

O DIREITO (NÃO) É ISTO

Francisco de Assis e Silva

Advogado

Mestre em Filosofia

Doutorando em Direito pela PUC SP

Membro do IASP

Membro do IBDT

1 INTRODUÇÃO

1.1 Este artigo terá como base ou ponto de partida aquilo que lemos e pesquisamos sobre a vida e a obra de Hans Vaihinger¹ sobre a teoria das ficções e assumimos que a partir dessa obra iremos explicar, sem defender, nossa forma de pensar sobre o direito e sobre a filosofia.

1.2 Nesta esteira procuraremos traçar pontos de contato e compreensão dos temas percorridos na disciplina – Ordenamento e Sistema do Programa de Doutorado em Direito da PUC-SP – a partir de onde tentaremos demonstrar de forma bastante sintética um pouco do que encontramos no trabalho de pesquisa do que seria a base do pensamento de Hans Vaihinger sobre a forma de processamento do que ele denomina de “orgânico da psiquê”.

1.3 Iremos contextualizar esse conceito de pensamento em Hans Vaihinger com um pouco das ideias de outros filósofos, percorrendo um pouco de cada “estilhaço” de pensamento, desde a forma de manifestação do pensamento, com base nas críticas feitas por Pico della Mirandola ou mesmo um pouco de Bergson sobre intuição e memória, de Martin Heidegger, acerca daquilo que pode ser encontrado em sua obra sobre o papel da linguagem e do pensamento, e procurar de forma sempre singela, própria e direta demonstrar como os pontos se tocam e de que forma isso pode ser apreendido por nós na compreensão do mundo e absorção das ideias.

¹ VAIHINGER, Hans, *The Philosophy of 'As if'*, Translated by C. K. OGDEN, London 1.924

1.4 Posteriormente vamos correr o risco de fazer uma ligação de como essa ideia de pensamento pode tem algo a ver com o conceito de valores demonstrando como essa teoria foi percorrida pelo filósofo alemão, eis que dos autores estudados no primeiro semestre, alguns podem ser identificados por terem sido fontes de inspiração do seu trabalho sobre ficções. Isto porque, valores podem significar resultado de vontades e finalidades e por isso é que damos preferência a isso ou aquilo na hierarquia de valores.

1.5 Vamos sempre estar discorrendo sobre conceito de linguagem não como força criadora, mas sim como instrumento de representação do pensamento, para finalmente apontar esse entendimento para o campo do direito ou da filosofia do direito e do sistema jurídico. Ressaltamos com muita humildade e respeito as demais teorias, pois acreditamos em um direito que deve ser visto como função e não como poder, embora dele dependa para sua funcionalidade e no sistema como instrumento e nunca com vida em si. Isto para sermos fiel a teoria que adotamos criadora das ficções, segundo a qual nada acontece no movimento humano de conduta que não seja motivado pela vontade com vistas a uma finalidade e por isto, tudo o que há no meio, incluindo ai o sistema, é meio, instrumento e não possui vida em si mesmo.

1.6 Nessa esteira explicaremos nossa compreensão, a partir dos pontos de pesquisa e doutrina que adotamos, que o direito exerce um papel de finalidade a partir dos valores que são vontades e finalidades vinculadas ao processo de pensamento da humanidade e assim, por conseguinte de toda a coletividade em um tempo e um espaço.

2.1 Eis um caso: uma pessoa física, bem formada, educada nos mais importantes castelos educacionais europeus, fluente em quatro línguas, autoridade pública de segundo escalão, ou seja, pessoa capaz civil e economicamente, defronta-se com o seguinte problema: casado durante muitos anos resolve divorciar-se. Sem querer percorrer as agruras do “sistema bruto”² resolve em conjunto com a ex-esposa caminhar através de um divórcio consensual, no qual ficam consignadas as obrigações de cada qual, sendo que a Dele seria, entre outras, pagar uma pensão equivalente 30% do seu salário de subprocurador da república, que ele deveria depositar mensalmente na conta da “ex-amada”. Acordo firmado, homologado, trânsito em julgado.

2.2 Passam-se 20 anos, obrigação sempre cumprida. Ele arruma um segundo emprego, desta feita de professor de uma universidade. Como cidadão responsável por fazer que a nação inteira cumpra a lei, passa a acrescer ao depósito da pensão alimentícia mensal 30% do salário de seu novo emprego. Por via de consequência todos os valores pagos em pensão, são levados à dedução na sua Declaração de Imposto de Renda. A Receita Federal do Brasil glosa a segunda parcela da pensão, exclui da dedução, e exige do subprocurador o pagamento do imposto de renda devido em decorrência daquela exclusão, acrescido de multa, juros etc. Discussões para lá e para cá dentro da “brutalidade do sistema”, é vencido na via administrativa porque os julgadores entenderam que no acordo de homologação do divórcio que disciplinava a pensão, a *“linguagem apropriada dizia apenas que a pensão deveria ser paga a ex-amada na base de 30% do seu salário de procurador da república e que nesta linguagem não havia menção aos outros 30% do salário de professor”*. Como cidadão muito conhecido, procura a autoridade pública da Receita Federal, conta o caso na linguagem formal e na linguagem brejeira. A autoridade pública diz que aquilo era injusto porque se pagava pensão essa parcela deveria ser deduzida, todavia, haveria de concordar com a decisão da corte administrativa, pontificando o consolo com a seguinte frase: Caro Subprocurador Geral, ***O DIREITO É ASSIM.***

² Utilizamos a expressão “Sistema Bruto” para designar a dificuldade operacional, linguística, profissional, ética e moral dos aparelhos judiciários e das pessoas que em pequena maioria vendem uma dificuldade maior que a necessária para que o “cliente” do sistema alcance o objetivo de soluções na vida prática.

2.3 Não. O Direito não é assim. Ou o direito é assim? Chegamos a recordar Augusto dos Anjos porque sistema bruto na grande maioria das vezes *causa repugnância e sobe-nos a boca uma ânsia análoga àquela que escapa da boca de um cardíaco*³, justamente porque o sistema passa ter vida em si e a “linguagem competente” passa a merecer um nome menos sofisticado e grosseiro, a que nos censuramos repetir num trabalho acadêmico.

2.4 Como introduz Rafael Pandolfo, “*a experiência propiciada pelo laboratório da vida confere ao cientista o indispensável campo pragmático, sem o qual a teoria corre o risco de perder-se numa semântica estéril e desvinculada de um modelo (positivo) factível*”⁴. E neste sentido é que precisamos refletir numa caminhada com vistas a encontrar um campo onde a ciência não se perca em intrincadas perquirições que não resolvem porque na vida prática as coisas acabam sendo muito diferentes. Por mais eloquentes que sejam as pesquisas e o estudo do direito, dia a dia podemos proclamar em brados: Não. O direito não é assim. Então haverá algo errado com o que estudamos ou com o que praticamos?

2.5 Para que existe o direito? Isso está como questão proposta por Miguel Reale⁵ no prefácio da primeira edição do seu: Fundamentos do Direito, de 1940, pensado em 1939 e escrito em 1940. Isto por si só já revela um distanciamento de produção científica relevante no último século. Mas, já naquele momento Reale buscando o pensamento de Max Ernest Mayer⁶ para quem o conceito de direito *ecoava como um pássaro assustado para todos os cantos e não sossegava*, asseverava que não havia questão mais controvertida do que aquela: “*por quais motivos o direito obriga?*” Será que Obriga? O Direito talvez não obrigue a nada, e sim o pensamento e a vontade ligada a uma finalidade é que atribui a algumas condutas, certos valores e daí, prescrevem essas finalidades em forma de normas jurídicas para que representem a vontade, que deveria ser a vontade média dos povos.

³ Augusto dos Anjos – Eu e Outras Poesias – com um Estudo Sobre o Poeta, por Antonio Torres, 7ª. edição, Rio de Janeiro: Bedeschi, 1928. Pag. 59.

⁴ PANDOLFO, Rafael. Jurisdição Constitucional Tributária: Reflexos nos Processos Administrativo e Judicial – São Paulo: Noeses, 2012, pag. 3

⁵ Fundamentos do Direito, de 1940,

⁶ Pag XV

2.6 Ele mesmo aponta dois caminhos para irmos ao encontro com a resposta, se houver: um da filosofia jurídica, outro uma solução eminentemente formal para a solução do problema da existência do direito, ficando os outros motivos para a esteira do não jurídico ou mesmo da meta física.

2.7 Vale lembrar que essa obra de Reale foi uma abertura para a formação de sua teoria tridimensional, onde vai encontrar o valor como um dos pilares da doutrina jurídica ou do direito, melhor dizendo. O direito sempre vai implicar a ideia de fim, então o direito não pode ser tomado a partir de nenhuma outra forma a não ser da experiência, e isto sempre será coroado por uma motivação de finalidades e vontades, que se representam na nossa singela forma de ver através da atribuição de valores as condutas humanas. Ou seja, o direito estará sempre voltado a uma finalidade.

2.8 Mas antes de qualquer resposta é importante retomarmos aquela explicação de como funciona o pensamento humano a na forma fundamentada por Vaihinger, sem antes explicarmos algumas coisas importantes acerca do discurso jurídico em seu aspecto linguístico voltado para o laboratório da vida pragmática. Isto porque o papel do orador ou daquele que transforma em discurso pensamentos sobre determinada matéria, é de apresentar as coisas exatamente como elas são e para que servem e não como dizia Pico della Mirandola, o orador não pode transformar o discurso naquilo que ele quer que se torne porque o discurso do filósofo *“é descobrir a verdade e demonstra-la aos outros... se os filósofos decidissem se entregar às sutilezas verbais, teríamos a impressão de que estariam tentando seduzir os ouvintes com o esplendor e a beleza dos seus discursos em vez de tornarem a realidade por base”*⁷.

2.9 A principal crítica de Pico della Mirandola no século xv era referente a dificuldade que encontrava em discursos filosóficos cuja beleza da linguagem era o objetivo principal em desfavor da explicação da verdade. Na fazia sentido tentar desvendar a verdade apenas com chaves de ouro, o importante era desvendá-la, fosse com que tipo de chave usasse. Sua grande preocupação e pregação

⁷MIRANDOLA, Giovane Pico della. *Novos Ensaios*/ Editado por M. V. Dougherty; Tradução Getulio Schanoski Jr. São Paulo: Madras 2011. Pag. 36. Pico della Mirandola debate-se com os estudiosos da época que preferiam dar ao discurso filosófico uma beleza que segundo ele não levava a lugar algum.

era que os filósofos, especialmente aqueles que queriam entender Aristóteles, procuravam mais colocar palavras não escritas nos escritos de Aristóteles do que procurar compreender aquilo que efetivamente ele tentou dizer. O próprio Pico della Mirandola pregou que seria necessário abandonar-se a teoria da linguagem para que a ciência obtivesse um conhecimento mais abrangente sobre o objeto que procura investigar, e isso pode se justificar pelo já antecipado caráter limitador da linguagem que iremos encontrar em Vaihinger.

2.10 Isto tudo para estarmos alinhados no discurso sobre o que falamos. Quando mencionamos realidade aqui nessa monografia, estamos falando não a partir de um primado de linguagem própria, sofisticada deduzida a partir de conceitos lógicos científicos, metodológicos. Estamos falando da realidade que ocorre no dia a dia, na brutalidade do sistema, aquilo que ocorre nos tribunais, nos fóruns, nas juntas de conciliação e julgamento, que hoje chamam de Varas do Trabalho, nos cartórios, etc., porque quando fechamos o livro e saímos da academia vemos que o direito não é isso nem aquilo. Ele é “presença” para usar uma palavra de Martin Heidegger, quando se refere ao SER.

