



François Ost – uma questão crucial: para que serve o direito?

Gerson Neves Pinto*¹

ORIGINAL

Resenha: OST, François. À **quoi sert le droit?** Usages, fonctions, finalités. Bruxelles: Bruylant, 2016.

A questão de saber “para que serve o direito?” ocupa há muito tempo os pensadores do direito. Para alguns, o papel do direito é antes de tudo garantir a ordem ou estabilizar os comportamentos em uma sociedade, para outros, de regular os conflitos, para outros ainda, de dizer a justiça ou de estabelecer a democracia. Antes de responder a esta pergunta, François Ost estabelece uma primeira constatação, segundo a qual, o cenário a ser considerado seria o de uma sociedade pós-jurídica: uma sociedade sem direito. Para ele, uma sociedade na qual o direito estaria dissolvido num mar de “normatividade indistinta”. Dentre os vários autores que François Ost cita para testemunhar este cenário, temos Alain Supiot¹, que acena para a derrubada do reino das leis. Supiot ensina que os pais do pensamento liberal sabiam que um regime de direito, uma *rule of law*, seria uma condição do cálculo econômico, que generaliza uma cultura da avaliação e transforma em imperativo categórico os objetivos cifrados relativos às ‘boas práticas’.

O filósofo holandês Grotius² estabeleceu em 1625 na introdução de sua obra mais conhecida (**Sobre o Direito da Paz e da Guerra**), um princípio que se tornou famoso, embora algumas vezes tenha sido mal interpretado: o princípio segundo o qual os princípios do direito natural seriam válidos mesmo que se quisesse supor que *Deus não existe* (« *et si Deus non daretur* ») ou que não se ocupa dos assuntos humanos. Da mesma forma, François Ost afirma que hoje não é incongruente formular a hipótese da “evaporação” do direito: *etsi ius non daretur...*

Quando pensamos em François Ost, costumamos ter em

¹ SUPIOT, Alain. **La Gouvernance par les nombres Cours au Collège de France (2012-2014)**. Fayard: Poids et mesures du monde, 2015.

² GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Trad. Ciro Mioranza. Florianópolis: Unijuí- Fondazione Cassamarca, 2004. Eis a ímpia hipótese de Grotius: “Tudo o que acabamos de dizer ocorreria do mesmo modo, embora concedêssemos, o que não pode ser feito sem grande crime, que **Deus não existe**”.

mente a sua vasta obra que se dedicou a uma análise sofisticada do fenômeno jurídico submetido a importantes transformações: juntamente com M. van de Kerchove, referido autor propôs uma análise dialética da ordem e da desordem, o modelo de jogo, e também o paradigma do direito “em rede” como sendo uma visão de um modelo emergente em contraposição ao modelo tradicional, também denominado como “piramidal”³. Bem como evidenciamos na obra de François Ost a sugestão de encontrar no método e na ética da tradução, a gramática destas “redes”, os princípios de comunicação de um mundo plural, desprovido de uma “metalinguagem” e de uma “grande narrativa”⁴.

Em seu último livro, o autor em comento nos propõe uma questão crucial, para que serve o direito?⁵ que não é nova, como vimos, mas que se impõe hoje com uma sutileza bastante forte, uma vez que o direito se globaliza, que as trocas se privatizam, que o poder dos estados está colocado em cheque e que nós vivemos o que poderíamos chamar de uma concorrência de normatividades. Poderíamos ficar tentados a responder esta questão sob o viés de uma espécie de essencialismo filosófico ou de um funcionalismo sociológico. Assim, o perigo no fundo seria vincular o direito a muitas coisas e acabar inflacionando o seu âmbito conceitual, vinculando-o a tudo aquilo que nós prezamos, isto é, à democracia, à justiça. Ou ao contrário, poderíamos pecar pela falta, reduzindo-o a muito pouco ou a quase nada, como fazem os marxistas, segundo os quais o direito é simplesmente a cobertura ideológica de relações de força determinadas por uma lógica econômica. E é este o problema referido por François Ost, o de estabelecer verdadeiramente uma teoria do direito que levasse em conta uma teoria ética e uma teoria política, onde teríamos, a partir do direito, uma espécie de justo meio entre uma reflexão ética e uma reflexão política.

