

FENOMENOLOGIA E DIREITO



HUSSERL

*Volume 11, Número 2
Outubro 2018/Março 2019*

*CADERNOS DA ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL
DA 2ª REGIÃO - EMARF*



**CADERNOS
DA ESCOLA DA
MAGISTRATURA REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

<http://www.sfjp.ifcs.ufrj.br/revista/>



FENOMENOLOGIA E DIREITO

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 11, Número 2
out.2018/mar.2019

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região : fenomenologia e direito / Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. – Vol. 11, n. 2 (out.2018/mar.2019). – Rio de Janeiro : TRF 2. Região, 2008 - v. ; 23cm

Semestral

Disponível em: <<http://www.sfjp.ifcs.ufrj.br/revista/>>

ISSN 1982-8977

1. Direito. 2. Filosofia. 3. Filosofia Jurídica. I. Escola da Magistratura Regional Federal (2. Região)

CDU: 340.12

Diretoria da EMARF

Diretor-Geral

Desembargador Federal Luiz Paulo da Silva Araújo Filho

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaeler

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Marcus Abraham

Diretora de Cursos e Pesquisas

Desembargadora Federal Simone Schreiber

EQUIPE DA EMARF

Pedro Mailto de Figueredo Lima - Assessor Executivo

Rio de Janeiro

Carlos Roberto de Assis Lopes

Clarice de Souza Biancovilli

Flávia Dias de Paiva

George Geraldo Bernardino da Silva

Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Maria Suely Nunes do Nascimento

Marta Geovana de Oliveira

Vilma Ferreira Amado

Espírito Santo

Lívia Peres Rangel

Expediente

Conselho Editorial

Aquiles Côrtes Guimarães - Presidente *in memoriam*

Alberto Nogueira

Américo Augusto Nogueira Vieira

André Ricardo Cruz Fontes

Ari Marcelo Solon

Augusto Guilherme Diefenthaler

Aylton Barbieri Durão

Cleyson de Moraes Mello

Emanuel Carneiro Leão

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva

Fernando Augusto da Rocha Rodrigues

Guilherme Calmon Nogueira da Gama

João Otávio de Noronha

Jorge Luis Fortes da Câmara

José Antonio Lisbôa Neiva

José Ferreira Neves Neto

Luiz Antonio Soares

Marcus Abraham

Marcus Vinicius Machado

Reis Friede

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha

Comissão editorial

Aquiles Côrtes Guimarães *in memoriam*

Ana Claudia Estrela

Adriana Santos Imbrosio

Eduardo Galvão de Andréa Ferreira

Getúlio Nascimento Braga Júnior

Maria Lucia Gyrão

Nathalie Barbosa de la Cadena

Editado por

Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região - EMARF

Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica

Leila Andrade de Souza

Foto da Capa

Edmund Husserl

Impressão

Tribunal Regional Federal da 2ª Região - COPGRA/ACOI

Tiragem

800 exemplares

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente:

Desembargador Federal ANDRÉ R. C. FONTES

Vice-Presidente:

Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO

Corregedora-Geral:

Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO

Membros:

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO
Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA
Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ
Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER
Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND
Desembargador Federal REIS FRIEDE
Desembargador Federal ABEL GOMES
Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES
Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO
Desembargador Federal GUILHERME CALMON
Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO NEIVA
Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO
Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO
Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES
Desembargador Federal GUILHERME DIFENTHAELER
Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM
Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA
Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO
Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA
Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO
Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER
Desembargador Federal MARCELLO GRANADO
Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO
Desembargador Federal THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	13
BRENTANO E TRENDELEBURG: A RELAÇÃO DOCENTE QUE INDIRETAMENTE INFLUENCIOU HUSSERL	15
André R. C. Fontes	
CONSIDERAÇÕES SOBRE A QUESTÃO DA UNIVERSALIDADE, INDIVIDUALIDADE DO SUJEITO POR UM OLHAR FENOMENOLÓGICO E JURÍDICO	19
Getúlio Nascimento Braga Júnior	
HUSSERL, MÁS ALLÁ DE FREGE	31
Nathalie Barbosa de la Cadena	
OS DIREITOS HUMANOS: UMA PERSPECTIVA KANTIANA E A ATUALIDADE.....	49
Margarida Prado	
REFLEXÕES SOBRE O PENSAMENTO DE SIMONE WEIL	61
Maria Lúcia Gyrão	
NOTAS SOBRE OS MOVIMENTOS TEÓRICOS ADVINDOS DO “SEGUNDO JHERING”: A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES E O MOVIMENTO DO DIREITO LIVRE	71
Matheus Vidal Gomes Monteiro	
O DIREITO SUBJETIVO NAS CONCEPÇÕES DE HANS KELSEN E ALF ROSS	99
Daniel Brantes Ferreira e Pedro Henrique Veiga Chrismann	

DAS POSSIBILIDADES DE UM NEOCONSTITUCIONALISMO EM LINHAS TRIDIMENSIONAIS REALEANAS..... 119

Marcelo Machado Costa Lima

A PROBLEMATIZAÇÃO DO BINARISMO SEXUAL À LUZ DO DEBATE ENTRE BUTLER E FRASER..... 143

Maria Eugenia Bunchaft, Rogerio Borba da Silva e Gabriele Zini de Oliveira

APRESENTAÇÃO

E os cadernos continuam, agora no seu décimo primeiro ano e no segundo ano da morte do professor Aquiles Côrtes Guimarães.

Depois das formulações feitas após a morte do fundador, Aquiles Côrtes Guimarães, ampliamos o leque de opções de artigos e textos para nossa revista, sem perder os objetivos fundamentais de divulgar a Fenomenologia, especialmente a Fenomenologia do Direito, e por que não dizer, da Filosofia em geral.

Este volume contém, majoritariamente, como tem ocorrido com os anteriores, artigos de ex-alunos e orientandos do mestre Aquiles, acrescidos de novos títulos dentro dos objetivos da revista. Estes artigos dão, neste novo número, visões de outros temas além da Fenomenologia, projetando os cadernos para os limites mais profundos dos pensamentos jurídicos em todos os tempos.

Apresentei, como texto, outro capítulo de minha tese em Filosofia do Instituto de Filosofia e Ciências Sociais (IFCS), da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), portanto, sem apresentar um texto original para este número dos cadernos.

Esperamos que os artigos deem as contribuições esperadas pelos leitores.

Boa leitura a todos.

Rio de Janeiro, 29 de novembro de 2018

André R. C. Fontes

Presidente do Tribunal Regional Federal
da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo)

BRENTANO E TRENDELENBURG: A RELAÇÃO DOCENTE QUE INDIRETAMENTE INFLUENCIOU HUSSERL

*André R. C. Fontes**

Resumo: O artigo trata das influências teóricas de Adolf Trendelenburg sobre Franz Brentano e as consequências na filosofia de Edmund Husserl.

Palavras-chave: doutrina; Direito; ética.

Abstract: The article addresses the theoretical influences of Adolf Trendelenburg over Franz Brentano and its consequences in Edmund Husserl's philosophy.

Keywords: doctrine; Law; ethics.

Adolf Trendelenburg, nascido em 1802 e morto em 1872, foi um dos mestres de Franz Brentano.¹ Professor em Berlim, advertiu que, no âmago de todas as inovações filosóficas, sempre estarão presentes os valores perenes da filosofia platônico-aristotélica.² Escreveu *Investigações Lógicas*,³ em 1840,

* Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo)

¹ Cf. Liliana Albertazzi, *Introduzione a Brentano*, Roma-Bari: Laterza, 1999. p. 5. Cf. ainda os aspectos mais pessoais dos contatos em A. Kastil, *Die Philosophie Franz Brentano. Eine Einführung in seine Lehre*, Munique: Lehnen, 1951. p. 5.

² E. Riondato, *L'Aristotelismo di Franz Brentano e il suo influsso sulla cultura filosofica italiana*, in atti del Convegno Internazionale di Studi italo-tedeschi, Bonzano: Merano, 1965. p. 341.