2.11 Vemos que o ser humano tem primeiramente necessidades que para serem atendidas. Para isto o cérebro funciona e provoca reações nesse sentido, ou seja, na direção de atender essas necessidades. A Vontade provoca uma reação no mecanismo orgânico da psiquê e o homem age para atingir as primeiras finalidades. Em busca disso ele cria objetos que qualifica suas atitudes de uma forma hierárquica que partira daquilo que é mais básico como sobrevivência e a propagação da espécie, até aos mais supérfluos. E para isso o ser humano cria artifícios quando se defronta com obstáculos. Esses artifícios nós vamos chamá-los aqui também de valores. São esses valores ou esses cortes que vão ajustando ou justificando comportamentos.

2.12 Alguns comportamentos são justificados ou poderíamos dizer sopesados a partir de uma ideia do pensamento humano. Da mais simples a mais agressiva das atitudes humanas há um peso e um valor para cada circunstância, sendo que em algumas delas, em face de determinadas vontades e necessidades, a guerra ou o genocídio poderiam ser compreendidas e absorvidas pelo homem desde que aquele que olhasse a atitude compreendesse a que vontade e a que finalidade aquela conduta

atendia. Então vamos inaugurar um parêntese para compreender o que falamos de Hans Vaihinger para que o discurso dessa monografia passe a ter mais sentido para algum aventureiro leitor.

3 Comprendendo um pouco sobre o pensamento a partir de Hans Vaihinger

3.1 Hans Vaihinger nasceu na Alemanha, em Nehren⁸, Wuttemberg, uma cidade próxima de Tübingen, no dia 25 de setembro do ano de 1852. Viveu 81 anos, vindo a falecer no ano de 1933. Vaihinger era filho de uma família muito religiosa. Afirma por suas próprias palavras, em sua Autobiografia dessa edição inglesa, seu ambiente familiar religioso “*I grew up in very religious atmosphere*”.⁹ Estudou teologia em Tübingen até tornar-se professor em Halle, onde lecionou até próximo de sua morte;

3.2 Naquela época, na Alemanha o ingresso no mundo filosófico ocorria com mais naturalidade que nos dias atuais. O filho iria estudar numa escola militar ou iria estudar na igreja, onde percorria os caminhos da teologia, filosofia, etc., naturalmente. E isso se repetiu com ele, onde os estudos regulares fincavam-se na leitura de textos sobre ética, lógica e psicologia. Por algum tempo considerou estudos em filosofia como insignificantes, se comparados as idéias revolucionárias que tinha. Ainda assim, sempre confessou uma grande reverência ao seu professor de Filosofia, por considerá-lo um homem “*of noble character and my feeling for him as a personality was one of absolute reverence*”¹⁰. Em 1905 publicou a obra “A Filosofia no Exame da

⁸ Durante o projeto de pesquisa do Mestrado em Filosofia Pura, tivemos oportunidade de visitar a Cidade onde Nasceu o Filósofo bem como a Faculdade onde estudou.

⁹ VAHINGER, Hans, *The Philosophy of 'As if'*, Translated by C. K OGDEN, London 1.924, p. XXXiii. “Eu cresci numa atmosfera muito religiosa”. Isto realmente pode ser observado. Era filho de religiosos, a sua casa ficava exatamente ao lado da Igreja onde todos os domingos havia os cultos e a interferência religiosa em sua vida era constante. Até os dias de hoje, a casa onde nasceu e viveu é coordenada pelo pastor da igreja.

¹⁰ P. XXIV – De nobre caráter e meu sentimento por ele foi de uma personalidade de absoluta reverência.

Licenciatura (*Philosophy in state examinations*¹¹) ele passou a afirmar que filosofia deveria apresentar princípios gerais sobre vários outros objetos, que surgem de outros campos do estudo e da vida. Vaihinger, então, encontrou, em 1870 o Professor K. A. Schmid¹², que lecionava para alunos mais avançados em aula extraclasse e onde havia muitas discussões acerca dos problemas do latim, de sintaxe e das análises das conjunções gramaticais e suas mais variadas utilizações. A dúvida sobre a conjunção “como se” ou “*As if*” “*als ob*” não chegou a ser estudada nessa época com o citado professor, porém o treinamento e as lições daquele professor lhe trouxeram, mais tarde, conhecimento suficiente para perceber que na formação gramatical “*As if*” – “como se” – havia uma significância lógica.

3.3 Os poemas de Schiller influenciaram sobremaneira Vaihinger, onde encontrava em alguns versos a inspiração para mais tarde fundar sua teoria das Ficções. Um dos versos que ele considera que lhe marcou de forma indelével foi: *In error only is there life, and knowledge must be death*¹³, ou seja, “no erro há vida e no conhecimento deve ser a morte”. Ele afirma que teve dificuldade de entender as ideias de Schiller, porém, afirma que a partir de seus poemas reconheceu a expressão *As if* como força de direcionamento da atividade estética e da intuição.

3.4 Após estudar teologia foi admitido como estudante de filosofia no Seminário Teológico pertencente à Universidade de Tübingen¹⁴, em 1870. Vaihinger percorreu de forma liberal os textos de filosofia antiga e depois Kant, posteriormente, Kant até Hegel, e depois dogmatismo desde Schleiermacher até as bases filosóficas da dogmática¹⁵. Afirma em sua obra que os estudantes eram encorajados a percorrer os

¹¹ Este era um trabalho pra exame de licenciatura em filosofia. A dissertação era um conselho para examinadores e candidatos, como uma contribuição a questão da pedagogia filosófica, conforme tradução direta do alemão.

¹² Segundo Hans Vaihinger, esse professor nomeou-se autor da grande Enciclopédia de Educação, que tinha vários volumes, p. XXV.

¹³ *Id.*, *Ibid.*, P. XXV.

¹⁴ Estudaram no mesmo local: Hegel, Hölderlin e Schelling. A maioria dos estudantes era filho de pastores luteranos e somente eram admitidos após rigoroso exame, os alunos garantiam direito à alimentação.

¹⁵ VAIHINGER, tradução de Johannes, p. 596 – Ele mesmo conta sua história de como nasceu sua intenção de criar uma teoria das ficções.

textos e procurar uma compreensão e um pensamento de forma livre e por si mesmo. Esse encorajamento deu-lhe o primeiro prêmio por um trabalho intitulado *Recente Theories of Consciousness*, ou seja, Recentes Teorias da Consciência.

3.5 Quem mais lhe impressionou foi Kant. Sua admiração o levou a comparar Kant com seu estimado professor de Filosofia, a quem dispensava admiração. Sobre Kant fez a seguinte afirmação: *In every respect He freed my mind, without fettering it*¹⁶. Kant era um Libertador e o impressionou muito acerca da descoberta das contradições existentes nos pensamentos humanos quando ele se envereda pelo mundo da metafísica, tendo a teoria das antinomias¹⁷. Não somente a questão da limitação do conhecimento humano, objeto da Crítica da Razão Pura, mas também o conceito de que a ação e a prática devem ser tomadas em primeiro plano.

3.6 Em outras palavras, o que Kant chamou de supremacia da razão prática, pareceu-lhe o seu grande começo. Isto porque essa supremacia da razão prática sobre o pensamento orgânico (que depois ele desenvolve com maestria incomparável) pode ter despertado Vaihinger para o seu conceito de FICÇÕES e de como o cérebro humano pode funcionar para driblar a razão pura e viver no mundo prático. Sua preocupação sempre foi com o que efetivamente acontece na vida prática e isso ele enxergou com mais clareza em Kant.

3.7 O que lhe impressionou também foi o pessimismo de Schopenhauer. Começou compreender o pessimismo pela leitura da obra *A Filosofia do Inconsciente* de Eduard Von Hartmann que, era a grande sensação daqueles tempos. Vai beber na fonte de Schopenhauer, em cujas leituras ele encontrou o pessimismo, o irracionalismo e o voluntarismo. Como nota de rodapé na Filosofia do *Como Se* afirma

¹⁶ P. XXVII – em todos os aspectos ele me libertava sem acorrentar-me.

¹⁷ Para Kant, a antinomia da razão pura é a utilização de ideias transcendentais para obter o conhecimento empírico sobre o cosmos.

que o pessimismo tornava-se estado de consciência fundamental. O pessimismo que desprendia da leitura que Vaihinger fazia de Schopenhauer fazia eco às suas próprias experiências sombrias. Ele viu com muita clareza e reproduziu em seus textos a ideia de que o homem toma os limites do seu próprio campo de visão como os limites do mundo, porque a visão do mundo estará sempre limitada por experiências ou observações limitadas. A visão do mundo deveria, mas acontece assim, incluir as coisas que não vemos nem a vontade que não foi experimentada e a partir daí toma-se os limites como campo de ação no mundo. Para Schopenhauer, ao contrario de Kant, o fenomênico e o numênico são realidades de um mesmo mundo. A vontade que ele tomou de Schopenhauer é aquela que ele definirá como uma energia pura que não tem direção ativa, mas, é responsável por tudo o que acontece no mundo dos fenômenos.

3.8 Vaihinger afirma que o pessimismo tornava-se estado de consciência fundamental que, para ele, era ainda mais próximo em face das experiências duras e sombrias pelas quais havia passado, e afirma que somente o pessimismo permitiu suportar a vida e deu-lhe força e ética para trabalhar por si mesmo e tentar ajudar os outros. Algum outro filósofo também atribuiu ao problema e ao sofrimento elementos de inspiração para o pensamento.

3.9 O pensamento é apenas um meio que liga a vontade de viver que se transforma em finalidade. Foi sua compreensão das ideias de Kant e Schopenhauer que se harmonizaram, para que ele vinculasse essa afirmação. De sua leitura de Kant ele compreende que o pensamento tem limites e se sujeita à experiência, porque nada poderá conhecer, além disso. O pensamento e o conhecimento seriam, então, apenas um meio para o cumprimento de certa finalidade. Mas, nossa compreensão é que ele avança nessa direção para que o cérebro supere esse limite, que ele chamaria de obstáculo intransponível.

3.10 Ou seja, se em busca do conhecimento ou de um fim específico, o pensamento vai encontrar desafios, então, deverá cuidar de criar situações para tornar possível a vida, e em sentido muito prático, já que como ele afirmou, a metafísica não

daria conta da solução. Ou seja, sem a ideia de artifício o pensamento estaria limitado tanto nas ideias de Kant quanto em Schopenhauer.

3.11 Em 1.911 publicou: *Part I: Basics Principles of The philosophy of 'As if'*¹⁸(1911). Nesse trabalho, Hans Vaihinger procurou desenvolver um sistema de ficções que chamava de “*As if*” que é utilizado em vários campos da ciência. Ou *filosofia do Como se*, segundo a qual, a mente possui problemas na busca e interpretação da verdade e, às vezes, a solução não parece possível. Vaihinger procurou um mecanismo para solucionar isto, por considerar também que em certos momentos não há qualquer perspectiva de resolver o problema da busca da verdade ou mesmo se importar sobre a existência ou não de Uma Verdade, e sim na solução da problemática colocada.