O primeiro passo para responder a esta questão será um trabalho de clarificação conceitual. François Ost irá se debruçar sobre várias noções que se apresentam como candidatas a uma possível resposta a esta questão por ele colocada: o papel do direito, a finalidade, a missão, os efeitos, os usos, etc., tudo isso gira em torno da questão “Para que serve o Direito?” Além do mais, segundo ele, temos as funções instrumentais e simbólicas, as funções latentes e as disfunções, as funções negativas. De todas estas noções fulcrais do direito, François Ost decidiu conservar três eixos que formam as três partes de seu livro e que fazem parte do subtítulo da obra: Usos, funções e finalidades.

A pesquisa por ele desenvolvida tenta abordar o fenômeno jurídico de maneira interdisciplinar. Isto é, os usos são uma aproximação do ponto de vista das ciências sociais; as funções são uma aproximação a partir da teoria do direito; ao passo que a finalidade nos leva a refletir de um ponto de vista da filosofia e de uma ética jurídica. Estas três perspectivas fazem justiça à complexidade envolvida na indagação por François Ost colocada. Questão complexa e ao mesmo tempo simples. De uma forma didática, François Ost nos explica toda a complexidade do problema envolvida nestas três noções por ele adotadas para responder à questão crucial sobre o direito, partindo de uma analogia com o automóvel. Assim, podemos perguntar

³ Fr. OST et M. van de KERCHOVE. **Entre ordre et désordre, le système juridique**. Paris: PUF, 1988; Id. **Le droit ou les paradoxes du jeu**. Paris: PUF, 1992; Id. **Pyramide ou réseau? Pour une théorie dialectique du droit**. Bruxelles: Presses de l'Université Saint-Louis, 2002.

⁴ Fr. OST. **Le droit comme traduction**. Québec: Presses de l'Université de Laval, 2009; Id. **Traduire**. Défense et illustration du multilinguisme. Paris: Fayard, 2009.

⁵ Fr. OST. **À quoi sert le droit?** Usages, fonctions, finalités. Bruxelles: Bruylant, 2016.

para que serve um automóvel? Sua função é de ser um engenho que se desloca sozinho, que possui um motor interno. Seus usos? São muito variados: podemos utilizar como uma obra de arte, como casa. Os recentes eventos trágicos das cidades de Nice e Londres nos lembram que um automóvel pode também servir de arma. Suas finalidades, também dependem de nossas escolhas fundamentais, tais como o lazer, o transporte ou o uso profissional. Evidentemente, não é exatamente a mesma complexidade que encontramos no direito. O direito é um pouco mais complicado o que levou o autor a fazer uma distinção ao nível das finalidades do direito. No livro “Para Que Serve o Direito”? François Ost estabeleceu uma distinção entre dois tipos de finalidade no caso do direito: primeiramente, as finalidades extrínsecas que o direito pode perseguir, mas que não lhe são específicas, por exemplo, a democracia e a justiça. Estas finalidades vão além do direito e o direito não as esgota. Em segundo lugar, as finalidades intrínsecas, que lhes são próprias, e que o autor analisa como sendo a inflexão particular que damos a essas funções para perseguir uma finalidade exterior, como por exemplo, estabelecer a funcionalidade do direito para obter os objetivos de justiça ou de democracia. Diante desta distinção, François Ost faz uma reflexão e uma opção filosófica de base, ao afirmar que, por princípio, ele não associa o direito com a democracia ou a justiça. Infelizmente, e a história nos lembra isso seguidamente, o direito pode também perseguir, em certos casos, outras finalidades extrínsecas que não sejam a democracia e a justiça. Por exemplo, a ordem jurídica poderá seguir a manutenção da ordem, ou a promoção da classe operária, a defesa e a pureza da raça, etc.

