

A Prudência e o Direito como Razão Prática



*O Direito reduziu a complexidade da vida jurídica à *secura* da dogmática e redescobre o mundo filosófico em busca da prudência perdida.*

(SOUZA SANTOS, 1996:46)

Quando o Imperador Augusto outorgou, no século I de nossa era, o *ius publice respondendi ex auctoritate Principis* aos mais notáveis juristas[2] da Roma Imperial, fê-lo em razão da qualidade, publicamente reconhecida, de *iuris prudentes*, isto é, de possuidores, em grau eminente, de uma especial forma de conhecimento jurídico, o conhecimento prudencial. Papiniano, Ulpiano, Gaio, Paulo e Modestino destacavam-se no mundo romano por sua peculiar aptidão para a investigação e a busca de uma justa solução para cada um dos casos concretos trazidos pelos consulentes.

Esse conhecimento acertado daquilo que correspondia o direito[3] em cada situação singular

concretamente analisada, isto é, a jurisprudência ou a “prudência do *ius*”, posteriormente, foi desvirtuado, por uma derivação linguística, para uma ideia de “ciência do Direito”. Ciência e prudência são duas dimensões diferentes do saber humano: a ciência é um saber estritamente teórico, abstrato, especulativo e relativo ao universal e perene; a prudência, por sua vez, é prática, concreta, real e diz respeito ao singular e contingente. Assim, a ideia do conhecimento do justo concreto como um saber prudencial perdeu seu sentido original e profundo.

Atualmente, a expressão “prudência” tem uma noção completamente divergente daquela criada pelos gregos. No léxico, tornou-se sinônimo de cautela, apoucamento ou temor excessivo; o indivíduo prudente deixou de ser um virtuoso e tornou-se um timorato. Por conseguinte, resulta difícil falar da prudência propriamente dita ou mesmo da “prudência jurídica” como um modo especial e indispensável de se conhecer o Direito.

Entretanto, no âmbito filosófico, a prudência ainda demonstra sua vitalidade como objeto de estudo, muito embora vista, por muitos e equivocadamente, como uma das partes mais caducas da tradição moral escolástica. Aubenque (2003:7-9), no prefácio de um dos clássicos sobre o assunto, faz um longo libelo sobre a atualidade do estudo da prudência, ao afirmar que

hoje, o autor não tem mais por que se desculpar do que poderia passar por um apego intempestivo à tradição, pois a tradição moral aristotélica irrompeu, nesse ínterim, na modernidade. As razões dessa atualidade, não persistente, mas renascente, devem ser procuradas na urgência da reflexão que os dramas e as catástrofes do século XX reclamam e no malogro trágico dos modelos intelectuais que os tinham, se não suscitado diretamente, ao menos tornado possíveis. A hybris, a desmesura - quase que poderia traduzir por imprudência, atribuindo a esta palavra toda sua força - era para os gregos a falta por excelência, causa de todas as infelicidades privadas e públicas. No início, erro, mais do que vício, mas tornando-se vício pela perseverança e obstinação no erro, a hybris era o desafio lançado aos deuses, a ambição quase risível na disputa pelo saber absoluto, a pretensão usurpada à imortalidade e, a partir daí, o desprezo pelos outros, o desdém soberano pela escolha dos meios e o cálculo das consequências da ação julgada boa, numa palavra, a irresponsabilidade. Sem dúvida, se reconhecerá nisso alguns traços de um passado recente ou ainda atual: a insistência ideológica, a obstinação axiológica, a arrogância tecnológica e mesmo a consciência moralista. A hybris não nasce da falta mas do excesso de teoria, mais exatamente da inadequação entre a teoria e a prática. Que a teoria, mesmo a mais bem formada, não possa determinar imediatamente a prática, mesmo a mais bem intencionada, nisso reside a lição tirada da prudência aristotélica. A ação bem sucedida requer a mediação concomitantemente intelectual e volitiva que é a única que permite escolher e fazer o que Aristóteles chama de “bem factível”, isto é, não um utópico bem absoluto, mas o melhor possível num mundo contingente e incerto. A prudência é a virtude da boa deliberação (...). Nesses quarenta anos, numerosos trabalhos enriqueceram nossa meditação sobre a prudência. Citamos, em primeiro lugar, os trabalhos de Hans Georg Gadamer na Alemanha; os de Hannah Arendt e Martha Nussbaum nos Estados Unidos. O famoso seminário realizado por Heidegger, em Fribourg (1923), sobre o livro VI da Ética Nicomaquéia (...) especialmente enfatizando que a phronesis aristotélica é a que melhor cumpria o programa de hermenêutica da existência humana voltada para a praxis. A tradição analítica, por seu lado, precisou a análise psicológica do julgamento prudencial e, em particular, a economia da deliberação,

especialmente em relação à difícil questão de saber se a prudência diz respeito ao fim ou aos meios da ação.

Também no âmbito do ensino jurídico e das decisões judiciais, notamos o reaparecimento de referências à necessidade de um conhecimento prudencial do Direito, como um elemento indispensável para a busca de uma solução judicial que corresponda ao justo concreto, porque o Direito não é estritamente uma ciência, ainda que haja uma ciência que o investigue. É uma prudência, um saber prático, pois o objeto do conhecimento jurídico não é uma essência puramente investigativa, posta ante nossa consideração para ser contemplada. No dizer de Martínez Doral (1960:16-17),

tratam-se aqui de condutas, ações, decisões humanas, isto é, objetos que fazem referência à realidade concreta e que não podem ser compreendidos, sobretudo se produzem reflexos jurídicos, privados dessa referência à realidade. Trata-se, também, do fato de que a Justiça carrega consigo uma tendência inexorável à realização, numa tentativa de conformação e configuração de situações concretas em sociedades determinadas. De qualquer ângulo que se contemple essa tentativa, a ideia de realização e a referência à ação e à vida intervêm sempre e de uma maneira verdadeiramente decisiva.