3.12 O pensamento pode funcionar a partir da utilização de ficções ou ideias que, aparentemente, são tidas como falsas. Na perspectiva de Kant, podemos tomar um exemplo como ideia de Deus, Imortalidade, Contrato Social. Alguns exemplos tomados, na época, eram pouco sensíveis como verdade, prótons, elétrons e ondas eletromagnéticas, que eram fenômenos nunca antes comprovados, mas a ciência os tomava, fingindo que eles existissem, utilizando-os como hipóteses para criação de novos e melhores conceitos e para o desenvolvimento da ciência. Ele afirmou categoricamente que não são para mostrar a realidade das coisas.

3.13 A partir de então ela assume seu pensamento ao afirmar que: “*o pensamento considerado sob o ponto de vista de uma função orgânica que opera de acordo com uma finalidade*¹⁹”. É isso ou essa afirmação que se torna importante no

¹⁸ O Título Original em Alemão era Philosophie des Als Ob, conforme prefácio do próprio Hans Vaihinger na edição inglesa de 1924.

¹⁹ VAHINGER, Hans e o texto do Como Se, Por Johannes Kretschmer, 2002, Volume I, pag. 40. Obs.: toda a pesquisa que realizamos na Obra de Hans Vaihinger nos últimos 20 anos iniciou-se e foi percorrida com o texto da Tradução Inglesa da Obra de Hans Vaihinger. Recentemente encontramos na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, uma tradução completa da Obra do Filósofo Alemão, feita pelo Professor Johannes Kretschmer, do departamento de línguas germânicas daquela universidade. A Tradução é feita a partir da obra original em alemão, **Die Philosophie des Als Ob**. O Tradutor explica que percorreu o texto original e acrescentou algumas

percurso dessa monografia, para compreendermos a partir da explicação dessa teoria de que nada acontecerá no pensamento que não seja derivado ou elaborado para cumprir uma finalidade. Nada. Absolutamente nada que não seja uma Vontade ligada a uma Finalidade faz o homem mover-se, e isso tudo a partir da função orgânica da psique. O pensamento é esta função orgânica. Assim, ver-se-á que essa função é uma atividade regular identificada como causa de todos os acontecimentos porque todos eles decorrem do pensamento portanto da questão orgânica.

3.14 Então, diante a pergunta, como veremos mais adiante na comparação, se pensamos aquilo que falamos ou se falamos aquilo que pensamos, qual seria então a resposta? Podemos dizer que sim, pensamos o que falamos, falamos o que pensamos, mas, nem sempre a fala é resultado do pensamento porque o pensamento ultrapassa os limites da fala. Vaihinger chega afirmar em sua teoria que grande parte do tempo que pensamos não sabemos o que pensamos, mas, que em todo o tempo que pensamos o fazemos com vistas a uma finalidade. Seria a mesma coisa que pensarmos o ser sem o ente ou o ente sem o ser. O pensamento, assim como o Ser se impõe, como afirma Heidegger. *“a tentativa de pensar o ser sem o ente impõe-se porque, de outra maneira, penso não haver possibilidade de abrirem-se propriamente os olhos para o ser daquilo que é ao redor do globo terrestre²⁰”*. E não parece perigoso reunir Heidegger e Vaihinger no mesmo raciocínio, porque se compreendermos o contexto político dos dois filósofos essa junção pode-se fazer necessária, porque Heidegger parecia estar ao mesmo serviço do Poder na época que proibiu que as idéias de Vaihinger fossem propagadas e que seus livros fossem pesquisados na mesma universidade. Mas, voltando ao ponto, mesmo que encontremos dificuldade para explicar a diferença entre o céu e o inferno criaremos mecanismos de ordem prática para que isso se torne possível, pouco importando a realidade.

notas e textos complementares para explicação da obra na língua portuguesa. Referida Tradução já está publicada no presente ano de 2012, pela Editora Argos.

²⁰ HEIDEGGER, Martin, Sobre a questão do pensamento, Tradução Ernildo Stein, Vozes, Petrópolis, 2009, pag. 8.

3.15 Provavelmente mais uma ideia pode ser trazida a este contexto, que é aquela da intuição de Bergson. Vejamos que são contemporâneos porém em dimensões políticas e regionais e de padrão social completamente opostos. Isto porque compreendemos de maneira incipiente que o primeiro ponto de contato com aquilo que se pode atribuir a Bergson e sua intuição vai ocorrer quando da afirmação de Vaihinger de que tanto no corpo ou mesmo nas funções psíquicas ocorrem adaptações com aquilo que o ambiente exige ou as circunstâncias na forma como se apresentarem, porque o funcionamento orgânico do cérebro levava em consideração os estímulos externos e influências recebidas por todas as maneiras, mesmo pela memória. E nessa altura ele já havia mencionado a ideia de intuição. A intuição e a memória de Bergson é a mesma conotação dada por Vaihinger para os efeitos daquilo que permanece geneticamente ou historicamente no pensamento e influencia o pensamento puro, seja pela memória, ou seja, pelos dados dos sentidos captados externamente.

3.16 A função orgânica vincula-se a uma utilidade buscada, pois a consciência humana não seria o cerne da origem do conhecimento, no velho estilo racionalista ou mesmo na filosofia do *a priori* de Kant. As necessidades humanas estariam na base da psiquê e isto é que impulsionaria o mínimo de conhecimento. Os *a priori* seriam fruto dessa condição da mente humana. Mais adiante, na sua Teoria do *Como Se*, ele chamaria, nas esteiras da obra de Schopenhauer, Vontade. Agrega-se à ideia de Vontade, as influências que ele teve na formação educacional das leituras de Herder.²¹ Para quem a vida e o espírito evoluem desde os primórdios de acordo com as leis da natureza da qual o homem emerge gradualmente.

3.17 A produção de pensamento recebe influências também externas. Claro que para o propósito deste trabalho e pelo que já vimos de linguagem e da filosofia da linguagem, podemos dizer que essas influências externas obviamente ocorrem através da linguagem. Ou seja, nas apercepções externas o equipamento da linguagem pode ser importante. São os estímulos que Vaihinger denominou para essas influências externas: enfim, tudo aquilo que está externamente ao cérebro humano,

²¹ J. G. v. Herder, *Ideen zur Geschichte der Menschheit*, 1784 – 1791, Herder Books e as Ideias sobre a história da Humanidade.

ampliando seu pensamento e evitando a simplificação ou reducionismo. Vamos adicionar outro elemento importante que é importado da ideia de Richard Avenários que é a lei do menor esforço²². Há uma concordância com esse ponto em Vaihinger porque entende que o cérebro opta pelo menor gasto de energia. Para ele, a filosofia era pensamento do mundo e, ao imitar a natureza, teria, também, que ser uma economia inteligente de energia. Segundo esse princípio, absorvido pela Filosofia do *Como Se*, o próprio movimento de representação vai mudar de acordo com as exigências de uma utilidade. A cada utilidade tem-se uma espécie de representação e de energia. E por todo esse modo é que o pensamento foi visto por ele como uma função orgânica. Sempre que pensamos procuramos, dentro da função orgânica fazer tudo que uma finalidade exige para que se perca o mínimo de energia e daí surge a ideia do pensamento dar contornos e criar artifícios para que não perca energia, no sentido pratico mesmo da vida, em busca de soluções intermináveis.

3.18 Ele não despreza o processo lógico, que ocorre e se desenvolve além, depois, como vínculo evolutivo da função orgânica. Mas esse procedimento lógico estará sempre vinculado aos mecanismos orgânicos de criação. Aqui ele já introduz a ideia de conceito lógico do pensamento, mas que se utiliza de mecanismos orgânicos existentes na própria estrutura da criação. Todo o acontecimento do qual deriva o pensamento estará vinculado a um sistema psíquico que responde a estímulos de acordo com uma vontade que se transforma em finalidade. Mesmo no processo lógico, que aparece depois da arte do pensamento, não é possível admitir um pensamento pensado, sem que façamos fora da ideia de vontade e finalidade.

3.19 Daí, para compreendermos as ficções basta recordarmos que o ato de pensar inicia-se a partir de uma finalidade que é servir a vontade e que a partir das sensações o organismo de pensar processa e defere uma conclusão contundente. E nesse caminho de pensar pode-se utilizar a arte ou dos artifícios. O produto dos artifícios do pensamento são conceitos de arte. A passagem de tudo isso para as ficções

²² Cf. Avenarius, *Philosophie als Denken der Welt Gemass dem Prinzip des Kleinsten Kraftmasses*, citação apresentada por Johannes em sua tradução, acrescentada a partir da obra original.

inicia-se com a substituição de determinadas expressões lidas até aqui por expressões do tipo *atividade fictícia da função lógica* cujo produto seria as *ficções*. Enquanto o produto da função orgânica é uma conclusão lógica, o produto dos artifícios do pensamento seriam as ficções. Então o pensamento sem obstáculos deriva uma conclusão artificial ou mesmo lógica, quando encontra o obstáculo o pensamento reage e produz a partir do que chamamos de artifício, as ficções.

3.20 A alma produz uma atividade fictícia. E esta atividade fictícia se mostra através manifestações de forças psíquicas, da qual derivam as ficções, que seriam as formulações psíquicas. Se o pensamento é uma função da psiquê, e o resultado dessas forças e atividades são transformadas em ficções, quando para se processar o pensamento utiliza-se de métodos não diretos. A atividade da alma toma parte de meios auxiliares, provocados pela necessidade e inspiração de vem do exterior. Essa inspiração irá provocar uma atividade criativa do pensamento ou da alma²³.

3.21 A consciência é despertada por uma necessidade e uma contradição. A necessidade e a dor, que provocam a evolução do espírito resultando, portanto no despertar da consciência e desse trabalho todo se tem o produto chamado de ficção.

3.22 Então o aparecimento do conceito de ficção será pela primeira vez demonstrado como sendo: “*a produção e o emprego de métodos lógicos que procuram alcançar as finalidades do pensamento mediante conceitos auxiliares*”²⁴. O Pensamento vai se deparar com certos obstáculos cuja ultrapassagem não pode ser feita, seja por falta de conteúdo seja por falta de um mecanismo específico, então, ele não para, ele irá percorrer alguns desvios e alguns caminhos para o fim de realizar atividades não previstas e então chegar ao ponto que a vontade busca através de, como visto, mecanismos auxiliares.

²³ Vaihinger passa não mais chamar somente de pensamento como utiliza-se também da palavra Alma para dar a entender a mesma coisa que seria o pensamento ou o cérebro humano.

²⁴ Pág 60

3.23 O alcance das finalidades do pensamento decorre da insatisfação com o material que é dado e a partir de então o pensamento introduz outras formas de híbridas de driblar as dificuldades realizando ao final uma atividade ficcional desde coisas mais simples até encontrar atividades mais complexas cuja insatisfação exija, pela finalidade, uma conclusão. A atividade *ficcional é o drible na dificuldade* de na impossibilidade ou contradições e obstáculos encontrados pelo pensamento, tudo em face de uma finalidade. Então, para o que pretendemos percorrer nesse trabalho o importante é entendermos que as ficções derivam de uma atividade pura do pensamento que antecede os processos lógicos e que não são fruto de uma atividade externa, e que isso não depende exclusivamente daquilo que pré-existe.