³ *Logische Untersuchungen*, Lipsis: S. Hirzel, 1862.

obra na qual se afasta da lógica idealista de Hegel, e, também, da psicologia empírica, para voltar à tradição de Aristóteles.⁴ Trendelenburg afirmou⁵ que a filosofia, em suas linhas fundamentais, está inserida na concepção orgânica do mundo, fundada por Platão e Aristóteles, desenvolvida a partir deles e capaz, ainda, de ulterior desenvolvimento e aperfeiçoamento, que se conseguirá investigando mais profundamente os conceitos fundamentais e os aspectos particulares, mediante fecundo intercâmbio com as ciências empíricas.⁶

A filosofia de Trendelenburg, como a de Aristóteles, está direcionada à ideia de fim; tem, pois, uma visão teleológica do ser, que culmina em um espírito dividido, fim último e causa universal.⁷ Desenvolveu também o autor, sobre as bases indicadas, uma ética e uma filosofia do direito.⁸ É Trendelenburg jusnaturalista à maneira de Santo Agostinho.⁹ Escreveu a respeito desse tema na obra *O direito natural na base da Ética* e constituiu-se um representante da antiga cultura cristã do Ocidente.¹⁰ Além de Brentano, foram seus discípulos J. von Herting, O. Tillmann, G. Teichmüller e Rudolf Eucken, além de Kierkegaard e Dillthey.¹¹ Foi, desse modo, um precursor da reestruturação escolástica no Século XIX, e, por meio de Brentano, influenciou a Fenomenologia de Husserl.¹²

O encontro de Brentano com os textos aristotélicos, depois das primeiras leituras no liceu de Aschaffenerburg, sob a batuta do filósofo Josef Merkel, ocorreu em Berlim, para onde, ainda estudante universitário, transferiu-se por um semestre para estudar com F. A. Trendelenburg.¹³ Historicamente, Trendelenburg apresenta-se como um intérprete protestante de Aristóteles.¹⁴

⁴ Cf. M. Mangiagalli, *Logica e metafísica nel pensiero di Friedrich Adolf Trendelenburg*, Milão: Vita e pensiero, 1983. p. 12. Cf. ainda R. Giannetti, *La presenza di Franz Brentano in Italia agli inizi del Novecento*, Rivista Filosofica Neoscolastica, nº69, 1977. p. 8.

⁵ Cf. Ernst Bratuscheck, *Adolf Trendelenburg*, Berlim: F. Heinschel, 1873. p. 13.

⁶ J. Hirschirberger, op. cit. P. 329.

⁷ Cf. a síntese prefacial de Pierre Aubenque na obra coletiva sob sua direção *Concepts et catégories dans la pensée antique*, Paris: J. Vrin, 1980. p. IX.

⁸ Cf. M. Mangiagalli, *Logica e metafísica nel pensiero di Friedrich Adolf Trendelenburg*, Milão: Vita e pensiero, 1983. p. 32.

⁹ Cf. Edoardo Fugali, *Anima e movimento Teoria della conoscenza e psicologia in Trendelenburg*, Milão: Vita e Pensiero, 2002. p. 22.

¹⁰ Cf. a trad. espanhola, op. cit.

¹¹ Cf. Liliansa Albertazzi, *Introduzione a Brentano*, Roma-Bari: Laterza, 1999. p. 6.

¹² Cf. Liliansa Albertazzi, *Introduzione a Brentano*. Bari: Laterza, 1999. p. 26.

¹³ Cf. Werle, J.M., *Franz Brentano und die Zukunft der Phiklosophie*, Amsterdã: Rodopi, 1989. p. 64.

¹⁴ O próprio Brentano trabalhou com as teses da categoria em Aristóteles, que são justamente as teses de Trendelenburg. Edoardo Fugali, *Anima e movimento Teoria della conoscenza e psicologia in Trendelenburg*. Milão: Vita e pensiero, 2002. p.31.

Como recordam Paulsen e Prantl, os seminários de Trendelenburg obrigavam os estudantes a um árduo trabalho sobre os textos aristotélicos.¹⁵

Sucessivamente, Brentano apresenta-se por dois semestres na Universidade de Münster para obter aulas do neoescolástico F.J. Clemens.¹⁶ Por não ser teólogo de profissão, Clemens, ao contrário de Trendelenburg, é expoente de um catolicismo intransigente e combativo.¹⁷ São as suas teses publicadas na revista *Katholik* que provocaram uma divergência entre alguns teólogos alemães.¹⁸ A influência de Trendelenburg e de Clemens é muito forte em Brentano, e pode ser constatada, de modo evidente, nas suas primeiras obras de caráter aristotélico, como se vê na obra *Sobre os múltiplos significados do ser segundo Aristóteles*, dedicada ao próprio Trendelenburg, e, também, na *Psicologia de Aristóteles, com particular atenção à sua doutrina do noûs poietikós*, dedicada a Merkel.¹⁹

Em verdade, Brentano escolheu habilitar-se com Clemens e inicialmente pensava em fazê-lo com uma tese sobre Suarez.²⁰ O contato com Clemens parece ter sido determinante também na decisão de Brentano de seguir a sua vocação religiosa. Em 6 de agosto de 1864, depois de breve período de reflexão junto ao claustro dominicano em Graz, Brentano ingressou na ordem dominicana e dedicou-se ao monacal.²¹

Naquele período, a academia nas universidades alemães era sistematicamente dominada por expoentes protestantes, e suscitava vivazes discussões e notórios panfletos ideológicos.²² Brentano residia em Münster nesse período de lutas e decidiu habilitar-se em faculdade na qual poderia “achar-se em harmonia com as teses do examinador”.²³ No ano de 1862, então, Brentano habilita-se em Tübingen *in absentia*,²⁴ com a já mencionada tese sobre os múltiplos significados do ser em Aristóteles.²⁵

¹⁵ Cf. Francesca Modenato, *Coscienza ed essere in Franz Brentano*, Bolonha: Casa Editrice Pàtron, 1979. p69.

¹⁶ Cf. Liliana Albertazzi, *Introduzione a Brentano*. Bari: Laterza, 1999. p. 25.

¹⁷ Cf. Paolo Bucci, Husserl e Bolzano *Alle origini della fenomenologia*. Milão: Unicopoli, 1999. p. 52.

¹⁸ Cf. Adriano Bausola, *Conoscenza e moralita in Franz Brentano*, Milão: Vita e Pensiero, 1968. p32.

¹⁹ Cf. as tradução italiana de Stefano Tognoli, Milão: Vita e Pensiero, 1995.

²⁰ “É o professor do meu coração”, escreveu ao tio Gunda von Savigny, descrevendo sua passagem com Clemens. Cf. Münchm D. *Der frühe Franz Brentano. Materialien zum Verhältnis von Philosophie und Katholizismus*. Amsterdã: Rodopi, 1983. p. 3.

²¹ Angela Marocco, *Brentano le prove dell'esistenza di Dio*, Roma: Edizioni Studium, 1998. p. 9.

²² Münchm D. op. cit.

²³ Carta escrita ao tio Gunda von Savigny, op. cit. – a carta é de 29.06.2859.

²⁴ Clemens nel frattempo era deceduto). Cf. Liliana Albertazzi, op. cit., p.7.

²⁵ Cf. a trad. italiana de Stefano Tognoli, Milão: Vita e Pensiero, 1995.

A tese trata de um argumento de Trendelenburg, *a doutrina das categorias de Aristóteles*, mas sob ponto de vista diverso: ao invés de partir da análise lingüística da predicação, Brentano escolhe uma perspectiva que poderia ser resumida e designada como ontológico-principiológica.²⁶

²⁶ Cf. Pierre Aubenque, op. cit. p. xi.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A QUESTÃO DA UNIVERSALIDADE, INDIVIDUALIDADE DO SUJEITO POR UM OLHAR FENOMENOLÓGICO E JURÍDICO¹

Getúlio Nascimento Braga Júnior²

Resumo: as relações humanas e sociais repõem ambivalências entre cessões, racionalidades formais e vontades. Manifestos que, concebidos em regiões limítrofes da individualidade em face da ética deontológica, indagam sobre a presença e lugar do sujeito. A secular fissura entre Estado, sociedade, indivíduo e realidade já se tem deparado com linhas divisórias em notas primárias da mitigação de autodeterminações. Atenta a tal fato, a Filosofia do Direito, dispõem-se, a investigar quando tais relações se tornam interações para admitir sua composição enquanto vivências compartilhadas que, no presente texto, são estudadas à luz do pensamento e do método fenomenológico em aproximação com a ontologia vitalista de Husserl.

Palavras-chave: Normatividade, Fenomenologia, Racionalidade, Direito e Filosofia.

¹ Artigo elaborado com apoio do Programa de Pesquisa e Produtividade da Universidade Estácio de Sá, com bolsa destinada à pesquisa intitulada Justiça e Fenomenologia: estatutos epistemológicos entre a norma e o juízo.

² Doutor em Filosofia pelo IFCS/UFRJ. Professor do Curso de Direito da UNESA e Pesquisador do Programa de Pesquisa e Produtividade da Universidade Estácio de Sá. de Ciência Política e Teoria do Estado do Centro Universitário Ibmecc. Líder o Diretório de Grupo de Pesquisa (CNPq) Sociedade Civil e Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimento (Ibmecc). Professor de Filosofia do Direito da Universidade Candido Mendes. Integra os Diretórios de Grupo de Pesquisa no CNPq Jurisdição, Constituição e Processo (UFF), e Justiça, poder e relações éticas na contemporaneidade (UNICEUMA). Orienta iniciação Científica nas temáticas: Sistemas Jurídicos, Filosofia do Direito e Fenomenologia. E-mail: ge.bragajunior@gmail.com.

