto, será resolvido pelo critério do princípio majoritário não basta, afirma Bento XVI. Na verdade, defrontamo-nos com uma falácia reducionista, pois reduz uma questão moral, a determinação do justo e do injusto, a critérios contingentes, como o da maioria, ignorando-se o tema nuclear que se refere à dignidade do homem. Por essa razão, lembra com propriedade Bento XVI, a luta dos opositores ao regime nazista e aos demais estados autoritários legitimou-se ao afirmar que o Direito vigente nesses estados era injustiça.

A contribuição de Bento XVI torna-se relevante para a reflexão política e jurídica contemporânea, pois acentua como existe uma tensão entre dois tipos de concepção da ideia de justiça. De um lado, a concepção positivista, que Bento XVI qualifica como “uma parcela grandiosa do conhecimento humano e da capacidade humana”; e de outro, a concepção nascida do encontro entre o direito natural social e o direito romano, no século II a. C. O positivismo ao reduzir o justo à simples adequação ao sistema de leis positivas excluiu da reflexão jusfilosófica outros entendimentos e valores, fechando-se no culto exclusivo daquilo que é funcional, construindo, na linguagem de Bento XVI, um “edifício de concreto armado sem janelas”.

Esse edifício erigido em torno da razão é fechado, não permitindo que adentre o ar dos valores e das realidades e que este ar circule através da sua estrutura. Como então, e nisto consiste o desafio que se expressa no discurso do Papa, reencontrar o lugar da razão no sistema jurídico, sem que esta se torne irracional ou nefelibata. Bento XVII sugere que a chave para a abertura das janelas do edifício do positivismo encontra-se na superação do dualismo *ser e dever ser, natureza e razão*, constituindo ambas as fontes do Direito. Tanto uma, como outra, seriam frutos de um *Criator Spiritus*.

Para tanto se torna necessário situar a natureza numa perspectiva conceitual para além da concepção funcionalista, própria do positivismo. Trata-se, assim, de considerar a razão em relação com a natureza, que deixa de ser matéria disposta ao nosso alvitre, e faz com que o ser humano passe a ouvir “a linguagem da natureza e responder-lhe coerentemente”, como escreve Bento XVI. As descobertas de valores no mundo da natureza conforme vêm sendo pontuadas pelos diversos movimentos ecológicos, somente demonstra como ela, a natureza, tem a sua dignidade própria.

Com essa constatação, Bento XVI permite que se trate da temática da ecologia, especificamente, de “uma ecologia do homem”. Em outras palavras, reconhecer que o homem possui uma natureza própria a ser respeitada, pois o homem não é somente liberdade, na medida em que deve considerada a sua natureza como uma sua outra dimensão. A vontade, que se manifesta no espaço da liberdade, somente torna-se justa quando respeita a natureza do homem. A liberdade humana, portanto, encontra-se definida no âmbito da pessoa que é natureza e consciência, e estas não podem ser manipuladas impunemente.

O cerne do discurso de Bento XVI encontra-se na distinção entre natureza e razão, formulada no arquetípico dualismo positivista entre *ser e dever ser*. De forma percuciente, Bento XVI lembra como Hans Kelsen terminou por reconhecer a

armadilha intelectual, que criou para si mesmo, ao procurar trazer para o Direito o modelo das ciências da natureza, considerando as normas jurídicas como derivadas somente da vontade. Todas as normas seriam fruto de uma vontade; no caso do Direito, da vontade do legislador. No entanto, Kelsen termina por perguntar qual a vontade que determinaria as normas da natureza física. Num primeiro estágio afirma que “discutir sobre a verdade desta fé é absolutamente vão”; em consequência, essa indagação não respondida, fecha, por assim dizer, o ciclo do positivismo jurídico, em face dos desafios da sociedade e do estado contemporâneo. Kelsen, em um segundo momento, acaba por reduzir a questão da justiça à prosperidade da ciência, da verdade e da sinceridade, “é a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância” (Hans Kelsen. *O que é justiça?* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 25).

Esses valores precisamente por se encontrarem formulados de forma adjetiva retiram da reflexão jurídica os fundamentos morais, que não se vergam diante do empirismo, e que se definem como uma obrigação categórica, expressa nos direitos humanos. Os direitos humanos, entendidos como alicerces dessa aliança entre razão e natureza, exigem uma nova perspectiva na legislação e na jurisprudência. Como trazer para o mundo natural do direito ou para o reino da vontade esse novo entendimento de razão e natureza? A natureza não concebida de modo puramente funcional, mas dotada de valores intrínsecos? E a razão não como um manifesto de um *dever ser* abstrato, mas vinculada à própria natureza?

Bento XVI no discurso do Bundestag abre janelas no edifício de concreto armado sem janelas em que se transformou o positivismo jurídico. De sua leitura pode-se verificar como trazer para a atividade própria do Direito uma hermenêutica que sirva, precisamente, para abrir as janelas no edifício positivista. Trata-se da construção de uma hermenêutica crítica que partindo da facticidade permita desenhar uma ética da responsabilidade nos contextos complexos e plurais da sociedade contemporânea. A matéria dessa nova hermenêutica, que possibilite a leitura ética da Constituição e das leis, é formada pelos direitos humanos, circunscritos por Bento XVI como a ideia da igualdade perante a lei, da inviolabilidade da dignidade humana e da consciência da responsabilidade dos homens por suas ações. Talvez, incorporando-se essas questões ao nosso universo jurídico, se encontre o caminho para superar os diferentes impasses no estabelecimento de uma ordem política mais justa, livre, pluralista e solidária.