3.24 As ficções seriam resultado de artifícios do pensamento orgânico, que se mostram ao mudo fenomênico ou se concretizam em expressões linguísticas – atos de fala – mas, que não se confundem com isso, porque a filosofia do “*Como se*” não pode se confundir com a Teoria dos Atos de Fala²⁵, de onde surge a afirmação clara de que a linguagem cria realidade, porque a ficção não está vinculada a criação ou não da realidade. Ela será o caminho pelo qual vamos estabelecer uma solução e não necessariamente nos conectarmos a realidade nem a constituímos através da linguagem. Não existe força criadora nas ficções como se vê na teoria da linguagem e na teoria dos atos de fala. Podemos afirmar, a partir da teoria das ficções, que a linguagem pode ser considerada como limitadora, enquanto as ficções que a antecede têm o propósito de libertar para resolver, sem limitar. A linguagem limita e esse limite é o obstáculo que o

²⁵ CARVALHO, Cristiano, 1.968, Ficcões jurídicas no Direito Tributário, São Paulo, Noeses. Segundo O professor Cristiano Carvalho, A expressão Teoria dos Atos de Fala, foi cunhada pela primeira vez por John L. Austin, sendo que sua principal obra é póstuma, reunindo seis conferências ministradas em Oxford, publicada sob o título *How to do things with words* (Boston: Harward Universitt Press). Pag. XXIX. Obs: utilizamos este autor para definir, no contexto do campo onde pretendemos enveredar nossa pesquisa para conceituar o que seja “atos de fala” sem, todavia comprometermo-nos com sua afirmação de que ela cria realidade, visto que em sua obra, embora trate das ficções na forma de Vaihinger afirma a partir disso e vincula a ficção como ato de fala criadora de realidade, quando o que pretendemos demonstrar é que a ficção Vaihingeriana não afirma dessa forma ao separar-se categoricamente da idéia de realidade ou não realidade, de verdade ou não verdade. Ou seja, isso não é levado em consideração a não ser a solução de um problema em face da verdade. Pretendemos deixar isso de forma bem separada neste trabalho.

cérebro encontra. O ponto será demonstrar que a partir de uma forma de pensamento voluntário ou involuntário, a solução de um problema no seu sentido mais pragmático da expressão utilizar-se-á da linguagem para se materializar. Linguagem é a representação das ficções e é importante separar isso bem, para que depois o objeto de estudo fique claro quando falarmos da função do direito pela linguagem e não a partir da linguagem.

3.25 Importante ressaltar, o que aparentemente pode parecer um problema, ou seja, há dificuldades em demonstrar que apesar do direito ser um sistema comunicacional cujos componentes podem ser atos de fala, o conjunto teórico a ser aqui apresentado, explicará que a investigação percorrida demonstra a possibilidade dos atos de fala não constituírem nada mais que resultados de vontades manifestadas através de seu escravo mor, o “pensamento”. Não criam, representam. Utilizando-se o exemplo da moeda, cuja realidade pouco importa ao seu desiderato final, é importante que os seres humanos tenham vontade de resolver o problema de trocas entre si, e acreditem nisso e atribuam certo valor a esse objeto chamado dinheiro²⁶, então será a vontade que se utilizará do pensamento para criar uma das ficções mais conhecidas que é a moeda.

3.26 Cada pessoa tem seus pensamentos e suas finalidades, cada finalidade provoca um impulso da vontade²⁷ que mais tarde compreenderemos tratar-se de *INTENCIONALIDADE* que é a causa de todas as ações humanas. Sendo que na maioria das vezes agimos de acordo com uma intencionalidade, então, agimos frente a alguém cujas características se assemelham. Então, sem adentrar para as teorias que tratam das relações humanas ou de uma sociedade comunicacional – Habermas – podemos compreender e concluir com facilidade que o resultado de pensamentos, finalidades, intencionalidades e relações levam a convivência humana a um nível de exigências éticas, comportamentais, regras enfim, de um Direito. E em algum momento, nem o pensamento, muito menos a linguagem será capaz de outorgar-nos uma solução para o caso concreto, da vida mundana.

²⁶ CARVALHO, Cristiano, Pág. 40.

²⁷ Vontade e Intencionalidade têm significados diferentes na língua alemã, sendo a Finalidade algo inconsciente enquanto a vontade é algo consciente que se vincula ao movimento de liberdade de agir. Muitos livros que tratam do tema não diferenciam vontade de intencionalidade.

4.1 O direito funciona na forma de apreensão de objetos culturais, que se apresentam como a síntese do dever ser. Nesta esteira de compreensão ele vai ajustar ou punir ações em confronto com intencionalidades, relações, finalidades, individualidades. Põe-se em dúvida o quanto direito regula ou pune. Dependendo da escola referente o direito terá o caráter de punição, já que o que regula condutas são intencionalidades e no desvio da regra do dever ser é que o direito atua. Antes disto, não estamos muito certos se poderíamos encontrar um direito, exceto se admitirmos uma intencionalidade universal. Esses objetos nada mais são que a razão de ser da conduta, ou como melhor definida por Miguel Reale, são valores²⁸. E nessa esteira de compreender que esses objetos culturais são utilizados pelo homem como uma forma de alcançar um determinado fim, como bem exposto pelo Professor Paulo Barros Carvalho seria também na forma que tentamos explicar a vontade que vai atuar para atingir uma finalidade. Veja que isso é sopesar atitudes a partir da compreensão da finalidade e intencionalidade que a provocou.

4.2 Ou seja, o ser humano toma sua intencionalidade e para atingir uma finalidade cria objetos culturais, que nesse estudo são chamados de valores cujo propósito é atingir um fim. Nesta esteira, a CAUSA não estaria necessariamente no começo, podendo localizar-se no fim da conduta, mas, isto é tema para outra discussão. O direito funciona e existe para que os requisitos dos próprios objetos culturais sejam atingidos. Então a resposta a pergunta trazida por Reale poderia ser de forma menos sofisticada de que o direito obriga porque criamos um mecanismo de fazer com que os requisitos dos objetos culturais, ou a vontade para atingir uma finalidade seja possibilitada ainda que seja pela coerção. O direito é um mecanismo de atendimento de uma finalidade.

²⁸CARVALHO, Paulo de Barros, Direito Tributário, linguagem e método, São Paulo, Noeses, 2008, Pág.174

4.3 Em toda configuração jurídica ha um dado valorativo, ou melhor, explicando onde dissermos que ha direito em funcionamento estará sempre presente um elemento axiológico, o que nos autoriza fazer uma ligação com elemento da vontade de Hans Vaihinger. Nada faz o homem se movimentar mais, nada movimenta mais o mundo do que a vontade dos homens. Isso é fato verificável pela simples observação do que acontece no dia a dia.

4.4 Conforme ensinado por Paulo de Barros Carvalho a ciência do direito necessita ter "*uma hipótese limite, sobre a qual possa incidir suas estruturas*"²⁹. O direito não consegue abranger todas as circunstancias e assim para que sua funcionalidade seja factível no mundo das realidades e das relações jurídicas, é preciso fazer um corte ou tomar uma hipótese ou utilizar uma ficção, um *Como Se* para que a partir desse corte o direito seja possível.

4.5 Se não fizermos esse corte, estaremos sempre diante do "*regressus ad infinitum*" ou discursividade, como imagem da imagem que nunca se acaba. E preciso cortar. É preciso entender a partir de um artifício como as coisas devem ou podem funcionar no mundo das realidades brutas. Foi a partir da ideia da Norma Hipotética fundamental, forma encontrada por Kelsen para dar sustentação a ciência do direito, ou poderíamos afirmar até para o que entendemos como Sistema e Ordenamento. Foi nesse momento que Kelsen levou novamente o direito ao encontro da teoria das ficções porque foi o próprio Hans Kelsen que a fundamentou em Hans Vaihinger ao dizer que tomava a norma fundamental como uma verdadeira ficção.

4.6 Hans Kelsen partiria da definição das Normas Jurídicas na forma de Pirâmide, onde acima de todas as normas estaria a algo que legitimaria todo o ordenamento, que não é a mesma coisa que Constituição Federal, mas sim, algo superior, uma norma acima de todas as normas, identificada por Ele como Norma Hipotética Fundamental, que não necessariamente seria um norma escrita. Acima dela, poderia haver um direito que dirimia e mitigava todas as questões a partir da natureza de convivência dos homens. Ao conceituar a norma fundamental, assim sendo uma norma definitiva que irá dar fundamento de validade e legitimidade do ordenamento jurídico.

²⁹ Pag. 214

Ele passou a enxergar essa norma como uma norma fictícia ou um mero ato de vontade também fictício, ou

“uma autêntica ou verdadeira ficção no sentido da filosofia do Como-Se Vaihingeriana.... (sic) Por conseguinte, é de se considerar que a norma fundamental no sentido da Filosofia do Como-Se Vaihingeriana não é uma hipótese – como eu mesmo ocasionalmente a qualifiquei – e sim uma ficção que se diferencia de uma hipótese pelo fato de que ela é acompanhada pela consciência, ou digo, deve ser acompanhada; pelo fato de que a realidade não lhe corresponde”³⁰

4.7 Perguntado sobre esta existência de um direito fundamental acima de todas as normas, inclusive sua norma fundamental, Kelsen responde que preferia pensar como Kant a partir da Filosofia do “*Como Se*” agindo “*Como Se*” direito existisse. Kelsen cita que quando Kant foi questionado sobre a existência de Deus, ele simplesmente respondeu que a discussão sobre a existência de Deus não produzia frutos ao conhecimento humano e o problema não estava na discussão de sua existência e então, na sua forma de raciocinar preferia pensar, *Como Se* Deus existisse. Assim, da mesma forma, a expressão foi resgatada por Vaihinger e, por conseguinte Kelsen o repete agindo “*como se*” existisse uma Norma Hipotética Fundamental.

4.8 Então a expressão “*As if*” ou “*Como se*” na tradição mais usual, é uma forma de mental de racionalizar um conceito a partir de uma definição sem perquirir sua existência no ambiente empírico, especialmente quando esta definição não transita no mundo físico. Ninguém se põe a discutir a existência da norma fundamental ou não, é necessário que para assumir um elemento de validade de todas as normas, pense-me Como Se exista uma norma hipotética fundamental. Utiliza-se o mecanismo de artifício mental de corte para dizer, se existe ou não existe não nos importa. Tomamos a norma fundamental Como Se ela existisse. A teoria das ficções não se perde em um discurso histórico de discussão sobre a validade, existência ou inexistência disso ou daquilo, especialmente para o direito, naquilo que mais tarde Vaihinger vai

³⁰ KELSEN, Hans, 1.881 – 1973, Teoria Geral das Normas. Tradução de José Florentino Duarte, Porto Alegre, Fabris, 1.986, Pag. VIII e IX

chamar de Ficções Jurídicas, o que importa é a solução que se dá ao caso em concreto para o atendimento a uma finalidade. Se for necessário que haja um fundamento de validade, ao invés de o pensamento rodar em círculos sem fim, vivo Como Se Deus existisse e olho o direito Como Se existisse uma norma que fundamenta todas as outras e está acima de todas as outras e dá contornos de funcionalidade e validade a todo o ordenamento.

4.9 Podemos dizer ainda a partir dessa explicação que essa a Norma Hipotética³¹ fundamental não se explica, é um valor, uma ideia uma ficção. É como se encontra na própria doutrina do Professor Paulo de Barros Carvalho: "*fruto do artifício do pensamento humano e a filosofia do direito a tem como pressuposto gnosiológico do conhecimento jurídico*"³²". Isto para comprovar e tomar a rédea do assunto que na obra do professor citado, há muito sobre ficções.

4.10 Até aqui, o importante nessa explicação é repisar que há um fato concreto citado, uma explicação superficial sobre ficções e uma apresentação de Hans Vaihinger para, não fundamentar nem justificar, mas, apenas para explicar porque entendemos que o direito tem uma função para atender uma finalidade. Percebemos também durante o primeiro semestre que essa ideia pode ser explicada, *mutatis mutandis* dentro do próprio construtivismo lógico semântico, que sem a interpretação, sem o valor e seus atributos não se constrói verdade somente com a linguagem posta, porque sempre haverá algo além da linguagem, fruto do pensamento fincado na vontade a na finalidade.