Abstract: human and social relations replace ambivalences between assignments, formal rationalities, and wills. Manifestos that, conceived in regions bordering on individuality in the face of deontological ethics, inquire about the presence and place of the subject. The secular fissure between state, society, individual, and reality has already encountered dividing lines in primary notes of mitigation of self-determination. Aware of this fact, the Philosophy of Law is willing to investigate when such relationships become interactions to admit their composition as shared experiences that, in the present text, are studied in the light of thought and the phenomenological method in approximation with the ontology vitalist of Husserl.

Key-words: Normativity, Phenomenology, Rationality, Law and Philosophy.

INTRODUÇÃO

A natural divisa entre identidade e universalidade interroga sobre a reconfiguração da conduta humana a partir de referências teóricas como os *primados da razão* e a expressão da vontade crítica a Kant. Além da tomada teórica, o redesenho do agir pode também ser concebido a partir de referências históricas enquanto reparatórias e responsivas, em face de violências registradas em delimitado arco de acontecimentos. Em meio às flutuações, um elo permanece vinculante nas duas propostas, racional formal ou volitiva interior – o humano. Entendido como figura construtiva, como parâmetro ou como próprio ser, está presente nas duas acepções. É construtivo quando não acabado, aperfeiçoando a cada presença seus contornos com a tensão de não depor contra si. É parâmetro enquanto não contido na pontualidade episódica. E o humano, como próprio ser, defere o pronunciamento ontológico. Em paralelo ao traço filosófico, estão, a figura, o parâmetro e o próprio ser transcorrendo os limites da vida comum entre presumidos semelhantes, ou mesmo outros, conceituados iguais por estatuto legislativo remetido à conclusão biológica, mas também imateriais pressupondo intuição, consciência e intencionalidade como bem observa a fenomenologia. O liame entre os elementos de composição íntima e voluntária que constituem o humano e sua fala ao social e a uma outra figura, como Estado, é cativo da prosa do mundo entre realidade social e realidade propriamente dita. Entre o que há e o que se realiza, ou o que se pode realizar. Por estes termos, não se depreende estranheza entre ditames do denominado Estado de Direito atento à isonomia e ao diálogo equilibrado com a sociedade civil, onde se deve ouvir a voz desta última. E não seria inapropriado ou intempestivo pensar que, divididos os poderes, o judiciário no juízo proferido observará, na aplicação da lei, os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, isto

é, o Estado ao se fazer presente em meio à sociedade apresenta-se sob certa medida de plasticidade, ou dinâmica, atento aos traços da sociedade civil, o que não denota, parcialidade ou ameaça à integridade e segurança, também jurídica, do referido Estado de Direito.

São, precisamente neste sentido, que se desenvolvem as reflexões a seguir. Inicialmente, é importante estabelecer que se acredita que o Direito não passou por uma evolução no sentido rigoroso da palavra. Entendendo que o Direito não deixou de ser uma ficção para se tornar outra – tão somente como elaborações legislativas ou positavações –, compreende que aprimoramento, ou acúmulo de conhecimento não se confunde com evolução. A inscrição de lei nova pode decorrer da depuração de conceito ou instituto que conduz seu investigador, seu redator, a solo originário sobre o qual não caminhou de antemão, denotando, retorno à passado que outrora não visitou. A anacronia questionada é absorvida na atemporalidade dos fundamentos, os quais que não se confundem com princípios. Não se trata de diretrizes. Fundamentos correspondem ao que não se pode corromper ou retirar sem comprometer ou desnaturar. Para tanto, o termo evolução pode ensejar um perigoso equívoco a ser evitado. E se a positividade já se encarregou de mensurar mesmo os problemas fundamentais da metafísica ou da ontologia e a do próprio Direito; então seria infrutífero e obsoleto inferir sobre o natural. Em contrapartida, admitindo discussões sobre o dano à pessoa como, moral, apresentado como um transtorno psico-físico e ético, não seria equivocado considerar o imaterial, constituinte dos estudos, e que assim, não se apresentam findos enquanto não legíveis por lentes de exclusivo grau de racionalidade. A *psyché* (Ψυχή), centro das emoções do intelecto e da vontade; bem como o *ethos* (ἔθος), morada, origem, pátria, do humano próprio, da humanidade interior, ou da simples humanidade; reabrem, para além da medida, o diálogo sobre questões do imaterial, da existência e lugar do Direito Natural, e este, renova-se a cada reflexão e se refaz presente na vida do Direito, como aberto para fundamentação, ensejando forma de humanismo e, servindo-se para a realização da idealizada justiça, e esta, não só como rito processual, ordinário ou resumido, mas, sobretudo, como idealização e ponderação dos interesses em que o conceito de justo é fundado em elementos imanentes ao Direito Natural, fazendo da *ciência* da composição do conflito um cumprimento estético-existencial, bem como conceitual da *justitia*. Em termos universalistas, vale a menção à conduta interpretativa da extensão dos Direitos públicos subjetivos e à declaração constitucional de Direitos. Vicente Rao pontua que mesmo *declarações* não esgotam os chamados direitos públicos.

O Reconhecimento e a garantia desses direitos há muito ultrapassam o conteúdo das declarações constantes dos estatutos políticos, penetrando em preceitos outros (família, educação, cultura, etc.) e, mais particularmente, a ordem econômica, bem como em documentos e atos internacionais, para lograr, em termos mais amplos, sua consagração pela consciência universal dos povos livres. (RAO, 2003, p. 638)

Em outras palavras, o Direito, enquanto *dever ser*, não evolui, mas é desvelado, descoberto no que já deveria ser há muito, desde as suas origens. Remontam a naturalidade própria do Direito. Seu caráter originário prima por um pressuposto daquilo que o pai da Fenomenologia denominou *lebenswelt* – mundo da vida, concernente ao conhecimento depurado, o *entorno*, da natureza como mundo circundante em que a relação é refeita em interação. Naturalmente, que as indagações associadas, por exemplo, às cláusulas abertas do Direito Civil, podem suscitar uma dessemelhança com a sobredita afirmação, mas os pontos de contato ou interação são unidos pela eidética fenomenológica constitutiva. Neste sentido, não seria inoportuno lembrar sobre o que António Braz Teixeira insta, a saber, que a positividade pela sua própria positividade se impõe dado que, ao existir e ao ser imposto e aplicado, o Direito Positivo afirma o seu valor ou a sua validade, mas com esse procedimento não prova ou fundamenta verdadeiramente o Direito (TEIXEIRA, 2003, p. 155). Ele registra o cumprimento de uma das etapas do processo legislativo até sua sanção com a efetiva publicação e entrada em vigor. Sabendo ainda que, antes mesmo de realizar suas reflexões sobre o Direito Positivo, questiona o problema da absoluta crença na razão que a si mesma não pode dar fundamento.

[...] Só a razão humana se não garante a si própria enquanto órgão de conhecimento ou de pensamento pressupondo sempre a sua atividade um prévio ato de crença, por um lado, na racionalidade do real e, por outro, na capacidade da razão para se apreender a si e para compreender a realidade (TEIXEIRA, 2003, p. 155)

Todo conhecimento começa com a experiência, mas nem todo dela deriva (KANT, 2008, p. 43). O Theós (θεός), enquanto teoria e fundamento, bem como a possibilidade de experiências concordantes denotam a condição de rever ou mesmo uma possibilidade de inatismo jurídico, que se correlaciona ao Direito Natural, um direito anteposto a tudo posto, mesmo que no direito que é posto possa ser sentido.

O DIREITO E A UNIVERSALIDADE

A citação de Vicente Rao sobre o não esgotamento dos Direitos Naturais em declarações, mas atenção à família, educação e cultura aponta para o diálogo necessário entre o Direito e seu alcance natural. Por outro lado, um dos problemas que atravessa o Direito contemporâneo, mas que remonta antiga questão é a universalidade. Interpõe-se a pergunta pela universalidade no mesmo plano de compreensão do conceito de justiça quando presentes e considerados os fundamentos de toda ciência e conhecimento ou, na presente abordagem, dos Princípios Gerais do Direito. Por outro lado, pode ser suscitada a interrogação sobre a natureza da relação entre o Direito e a justiça para se estender a diversas ordens. E, a despeito do caráter formal requerido pela ciência, não é desarrazoado considerar que o termo Direito integra outra palavra, qual seja, a justiça – *justitia*. Com efeito, o *jus (ius)*, isto é, Direito, é parte da Justiça, que sob um ponto de vista de uma aspiração universal constitui o sobredito termo, corroborando, desse modo, bem como se ajustando a um caráter de universalidade a ele imanente.