Enfim, não querendo ser um idealista, o jurista belga em comento sabe perfeitamente que o direito pode também funcionar a serviço de outro tipo de finalidades extrínsecas, menos simpáticas, como a ordem jurídica da Alemanha de 1933, a qual visava a promoção do povo, da raça ariana, pois havia o direito nazista, assim como havia usos e funções de alguma coisa que se chamava como direito, unicamente a finalidade deste direito não era ‘conveniente’. O que François Ost nos adverte de certo modo é que, se desejamos colocar o direito a serviço da justiça e da democracia, devemos saber quais são as finalidades intrínsecas do direito, as quais servem como orientação para escolhermos esta ou aquela finalidade extrínseca, como por exemplo, para estabelecer a funcionalidade do direito no sentido de obter os objetivos de justiça ou de democracia.

François Ost, em sua pesquisa interdisciplinar, analisa as três noções que foram por ele escolhidas - **os usos, as funções e as finalidades** - como sendo as mais importantes para uma possível resposta da questão “Para que serve o direito”? Primeiramente, numa perspectiva sociológica do problema temos os ‘usos’. Os **usos** do direito são tão variados quanto os seus usuários - tanto o poder público quanto o poder privado, ou o simples particular - e a estratégia que eles venham a desenvolver ou os interesses que eles estejam defendendo. Então, usar o direito é obedecer ao direito, mas é também contornar o direito, e mesmo desvia-lo. Isto é, os usos podem ser conservadores mas podem também ser transformadores ou rebeldes. Com relação, por exemplo, às pessoas privadas ou particulares, o legislador normalmente espera que eles obedeçam à regra, mas sabemos que não é absolutamente o único uso que os particulares podem fazer do direito. Como exemplo, poderíamos lembrar Von Ihering⁶ que no século XIX escreveu uma bela obra sobre este assunto: *A Luta pelo Direito*. Bem como no Século XXI uma socióloga francesa Liora Israël escreveu um livro sobre a **Arma do Direito**⁷, onde ela mostra, por exemplo, como se pode colocar o direito em mo-

⁶ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Trad. João Vasconcelos. São Paulo: Forense, 2006.

⁷ ISRAËL, Liora. *L'arme du droit*. Presses de Sciences Po: Contester, 2009.

vimento contra o poder, ou virar a justiça contra o Estado. Por vezes isso vai mais longe, basta lembrar a luta de Martin Luther King, cujo comportamento pode se elevar ao nível do comportamento de rebeldia, de desobediência civil, ao transgredir a lei para promover o Direito. Logo, desobedecer a uma determinada lei, para lembrar a seus concidadãos um determinado valor constitucional ou um princípio jurídico que se sobrepõe ao direito tutelado pela lei. Dito de outro modo, cometer uma infração para melhor promover os valores fundamentais ou mesmo os artigos principais da Constituição Federal. Assim, utilizar o direito contra o direito - desobedecer a lei (com l minúsculo) para promover a Lei (maiúscula).

Tudo isso são usos positivos e edificantes do direito. Obviamente, a condição humana não é feita apenas de boas intenções e por isso, os particulares podem também se dedicar a desviar sistematicamente o direito. Mas o que merece ser sublinhado nesta análise de François Ost é o quanto ele insiste sobre este aspecto conflitual que está verdadeiramente inscrito no DNA do Direito. O direito não é apenas manter o *status quo*, preservar os direitos adquiridos. O direito é também buscar armas e instrumentos para conquistar o direito, para transformar o estado do direito positivo.