³¹ Mais tarde, em uma discussão mais madura, tanto Kelsen como outros filósofos do direito vão tentar compreender que ela não é hipotética, porque para ser equivalente a uma ficção não poderia ser hipotética, porque há uma distinção entre hipótese e ficção, porque a hipótese, leva em consideração a possibilidade de existência enquanto a ficção não se prende a isto, não importa a existência, porém, se existir, aquele artifício ou aquela ideia passa a ser uma hipótese.

³² Pag. 215

5.1 Já vimos que O Professor Paulo inicia sua obra “Direito Tributário Linguagem e Método” mostrando que sua criação deu-se de forma de uma sequencia natural, articulativa decorrente de anos de pesquisa e pensamento, afirmando desde início que o Direito Tributário esta penetrado por incursões reiteradas ao universo da linguagem, “*que tomo aqui como constitutiva da realidade*³³”. Foi nesse ponto que nos inspiramos neste pequeno artigo na tentativa de compreender, e se compreendido explicar, o que uma coisa tem a ver com a teoria das ficções. Foi porque naquela afirmação é que provavelmente residirá nosso maior desafio de compreender em que circunstâncias a linguagem é constituidora ou não da realidade em paralelo com nossa tese de doutorado, onde tentaremos demonstrar, a partir da teoria das ficções exatamente em sentido não diferente, mas, divergente do ponto de chegada entre linguagem e realidade.

5.2 Há uma coerência de entendimento de que é necessária uma uniformidade na apreciação do objeto e uma rigorosa demarcação do campo sobre o qual se pretende conhecer. Percebemos o mundo através do campo das sensações, e o que vemos nem sempre é recolhido pela linguagem e aquilo que não é recolhido pela linguagem não ingressa no plano por nós chamados de realidade. Pois bem, isso pode valer para aquilo que percebemos pelos sentidos. O próprio Kant nos parece muito claro quando afirma que não haveria dúvidas que todo nosso conhecimento começa com a experiência, mas, que nem por isso todo ele se originaria da experiência. Isto está muito claro nas primeiras linhas da crítica da razão pura. O próprio Hans Vaihinger passou muito tempo de sua vida tentando explicar em 1180 páginas o que significava isso para Kant, ou seja, se existiria pensamento fora da experiência ou não, se haveriam pensamentos puros ou não, se haveria a ideia pura ou não, mas, Kant chega admitir que nosso próprio conhecimento da experiência seja um composto de impressões daquilo que nossa própria faculdade nos proporciona.

³³ XXIII

5.3 Em Vaihinger a linguagem é incapaz de constituir a realidade e sim é sua representação, posterior ao mundo das sensações. Mas, é necessário reduzir o objeto de suas complexidades para que seja possível o conhecimento. Isso se chamaria de processo reducionista do objeto sem o que o conhecimento é impossível e essa redução para que seja transformada em conhecimento, ou seja, representada para o mundo da experiência, pode então se dar através da linguagem.

5.4 Na mesma obra o Professor Paulo Barros Carvalho, mencionara a palavra “intencionalidade” em duas oportunidades, sendo a primeira, para afirmar que é ela (segundo Hurssel) que caracteriza a consciência de modo significativo e em outra oportunidade para expressar que a intencionalidade é aquilo que caracteriza a consciência no sentido forte, e que justifica ao mesmo tempo designar todo o fluxo do vivido com o fluxo da consciência. Percebemos mais tarde que poderemos relacionar isso com a ideia de Vontade em Hans Vaihinger e Intencionalidade em Nietzsche, porque para Vaihinger é a Vontade ligada a uma finalidade que vai provocar todo o fluxo do pensamento. Já a consciência, será direta ou espontânea e indireta e reflexiva, e a quatro ângulos fundamentais: psicológico (fluxo temporal), ético e moral (ser pessoa), feição política (cidadão), teoria do conhecimento (ser cognoscente);

5.5 Conhecimento pode ocorrer através das várias formas de consciência: percepção, sensação, lembrança, emoções, imaginação, vontade, pensamento, sonhos etc, havendo sempre meios mais eficazes de absorção. Imaginação e vontade, não necessariamente estão ligadas a linguagem dependendo da teoria que se adote sobre a representação. Vale lembrar que alguns filósofos já trataram do problema do fenômeno e da representação, que sempre foi uma oposição clássica na produção do conhecimento, ou seja, sujeito de um lado e objeto de outro. Para Bergson não há essa oposição. Pois ele resolve a coisa de outro jeito. Em Bergson há algo que não é pensamento que existe na consciência antes do pensamento; essa coisa é o fenômeno-imagem. Dessa imagem o pensamento é a operação que fazemos em destacar pontos dessa imagem que já está na nossa cabeça. Cada qual destaca aquilo que precisa para

sobreviver, ou seja, aparece uma questão da intenção da subjetividade. *"É na especificidade do corpo vivo, portanto, nas exigências próprias da vida, que se enraíza a possibilidade da percepção"*³⁴.

5.7 Já na percepção existe um *quantum* de conhecimento, mas, torna-se efetivamente conhecimento quando o conteúdo torna-se alvo de modalidade do pensamento. Na medida em que conseguimos emitir um juízo nos aproximamos cada vez mais do objeto a ser conhecido. Conhecimento é tornar o objeto representado através de um juízo, que ocorre mediante a linguagem, ou melhor, explicando através da linguagem. Há quem diga que somente pensamos por símbolos ou por linguagem, como o próprio Bergson ou mesmo outros tantos que acreditam não haver nada fora da linguagem ou nada fora do texto como preferia Jacques Derrida. Isto ocorre em três dimensões ou instâncias, que é a do Sujeito, do Objeto e a Representação que dele faço, e quando mais próximo meu juízo de representação sobre o objeto mais eu posso dizer o quanto é o meu conhecimento. Objetos nascem com o discurso e não seriam precedentes dos atos de fala, porque seria o discurso que daria condição ao objeto. Em nosso caminhar teórico pensamos de forma diferente porque, aquilo que provem da experiência é descrito em nosso cérebro através do signos ou através da linguagem e damos forma a isso a partir da linguagem, já aquilo que nasce fora no nosso campo de experiência trazemos para o mundo das demonstrações e das representações através da linguagem. **Através dela e não criado por ela.** O ser humano é o centro a partir do qual o objeto é considerado, sendo ele mesmo um objeto natural, e na sua mente depositam os objetos naturais na forma de figuras ideais, que são originadas pelos sentidos ou tomadas a partir das idéias puras da razão antecedentes a qualquer objeto já conhecido pela linguagem, e o que dá força criadora a linguagem, se assim for é o pensamento e não a própria linguagem.

5.8 Muito já se disse sobre linguagem. Jacques Derrida acreditava que nada existia fora do texto. Roland Barthes afirmava que a linguagem era uma pele. E que a linguagem agiria sobre o "outro" como se fosse uma pele. Emmanuel Levinas

³⁴ Renold BARBARAS. p. 47. O problema da percepção. In: Magazine Littéraire. n. 386 abril de 2000).

acreditava que a razão vivia na linguagem. Bergson discorria que sempre que pensamos ou sonhamos o fazemos a partir da linguagem porque não haveria outra forma de conhecer o mundo. Outro como Willard Van Orman Quine afirmava que a linguagem dependendo da forma como era utilizada na sociedade tornava-se significativa e concluía que a linguagem era uma arte social³⁵.

5.9 Porém quem colocou a pimenta calorosa no tema (e há os que gostam e os que não gostam de pimenta) foi Ludwig Wittgenstein, através do seu *Tractatus lógico-philofophicus*, que legitimou a profundidade do movimento afirmando-se em frase que resumida que “*os limites da linguagem são os limites do mundo*”. A partir daí, tem-se o nascimento da filosofia da linguagem, com o advento do giro linguístico. Tudo isto embora haja alguns séculos Pico della Mirandola tenha pregado o abandono a teoria da linguagem para que se pudesse avançar mais em termos científicos, colocando outra pimenta no carácter limitador da linguagem. Algumas afirmações são colhidas do texto que merecem nosso destaque, a mais importante para a nossa pesquisa é a redução do mundo ao fenómeno da linguagem. A mais importante é “*A linguagem tem como função representar o mundo e, como examinaremos posteriormente , em Investigações filosóficas, o filósofo afirma o carácter comunicacional da linguagem*”³⁶. **O que representa não cria, apenas representa** e então, como pretenderemos afirmar, a linguagem está depois de algo, depois do pensamento e das coisas, e não como sua criadora. O único papel criador da linguagem será o momento onde o pensamento não encontra solução.

5.10 Foi no Circulo de Viena que a questão da linguagem veio a tona de forma mais acentuada procurando-se encontrar uma epistemologia geral, voltada para análise lógica e classificação dos conceitos principais e sistematização de todo o conhecimento científico. Isso tudo se iniciou em 1907, com Hans Hahn, Phillip Frank, Otto Neurath, Moritz Schlick, e emitiram um manifesto que foi chamado de O Ponto de

³⁵ Estilhaços de pensamentos de vários filósofos publicados no O Livro da Filosofia – As grandes idéias de todos os tempos, Editora Globo. Uma obra que tenta popularizar de forma simplificada alguns pensamentos da filosofia.

³⁶ Pag. 27, citando-se Sonia Mendez em A Validade jurídica pré e pós giro linguístico, São Paulo, Noeses, 2007. Pag. 55

vista científico do Círculo de Viena. Esses neopositivistas, dentre os quais apareceu inclusive Hans Kelsen algumas vezes, procuravam reduzir a epistemologia à Semiótica, com todos os meios e sistemas de comunicação, atribuindo uma importância essencial à linguagem, que seria a excelência do saber científico, para os quais exatamente: *“compor um discurso científico é verter em linguagem rigorosa os dados do mundo, de tal sorte que ali onde não houver precisão linguística não poderá haver ciência”*³⁷.

5.11 Naquele já citado manifesto do círculo de Viena, propuseram colocar a linguagem do saber sobre bases rigorosas, assumir uma orientação humanista de que o homem é a medida de todas as coisas, afirmar que a Teologia e a Filosofia não tinham validade cognoscitiva. Todo o conhecimento fica dentro do domínio empírico tendo a linguagem com método lógico como um instrumento de verificação e reflexão filosófica. As principais propostas do movimento giravam em torno da ideia de criar um mecanismo de organização da linguagem de acordo com certo sistema, para que a compreensão fosse possível, sendo que todavia a validade sintática por si só não traria a compreensão da comunicação, ou seja não garante a validade do enunciado. Por sorte da nossa compreensão e da ligação desse trabalho com a teoria que adotamos, entenderam que havia a necessidade da questão semântica que é a relação das palavras e expressões com as realidades interiores e exteriores. Então não será somente a sintática nem somente a semântica que dará validade ao enunciado e sim a verificabilidade do critério tomado. Ou seja, se for empiricamente verificável o enunciado seria verdadeiro. Embora haja alguns que mesmo não sendo verificáveis empiricamente serão tidos como verdadeiros, que seriam as tautologias. Há uma publicação importante cujo nome é: *A Vertente Grega da Gramática Tradicional*, Editora Unesp, de Maria Helena de Moura. Esta publicação mostra a visão do pensamento grego sobre a linguagem, mostrando que a gramática é muito mais de que uma disciplina do pensamento sobre a linguagem e dos motivos de sua existência para a finalidade de compreensão do pensamento. É regra de compreensão e não de estética nem mesmo de criação.