A possibilidade de identificação do Direito como instituto de alcance mais comum conduz à inferência sobre o sujeito, mas não o sujeito de um determinado estamento, ou de certa etnia, com específica opção ou característico traço. O sujeito a que se refere este é um sujeito universal, é a pessoa e, portanto, objeto de recorrentes reduções a termos comuns a fim de possibilitar a comunicação do próprio Direito no seio de seu sistema. Neste sentido, Alexy colabora com uma reflexão dentro do grupo das questões normativas, onde sustenta que é possível distinguir entre as questões ético-filosóficas e jurídico-dogmáticas e suas respectivas respostas (ALEXY, 2008, P.181). Trata-se de uma questão ético-filosófica quando se pergunta, independentemente da validade de um ordenamento jurídico-positivo, por que os indivíduos têm direitos e que direitos eles têm. Uma resposta clássica a essa questão é a de Kant, segundo a qual a liberdade – não ser coagido pelo arbítrio de outrem –, desde que possa existir em conjunto com a liberdade dos outros com base em uma lei geral, é o direito único, geral e conferido a todos, e isso, por força de sua humanidade (KANT, 1907b, p. 237), o que, segundo Kant é caracterizado pelo atributo do ser humano como ser racional (KANT, 1907a, p. 237). Outro exemplo à questão é oferecido por Larenz na medida em que, nós entendemos que a relação jurídica fundamental é o direito de alguém a ser respeitado por todos como pessoa e, ao mesmo tempo, seu dever em relação aos outros, de respeitá-los como pessoas e que nessa relação, o *direito* de uma pessoa é o que lhe cabe ou lhe é devido

enquanto pessoa, e aquilo que os outros são obrigados ou vinculados a lhe garantir ou a respeitar (LARENZ, 1967, p. 60).

Hipótese da qual também não se pode prescindir e anteriormente apontada é a de que a universalidade não corresponderia à exigência de um Direito puramente convencional e, para tanto, apresenta-se à maneira ontológica, isto é, de um Direito em si, não derivado de transigência, que denota caráter principiológico, de alcance geral na consecução de seus objetivos integrando o anseio pela realização da justiça, mesmo que primordialmente ideal para, em seguimento traço idealizado, seja desenvolvido na forma de materialização. Por estes desafios, a pergunta sobre o que é o Direito Natural reapresenta-se ao longo do pensamento ocidental e, a despeito das pontuais flutuações históricas de seu conceito, tem no jusnaturalismo sido recepcionado como doutrina, sistematização que permite a comunicação entre os momentos, ainda que não idênticos, como no clássico e no racionalista, a títulos de ilustração pelos fundamentos que os compreendem e preocupações que os animam. Com efeito, o desafio à essencialidade do Direito, qual seja, a Convenção, entendida não como um acordo específico, mas como possibilidade de tentativa de condicionar a responsabilidade de se conhecer mais a fundo a razão de uma conduta ou relação, do ser do modo que é, ainda sobrevive como discussão e prática. Não há qualquer demérito prévio à convenção, porém é válido permanecer atento o espírito à compreensão de que a realidade pode não se subsumir à contemplação episódica de um só problema ou à razão de uma proposta pontual. A convenção pode ser livre do compromisso com os fundamentos, para, mais gravemente tornar-se delimitada teleologia diversa do que a ela deu causa enquanto preocupação essencial.

A HISTÓRIA E O TEMPO NO EXISTENCIALISMO JURÍDICO

Pensar sobre a questão humana, suas relações em plano individual, social e com as ficções idealizadas para absorver e conduzir certas responsabilidades trava também relações com forças históricas que podem assumir certa irracionalidade e manter a tensão impressa aos acontecimentos e relações, modificando a visão de realidade e, assim, reorientando seu horizonte de construções. Naturalmente que quando se fundem História, como Teoria da História; Filosofia, como Filosofia da História; e o Direito, em sua exigência tácita de composição existencial nos limites da coexistência; encontram-se implícitos os termos ruptura e o pensar a contradição. O curso da história e a possibilidade de uma força irracional a ela associada traziam

reflexão para o ambiente do romantismo alemão e para o pensamento da Escola de Frankfurt, apontando problemas sobre o desencantamento do mundo que já não mais conseguia ouvir a sinfonia dos orbes celestes, ou ainda de uma frágil fundação da realidade em que se destacava certa reação à ideia de progresso e esclarecimento, pondo em sensível posição as certezas recursadas por todo conhecimento do qual lançava mão também o Direito.

No sentido mais amplo do progresso do pensamento, o esclarecimento tem perseguido sempre o objetivo de livrar os homens do medo e de investi-los na posição de senhores. Mas a terra totalmente esclarecida (aufklärung) resplandece sob o signo de uma calamidade triunfal. O programa do esclarecimento era o desencantamento do mundo (ADORNO & HORKHEIMER, 2007, p.17).

A razão, puramente, não iria indicar o caminho, ao menos não da maneira também estimada. E a história não *seguia seu curso*, mas a história prosseguia. Estas considerações incipientes denotam ingenuidade proposital, a fim de destacar o irracional da História e, não esquecendo Walter Benjamin no contexto acima, pelas *Thèses sur le concept d'histoire*, sopesando a apresentação de uma filosofia da história que pode se apresentar sob a égide dos vencedores como habitualmente é *re-tratada* ou registrada, por haver outra história experimentada pelos vencidos, em geral, silenciada, como Anne Frank, em *Vozes Roubadas*.

A experiência dos sentidos trai e essa desconfiança assombra a modernidade desde a sua aurora. Ela produz até falsa sensação de segurança e de conhecimento, que pode ser convencional e subordinativa, mas não é definitiva. Desse modo, a assimilação dos acontecimentos perfila a história e, por assim dizer, acaba por levar a uma conceituação da suposta estrutura que por mais uma convenção é chamada de tempo. Em contrapartida, mesmo o tempo entendido como um condicionante do ato, do fato, da pessoa, é apenas o que é porque produto do ato, do fato ou da pessoa. O tempo a que se referiu primeiramente é o tempo como propriedade. O tempo propriamente dito só existe enquanto produto dos entes. A título de ilustração é possível formular pergunta sobre a semente em relação ao tempo. A flor nasce porque é primavera? Ou é primavera porque a florescem as flores? São as flores, elas, enquanto entes, que dão curso ao tempo no Tempo para que, em última instância, só exista a temporalidade.

A presença do sujeito, quando mais forte na tradição romântica, enseja não que a objetividade deva ser alvejada com implacável força metodológica

e intransigência cognitiva, mas que suas conclusões não são definitivas e que estão a supor que mais elementos devam ser assimilados, reunidos com maior zelo e cuidado para compor a exigência de fundamento que a universalidade poderia requerer.

A FENOMENOLOGIA E O DIREITO

A hipótese de separação que possivelmente estaria perdendo forças favorece o ambiente de reflexões fenomenológicas. Em substituição ao termo *relação*, a fenomenologia lança um olhar onde o objeto e o sujeito estão entrelaçados. O que passa a existir é a *interação*. A visão antepredicativa é absolutamente fundamental nesta filosofia fundada por Edmund Husserl no século XIX. A atenção com o fundamento permanece, mas a terceira fase dos estudos de Husserl – vitalista – revela preocupação que se anuncia sutilmente desde o início, o *Lebenswelt* – o mundo da vida. Daí não ser também estranho sua filosofia fenomenológica revelar-se como uma reflexão, cujo fim não deixaria de ser um desejo de retorno ao mundo da vida.

[...] Como atitude, o pensar fenomenológico visa a descoberta dos sentidos e dos significados dos objetos independentemente de todas as categorias explicativas. Como? Pela via da intuição e descrição e descrição de suas essências e suas conexões de sentidos. (AQUILES, 2003, p.15)

O caminho da fenomenologia em direção ao Direito percorre as vias da sobredita visão antepredicativa quando esta se coloca para além da positividade imposta. Esta última, pelo seu próprio caráter positivo, em virtude de sua formação em que a legalidade pode se confundir com a garantia de legitimidade, entretanto, os termos não se sobrepõem e sua fusão ou junção equivocada pode produzir um prejuízo desde as mais modestas relações da sociedade civil à segurança jurídica do Estado de Direito. Deste modo, não seria forçoso dizer da fundamental importância do estudo fenomenológico para consolidação de um direito mais justo se seus institutos têm atravessado relativização perigosa, não se tratando da prevista transigência, resultante de maduro processo dialético entre *o que é*, o que se quer e o que se deve ser, mas de um apressado *juízo* que expressa claramente o desprezo pelo ínterim necessário, para transitar com maior segurança entre a experiência imediata e a experiência compreendida. É justamente *o que é*, o para onde se volta a fenomenologia, também dirigida ao Direito. Há uma essência no ambiente de mudanças. Considerar a hipótese de que não, seria descuidado.