Eis uma das notas mais características do fenômeno jurídico. Seu objeto de análise recai sobre condutas que, por si mesmas, não estão definitiva e pormenorizadamente “antecipadas” normativamente, mas que, antes, devem ser examinadas em circunstâncias concretas e específicas, rodeadas de um contexto pormenorizado, razão pela qual dão um lugar à uma conclusão própria e que não encontrará, em regra, um paralelo em outra situação vital, porquanto somente em ocasiões carentes de mediana ou superior complexidade será possível uma remissão a soluções análogas.

Conforme ressalta Utz (1967:20-21), “o direito não se realiza senão na relação interpessoal concreta. A análise da ordem real deverá então evidenciar os preceitos segundo os quais o caso concreto e particular está em condições de ser determinado juridicamente” (tradução livre).

O Direito – e, em última análise, seu processo gnoseológico – não envolve somente uma simples operação de lógica formal, bem ao gosto do positivismo jurídico, mas deve expor, por intermédio de adequados juízos prudenciais, o sentido e o alcance dos preceitos normativos. Não há espaço para fórmulas normativas acabadas e prontas para uma imediata aplicação ao caso concreto previsto pela norma como hipótese de incidência.

Aristóteles (2009:124-125) declarava ser viciosa uma aplicação meramente mecânica da lei, sem qualquer preocupação prudencial e axiológica, na melhor linha do pensamento positivista no Direito. Recordamos o filósofo que o

que origina o problema é o fato de o equitativo ser justo, porém não o legalmente justo, e sim uma

correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nos casos, portanto, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais frequente, embora não ignore a possibilidade de erro em consequência dessa circunstância. E nem por isso esse procedimento deixa de ser correto, pois o erro não está na lei nem no legislador, e sim na natureza do caso particular, já que os assuntos práticos são, por natureza, dessa espécie. Por conseguinte, quando a lei estabelece uma lei geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade), corrigir a omissão, dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta.

Em suma, o Direito não se reduz a uma singela atividade cognoscitiva racional, mas compreende uma atividade decisória e volitiva, campo de valoração das possíveis soluções judiciais para o caso concreto, culminando com a prolação daquela apta a produzir o justo concreto. Logo, vê-se que o Direito é muito antes uma prudência do que uma ciência e sua hermenêutica é muito mais um ato de construção prudencial do que racional.

Ollero Tassara (1998:121) conclui que “toda atividade jurídica parece-nos, na realidade, como filosofia prática, que capta e conforma, por sua vez, - determina - essas exigências objetivas de justiça, positivando-as existencialmente. Positivar o direito - fazer justiça - é, pois, estar disposto a conhecer uma verdade prática, inevitavelmente por fazer”. Conhecer o Direito, desta forma, é um saber prático.

Porém, não um saber segundo uma noção um tanto esvaziada de “prático” que hoje temos, normalmente associada a tudo aquilo que produz uma utilidade imediata, como o dinheiro, o prazer ou os bens de consumo; mas como um saber prático que corresponde ao sentido último do Direito, a saber, um conjunto de conhecimentos orientados não para o puro conhecer, porém, para o fazer, já que seu objeto visa proporcionar ao indivíduo um rol de meios necessários para uma escorreita regulação exterior de sua conduta nas mais diversas situações que se apresentam ao longo de sua vida no seio social.

Hoje, a reabilitação do Direito como um saber prático passa pelo resgate da filosofia prática. Sem se desprezar o auxílio dos mecanismos científicos, é preciso ir aflorando hermeneuticamente a verdade inesgotável da convivência humana. Dessa forma, a atividade jurídica (OLLERO TASSARA, 2006:313) converte-se numa relevante aliada de propostas reabilitadoras de uma filosofia prática: “a filosofia não é apenas o reflexo de uma verdade prévia, mas a arte de realização dessa verdade. A relação do filósofo com o ser não é uma relação frontal do espectador diante do espetáculo; é como uma cumplicidade, uma relação oblíqua e oculta” (MERLEAU-PONTY, 1945: XV).

Essa preocupação focada num saber que orienta para um correto agir individual no âmbito de uma comunidade - campo de atuação da ética e da política, incluída nesta o Direito[4] - retroage a Homero, à religião délfica e à tragédia grega e, no seio da realidade cultural grega, alcança sua formulação completa com Aristóteles, para quem a prudência é vista como uma potência habitual da

inteligência, ou seja, uma virtude intelectual; porém, delas se diferenciará, em espécie, em razão de seu objeto: a *praxis*, o agir ético do homem, que pressupõe uma compenetração, no âmago dessa excelência, entre a parte intelectual e a parte afetiva do homem, porquanto (GAUTHIER, 1973:89-92) o objeto da ação é, indissolúvelmente, objeto da inteligência e do desejo e, para agir, é necessário conhecê-lo de forma veraz e almejá-lo com retidão.

Dessa forma, a prudência é uma virtude do intelecto prático (e não especulativo), cujo objeto está em estabelecer e prescrever, no caso concreto, a reta conduta no agir propriamente humano. É composta por dois planos distintos. No primeiro, especifica-se o agir humano devido, mediante a constituição de valores objetivos (causalidade formal, composta por um ato de deliberação e por um ato de juízo); no segundo, realiza-se efetivamente esse agir, por intermédio de um comando apto a produzir atos que comprometam todo o indivíduo (causalidade eficiente, formada por um ato de império).