³⁷ Pag. 21

5.12 Para os adeptos do chamado Giro Linguístico e para aqueles que preferem adotar a ideia segundo a qual a Linguagem cria realidade, podemos compreender que a Linguagem é então tomada como modo de aquisição do saber científico. A Linguagem seria então o nosso limite de compreensão do mundo. Aquilo que compreendemos pela linguagem está compreendido aquilo que não pode ser compreendido pela linguagem ainda não é possível de se afirmar qualquer coisa sobre isso. Então haveria a possibilidade de cumprir-se a pregação de Pico de abandonarmos a teoria da linguagem para tentar compreender aquilo que a linguagem limita? Ou seja, aquilo que não pode ser traduzido em linguagem não pode ser compreendido. Então vamos compreender fora da caixinha da linguagem. Preferimos compreender que não tem função criadora a linguagem e sim de representação do pensamento.

5.13 Mesmo para Heidegger, não havia uma afirmação categorica se a linguagem estava antes ou depois do pensamento. Quando alguém afirma que Heidegger disse que “ **a Linguagem é a Morada do Ser**”, aí mesmo está a resposta pois se verifica que há uma outra afirmação, qual seja de que “**a linguagem NÃO É o ser**”. A Gaiola não é o pássaro e sim sua morada. Porque mais tarde, ao escrever Sobre a Questão do Pensamento, ele vai procurar explicar o que seria o ser, que não pode ser linguagem, porque a linguagem seria na “presença” do ser porque o ser quer dizer apresentar-se ou presentificar. E o presentificar ou apresentar-se é a mesma coisa que dar-se, porque com o passar do tempo nada é e sim dá-se. O tempo não é o tempo dá-se, então, numa ligeira passagem pela leitura de Heidegger vemos que a questão da linguagem após o apresentar-se do ser ou após o dar-se. Vejamos que ele faz a seguinte afirmação: “*de acordo com isto estamos comprometidos com a caracterização do ser como pré-s-entar. Esta recebeu sua legitimação no início do desvelamento do ser como algo dizível, isto é pensável. Desde o começo o pensamento ocidental junto aos gregos, toda a dicção de ser e é se mantém na lembrança da determinação do ser como pre-s-entar que compromete o pensamento*”³⁸. Quer nos parecer que durante toda a obra de Ser e Tempo há uma dúvida sobre a questão ontológica da linguagem. ou seja, que papel a linguagem deveria assumir na sua obra.

³⁸ Sobre a Questão do Pensamento, Martin Heidegger, Vozes, pag. 13

5.14 Em Sobre a Questão do Pensamento ele parece se render a ideia do Pensamento ele chega afirmar que pode ter havido um equivoco em toda a filosofia, como se tivessem negligenciado algo que seria a questão do pensamento. Ele é categórico “*talvez exista um pensamento fora da distinção entre racional e irracional, mais sóbrio ainda do que a técnica apoiada na ciência.*”³⁹ . Haveria para ele uma necessidade de disciplina para o pensamento desde que tivéssemos certeza do que seria um disciplina para o pensamento. Ou seja, Heidegger minimiza tanto o papel do ser como o papel da linguagem para dar um relevo ainda maior ao pensamento. E esse pensamento pode estar transitando em momentos dentro e fora ou fora e dentro daquilo que foi chamado de racionalidade ou irracionalidade. Embora tenham vividos no mesmo país em época quase contemporâneas, não encontramos qualquer referencia a Hans Vaihinger em suas obras. Heidegger nasceu em 1889 quando Vaihinger já preparava sua publicação sobre a crítica da razão pura de Kant, e vivia numa cidadezinha da Alemanha, enquanto Heidegger frequentava outros salões por ser membro do partido nazista, o mesmo partido que abominava as teorias de Vaihinger que compreendia que pode haver evolução do pensamento ainda em vida, não sendo necessária a purificação étnica.

5.15 Podemos observar em Heidegger duas abordagens sobre a linguagem em Ser e Tempo. Uma delas oposta a outra. Sendo que ora vê-se uma concepção crítica à linguagem, o que ocorre também em Sobre a Questão do Pensamento, e outra concepção que podemos compreender como ontológica da linguagem, dando a ela um caráter inapropriado. Uma coisa seria uma linguagem ôntica colocada à disposição do animal racional e outra seria uma linguagem libertadora que ele chamaria de clareira do Ser. A linguagem em um momento não seria nada mais que a expressão de algo do homem, algo que traria o homem do seu interno, como se fosse uma ligação entre o que está fora e o que está dentro, que teria muito de aproximação com a ideia limitadora da linguagem. A linguagem aconteceria por meio do homem e não o homem por meio dela. Na concepção ontológica da linguagem, não é ela que acontece por meio do homem e sim este por meio dela. O que equivaleria a dizer que nesse aspecto ela teria força criadora. Quando a linguagem adquire força criadora, seria

³⁹ Pag. 84

correto dizer que ela é ontológica, então os retóricos seriam ao mesmo tempo, ontólogos, visto que consideram a linguagem como caráter criador trazendo o homem através dela e não do contrário.

5.16 Mas o que importa para o fim desse trabalho, é que a fundamentação ontológica da linguagem em Heidegger não pode ser fundamentada com a mesma firmeza porque ele mesmo se duvida da afirmação quando percebe que antes de qualquer uma das ideias sobre a linguagem existe o pensamento. E nessa esteira é que tomamos o início do nosso trabalho porque acima e antes do pensamento está a vontade e a finalidade, que para fins do direito a que nos propomos discorrer, a vontade e a finalidade são elementos essenciais para a compreensão do direito como função, onde se realiza através do homem e não o homem através dele.

5.17 Para Kelsen havia a separação entre leis da natureza e as leis jurídicas de imputabilidade deontica. Nas leis físicas havia a síntese do ser e nas leis jurídicas a síntese do dever ser. A própria expressão do dever ser vincula-se a ideia de desejo, de um fim que se almeja ou de uma vontade que chama para o atendimento de uma finalidade. No sentido jurídico esse dever ser não é uma possibilidade senão uma ligação sempre necessária às condutas humanas, que somente existem, conforme explicamos a partir da obra de Vaihinger, porque os humanos buscam o atendimento de uma vontade. Sem ela, não há conduta, não há dever ser e não pode haver norma. A norma jurídica expressão de direito vertido em linguagem. É a incidência da regra do direito. Norma traz em seu bojo conteúdos significativos prescritivos, traz em seu bojo, representações de vontades. As normas em sentido amplo seriam os enunciados meramente prescritivos, enquanto as em sentido estrito seriam aquelas articuladas para produzir mensagens com sentido deontico-jurídico completo. O conteúdo de toda e qualquer norma jurídica deve dizer a que havendo um antecedente deve ser um consequente. O antecedente descreverá possível ocorrência no campo da experiência social. Uma hipótese, também tratada por Vaihinger a partir do pensamento orgânico. A proposição consequente aparecerá como relacional em torno de uma conduta regulada como proibida permitida ou obrigatória. Essa proibição, essa permissão e essa obrigação o que representam? Vontades. Norma é proposição prescritiva decorrente do todo que é

o ordenamento jurídico. E Esse ordenamento existe por quê? Para que as vontades e finalidades sejam atendidas. E daí derivam as normas em espécie, abstrata e geral, concreta e geral, abstrata e individual, concreta e individual. Tudo vontade, tudo finalidade.

5.18 O Direito pode ser tomado por um conjunto de normas validas num determinado território em um preciso momento de tempo, então todas as leis, contratos, atos administrativos etc., assumem a condição de normas jurídicas. E o ordenamento jurídico é carente desse corte e é importante compreender sem espanto que o direito precisa, em determinados momentos, de uma ficção ou de um artifício, ou como diz o Professor Paulo de Barros Carvalho *"o direito precisa de um axioma enunciado que se dá por verdadeiro sem demonstração para fincar a raiz do seu sistema"*⁴⁰.

5.19 Então no plano da funcionalidade do direito haverá criações, deve haver espaço para que o pensamento funcione para criar artifícios para que a finalidade do direito seja possível e é por isso que compreendermos que antes de se traduzir em linguagem o direito carece de um elemento antecessor lá dentro do pensamento, para que preencha todos os requisitos e preencha todas as lacunas dos objetos culturais que também são criados pelo pensamento humano. Matar pode ser crime ou ato de heroísmo. O que é necessário procurar entender, qual foi a vontade para atingir qual finalidade para que aquele crime fosse cometido. Ou melhor, para que aquela conduta fosse realizada porque poderá até não ser crime se para responder isso nos abstrairmos da linguagem formal do direito. A norma vai regular essa conduta pelos mesmos motivos dantes fundamentados na própria conduta. Como dito anteriormente, essa questão de afirmar se o direito regula ou pune, será objeto de outro tema de debate, mas, preferimos para fins deste artigo assumir o que a doutrina vem afirmando como sendo o direito um conjunto de normas que regula a conduta. O ser humano apreende ideias do mundo externo e as recebe filtrando-as ou mesclando as com suas formações ou suas inscrições no cérebro, como em nosso entender pode criar algo puro sem que seja apreendido externamente e transporta isso para dentro da realidade fenomênica dos

⁴⁰ Direito Tributário Linguagem e Método, pag. 215;

acontecimentos. Todas as condutas humanas existem porque existe o pensamento, que nasce da função orgânica da psique e pelos mesmos motivos o mesmo humano normatiza tais condutas.

6 Então por que existe o direito. Ou por que o direito obriga?

6.1 O professor Paulo de Barros Carvalho em seu Direito Tributário Linguagem e Método utiliza também a inspiração ou exemplo musical a partir da letra de Francis Hime, na letra o sinal fechado, cantado por Paulinho da Viola para dar um exemplo da função exercida pela linguagem⁴¹. Enquanto aqui tomamos o exemplo para procurar explicar em sentido contrário, a partir da letra de Pink Floyd:

So, do you think you can tell

Heaven from Hell

Blue skies from pain

Can you tell a green field

From a cold steel rail?

A smile from a veil?

*Do you think you can tell?*⁴²

6.2 Poderíamos apenas traduzir para simples inspiração: você pensa o que você fala? O artista pode estar perguntando ou afirmando do ponto de vista poético para a época e a circunstancia em que a musica foi escrita, se seria possível pensar e traduzir em palavras a diferença entre o céu e o inferno, se seria possível pensar ou descrever ou falar sobre as manchas de dor no seu azul ou simplesmente a possibilidade

⁴¹ CARVALHO, Paulo de Barros – Direito Tributário, Linguagem e Método, São Paulo: Noeses, 2008 – pag. 45

⁴² Tradução livre nossa: Então, você consegue falar ou distinguir, entre o céu e o inferno, o céu azul da dor. Você consegue falar (ou distinguir) um campo verde de um frio trilho de aço? Um sorriso de um véu? Você acha que consegue falar?”

de descrever um sorriso num véu. A poesia transmite e representa idéias ficcionais sobre aquilo que o pensamento tenta processar e que procura encontrar na linguagem sua melhor representação.