Os conceitos puros, da dialética socrática, sugerem há muito a necessidade de lidar com esse problema e a título ilustrativo pode ser suscitado o problema do conceito de beleza em sua relação com o objeto. Para tanto, pode ser dito que a mulher é bela, mas a beleza não é a mulher. Com efeito, a beleza é um puro conceito que se funda em si, independente do objeto a que se dirige ou sobre o qual repousa. Embora a fenomenologia de Scheler seja distinta da husserliana, o autor também aborda a questão conceitual.

Yo puedo referirme a un rojo com um puro quale extensivo, por exemplo como puro color del espectro, sin concebirlo como la cobertura de una superficie corpórea, y ni aun siquiera como algo plano o espacial. Asi también, valores como agradable, encantador, amable, y también amistoso, distinguido, noble, em principio me son accesibles sin que haya de representásemelos como propiedades de cosas o de hombres (SCHELER, 1948, p.39).

Assim, o casaco é roxo, mas o roxo não é o casaco. O roxo é uma essência em si. Independe do casaco. A possibilidade de essência dos objetos pode, naturalmente, ser também compreendida e inferida, porque objeto, como essência integrante do mundo circundante que também possui suas essências. Não negando, portanto, ao Direito que compõe o conflito de interesses que, em uma temporalidade, requer apreciação, conceito e juízo sobre atos modificadores de fatos que também modificam outros atos e fatos na trama existencial da obrigatoriedade da convivência social. Desta maneira, as essências garantem uma maior integração, abrindo o caminho de retorno ao mundo da vida.

UMA TEORIA DOS VALORES

O questionamento sobre boas ou más ações é recorrente na História. Remonta à educação, mesmo em povos primitivos, bastando substituir os termos, boa ou má ação, por ação recomendada ou não habitual, considerando, por exemplo, os costumes dos povos. O termo teoria – *Theós* (θεός) – sendo a teoria que precede toda a prática, é o rigor que se espera de uma formulação que penetra a concretude da experiência, mas a ela não se subordina, nem sobre ela pretende aplicar convenção que desconsidera a constituição dos objetos, dos atos, dos fatos. É importante ainda esclarecer que a fenomenologia não pretende explicar, mas procura compreender, descrever as essências. Para tanto, a justiça na preocupação com a vida em concreto não se constitui como abstração, idealização destituída da atenção com o *mundo da vida* de Husserl.

A teoria, quando dos valores, tem também sua relevância enquanto *autoexame do espírito*. É o pesar do espírito, inclusive em seus atos de moralidade.

... a Teoria dos valores encontra-se ainda numa relação muito particular com a Teoria da concepções-de-mundo. [...] Mas toda concepção de mundo implica, por sua vez, uma concepção da vida. [...] o sentido da vida humana reside, precisamente, na realização dos valores. Dizendo isto, porém, tocamos aqui com dedo o significado, desta vez prático, da Teoria dos Valores, na sua relação direta com a vida. Se, de fato, o sentido da vida se acha dependente dos valores a que está referida, através da qual estes alcançam sua objetivação, é evidente que a plena realização do sentido de nossa existência dependerá também, em última análise, da concepção que tivermos acerca dos valores (SCHELER, 1948, p.32-33).

A Filosofia, assim, aliando a Teoria do Conhecimento à Teoria dos Valores, coopera para a articulação adequada entre a História e o Direito, não obstante a irracionalidade das forças históricas, propositadamente mencionada com apoio na perspectiva de valores de Johannes Hessen, já se apresentarem de antemão inscritas no homem interior. E, a despeito de tais valores guardarem preocupações conceituais para preservação de depurado procedimento, insta com sua concretude concorrente e recorrente a fundamentos não cativos de ficções da configuração moderna de Estado, onde as relações podem se tornar reféns de sua vontade, como reflete Bobbio sobre o assunto com aproximações do homem interior, acima sinalizado e rerepresentando o humano mencionado neste texto.

O direito não é fruto de uma avaliação e de um cálculo racional, nascendo imediatamente de um sentimento de justiça. Há um sentimento do justo e do injusto, gravado no coração do homem que se exprime através das formas jurídicas primitivas, populares, as quais se encontram nas origens da sociedade, por baixo das incrustações artificiais sobre o direito no Estado moderno (BOBBIO, A era dos Direitos, p. 51).

Estudos complementares sobre a reflexão fenomenológica sobre os valores, sem prejuízo de outros autores, são colhidos em trabalhos como *Lições sobre Ética e a Teoria dos Valores*, de Husserl, bem como na obra *O Formalismo na Ética e a Ética Material dos Valores*, de Max Scheler, onde este último elabora uma hierarquia dos valores com atenção à objetividade e à fundamentação para o tema dos valores.

A FENOMENOLOGIA JURÍDICA PARA UMA TEORIA DE ESTADO

As reflexões até então apresentadas desfrutaram de uma preocupação com *A vida dos direitos*, considerando, ainda que subentendido, também o diálogo e a dialética entre o Estado e a sociedade. Uma teoria desenvolvida na Alemanha da segunda metade do século XIX promove reconfiguração das ideias no que concerne à perspectiva do Direito enquanto retorno radical à subjetividade como fonte de valor e de Direito. A pessoa – também uma fonte de valor – onde se apresenta a referida subjetividade seria a referência primeira, quando entendida a fundo em sua complexidade existencial como uma sinalização de um Direito cada vez mais atento ao elementar ou essencial do sujeito, que se sabe partícipe e cúmplice do processo de construção da sociedade e do Direito.

Estado, para tanto, enquanto radicalmente evidenciado por objeto de estudo, não pode ser entendido como seu próprio *fundamento*. Ainda que a tradição moderna da Ciência política traga em seus primeiros teóricos, como Maquiavel e Hobbes, apontamentos de que a sociedade apresenta problemas quanto à organização política sem a presença do Estado, não se anula a hipótese de que o fundamento da convivência ou da coexistência humana, fundado na ficção jurídica acima, é importante por considerar que pode não haver um fundamento nele mesmo. Mesmo o primeiro, um contratualista, abriga essa questão, embora não à moda de Rousseau, mas por situar o contrato em modalidade singular de consignação. Quanto à imprescindibilidade ou não do Estado, não será discussão. Importa refletir, de plano, se em toda e qualquer relação o Estado deve estar presente, o que constitui uma pergunta regular. A tutela jurídica ou a segurança jurídica do Estado de Direito existe na medida em que o sujeito, como homem médio, é sujeito que participa direta ou indiretamente da formulação dos dispositivos, cujo alcance molda a conduta, ou atenta para os dispositivos como entes de valor cultural e civil cristalizado a ser observado, embora, haja a hipótese de que estes dispositivos que não estejam ainda inscritos em suas consciências.

Daí entender o papel da sociedade na formação do Estado como de elevada importância na formação jurídico-política do Estado, ou na simples relação entre os indivíduos. Não seria tradicionalmente equivocado enunciar que o Estado está presente em quase todas as relações, muito embora do mesmo modo seja reconhecido que podem existir relações não necessariamente jurídicas em seu núcleo de concepção, ou originariamente, tais como entre uma mãe e seu filho, muito embora tal relação possa receber proteção especial do Estado. Observando a referida relação, a partir de uma visão filosófica e que, o fundamento do exemplo acima reitera o caráter