Enquanto se inscreve na órbita da causalidade formal, ou seja, na determinação da conduta humana concreta, a prudência não busca na conduta propriamente dita seu princípio determinativo intrínseco, mas fora dela, no intelecto do indivíduo. O juízo resultante da dimensão intelectual da prudência desloca-se para a conduta como uma espécie de modelo ou paradigma exemplar, de acordo com o qual deve estruturar-se o ato humano livre para alcançar a retidão devida nas circunstâncias do caso concreto.

Nesse âmbito normativo da causalidade formal, deve ser feita uma distinção imprescindível. Em primeiro lugar, existe uma causa formal extrínseca *remota* dessa conduta, composta pelas normas gerais que descrevem, em geral, os tipos de ação devida para uma classe de situações de uma maneira mais ou menos abstrata (ato de deliberação). Em segundo lugar, aparece uma causa formal extrínseca *próxima*, consistente por um preceito singular referido a uma conduta concreta e que determina o modo de ser do agir humano, naquelas circunstâncias, em sua máxima proximidade (ato de juízo).

Depreende-se claramente que o juízo prudencial, como um todo, corresponde, no fundo, a uma concreção de natureza normativa (preponderando, assim, a segunda fase, de natureza preceptiva), cuja finalidade, na órbita jurídica, está em delimitar o justo concreto para toda uma comunidade ou para um indivíduo numa situação específica, porque, ao agir de acordo com o juízo prudencial, o agente dá a cada um o devido. Nessa mesma órbita, é a lei que assume o caráter de causa formal extrínseca *remota* e a sentença judicial, por sua vez, a de causa formal extrínseca *próxima*.

No primeiro plano da prudência (causalidade formal), as normas gerais acima citadas são conhecidas, pelo indivíduo, por meio da razão natural ou *sindérese*[5], um hábito natural do intelecto que entende e concebe os princípios da ordem da ação que incita ao bem e condena o mal, na medida em que julga o que encontramos, mediante os primeiros princípios. São estudados pela Filosofia Moral (como, por exemplo, o respeito à dignidade da pessoa humana) ou pela Filosofia do Direito, nesse caso quando se referem expressamente à ordem jurídica (por exemplo, a impossibilidade de ninguém poder transferir mais direitos do que tem).

Ademais, a *sindérese* nunca falha. Se o indivíduo errou num dado juízo prudencial, esse equívoco encontra seu lugar na consciência, a qual não soube aplicar corretamente os primeiros princípios da *sindérese* ou a fez deturpada sob a influência de alguma paixão. Albertuni (2006:85-86) explica que,

“assim, a consciência erra não por causa do erro da *sindérese*, mas por causa do erro da razão”.

Superado o primeiro plano da prudência, passemos ao segundo. Compete à causalidade eficiente a tarefa de mover o indivíduo à realização daquilo que foi determinado como devido, pelo primeiro plano, numa dada circunstância: o comando, representado por um ato de império. Desde Aristóteles, é reconhecido ao comando a natureza de elemento integrante da prudência. Tomás de Aquino (2005:598) atribui ao comando a maior relevância no seio da dinâmica da prudência: “o comando consiste em aplicar à ação o resultado obtido no entendimento e no julgamento. E porque este ato está mais próximo do fim da razão prática, segue-se que este é o ato principal da razão prática e, conseqüentemente, da prudência[6]”.

Significa dizer que o entendimento ou intelecto, onde reside a prudência, não se detém somente na especificação do devido, mas que, com o concurso da vontade do indivíduo, produz o ato ordenado a consumir, na realidade concreta, a conduta tida como reta. De fato, assiste razão a Tomás de Aquino, porquanto, do contrário, a prudência se reduziria a um puro saber especulativo e sem qualquer virtualidade prática. A ação da vontade, nessa instância da ordem prudencial, é fruto das potências da alma, as quais têm, por função elementar, mover o homem à realização daquilo que a razão apresenta como bom[7].

A participação da vontade na ordem prudencial demonstra que a determinação da conduta humana por parte dessa virtude não seja somente racional, mas também volitiva. Para tanto, é necessário que essa vontade esteja previamente ordenada, tarefa que corre por conta das virtudes morais (por exemplo, a justiça e a fortaleza): um viciado ético não pode agir prudentemente, pois, ainda que seu entendimento prescreva, no caso concreto, que o álcool lhe é prejudicial, sua conduta não acompanhará aquele juízo, pois sua vontade, debilitada pelo vício, não estará disposta a colaborar no afã de realização daquilo que o juízo reputa como devido.

Estabelecidos os marcos conceituais da filosofia prática e da prudência, vêm à tona seus conseqüentes vínculos. Nesse diapasão, podemos concluir que, se por um lado, o procedimento tipológico da ética confere a esta um caráter científico, por outro, ela diferencia-se da *phronesis*, que não pode ser uma ciência, na medida em que extrai, dos postulados gerais da ética (igualmente informados pela *sindérese*), os princípios do raciocínio prático para determinar, no caso concreto, a ação que convém ser feita para viver bem nas circunstâncias singulares e contingentes.

O processo deliberativo no qual a prudência está inserida pode ser descrito como um silogismo prático. A premissa maior é o fim moral a ser levado a cabo (o universal) e a premissa menor é a correta reprodução das circunstâncias do caso (o singular), seguida da ação devida, isto é, um agir conseqüente ao juízo formado a partir do entendimento e do julgamento, segundo o jargão tomista.