6.3 Evidentemente que um céu azul de dor, nada mais poderia ser do que as nuvens carregadas que simbolizariam as manchas de dor do sofrimento da guerra. Expressão esta que mais tarde foi repetida por João Bosco e Aldyr Blanc na voz de Elis Regina, - O bêbado e o equilibrista - para dizer que as nuvens no céu chupavam manchas torturadas, ou seja, eram espelho no céu as manchas ou hematomas de tortura que acontecia aqui na terra do regime bruto⁴³. Eis apenas alguns pontos de partida para expressarmos alguma crença ou simplesmente para cortarmos e partirmos para algumas conclusões sobre o a função da linguagem no direito e na vida, ou sobre a função do direito para não nos afastarmos tanto do exemplo posto no começo desse trabalho cuja conclusão é importante.

6.4 O que entendemos por linguagem? Existe nela a força criadora tão pregada pela Teoria da Linguagem ou simplesmente a partir do Giro Linguístico? Ou então é aquilo que para os Professores de Tübingen, mesma cidade onde estudo e lecionou Hans Vaihinger ela seria apenas *“uma possibilidade humana variável e livre no seu uso. Para o homem, a linguagem não é apenas variável no sentido de que há outras línguas que ele pode aprender. Ela é variável em si mesma porque contém possibilidades distintas de expressar a mesma coisa”*⁴⁴. Linguagem é instrumento. Linguagem é ferramenta, é aquilo que o homem criou para transitar a partir de si e não de per si. O Direito tomado somente como mecanismo linguístico leva o homem a caminhos que não há momento sequer para consideração. É um perigo pensar o direito somente como linguagem.

6.5 Entre poder e função, o que diferencia uma tarefa da outra é o desempenho. O direito é poder, é linguagem ou é função. Linguagem certamente não é. Basta então transitarmos se ele esta na esfera do poder ou da função. Por que, como

⁴³ E nuvens! La no mata-borrão, do céu, chupavam manchas torturadas, que sufoco – música de

⁴⁴ Gadamer, H.G., *Wahrheit und Methode*, Hermeneutik I, Gesammelte Werke, vol. 1, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, p.499

perguntava Reale por que direito obriga?. Se é que obriga. O direito não ordena condutas, porque se fosse assim muita coisa já não seria mais como a maioria quer. Ou como afirma Alysson Leandro Mascaro, *o elogio a legalidade é o elogio de um mundo cuja lógica faz com que a exploração seja relegada aos porões da vida social. O manto do direito se transforma no acordo de trabalho. A servidão torna-se trabalho assalariado, e sua forma jurídica é a vontade, não o eito. ... a lei garante um mundo cuja transação é formalizada pela aparência de equivalência social*⁴⁵. Isto se torna muito visível com o papel que recentemente vem sendo desempenhado pela linguagem no direito, especialmente no direito brasileiro, onde a impunidade e a desigualdade se tornam transparentes para o direito, uma vez que acobertadas pelo manto do “vertido em linguagem competente”, como se o caráter ontológico da linguagem fosse mais importante do que a função de ser do direito.

6.6 Caminhemos pelo ponto mais expressivo da linguagem como criação do direito que é a lei. A lei escrita, nascida como armadura contra o império do Rei e depois contra o poder do estado, hoje nada mais é de que uma ferramenta em desfavor do direito. Ouvem-se repetindo Rafael Pandolfo, no laboratório da vida, em alguns Países da América do Sul expressões tipo: temos que tomar cuidado senão presidente manda uma lei, vamos com calma porque senão vem uma lei e nossos sonhos caem por terra. É a mesma coisa que dizer, tenhamos cuidado porque senão a linguagem nos mata. Outro dia em uma reunião, ouvimos com clareza a expressão: não tem como fazer uma lei para tratar desse assunto? Que direito é esse? É o direito da linguagem, onde a ideia de kelsen da norma fundamental que não é mais hipotética simplesmente desaparece.

6.7 Lendo com mais vagar acerca da revolução francesa é possível perceber com mais clareza que a revolução eclodiu para enfrentar e pôr fim à aristocracia que vivia dos privilégios feudais e liquidar a servidão e afugentar ou salvar o povo do estado absolutista. As massas operarias numa forma clara inspirada por uma ideia de direito que estava acima, além, no imaginário de nenhuma lei ou de nenhuma linguagem, foram as ruas, os pequenos produtores independente que não suportavam mais a tributação no regime de servidão e com essa caminhada colocaram o regime

⁴⁵ Mascaro, Alysson Leandro, *Critica da Legalidade e do Direito Brasileiro* – São Paulo : Quartier Latin, 2003, pag. 23

6.10 Robson Maia Lins⁴⁶ assevera que a ideia de fontes do direito ganharia novos contornos a partir de sua visão no Giro Linguístico, porque o direito positivo se representa em corpo de linguagem. Então somente através da linguagem é que o direito se constituiu ou somente através da linguagem é que o direito positivo existe. E afirma que a partir da ideia do giro linguístico as fontes do direito seriam os atos de enunciação produtores de enunciados. A enunciação produz enunciados que devem ser vertidos em linguagem. Arremata que fontes são atividades do mundo real que, vertidas em linguagem produzem normas jurídicas. Em passagem anterior, citando Eurico de Santi, vê-se que há uma significação de fontes do direito, algo que parece mais adequado ao conjunto teórico aqui apresentado, que são: “*as contingencias extrajurídicas que condicional psicologicamente a convicção e a vontade do sujeito que pratica o ato de criação de uma norma jurídica*”⁴⁷.

6.11 Este é o ponto de retomada para a conclusão dessa monografia. Pensamento, Vontade, Finalidade, Direito e o que a linguagem tem a ver com tudo isso, para que se possa afirmar que o Direito (não) é isso. Vinculado àquela questão de Reale porque o direito obriga?

6.12 Na busca de tentar encontrar o que seja o direito ou de que direito falamos ou pensamos, Hart enfrentou o desafio de conceituar o direito a coerção e a moral como fenômenos sociais diferentemente relacionados. Ele considerava serem diferentes os termos *ser obrigado*, *ter uma obrigação*. O direito somente pode ser compreendido se fizermos distinções de espécies internas e externas. Não é somente o significado das palavras que resolve o problema. É importante levar em conta é o uso padrão das expressões no contexto social. Talvez resida aqui a ideia de valor que fora pensada por outros doutrinadores. Podemos levar em conta a consciência afiada das palavras para aguçar nossa percepção dos fenômenos. O direito pode ser aquilo que os funcionários fazem em relação aos litígios, as leis são fontes e não o próprio direito, o direito constitucional é apenas moral positiva, o direito é norma primária o qual estatui a sanção, etc. são muitas afirmação de vários autores sobre o que é direito.

⁴⁶ LINS, Robson Maia. Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária – Decadência e Prescrição – São Paulo : Quartier Latin, 2005, pag 129

⁴⁷ Pag. 129, segundo parágrafo, citando Eurico Santi.

6.13 Mas Hart lança uma certeza de que certamente o que os funcionários fazem nos tribunais não é o direito porque será necessária uma lei para criar esses funcionários. Talvez o que fazem os funcionários nos tribunais seja representar o direito através da linguagem apropriada. Representar e não criar. Em qualquer país existem sistemas jurídicos semelhantes em estruturas com diferenças importantes. Há regras que proíbem ou impõem certos comportamentos cominando penas, regras que exigem que as pessoas compensem danos, regras que diga o que deve ser feito para testar, contratar, tribunais que determinam o cumprimento de castigo quando regras são descumpridas; poder de produzir normas novas e abolir as antigas. Tudo isso é um conhecimento tido como comum em qualquer país. Varias discussões sobre o que é direito pode lançar uma segunda pergunta mais profunda sobre o que é a natureza do direito. Daí surgem 2 questões

- 1) O direito pode significar que certas condutas humanas já não são mais facultativas;
- 2) Que certas condutas humanas devem ser obrigatórias;

6.14 E se não são mais facultativas deve-se a vontade ou aos valores daquele momento. E se as condutas, que como já vimos somente existe com a vontade, devem ser obrigatórias também nada mais se deve, senão ao fato de que naquele momento um valor ou uma vontade inspira aquele regramento. Há algo na regra que nos vincula a fazer certas coisas e nos guia a fazer algo daquele jeito da regra (e aqui ousamos dizer que talvez seja conexão psicológica do Professor Paulo). Há uma reação ao desvio de comportamento (vontade). E há uma compulsão ao sentimento de harmonia (vontade e finalidade). Isso tudo é tido como ficção, por isso há um ceticismo referente a natureza das regras jurídicas.

6.15 Lourival Vilanova também nos inspira numa abordagem mais voltada para a compreensão do papel do julgador nos põe de frente com a ideia de uma visão distorcida, que deriva do distanciamento. O que provoca uma visão errada sobre uma pessoa é a excessiva distancia ou a excessiva aproximação. Em ambas as circunstancias estaremos diante de uma distorção. O poder jurisdicional do órgão julgador concentra-se em uma expressão maior, porque sem o poder judiciário as

normas quando não cumpridas não seria suscetíveis de coerção. “A vida compõe-se, decompõe-se e recompõe-se em casos ou ocorrências nunca duas exatamente iguais ou superponíveis pelos mesmos traços” (pag. 355).

6.16 O juiz toma as regras objetivas, mas não se afasta de um comprometimento de personalidade. Nessa personalidade há vontade e finalidade. Sem o judiciário as leis seriam inaplicáveis, sem as leis também o juiz assumiria uma posição perigosa. Havendo a lei e o juiz ainda assim resta a necessidade de um órgão regulador para dar concretude as regras prevista transformando-se em gestão das coisas coletivas. Mas, também o estado sem lei seria casuístico. O grande protagonista desse sistema de leis, judiciário e estado, é o Social que é penetrado pela polis, formando o estado. Quanto o juiz toma a lei, na verdade é o próprio “social” que exerce através do estado e seus órgãos o seu próprio julgamento, cuja personalidade foi absorvida pelo estado. As Vontades e as finalidades se juntaram para algo mais abrangente para atender a um conjunto maior para que a vida seja possível.

6.17 A sentença desprende-se do julgador, não importando o seu contexto individual, e a lei determina uma apuração de fato, na forma processualmente comprovada ligando o fato individual à previsão abstrata sendo a sentença a exata aplicação do direito. O direito é a forma mais concreta de objetivação de histórias e culturas, que vai munir os órgãos para ditar sua aplicação. Ou seja, a aplicação de regras concretas de conduta é feita pelo direito através de sua incursão pelos órgãos do estado encarregados de suprimir o incasual o irregular que ocorre na relação de um sujeito com outro sujeito. O juiz deve sair da subjetividade e agir como membro da comunidade e como órgão da própria. O Estado para Lourival Vilanova é a forma da vida social assim como o corpo é a forma da vida. A Forma limite é a nação que representa o corpo limite de máxima aglutinação. Um juiz produzindo julgamento sem um direito escrito poderia provocar erros judiciários ou injustiças. O direito escrito dito por Vilanova é um mínimo de direito ou de regra de procedimento dos julgamentos. O que nos faz entender a possibilidade de um direito não escrito e de uma norma não escrita, já que o mínimo que ele admite seria uma regra para a forma de julgamento dos juízes. Mas essa ideia aprisiona o Julgador ao um limite imposto pela linguagem,

embora o mesmo Vilanova admita que o juiz esta susceptível ao seu contexto social, a sua formação as suas inscrições mentais, mas, que a lei escrita impõe a ele certos limites. Mesmo assim, não deixamos de ver um direito fora da esteira vontade e finalidade porque foram esses atributos que fizeram com que o direito fosse assim.