universal da radicalidade do *mundo da vida* de Husserl, não é identificado se o filho era consanguíneo ou não, partindo-se de que é filho, onde a fenomenologia pergunta qual é o conceito de filiação e nela se resolve, remontando as pontuações ontológicas neste texto. A consanguinidade não é o determinante, o definidor, nem tampouco é o fundamento, não corresponde a eidética de uma específica região ontológica do Direito. Em outras palavras, a redução (*εποχή*), neste caso, especialmente jurídica, conduz o pensamento em premissas até o ponto em que a vida familiar não admite qualquer sectarismo, ou preferência como clássico paradigma *mater* da sociedade a ser absorvido e praticado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ADORNO & HORKHEIMER, A Dialética do Esclarecimento. Trad Guido de Almeida. Ed Jorge Zahar: Rio de Janeiro, 2007, p. 17.
- ALEXY, Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad José Virgílio da Silva. Ed. Malheiros: São Paulo, 2008 p.181.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Márcio Pugliesi. Ed Ícone: São Paulo, 2009, p. 51.
- GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Cinco Lições sobre Filosofia do Direito. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p.15.
- HESSEN, Johannes. Filosofia dos Valores. Trad. Luís Cabral de Moncada. Coimbra: Almedina, 2007, p.31-33.
- HUSSERL, Edmund. La Crise des Sciences Européennes et la Phénoménologie Transcendentale. Trad. Gerard Granel. Ed Gallimard: Paris, 1976, § 53.
- KANT, Immanuel. Grrundlegung zur Metaphysic der Sitten. (Kant's gesammelte schriltfen). Königlich Preubischen Akademie der Wissenschaften (vol IV): Berlin, 1907a, p. 446 e ss .
- _____. Methaphysic der Sitten. (Kant's gesammelte schriltfen). Königlich Preubischen Akademie der Wissenschaften (vol VI): Berlin, 1907b, p. 237.
- _____. Crítica da Razão Pura. Trad. Manuela Pinto dos Santos & Alexandre Fradique Morujão. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2008, p. 53.
- LARENZ, Karl. Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. München: Beck, 1967, p. 60.
- RAO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. Editora RT: São Paulo, 2003, p. 638.
- SCHELER. El formalismo em la ética y la ética material de los valores. Trad Hilario Rodriguez Sanz. Revista del Occidente: Buenos Aires, 1948, p.39.
- TEIXEIRA, António Braz Teixeira. O sentido e o valor do Direito, INCM: Lisboa, 2003, p. 155.

HUSSERL, MÁS ALLÁ DE FREGE

Nathalie Barbosa de la Cadena*

Resumen: En este artículo se presenta la diferencia entre Husserl y Frege cuanto al alcance del lenguaje. Para Frege, el lenguaje describe sentidos, para Husserl, el lenguaje describe esencias. Frege apunta para un universal sin desarrollar este concepto, ya Husserl no sólo presenta el universal, las esencias, como eleva el papel del lenguaje como el instrumento de cognición de los universales. Husserl aclara el concepto de sentido distinguiendo la dimensión subjetiva (noese) e la dimensión objetiva (noema) de la vivencia, así la esencia, el universal, está en la dimensión objetiva y el lenguaje es el instrumento de descripción de esta.

Palabras llave: Husserl, Frege, sentido y esencia.

El pensamiento de Husserl sobre el lenguaje evolucionó entre la publicación de los textos: *Investigaciones, Lecciones e Ideas*. Es necesario reconocer que el debate entre Frege y Husserl tuvo un papel fundamental en la transformación del pensamiento de éste. Algunos, principalmente, basados en los argumentos históricos propuestos por Føllesdal¹, consideran que el impacto fue grandioso; otros consideran que ese impacto no fue tan grande y prefieren decir que es más una visión compartida², y están los que llegan a poner en duda si hubo o no alguna influencia³. A pesar de tentador, no se entrará en

* Professora Associada do Departamento de Filosofia Universidade Federal de Juiz de Fora - Brasil.

¹ FØLLESDAL, Dagfinn. Husserl and Frege: A Contribution to Elucidating the Origins of Phenomenological Philosophy. En *Mind, meaning and mathematics: essays on the philosophical views of Husserl and Frege* / edited by Leila Haaparanta. The Hague: Springer, 1994. Pág. 3-50.

² SMITH y MCINTYRE. Husserl and Intencionalitty: A Study of Mind, Meaning and Language. Dordrecht, Holland: 1984.

³ DRUMOND, John. Frege and Husserl: Another look at the use of on fluence. En *Husserl Studies* 2: 245-265 (1985). MOHANTY, J.N. Husserl and Frege: a New Look at their Relationship. En *Readings on Edmund Husserl's Logical Investigations*. The Hague: Springer, 1977. Pág. 22-32.

el mérito de las causas de esta evolución porque esto es una gran polémica entre los estudiosos de Husserl y Frege, y no es el tema de la presente tesis.

Así, se inicia más directamente con la presentación de la Teoría de la Significación propuesta por Frege en contraste con la teoría husserliana. Primero, porque aquella es mucho más conocida que la teoría de Husserl, segundo, porque, como se pretende demostrar, Husserl va más allá que Frege y, tercero, porque, en realidad, es Husserl quien ayuda a entender mejor los conceptos de Frege.

El estudio de Frege sobre los fundamentos de la matemática⁴ lo llevaron a crear una filosofía del lenguaje en su obra '*Über Sinn und Bedeutung*' cuya traducción más aceptada es '*Sobre sentido y referencia*'⁵. En este artículo se dedicó más específicamente a mostrar que el significado de un término no es simplemente su referente, sino que está compuesto tanto por el sentido como por la referencia. Por lo tanto, aclara la diferencia entre los enunciados del tipo ' $a = a$ ' y ' $a = b$ ', donde ' a ' y ' b ' dan nombre al mismo objeto.

En el campo de la filosofía del lenguaje, sus objetivos eran la creación de un lenguaje formal unívoco y la aclaración del lenguaje natural. De este modo podría superar las dos grandes tradiciones lógicas occidentales: la lógica aristotélica de los términos y la lógica estoica de los enunciados. Los aristotélicos están más preocupados con la relación entre los términos, las premisas y las conclusiones de un silogismo. Los estoicos, por otro lado, se dedican a la lógica como relación condicional "si...entonces".

El primer paso dado por Frege fue la síntesis de esas dos tradiciones lógicas al reducir cualquier concepto a una función matemática. Así, de la misma forma que una función tiene valor de verdad, un concepto también puede ser evaluado como verdadero o falso.

Con esta finalidad, Frege generaliza el concepto matemático de función y se lo aplica al lenguaje, siendo $y = f(x)$ entendido de la siguiente manera: ' y ' es el valor de verdad, pudiendo ser verdadero o falso, ' f ' es la función matemática o el concepto y ' x ' es el argumento, cualquiera que sea

⁴ FREGE, Johann Gottlob. Os fundamentos da aritmética: uma investigação lógico-matemática sobre o conceito de número. Traducción de Luís Henrique dos Santos. En Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

⁵ FREGE, Johann Gottlob. Sobre sentido y referencia. Traducción de Ulises Moulines. Introducción de Jesús Mosterín. Barcelona: Ediciones Orbis, 1984.

el objeto. Se puede ofrecer el siguiente ejemplo: x [concepto] es verdadero. Si se sustituyen las variables por términos, se puede ejemplificar con la siguiente afirmación 'Paulo es hombre' es verdadero, donde hombre es una persona adulta del sexo masculino. Un concepto es, por lo tanto, análogo a una función, que tiene valor de verdad verdadero, si por argumento tiene objetos (Paulo) que caen bajo el concepto (hombre).

Pero aún falta reducir a una función los enunciados con expresiones de generalidad, con términos como 'todos' o 'algunos'. Frege inventa entonces los cuantificadores, o sea, una notación matemática para designar la generalidad. Traduce, entonces, la expresión 'todos' y 'algunos' de manera a explicitar como una variable tiene la posibilidad de referirse a cualquier individuo. Así, " \forall " es el cuantificador universal (todo), \exists es el cuantificador existencial (algún). Frege funda una nueva forma de lógica, el *cálculo de los predicados*, ya que todo enunciado escrito en forma gramatical (sujeto-predicado) pasa a poder ser reducido a la forma lógica (función-argumento). Por ejemplo: la proposición '*Todos los hombres son mortales*' es traducida como ' $\forall x$ (*hombre $x \rightarrow$ mortal x*)' y se lee de la siguiente manera '*para todos los x (si x es hombre, entonces x es mortal)*'.

Dado que es posible reducir los enunciados gramaticales a enunciados lógicos, Frege presenta un análisis del contenido conceptual o informativo, al cual le da el nombre de *sentido*. Empieza su análisis por aquellos juicios llamados tautológicos.

Los enunciados del tipo ' $a = a$ ' y ' $a = b$ ', aunque tienen el mismo referente, son diferentes porque el primero es una mera tautología, es un juicio analítico, no añade nada de nuevo sobre el sujeto, pero el segundo añade algo nuevo al sujeto, son juicios sintéticos, son informativos. Por lo tanto, el significado no puede ser reducido al referente, hay algo más allá del referente que compone el significado de un término, el *sentido*.

Por ejemplo, las expresiones '*ciudad maravillosa*' y '*tierra de la samba*'. Ambas expresiones, tienen el mismo referente, la ciudad de Río de Janeiro. No obstante, tienen sentidos diferentes porque la primera expresión pretende informar que la ciudad es un lugar bonito y agradable, ya la segunda, pretende informar que la ciudad es el local donde nació la samba. El sentido, por lo tanto, es más que el simple referente.