A formação desse silogismo, como se depreende, exige dois tipos de saber, o conhecimento do universal e o conhecimento do singular. O filósofo (ARISTÓTELES, 2009:136) ressalta que “a prudência não tem por objeto somente o universal, mas ela deve também conhecer os singulares, pois ela dirige a ação e a ação dirige-se aos singulares[8]”. O universal é aprendido pela educação e o particular pela experiência.

O raciocínio silogístico estará eivado de erro se ignora o correto conhecimento do universal ou se descreve a situação singular incorretamente, situações geradas por uma imperfeição da consciência:

“O erro pode dizer respeito seja ao universal, seja ao singular. Pois se pode ignorar tanto que as águas pesadas são prejudiciais à saúde, como o fato desta água aqui ser uma água pesada (ARISTÓTELES, 2009:138)[9]”.

A tendência empírica do pensamento prudencial aristotélico demonstra aqui todo seu vigor, quando afirma que o conhecimento do singular é mais relevante que o conhecimento do universal para a elaboração de um juízo prudencial acertado, pois (ARISTÓTELES, 2009:136) “nós devemos ter os dois conhecimentos, aquele do universal, e do particular, ou, se devemos escolher, de preferência este último[10]”.

Daí decorre a importância que Aristóteles atribui à experiência como meio de aquisição da prudência e é por isso que a prudência não está associada à juventude, mas à velhice, porque o jovem carece de experiência de vida, ainda que possa ser um grande matemático, porquanto esse saber trata do universal e não do particular.

Por intermédio da experiência, chega-se à verdade prática, ou seja, a verdade ligada à *praxis*: “Essa verdade é de ordem prática (ARISTÓTELES, 2009:130)[11]”. A verdade, no pensamento aristotélico, consiste na correspondência entre uma asserção e a realidade; a verdade prática[12] é a conformidade entre o ditame da razão prática e as exigências da própria realidade. O justo meio é a conformidade do desejo e da ação à regra racional, que é sua medida. Se esta regra tem também sua própria medida, esta medida não é uma outra regra, sob pena de indução ao infinito, mas a própria realidade das coisas e a conformidade do espírito à realidade não é justo meio, mas a verdade (GAUTHIER, 1992:71).

Em outras palavras, a regra racional proveniente da prudência, apta a indicar o justo meio no caso concreto, deve ser justaposta à realidade que se pretende orientar. A prudência, como um saber, tem por objeto a verdade; todavia, ao contrário da verdade investigada pelo pensamento filosófico ou científico, é uma verdade prática, isto é, uma verdade contingente e mutável de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Como a verdade prática está associada à toda *praxis* social, Aristóteles especifica as várias formas de prudência (individual, doméstica, legislativa e política)[13] e acaba por engajar toda a sociedade num macro processo prudencial, de sorte que todos os indivíduos tornam-se comprometidos com o uso da razão prática. Naquilo que atine ao eixo estruturante deste trabalho, na órbita jurídica, as prudências individual, doméstica e legislativa não suprem a prudência jurídica, espécie de prudência política; complementam-se, porque cada situação fática demanda um juízo prático orientado pela respectiva prudência.

Diante da magnitude virtuosa da prudência, por outro lado, a filosofia prática aristotélica procura justificar os fins das virtudes éticas, dentre as quais a prudência tem relevância ímpar, refluindo-os a uma concepção normativa da vida boa e descrevendo os atributos do raciocínio prático com o qual o homem prudente aplica às situações os fins virtuosos que definem a vida boa.

Logo, conclui-se que a filosofia prática aristotélica[14], ao contrário da filosofia platônica do Bem, é perfeitamente compatível com o *ethos* da *polis* e os *endoxa*, as opiniões de autoridade acerca do modo conveniente e nobre de viver e de agir. E o filósofo prático não se limita a observar a realidade empírica e reproduzi-la: ele vai além, pois compreende o *ethos* da *polis*, submete-o a uma

argumentação dialética e diaporética, examinando as eventuais aporias às quais as opiniões conduzem e busca resolvê-las, mediante a explicação da parte de verdade e da parte de erro contida naquelas opiniões. Ao fim, identifica uma concepção normativa de vida boa e, nessa tarefa, acaba por ser um crítico do mesmo *ethos*, buscando aprimorá-lo. Agora, deixamos a prudência e ingressamos na jurisprudência, a prudência do Direito.

Sob os olhos da modernidade e, sobretudo das relações entre Direito e razão prática, percebe-se que a moral prudencial aristotélica é completamente diferente da moral normativista em voga desde Kant, renovada na última quadra de século por John Rawls. Segundo Barzotto (2010:167),

Toda filosofia moral da modernidade (...) discute a questão: “Que regra eu devo seguir?” A concepção aristotélica não está centrada na regra[15], mas no saber prático que determina se uma regra é ou não aplicável ao caso. Assim, a questão central da teoria moral é: que tipo de conhecimento torna o agente moral capaz de aplicar regras ou a agir na ausência de regras? Afinal, a regra não determina seu caso de aplicação, isto é, não há uma regra para aplicação de regras. A concepção normativista da moral que impera na modernidade está ligada à concepção normativista do direito como um conjunto de regras. A concepção clássica da moral, fundada na prudência, está ligada a uma concepção do direito onde a regra não ocupa o papel central.

Segundo uma visão prudencial (e não normativista) do Direito, o direito não emana da regra, mas a regra emana do direito[16]. Em outras palavras, na aplicação do direito ao caso concreto, as circunstâncias fáticas - singulares e contingentes - delimitarão o sentido e o alcance da regra, prevista genericamente pela lei, a ser justaposta naquela situação, de molde a assegurar o império do justo concreto.