Em segundo lugar, François Ost se coloca na posição de teórico do direito para estudar as **funções** do direito ele parte da ideia, já de saída evocada, segundo a qual o direito é sempre uma instituição social secundária, onde as primárias seriam as relações afetivas, econômicas, políticas e religiosas. O direito jamais vem em primeiro lugar, como os antropólogos, os etnólogos, e mesmo os historiadores do direito nos lembram. O direito é uma instituição segunda, que reformula com sua própria linguagem estas normas que provem das relações primárias entre os indivíduos. Desta forma, o autor se alia aqueles que defendem a tese da dupla institucionalização. O critério de passagem ao direito, nos explicam os historiadores e antropólogos, é quando os costumes, as regras sociais primárias são reformuladas por uma outra instância que será chamada de jurídica, e arbitrados por novos personagens que serão chamados de juízes.

François Ost revisita esta teoria da dupla institucionalização, ele a torna um pouco mais complexa, e sobretudo, ele pontua sua tradução em teoria do direito contemporâneo com a teoria bem conhecida do inglês Herbert Hart, a teoria da articulação das normas primárias e secundárias.

Grosso modo, poderíamos resumir a teoria de Hart afirmando que as normas primárias reformulam as normas sociais tiradas da economia, da política e as normas secundárias, que são meta-normas instrumentais, pelas quais o direito se auto organiza por meio de normas de sanção, de mudança, de reconhecimento de fontes, etc. François Ost faz uma transposição desta distinção no que concerne às funções, distinguindo entre função primária e secundária, deixando-a mais complexa e, sobretudo, transpondo-a para a problemática de saber 'para o que serve o direito'?

Se devêssemos resumir o conjunto destas **funções** técnicas exercidas pelo direito, poderíamos fazê-lo da seguinte forma: elas estabelecem as ligações, fixam os limites e impõem medidas. Isto é, instituem as ligações de todo o tipo, no direito de família, no direito obrigacional, no estabelecimento das responsabilidades contratuais, etc. Por outro lado, fixam os limites e constituem a meta-função por excelência que é a de fixar as medidas. Enfim, as funções do direito seriam as de tecer vínculos (função de tessitura), fixar limites (função de delimitação) e estabelecer medidas (função de medição entre as pessoas e as coisas).

Nesta etapa, da análise das **funções**, após a análise do **uso**, nós não afirmamos ainda qual é o bom direito, não sabemos ainda pronunciar em termos de valor, de preferência qual seria o melhor direito. Estes **usos** e **funções** são suscetíveis do melhor ou do pior, pois as medidas podem ser falsas medidas, elas podem ser forçadas. A delimitação pode se revelar tirânica quando se coloca em espartilho todo o corpo social em um fio de regras demasiadamente interativas. A tessitura dos vínculos pode ser feita de forma pouco estreitada, ficando frouxo, de modo que os pontos de amarração se desfazem, desfazendo assim os vínculos. Logo, cada uma dessas funções, neste ponto, são ainda relativamente neutras, de onde se impõe a necessidade de passar então à terceira parte desta obra, que ocupa a maior parte do livro, ou seja, a parte propriamente filosófica que diz respeito às finalidades intrínsecas do direito que, como vimos, não são as grandes finalidades exteriores, direito e democracia, mas que são as maneiras que o direito tem de colocar suas funcionalidades em andamento para atingir seus objetivos exteriores.

Para realizar tal propósito, François Ost vai estabelecer um feixe de três finalidades dialeticamente ligadas, de tal forma que se uma delas se tornasse absoluta, em detrimento das duas outras, o equilíbrio buscado seria rompido, e não tardaríamos a nos confrontar com problemas, com disfunções. Vejamos, a seguir, quais são essas três finalidades intrínsecas.