Frege propone, entonces, las siguientes definiciones de sentido: primero, sentido es el modo de presentación del referente; segundo, el sentido de la expresión es el que capta (*grasp*) cualquiera que lo entienda; tercero, el sentido es el pensamiento evocado por un enunciado.

Véase que gradualmente esas definiciones van de un particular descrito por la expresión, hasta lo universal, captado por todos, que permite la comprensión de esa expresión. Es esa la distinción que Husserl consigue hacer de manera más precisa y que se presentará a continuación.

Para Frege, el sentido es objetivo, universal, independiente de la *psique* y condición de la comunicación, y también, expresable en un lenguaje, comprensible y que se puede compartir con todos. Estas son las características del sentido.

De ahí, el famoso ejemplo de Frege en *Sobre sentido y referencia*: la estrella matutina y la estrella vespertina, ambas expresiones se refieren a Venus, pero tienen sentidos diferentes. Una persona que sabe que la estrella matutina es Venus, no necesariamente sabe que la estrella vespertina es también Venus. Los términos aunque designan el mismo objeto, tienen sentidos diferentes, son sintéticos, son informativos.

Una vez explicado lo que es sentido y dadas sus características, se puede preguntar: ¿Qué es lo que tiene sentido? Frege atribuyó sentido a toda expresión del lenguaje: los términos singulares, los predicados y los enunciados. Es decir, el sentido de un *término singular* (nombre) es el modo de presentación del objeto al cual el término se refiere; el sentido de un *predicado* es el modo de presentación del concepto destacado por el predicado; y el sentido de un *enunciado* es el pensamiento que él expresa.

Todavía falta un asunto, hay nombres sin referente que tienen sentido. Por ejemplo: 'El rey de Francia es calvo'. Se entiende perfectamente lo que se quiere decir con 'rey de Francia', incluso se sabe que tal cosa no existe. Pero, si es posible que términos sin referente tengan sentido, entonces el sentido no puede ser definido como el '*modo de presentación del referente*'.

Ese asunto es de especial interés para la Filosofía del Derecho, ya que cuando se habla de universales, el referente no es algo concreto, pero eso no quiere decir que no sea real. Y Husserl incluye tales objetos en su Teoría de la Significación.

Es necesario, por lo tanto, ofrecer un concepto de referencia que pueda incluir esos casos. La referencia es aquello a lo que se refiere cuando un enunciado es pronunciado, el objeto. Referencia o denotación es aquello a lo que se refiere, el propio objeto. Es decir, la referencia de un nombre es el objeto; y la referencia de un enunciado es el valor de verdad.

Una vez más, es de especial interés para el Derecho, puesto que el referente no necesita de algo concreto, una ley, una decisión o un juicio, un tratado, una constitución, el referente puede ser un objeto ideal, puede ser un valor. En este tema, una vez más, la fenomenología husserliana ofrece una mayor profundización y una definición más precisa.

La *representación* es la imagen mental asociada a la expresión lingüística. Es intermediaria entre el sentido y la referencia. La representación es siempre subjetiva y puede darse de varias formas, pero el sentido es objetivo, es el mismo para todas las personas. Hay, entonces, tres niveles, el nivel del referente (de los objetos), el nivel de la representación o lingüístico (subjetivo) y el nivel del sentido (o pensamiento - objetivo).

Así, se establece una diferencia entre la representación (subjetiva) y el sentido (el pensamiento objetivo), lo que lleva Frege a postular un tercer reino, un "mundo de las Ideas", puramente abstracto y al alcance de todos los seres racionales. Algo muy semejante a las estructuras ontológicas elaboradas por Husserl.

Para buscar el *valor de verdad* de un enunciado es necesario que, primero, todos sus nombres (partes) tengan una referencia, y segundo, la relación entre los nombres sea correcta (o sea, las premisas deben ser verdaderas y de ellas debe derivar lógicamente la conclusión). Así, el sentido de un enunciado es el pensamiento que él expresa, y la referencia de un enunciado es su valor de verdad.

Toda expresión del lenguaje tiene una referencia propia (o valor semántico), siendo la referencia del nombre el objeto denotado; y la referencia del enunciado es su valor de verdad.

Por lo tanto, los pensamientos están compuestos de términos simples y estos son partes de un enunciado, cada término simple debe tener su referente y, además de eso, debe combinarse según las reglas de composición para que el enunciado sea verdadero.

El significado de un enunciado es la función del significado de sus partes y de sus reglas de composición. El principio de *composicionalidad* es la condición de posibilidad de la comunicación lingüística. Es ella la que posibilita, una vez establecido el valor de la verdad del enunciado, componer y reposicionar los términos simples en nuevos enunciados dotados de significado. Así, es posible explicar de qué forma, con un repertorio finito de expresiones dotadas de sentido, es posible construir sistemáticamente un número infinito de enunciados dotados de sentido. Es lo que Chomsky⁶ llamará productividad lingüística. Al lado de la composicionalidad, está la ley del *sustituibilidad*, es decir, cuando dos expresiones co-referenciales pueden ser sustituidas una por la otra en un enunciado, dejando inalterado el valor de verdad.

El problema es que el discurso entre comillas y el discurso indirecto no respetan la *composicionalidad* y *sustituibilidad*. En el caso del discurso entre comillas, la solución es distinguir entre el uso y la mención. Cuando se menciona una expresión usando comillas, no se habla de aquello a lo que la expresión se refiere. Por ejemplo: "Tulio" tiene cinco letras" y "Tulio – Cícero". No es posible sustituir Tulio por Cícero en el primer enunciado simplemente porque Cícero tiene seis letras. Ocurre que en el primer enunciado no se está hablando del objeto, del referente, sino del propio término singular. Así, la sustitución simplemente no puede ser realizada. En el caso del discurso indirecto, la solución es el principio del contexto.

De acuerdo con el *principio de contexto*, una palabra solo tiene significado en el contexto de un enunciado. Por ejemplo, en el enunciado 'Pia cree que la estrella matutina es un planeta' no es posible sustituir 'estrella matutina' por 'estrella vespertina' porque puede ser que Pia no sepa que la estrella matutina y la estrella vespertina son el mismo cuerpo celeste, o sea, tienen el mismo referente.

Por lo tanto, Frege concluyó que el sentido y la referencia no son propiedades absolutas de las expresiones lingüísticas, sino que dependen del contexto enunciado. Una expresión en un contexto indirecto asume como referencia una referencia indirecta, esto es, el pensamiento del hablante. En el discurso indirecto, se refiere a pensamientos, no a valores de verdad.

⁶ CHOMSKY, Noam. Aspectos da teoria da sintaxe. Traducción de José António Meirelles y Eduardo Paiva Raposo. Coimbra: Arménio Amado, 1978. Cambridge, Massachussets: The Mit Press, 1965.

Así, para Frege, toda expresión lingüística tiene sentido y referencia. El sentido del término singular es el modo de presentación del objeto, la referencia es el objeto propiamente dicho. El sentido *predicado* es el modo de presentación del concepto destacado por el predicado, la referencia es el concepto. El sentido del enunciado es el pensamiento que expresa, la referencia es el valor de la verdad. Y, según el principio de la composicionalidad, el significado de un *enunciado* es la función del significado de sus partes y de sus reglas de composición. O, aún más, el sentido y referencia del todo es función del sentido y referencia de las partes.

Un último asunto, para terminar esta breve presentación de las ideas centrales de Frege, ¿Y los enunciados cuyos términos simples no tienen denotativos? O, ¿Y los enunciados compuestos por partes que se refieren a objetos no existentes? Para Frege, cuando una de las partes del enunciado no tiene objeto referente, entonces no se puede afirmar ningún valor de verdad respecto a la frase. Frege asume, por lo tanto, que el *criterio de verdad* es la correspondencia entre el enunciado y el referente. No obstante, eso no significa que adopte una posición de acuerdo con el empirismo lógico.

El posicionamiento en relación al nombramiento de los términos no denotativos genera una divergencia entre Frege y Russell. Para Frege, el lenguaje formal es descriptivo de modo que un término sin referencia imposibilita la evaluación del enunciado del cual hace parte. El papel del lenguaje formal es corregir el lenguaje natural. Para Russell, el lenguaje formal es la esencia del lenguaje natural. Los nombres propios del lenguaje natural son abreviaciones de descripciones definidas. Basado en este principio, Russell creó una teoría que permite la evaluación de enunciados compuestos por términos no denotativos, la *Teoría de las descripciones*⁷.

En síntesis, en Frege, hay conceptos clave: el objeto al cual se refiere, *el referente*; la representación de ese objeto, o la imagen mental asociada a la representación lingüística, o la simple *representación*, y, finalmente, el *sentido* que puede ser entendido como el modo de presentación del referente, o como que es captado (*grasp*) por cualquiera que entienda determinada expresión, o más aún, el pensamiento evocado por un enunciado.