Essa concepção, que nega a identificação do direito com a norma (porque o direito identifica-se com o justo e a norma é apenas o instrumento do direito), está na base da prudência do direito romano, na *jurisprudencia* romana, a primeira e mais perene síntese entre prudência[17], direito e ética.

O trabalho de acomodação e de respostas para problemas práticos criam uma massa crítica de conhecimento prático e assume a forma de *jurisprudencia*, a prudência do direito, até o momento em que o Imperador Augusto outorgou, no século I de nossa era, o *ius publice respondendi ex auctoritate Principis* aos mais notáveis juristas da Roma Imperial, em razão da qualidade, publicamente reconhecida, de *iuris prudentes*, isto é, de portadores, em grau eminente, de uma especial forma de conhecimento jurídico, o conhecimento prudencial, um saber marcado por sua peculiar aptidão para a investigação e a busca de uma justa solução para os casos concretos.

VILLEY (1981:73) ensina, acerca da jurisprudência, que

os juristas romanos atribuíam à jurisprudência o papel primordial na gênese de seu direito. Há um texto do Digesto que especifica que nas origens e, na ausência de qualquer lei escrita, os seus verdadeiros autores foram os prudentes. A jurisprudência representou para os romanos o berço do

direito. Creio que continua sendo verdadeiro no século XX quanto aos setores dinâmicos do direito. Ao menos onde o sentido da palavra não foi falsificado, onde ela não se desviou para o papel de serva estática, onde ela permaneceu conhecimento dos casos, isto é, do direito nas coisas (grifos nossos).

Assim entendida, como o conhecimento do direito nas coisas, a *jurisprudencia* romana é dotada de cinco grandes características: é um saber realista, prático, ético, casuístico e tradicional (BARZOTTO, 2010:170-174).

É realista, porque está fincado na realidade posta e não numa atividade puramente especulativa ou abstrata. A atitude espiritual do romano é a do camponês-soldado, apegado às verdades que emanam intuitivamente do senso comum e que repudia qualquer normatividade que pretenda se impor, de fora, à estrutura do real. Não é de se espantar que a única definição acerca de jurisprudência seja dotada de um realismo impressionante: “a jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência prática do justo e do injusto[18]”.

É um saber prático. O povo romano ocupava-se das construções teóricas gregas na exata medida de suas necessidades práticas e materiais. Por exemplo, a matemática é transformada em engenharia, a geografia é empregada na estratégia militar e a retórica assume a atividade política.

Ciente de que não poderia renunciar ao poder institucional decorrente da posse de um saber voltado para a resolução de conflitos sociais, a aristocracia romana fomenta a formação de quadros voltados para o exercício da jurisprudência[19], essa tarefa de importância tão manifesta como fonte do direito[20] (a lei era fonte subsidiária, ao contrário da mentalidade moderna), como capacitação para o exercício da atividade política na urbe romana. Logo, a formação jurídica está voltada para a política e não para o direito.

É um saber ético, porquanto o jurisprudente, no caso concreto, está preocupado em buscar a resposta que corresponda ao justo, donde decorre a natureza moral de seu mister. O próprio Digesto começa com uma definição acerca do *jus*: “Convém que aquele que vai dedicar-se ao direito conheça primeiramente donde deriva o termo *jus*. É chamado assim por derivar de *justitia*[21]”. Ou seja, ainda que seja o contrário (*justitia* derive de *jus*), ao definir o objeto de seu saber, o jurisconsulto o vincula imediatamente com a justiça. Não busca um lastro epistemológico que encerre a atividade jurisdicional em si mesma.

Os jurisconsultos entendem o direito como um saber a ser construído responsabilmente e (VIEHWEG, 1986:80-81) “toda sua personalidade estava comprometida nisso; como dizia Ihering, ‘seu orgulho não é somente de tipo intelectual, mas também de tipo moral’”.

É um saber casuístico. O Direito Romano não tem a lei como fonte primária, mas a obra destilada dos jurisconsultos. A lei é pouco manejada no âmbito do direito privado, porque a formação jurídica consiste em assistir um jurisconsulto experiente aconselhando os particulares, seguido de um debate, posteriormente, entre seus discípulos, destilando-se, de geração em geração, um saber fincado na experiência.

Em Roma (KÄSER, 1962:121), a lei contrapõe-se ao direito dos juristas: ela é uma fonte de direito

em virtude de uma imposição, ao passo que o direito dos juristas não é senão a experiência derivada dos casos particulares e progressivamente consolidada. É por isso que a lei pôde aparecer aos juristas romanos não tanto como o cerne da sua ordem jurídica, mas antes uma barreira limitando a liberdade de descoberta do direito pelos juristas. A atenção do jurisprudente está no caso e não na regra.

Pela via da sedimentação das soluções, naturalmente vão se formando regras por um processo de generalização empírica, como as seguintes: “Ninguém pode transferir mais direitos do que tem[22]”, “Não se considera que alguém perca o que não era seu[23]” ou “É nula a obrigação de objeto impossível[24]”. Interessante notar que o pensamento do jurisprudente ainda é fortemente concreto e empírico, mesmo quando formula regras gerais.

É um saber tradicionalista, eis que, a fim de se evitar a insegurança jurídica que poderia emanar do tratamento casuístico dos problemas, a jurisprudência vale-se da tradição da moral (*mos maiorum*) e dos costumes (*boni mores*), além do recurso aos precedentes jurisprudenciais, conferindo coerência e organicidade ao conjunto das soluções tomadas. O novo caso insere-se numa cadeia específica de soluções, onde a evolução no entendimento acontecia de forma gradual e lenta, mas segura.