A **primeira** finalidade intrínseca do direito é enquadrar e definir um equilíbrio social global entre todos os interesses e todos os valores em jogo e em conflito no corpo social, onde o direito enquadra com a sua técnica própria, uma arbitragem social e geral, entre os valores e os interesses concorrentes. A **segunda** finalidade é buscar um tipo de equilíbrio que seja suscetível de ser imposto pelo constrangimento quando necessário. Este é o aspecto de força, de sanção, de constrangimento que se impõe, mas de uma forma regrada e arbitrada pelo direito. E, finalmente, a **terceira** finalidade intrínseca do direito é que esta arbitragem e equilíbrio por ele executado deve ser suscetível de ser colocado em causa na forma procedimental do direito. Por isso, a necessidade desta ligação dialética entre as três finalidades acima referida, de tal forma que não se verifique uma hipertrofia de uma em prejuízo das demais. Desta forma, temos ao mesmo tempo um equilíbrio imposto pelo constrangimento, mas também um equilíbrio sempre suscetível de ser recolocado em discussão no quadro de um conflito, sendo que este conflito é ele próprio regulado por procedimentos intrínsecos ao direito. Ou seja, o direito não se contenta neste aspecto de colocar em forma jurídica a escolha, as opções tomadas no nível econômico, ao nível político, ao nível familiar etc. Mas o direito é mais do que isso. A dificuldade do direito é que ele é um tipo de arbitragem entre todos os jogos, ele deve realizar um equilíbrio que dá conta de todas estas esferas de justiça, de todos os interesses sociais que devem ser arbitrados e não simplesmente a tradução mecânica de um ou de outro destes aspectos.

Como forma de tornar mais clara esta questão da arbitragem e do equilíbrio, François Ost adverte que não é para pensarmos em uma medíocre via média, ou seja, em comprometimentos entre interesses concorrentes, mas ao contrário, devemos pensar este colocar em equilíbrio como uma solução qualificada, como um compromisso e não como um comprometimento. A este respeito, o autor analisa em seu livro alguns exemplos que ajudam a pensar esta questão, como em Rousseau onde vemos a passagem da vontade de todos, que não é mais do que a soma dos interesses particulares, para a vontade geral, que supõe verdadeiramente uma propriedade emergente, um selo de qualidade, uma mudança de nível. Ou então em Paul

Ricoeur, que ao refletir sobre a questão de saber para que serve um julgamento, para que servem os juízes, conclui que o julgamento não é apenas atribuir a cada um o que lhe é devido, não é apenas estar em uma lógica de 'toma lá, dá cá', onde teríamos apenas uma compensação. Além disso, o julgamento é também, para Paul Ricoeur, restaurar a paz social, rearticular o laço social, e neste ponto passamos também a um nível superior.

Assim, uma palavra de conclusão: finalmente, para que serve o direito? O direito serve para recolocar, em sua linguagem própria, com todas as suas funções próprias, uma relação social primária, como vimos acima. Por exemplo, o que é que muda quando duas pessoas decidem passar ao direito? Digamos que essas pessoas estão engajadas em uma relação afetiva, vivendo maritalmente, ou estão engajadas em uma relação comercial, ou em relações políticas, ou em vínculos de natureza espiritual ou religiosa, que François Ost chamou de relação de base. O que é que muda então quando esta mesma relação passa ao direito? O que quer dizer passar ao direito? Pois bem, é fazer ato de engajamento, por exemplo uma promessa de contrato, uma promessa de noivado e casamento, um acordo político, etc. O que é que muda quando esta mesma relação passa ao direito? Ou o que é passar ao direito? Uma das respostas que François Ost propõe seria, por exemplo, a possibilidade dos sujeitos se recusarem a fazer justiça pelas próprias mãos. Ou seja, submeter todas as discórdias que poderiam afetar esta relação de base a um terceiro, o juiz, que vai dirimir todas as divergências com relação a tudo que diga respeito ao conflito. Tudo isso não seria legítimo sem que toda essa operação aconteça sob a égide do terceiro, o juiz, que nós gostaríamos que ele fosse imparcial, e a lei, a qual nós gostaríamos que ela fosse uma referência comum a todos.

O que muda, quando passamos ao direito? É tornando profunda esta questão aparentemente tão simples que François Ost a constitui como o fio condutor para trabalhar a questão de saber para que serve o direito.

Em definitivo, como nos afirma François Ost neste livro: 'O direito serve aos fins que nós imaginamos para ele. Esperemos que nós sejamos capazes de imaginar o melhor.'