6.18 A vida humana transita em duas dimensões: estática e dinâmica e o direito é uma das técnicas para harmonizar essa rotinização e inovação e por isso não nos desvinculamos dele. Os juízes não estão no encargo da elaboração do direito e sim de colaborar na sua produção de forma independente e não como agentes de mudança. Devem julgar. Não estando o direito na medida de valor para atender as duas dimensões dos povos, cabe ao juiz como cidadão e não como o juiz provocar a mudança no direito. O direito escrito pode então não atender a demanda dinâmica dos povos. Se fosse permitido ao juiz produzir o direito quando em desajuste de valores, poderia sujeitar o julgamento a comportamentos ideológicos. Essa representa a posição do professor Lourival Vilanova que prende o julgador aos limites objetivos da linguagem posta como ferramenta de julgar.

6.19 É neste arremate de Vilanova que Hans Vaihinger, como sempre faz sentido, o Juiz poderia produzir uma norma concreta e individual na forma do *Como Se*, criando um novo direito se isto fosse visto como atendimento a uma vontade que se volta a uma finalidade. A codificação representou a racionalização do direito em busca de clareza, certeza e plenitude, porém tornando a função do juiz ao mero aplicador da lei, quando deveria ser o aplicador do direito. A premissa maior, com a codificação deveria estar no direito, sendo a sentença um mero silogismo aplicado ao caso trazido a julgamento.

6.20 Mas o que ocorre não é isso, porque o direito, por mais se busque um caminho de perfeição linguística, mesmo que seja alimentado de toda a realidade social, nunca apalpa a realidade social em sua forma plena, cabendo sempre a quem julga a tarefa de tomar o fato e subsumi-lo na norma de forma mais acertada. Não pode ir além para não virar misericórdia e nem mesmo antecipar-se para não virar

tiranía. O ato de julgar requer trazer a vida em toda a sua concrecência entrechocando-se num ato de compor e decompor para buscar o justo equilíbrio no julgamento e não no mero silogismo simplista entre a lei e o fato que se julga, porque os fatos em litígio precisam ser qualificados, entendidos e adequados de forma correta à norma.

6.21 O positivismo sociológico tomou uma via estranha, dando ao juiz um caráter existencialista em face do julgamento, porque dava a atividade jurisdicional o papel de substituir outras ciências, transferindo as regras de direito para a sociologia. O Ato jurisdicional do juiz é de julgar e sentenciar e não de substituir outras ciências que lhe nutririam com o máximo de verdade científica para legitimar o julgamento, porque a verdade científica diferencia-se da sentença. As pesquisas psicológicas e sociológicas trazem apenas fatos sem regra alguma de direito. O juiz haveria de seguir as regras da ciência do direito movendo-se nos para atravessar as barreiras limites do direito positivo. O juiz deveria sair da órbita do sistema. Há uma inquietação social como aquela vista no período antecedente da revolução francesa que pode estar exigindo do julgador um papel transformador.

6.22 Lourival Vilanova prega um temor de que diante de uma provocação assim poderia levar o juiz na ausência ou no excesso de normas a agir como um discricionário julgador. Da mesma forma que Jeremy Bentham pregava a sistematização do direito inglês, o professor Vilanova sustenta os limites do direito a lei. Essa foi a mesma crítica de Jeremy Bentham ao sistema de aplicação das ficções jurídicas pelos julgadores ingleses. Ainda no sistema anglo saxão o juiz julgava socorrido por uma norma geral, porque sentença sem norma é arbítrio. O direito em seu sistema sancionador tem regras para o eventual descumprimento de outras regras e é dessa forma que produz um dinamismo no seio do seu próprio sistema. Bentham entendia as ficções como arbitrárias de uma classe jurídica corporativista do século XVIII na Inglaterra, esse corporativismo para ele tinha como beneficiários os advogados, juízes e todos aqueles que trabalhavam em função do direito. Contrário as críticas de Bentham acerca das ficções se posicionava o Juiz Inglês, Sir William

Blackstone⁴⁸. Ele utilizava-se das ficções e as adotava justificando-se que seria um meio de atingir um objetivo de equidade e de fazer com que as decisões fossem tomadas na direção mais prática, ou seja, através da utilização das ficções a operação do direito se tornava mais eficaz. A defesa de Blackstone relativa as ficções era que o limite de sua utilização era a criação de um dano. “ *Sua verdadeira condição operativa seria de prevenir um mal ou remediar um inconveniente que poderia resultar de uma regra geral do direito*”⁴⁹. Como visto anteriormente é exatamente a regra geral do direito, partindo do pressuposto de que não há lei para todos os casos é que a Inglaterra e alguns países utilizavam-se do instituto das Ficções mais tarde sistematizado em Teoria das Ficções por Vaihinger.

6.23 Particularmente concordamos com a posição de Vilanova, todavia somos defensores de um sistema aberto, de juízes competentes onde se produzam julgamentos não a base da simples linguagem que tomou vida em si mesmo, nem do próprio sistema que tomou vida em si mesmo, mas, de certa forma provocando julgamentos com fulcro na Vontade da sociedade em busca de uma Finalidade da mesma sociedade como organismo que se promove a cada segundo em um critério dinâmico cujo sistema fechado não é capaz de compreender, acompanhar e julgar. O Sistema Jurídico, não pode ter vida em si, deve atender uma finalidade e para isso caberia ao juiz em situações lacunosas, se atender a vontade do Corpo formal, buscar uma finalidade que poderia ser através das ficções jurídicas, julgando determinados casos Como Se.

⁴⁸ A obra de Blackstone mais criticada por Bentham era *Commentaries on the Laws of England*. Havia um capítulo específico onde ele falava sobre os dois corpos do Rei, que é imortal, porque legalmente não pode morrer – ou não pode ser menor de idade, ou que não somente é incapaz de errar, sendo que sequer pode pensar o mal, ou conceber uma ação indevida: nele não cabe nenhuma loucura ou nenhuma debilidade. Ademais o Rei é invisível, seu estado é de absoluta e sobre-humana perfeição.

⁴⁹ Pag 219

7.1 Dando por encerrado esse percurso simplório que se baseia na brutalidade da vida prática, em algumas poucas leituras e pesquisas, arriscamos responder algumas questões aqui colocadas da mesma forma que são colocadas na vida crítica do momento vivido. ***O direito não obriga e sim regula consequências.*** O direito regula consequências de condutas humanas porque há uma vontade que deveria legitimar as regras jurídicas para que atendessem a uma finalidade.

7.2 A ideia de um sistema aberto vinculado a uma legislação escrita que propiciasse ao julgador sábio uma possibilidade de agir Como Se, não acarretaria uma estupidez de julgamento como naquele caso trazido a baila na largada desse trabalho, porque não se pode admitir numa sociedade que transita bilhões de informações em megabytes, que no exemplo mostrado seja necessário provocar a máquina do sistema bruto para declarar novamente que aquele soldo deveria ser retirado o mesmo percentual para a ex – esposa e se assim fosse feito estaria atendendo a uma vontade e a uma finalidade. Não. O Direito não é AQUILO.

7.3 A ideia das ficções jurídicas como artifícios colocados pelo próprio sistema a disposição do juiz, ainda que na esteira pregada por Lourival Vilanova de rigidez a liberdade de julgar, poderia ser o caminho de libertação e solução de conflitos de forma mais adequada dando respostas mais rápidas e eficazes a uma sociedade cansada de pensar da mesma forma.

7.4 Para sermos fiéis ao conceito, o direito existe somente porque se faz permeado de valores. E valor conforme afirma Jean Paul Resweber “*é a figura do desejável*”⁵⁰. O Direito se funda no desejo e se alicerça numa relação que são símbolos que reconhecem a reciprocidade. O direito deve voltar para um horizonte visado pela intencionalidade para usar as palavras do autor citado ou da vontade e das finalidades para usarmos a expressão de Vaihinger, e, portanto para que exista direito e preciso que pensemos além da linguagem e para isso estão aí as ficções que para a alegria do Círculo de Viena, representam-se pela linguagem.

⁵⁰ RESWEBER, Jean Paul, A Filosofia dos Valores, Tradução de Sara de Carvalho, Editora Livraria Almedina, Coimbra, 2002, pag 13.

REFERÊNCIAS

- RESWEBER, Jean Paul, A Filosofia dos Valores, Tradução de Sara de Carvalho, editora Livraria Almedina, Coimbra, 2002,
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C.J. Sampaio. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10. ed., 1999, reimp. 2006.
- CAPRA, Fritjof, *O Ponto de Mutação*. São Paulo: Cultrix, 1996.
- CARVALHO, Paulo de Barros – *Direito Tributário, Linguagem e Método*, São Paulo: Noeses, 2008 – pag. 45
- CARVALHO, Cristiano. *Ficções Jurídicas no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2008.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva* : Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris , 2004.
- DESCARTES, René. *Princípios de Filosofia*. Trad. João Gama. Portugal- Lisboa: Edições 70, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*, Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana* . Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, Rio de Janeiro: NAU, 2005.
- GARCIA MORENTE, Manuel. *Fundamentos de filosofia*. I: Lições preliminares. 8ª ed. Trad. Guilherme de La Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1930.
- GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições: (uma figura “sui generis”)* São Paulo: Dialética, 2000.
- _____. *Substituição Tributária (Antecipação do Fato Gerador)*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GRECO, Marco Aurélio *et alii* . *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- LINS, Robson Maia. *Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária – Decadência e Prescrição – São Paulo : Quartier Latin, 2005*
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997.
- KANT, Immanuel. *Dois Introduçãoes À Crítica do Juízo*. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Iluminuras, 1995
- _____. *Doutrinas do direito*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.
- _____. *Crítica da Razão Pura*. 4. ed. Trad. Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 4. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KRAUSE, Gustavo Bernardo. *A Ficção Cética*. São Paulo: Annablume, 2004.

LEBRUN, Gérard. *Kant e o fim da metafísica*. 2. ed. Trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LIMA, Luiz Costa. *História, Ficção, Literatura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LINS, Robson Maia. Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária – Decadência e Prescrição – São Paulo : Quartier Latin, 2005

MACEI, Demetrius Nichele. A verdade material no Direito Tributário. *In Revista Forense*. v. 392. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARIGHETTO, Andréa. *Perfis históricos e metodológicos da técnica das ficções jurídicas*. Artigo encaminhado para publicação na Revista dos Tribunais

MASCARO Alysson Leandro. *Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia* .T. II. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

PEGORARO, Olinto A. *Ética é justiça*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.

PORTA, Mário Ariel González, A Filosofia A partir dos seus problemas, Edições Loyola. 3. ed., 2007, Leituras Filosóficas.

PRIGOGINE, Ilya. *O Nascimento do Tempo*. Trad. Depart. Edit. Edições 70. Portugal – Lisboa: Edições 70, 1988.

RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

REALE, Giovanni. *História da Filosofia de Spinoza a Kant*. São Paulo: Paulus, 2004. v.4, p.369.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000.

Revue Périodique Publiée Par Le Laboratoire de Philosophie ET d'Histore des Sciences – Archives Henri – Poincaré (LHS – Archives Poincaré) Université Nancy 2. Editora Kuné: Paris (ISSN 1281-2463).

RUSSEL, Bertrand. *A Conquista da Felicidade*. Trad. Luiz Guerra. Rio de Janeiro; Ediouro, 2003.

TERRA, Ricardo R. *Kant & o direito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. 3. ed. Trad. Beatriz Perrone – Moisés, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VIVILANOVA, Lourival, Escritos Jurídicos e Filosóficos, Volume 1, AXIS MVUNDI, IBET, 2003, O Poder de Julgar da Norma. Páginas 353 e seguintes

VAIHINGER, Hans. *The Philosophy of 'As If' A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*. Londres, 1911.