A experiência romana demonstra que o verdadeiro conhecimento do Direito corresponde a um conhecimento prudencial do Direito, porque o direito é uma prudência, um saber prático, uma atividade própria do agir, impulsionada pelo pensamento: “mais que um emaranhado de regras, suscetíveis de aprendizagem, o direito consiste num <<saber-fazer>>, que dita como e quando elas se aplicam, transcendendo-as (OLLERO TASSARA, 2006:316)”. Saber leis não é saber o Direito.

Com efeito, Gadamer (1994:178) acentua esse liame entre Direito e prudência ao sustentar que

o conhecimento do direito que caracteriza o jurista segue chamando-se, com boas razões, jurisprudência, literalmente, prudência jurídica. Esta palavra recorda ainda o legado da filosofia prática, que via na prudentia a virtude suprema de uma racionalidade prática. O fato de que a expressão ciência do direito tenha prevalecido a partir do final do século XIX indica a perda da ideia de uma peculiaridade metodológica deste saber jurídico e de sua definição prática.

Nessa linha argumentativa, o Código Iberoamericano de Ética Judicial (2008:19) em vigor reforça, na exposição de motivos, a importância da prudência jurídica, constituindo-se a essência do modo com que a prestação jurisdicional deve ser feita pelo magistrado na solução dos processuais.

Aliás, se é certo que não se pode reduzir a prudência jurídica ao estrito campo da aplicação judicial das normas, pois existem uma prudência política e uma prudência legislativa que a antecedem, resulta evidente que, em seu modo judicial, pode-se apreciar mais claramente as notas e particularidades da prudência jurídica. A prudência judicial é, então, a prudência jurídica por excelência.

A mesma codificação continental (2008:36 e 43) prescreve, em vários pontos, a forma geral de exercício da prudência judicial (artigos 8º e 68 a 72). Uma adequada compreensão do Direito supõe

a busca de um estatuto teórico que corresponda à sua efetiva dimensão na realidade das coisas. Atualmente, as categorias e os pressupostos de especulação epistemológica da modernidade são incapazes de dar conta de uma análise prudencial da experiência jurídica, ao contrário do que sucedeu entre a filosofia grega e a *jurisprudencia* romana.

Logo, não é muito simples a tarefa de revitalização epistemológica da essência prudencial do Direito, ainda submetido aos influxos do positivismo normativista kelseniano, que fez do direito positivo, enquanto ordem normativa, um mundo completamente independente de qualquer influência, direta ou indireta, da filosofia moral.

A definição clássica de jurisprudência, em seu rigoroso sentido de prudência do direito, como o saber do justo e do injusto[25] por meio do conhecimento de todas as coisas humanas e divinas, de um lado, abre a ciência jurídica à experiência da totalidade do Direito. Por outro, centra sua especificidade na determinação do justo e no discernimento do injusto. Dessa maneira, o justo jurídico, determinado prudencialmente, adquire um *status* próprio entre a virtude da justiça e as exigências da natural essência política do homem, fundada na ideia de bem comum e nos ditames da filosofia prática.

Com efeito, o saber jurisprudencial é um saber em que o fato concreto, preteritamente havido, renova-se presencialmente nos autos do processo, a fim de adquirir pleno sentido jurídico pela pena do magistrado que, desvendando a essência na aparência fática, dá continuidade[26] prudencial ao núcleo operável do trabalho hermenêutico, declarando, motivadamente na sentença, o justo concreto.

André Fernandes é graduado “cum laude” pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Mestre e Doutorando em Filosofia e História da Educação pela Unicamp. Juiz de direito titular de entrância final. Pesquisador do grupo Paideia, na linha de ética, política e educação (DGP - Lattes) e professor-coordenador de metodologia jurídica do CEU Escola de Direito. Juiz Instrutor da Escola Paulista da Magistratura. Colunista do Correio Popular de Campinas. Coordenador Estadual da ADFAS (SP-Interior). Consultor da Comissão Especial de Ensino Jurídico da OAB. Detentor de prêmios em concursos de monografias jurídicas e de crônicas literárias. Autor de livros publicados no Brasil e no Exterior e de artigos científicos em revistas especializadas. Titular da cadeira 30 da Academia Campinense de Letras.

Referências Bibliográficas

ALBERTUNI, Carlos Alberto. *O Conceito de Sindérese na Moral de Tomás de Aquino*. Tese (Doutorado em Filosofia) Unicamp, Campinas, 2006.

AQUINO, Tomás de. *A Prudência*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Suma Teológica*. São Paulo: Loyola, 2005. Vols. I, II, V e VI.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Atlas, 2009.

- _____. *Metafísica*. Bauru: Edipro, 2006.
- AUBENQUE, Pierre. *A Prudência em Aristóteles*. São Paulo: Paulus, 2003.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do Direito, os Conceitos Fundamentais e a Tradição Jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CÍCERO, Marcus Tullius. *De Officiis*. Lisboa: Edições 70, 2000.
- _____. *Do Orador*. Porto: Res Jurídica, 2010.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermeneutik als praktische Philosophie*. Freiburg: Rombach, 1972.
- _____. *Verdad y Metodo*. Salamanca: Sígueme, 1994, vol.II.
- GAUTHIER, René-Antoine. *Introdução à Moral de Aristóteles*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1992.
- _____. *La Morale d'Aristote*. Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 1973.
- GAUTHIER, René-Antoine. JOLIF, Jean Yves. *L'Éthique à Nicomaque. Introduction, Traduction et Commentaire*. Louvain: Publications Universitaires de Louvain, 2002, vols. I, II e III.
- GILLISEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- JAEGER, W. *Paideia, a Formação do Homem Grego*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KÄSER, Max. *Sur la Méthode des Jurisconsultes Romains*. Rio de Janeiro: Romanitas, 1962, vol. 4.
- MARTÍNEZ DORAL, José María. *La Estructura del Conocimiento Jurídico*. Pamplona: EUNSA, 1960.
- MERLEAU-PONTY, Maurice. *Phénoménologie de la Perception*. Paris: Gallimard, 1945.
- _____. *Signes*. Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 1960.
- OLLERO TASSARA, Andrés. *Tiene Razón el Derecho?* Madrid: Congreso de los Diputados, 2006.
- OLLERO TASSARA, Andrés; RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. *Las Razones del Derecho Natural*. Buenos Aires: Ábaco, 1998.
- SOUZA SANTOS, Boaventura. *Um Discurso sobre as Ciências*. Porto: Afrontamento, 1996.
- UTZ, Arthur. *Étique Sociale. Philosophie du Droit*. Suisse: Universitaires de Freiburg, 1967.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1986.
- VIGO, Rodolfo Luís; ATIENZA, Manuel. *Código Iberoamericano de ética judicial*. Brasília: Conselho da Justiça Federal (CJF), 2008.
- VILLEY, Michel. *Filosofia del Derecho*. Pamplona: EUNSA, 1981, vols I e II.

NOTAS:

[2] “A jurisprudência, no sentido romano, era o conhecimento do direito e sua atuação pelo uso prático (...). Era obra dos jurisconsultos que desempenharam um papel capital na fixação das regras do direito. Na verdade, os jurisconsultos eram homens muito experientes na prática do direito, quer enquanto davam consultas jurídicas (*responsa*), quer enquanto redigiam atos e orientavam as partes nos processos, embora aí não interviessem. A autoridade de suas consultas decorria de seu valor pessoal e de seu prestígio social. Apesar de seu caráter privado, os escritos dos jurisconsultos constituíram uma verdadeira fonte do direito na época clássica, não somente pelos seus comentários de textos legislativos e dos éditos dos pretores, mas sobretudo pela maneira de resolver as lacunas do direito (GILISSEN, 1986:90-91)”.

[3] O Direito nasce e desenvolve-se em Roma como um saber prudencial, dado o perfil extremamente prático e pouco dado à abstração do povo romano. Assim, nunca houve uma preocupação teórica no desenvolvimento de uma teoria do Direito que explicasse, além das categorias jurídicas e conceitos, a natureza e os fins da atividade da prudência do Direito, a *jurisprudencia*. Mas não foi uma mera obra do acaso a nomeação, dessa disciplina, como *prudência do direito* e, do jurista, como *prudente*. Os romanos, influenciados pelo legado filosófico grego, pretendiam expressar com o termo *prudencia* a *phronesis* grega: a *phronesis*, na cultura grega, de Homero a Aristóteles, designa um tipo de saber que orienta a ação do homem. Para o grego, o ser prudente era aquele que sabia agir corretamente nas inúmeras situações diárias da vida na *polis*. E, para agir bem, ou seja, corretamente, era necessário que o indivíduo soubesse, teoricamente, o que correspondia ao bem genérico e, depois, aquilo que correspondia ao bem genérico naquela dada circunstância da vida e aos meios necessários para efetivá-la na *praxis*. Na análise da expressão *phronesis*, seguiremos a recomendação de Jaeger (2003:93): “nenhuma filosofia vive da pura razão. Ela é apenas a forma conceitual e sublimada da cultura e da civilização, tais como se desenrolam na história”. Séculos mais tarde, Tomás de Aquino, na Suma Teológica, irá alçar a prudência ao posto de principal virtude cardeal, concedendo-lhe, no âmbito das virtudes humanas, o mesmo *status* que Aristóteles (2009:144) conferia à prudência no trato das excelências éticas, a de olhos da alma: “a sabedoria prática não é faculdade, mas não existe sem ela; esse olho da alma não alcança seu completo desenvolvimento sem a virtude, como já dissemos (L. VI, 12, 1144a)”. Segundo o filósofo medieval (2005:189), “*ergo prudentia non inesti nobis a natura sede ex doctrina et experimento* (a prudência não é inata em nós, mas procede da educação e da experiência) (S. Th., II - II, 47, 15, *sed contra*)”. Como se nota, para ambos os filósofos, a prudência é um hábito operativo bom.

[4] A entranha interpretativa da tarefa jurídica a coloca ao lado da filosofia prática: “hermenêutica é filosofia e não só filosofia, mas filosofia prática (GADAMER, 1972:331-332 e 343)”.

[5] Suma Teológica, I, a.12 e a.79; II-IIae, q.47, a.6, *resp.* e s.1. A expressão porta um caráter inovador no seio da teoria da ação moral, em comparação com a ética aristotélica, pois Tomás de Aquino a compreende como o hábito dos princípios primeiros da moral, *topos* equivalente ao hábito dos primeiros princípios teóricos de Aristóteles, designado por este como *intellectus principiorum*. Segundo Nascimento (1993:365-385), após o estudo detalhado dos 16 artigos da questão 47 da Ila IIae, Tomás de Aquino inova no conceito aristotélico de prudência ao introduzir a noção de *sindérese*, frisando que, mesmo assim, a virtude da prudência não é desconfigurada na teoria moral tomista, por ser reputada como “a sabedoria das coisas humanas”.

[6] Suma Teológica, V, q.47, a.8.

[7] Suma Teológica, I, q. 82, a.4.

[8] Ética a Nicômaco, L. VI, 1141 b.

[9] Ética a Nicômaco, L.VI, 1142 a.

[10] Ética a Nicômaco, L. VI, 1141 b.

[11] Ética a Nicômaco, L. VI, 1139 a.

[12] Segundo Merleau-Ponty (1960:160), “a verdade prática é a memória de tudo que se encontrou ao longo do caminho”.

[13] Segundo Aristóteles, a prudência individual orienta as decisões do indivíduo; a prudência doméstica, as decisões familiares; a prudência legislativa, as decisões do legislador; a prudência política divide-se em discricionária e judicial: a primeira corresponde à prudência do indivíduo investido no poder de deliberação sobre os assuntos públicos; a segunda orienta as decisões dos juízes nos processos judiciais.

[14] Segundo a ética aristotélica, a experiência humana tem um papel fundamental: a atuação do homem prudente, a opinião dos mais velhos, sua vivência existencial e os costumes da *polis* representam dados indispensáveis, a ponto de extrair, por indução, seus princípios racionais, motivo pelo qual confere um denso espaço para os dados empíricos e psicológicos que podem ser coletados em muitos capítulos da Ética a Nicômaco. Consciente da natureza ética do homem, Aristóteles propôs uma justificação teleológica dos valores e regras morais em função de um fim último, situado no plano da existência terrena e hierarquizado pela contemplação no ápice de sua felicidade (*eudaimonia*), para o qual todas as ações virtuosas do homem devem convergir. A fim de possuir o bem supremo, o homem deve, por um lado, regular as funções inferiores por intermédio da razão e, por outro, desenvolver as virtualidades do espírito, situadas sempre no meio - entendido como o ápice da excelência e não como a mediocridade - de dois vícios opostos. Assim, à luz de uma ética das virtudes, a sociedade seria capaz de alcançar o bem comum. Na alma do homem, está sediada a faculdade intelectual que, aprimorada pela educação, permite à pessoa valorar o conteúdo de suas ações e ordená-los à consecução de seus fins naturais. Ou seja, a consciência individual, potencializada pelo desenvolvimento das virtudes e adequadamente educada por critérios éticos ordenadores do agir humano, leva o homem à sua plena realização existencial.

[15] Segundo Gauthier (2002:437), a expressão “norma” aparece uma única vez na *Ética a Nicômaco*. Na passagem 1153b, o termo “norma” refere-se à filosofia. Hoje, na maioria dos manuais do curso de graduação de Direito, essa expressão aparece, como sinônimo de Direito, já na introdução da obra, sendo repetida ao longo do livro, nesse mesmo sentido, segundo a maior ou menor amplitude do normativismo jurídico do autor.

[16] D. 50, 17,1.

[17] Segundo Aubenque (2003:63), “a expressão *phronesis*, conforme o sentido popular da palavra, designa uma virtude intelectual orientada imediatamente para a ação. É Cícero que, para traduzir a *phronesis* estoíca, recorreu à palavra *prudencia* (contração de *providencia*, que evoca a ideia de

previdência, saber eficaz)”.

[18] D. 1, 1, 10.

[19] Cícero (2010:51) conta que “entre os gregos, homens da mais baixa condição, impelidos pelo incentivo de um magro salário, oferecem-se para assistir em justiça aos oradores sobre as questões de direito: chamam-lhes ‘práticos’. Na nossa cidade, pelo contrário, os mais ilustres personagens desempenham esse trabalho”.

[20] D. 1, 2, 12: segundo Pomponius, “o *jus civile* propriamente dito é aquele que, sem estar escrito, consiste na interpretação dos prudentes”.

[21] D. 1, 1, 1.

[22] D. 50, 17, 54.

[23] D. 50, 17, 83.

[24] D. 50, 17, 185.

[25] No *Corpus Iuris Civilis*, a magnífica compilação de toda a tradição jurídica romana feita pelo imperador bizantino Justiniano por volta do ano 530, há um brocardo jurídico atribuído a Ulpiano, um dos últimos grandes juristas da época clássica do direito romano: “a jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência prática do justo e do injusto”. Nesta rica fórmula, causa uma certa inquietação a integração da injustiça na definição, a ponto de proporcionar alguma dúvida ao estudioso acerca da necessidade e da importância da injustiça para um homem que pretende ser justo. Todavia, pelo contrário, a sagaz percepção de Ulpiano indica um paradoxo da vida humana. Quando a humanidade percebe que algo ou uma situação é injusta, a mesma humanidade não se limitou a desmascarar essa injustiça, porém, ao mesmo tempo, aprendeu em que consiste a justiça naquele caso concreto. O excepcional talento prático dos romanos, que faz um interessante contraponto com o superior talento reflexivo dos gregos, captou primorosamente esta misteriosa pedagogia da injustiça e exprimiu-a teoricamente ao lecionar que o bom jurista é aquele que domina o justo e também o injusto. Afinal, quem descobre a razão da injustiça de algo ou de uma situação, foi porque aprendeu não menos profundamente o que deve ser o justo.

[26] Afonso Botelho (1990:41-42) nota que “estar” já implica um “permanente renovo” e estar de novo é continuar.

Tags: Direito, Ética, Jurisprudência, Prudência, Razão prática,

Fonte: IFE Campinas. Disponível em: <http://ife.org.br/a-prudencia-e-o-direito-como-razao-pratica/>