Dicho esto, se presentará el pensamiento de Husserl sobre el

⁷ RUSSELL, B. On Denoting. En *Mind*, New Series Vol. 14, N° 56 (Oct., 1905), pp. 479-493.

lenguaje. La *Teoría de la significación* de Husserl es inicialmente propuesta en *Investigaciones lógicas*⁸. Posteriormente, se revé en las *Lecciones sobre la Teoría de la Significación*⁹. Y, algunos conceptos nacidos en las Lecciones se mejoran en *Ideas*¹⁰ cuando toman su forma definitiva.

En *Investigaciones Lógicas II*, Primera Parte, Capítulo Cuatro, y conforme a lo ya citado en el Capítulo de los Fundamentos Metafísicos, Husserl propone las *significaciones* como especies de universales que se singularizan en diferentes actos de significación. Según tal perspectiva, la significación tendría un contenido psicológico y un contenido lógico. El contenido psicológico podría variar, pero el contenido lógico garantizaría la unidad de la significación. A esa esencia común, Husserl la llamó *identidad de la especie* y sería una esencia manifestada en singularidades. De ahí, su ejemplo clásico: el “rojo in especie se comporta en relación a las tiras de papel que están aquí y que “tienen” todas el mismo rojo.”¹¹

En las *Investigaciones*, la significación sería la esencia de los actos que da significación, su idealidad debería ser entendida como la idealidad del acto en cuanto a especie de un universal. No obstante, privilegiar la relación entre la significación y los actos intencionales de la conciencia tiene un inconveniente, acentúa de forma unilateral su dimensión subjetiva.

De ahí, en *Investigaciones Lógicas II*, Segunda Parte, previendo tal dificultad, Husserl aclara que tal significación deriva de la abstracción. Abstracción no en el sentido empirista, sino en el sentido de ideación. Esa ideación se desarrollará posteriormente como intuición, que a su vez podrá ser intuición empírica e intuición eidética. Por ahora, la significación aún reposa más sobre el acto de significación de un objeto. El cambio, solo tendrá inicio en las *Lecciones*.

En el periodo entre la publicación de *Investigaciones* y de *Lecciones*,

⁸ HUSSERL, E. *Investigações Lógicas*. Segundo volume, parte I: *Investigações para a Fenomenologia e a Teoria do Conhecimento*. Traducción de Carlos Aurélio Morujão. Lisboa: Centro de Filosofia de Lisboa, 2007.

⁹ HUSSERL, E. *Lições sobre a Teoria da Significação*. Traducción de Pedro Alves. Lisboa: Centro de Filosofia de Lisboa, 2007.

¹⁰ HUSSERL, E. *Ideas pertaining to a pure phenomenology and to a phenomenological philosophy*. First BOOK. Traducción de F. Kersten. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1983.

¹¹ HUSSERL, E. *Investigações Lógicas*. Segundo volume, parte I: *Investigações para a Fenomenologia e a Teoria do Conhecimento*. Traducción de Carlos Aurélio Morujão. Lisboa: Centro de Filosofia de Lisboa, 2007. p. 125. [o vermelho in specie se comporta relativamente às tiras de papel que aqui estão e que “tem” todas o mesmo vermelho.]

Husserl perfecciona el método fenomenológico y presenta las etapas de la reducción fenomenológica, que incluye la *epoché*, la reducción eidética y la reducción trascendental. Tal perfeccionamiento tendría que repercutir en la Teoría de la significación. La *epoché* puso el mundo entre paréntesis; la reducción eidética reconocía que las esencias están en el mundo, y no en el sujeto; y la reducción trascendental ponía al sujeto como agente del conocimiento, pero jamás como legislador sobre el mundo. Así, tales conceptos llevaron a Husserl a revisar la Teoría de la significación conforme la presenta en las *Investigaciones lógicas* y a elaborar una distinción, que desempeña un papel crucial en *Ideas I*.

En *Lecciones*¹², Husserl profundiza la reflexión sobre la significación, lo que lo lleva a la importante distinción entre dos conceptos de significación: el concepto fenomenológico (o fánsico), que se refiere a la significación en su relación con los actos intencionales, y el concepto fenomenológico (o óntico), que se refiere a la significación en cuanto correlato objetivo de los referidos actos. Se anuncia, así, la distinción entre *noese* y *noema*, descrita en *Ideas I*, capítulo IV¹³. Más precisamente, la distinción entre *noese* (aspecto subjetivo), que se refiere a los actos intencionales de la conciencia, y *noema* (aspecto objetivo), el correlato objetivo de los referidos actos, los contenidos de los actos de conciencia. De este modo es posible hacer justicia a las dos caras del concepto de significación, una de las principales insuficiencias de las *Investigaciones Lógicas* donde se valoró el carácter noético de la significación por encima del carácter noemático, y que podría colocar en riesgo la objetividad del pensamiento fenomenológico.

Otro aspecto importante es la constitución del objeto con base en una síntesis de la identificación, que anticipa la distinción presente en *Ideas I* entre los dos niveles del noema: el objeto como manifestación de sus determinaciones (el sentido) y el objeto puro (la esencia).

En resumen, en las *Investigaciones lógicas*, las vivencias tenían una dimensión subjetiva, el acto de significar - el acto intencional, y una dimensión objetiva, la significación - la esencia. Aquí el énfasis aún reposaba sobre la dimensión subjetiva. Después de la publicación de las *Investigaciones* y antes de la publicación de las *Lecciones*, Husserl crea la

¹² HUSSERL, E. Lições sobre a Teoria da Significação. Traducción de Rui Sampaio da Silva. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2007. Pág. 50-51 e 117-134.

¹³ HUSSERL, E. Ideas pertaining to a pure phenomenology and to a phenomenological philosophy. First Book. Traducción de F. Kersten. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1983.

reducción fenomenológica, compuesta por la *epoché*, la reducción eidética y la reducción trascendental. En las *Lecciones*, la dimensión subjetiva es el tener conciencia - el pensamiento, el concepto fenomenológico (fánsico), y la dimensión objetiva es aquello de lo que se tiene conciencia – lo dado compuesto por el hecho y por la esencia, el concepto fenomenológico (óntico). Por esto, en las *Lecciones*, lo universal deja de ser expresado a través del acto de conciencia y pasa a estar manifiesto en el objeto. Y finalmente, en *Ideas*, la dimensión subjetiva es llamada noese, el acto de conciencia, y la dimensión objetiva es llamada noema, de lo que se tiene conciencia, el contenido del acto, lo que es dado y está compuesto por la intuición particular y por la intuición eidética.

Por esa razón, se explicará la *Teoría de la significación* de Husserl, dando mayor énfasis a *Lecciones* y a *Ideas*.

En la introducción de *Lecciones*, Husserl reconoce algunos errores en *Investigaciones*. No obstante, afirma que las ideas presentadas siguen siendo su punto de partida. Así, merece la pena recordar que el primer concepto necesario para la comprensión de la fenomenología es la conciencia como intencionalidad. Según los pasos de su profesor Franz Brentano, Husserl considera que la característica de la intencionalidad tipifica los fenómenos psíquicos, ya que ellos siempre se refieren a algo de otro. Ese algo puede variar, pero continuará habiendo algo hacia lo cual tiende cualquier actividad consciente. Así, el concepto de intencionalidad de la conciencia se refiere al hecho de que la conciencia es siempre conciencia *de* algo. Husserl muestra que cuando alguien percibe, imagina, piensa o recuerda siempre percibe, imagina, piensa o recuerda alguna cosa. Por eso, pese a tener una cierta unidad, la diferencia entre sujeto y objeto viene dada inmediatamente: el sujeto es un yo capaz de actos de conciencia (percibir, imaginar, pensar, acordarse o significar), ya el objeto es lo que se manifiesta en esos actos (lo percibido, lo imaginado, lo pensado, lo que se recordó, o el significado).

Toda vivencia está compuesta, por lo tanto, de esas dos dimensiones, una subjetiva y otra objetiva. La significación no podría reposar sobre la dimensión subjetiva de la vivencia, pues eso podría acarrear un relativismo. Así, la significación debería reposar sobre la dimensión objetiva. Esta dimensión objetiva, el contenido de la vivencia, el noema, aún se subdivide en otras dos dimensiones: esencia y accidente.

La raíz de esa distinción entre las verdades de hecho y las verdades de razón, o sea, las proposiciones obtenidas a partir de la experiencia y las proposiciones universales y necesarias, es la distinción leibniziana¹⁴ En la base de esos dos tipos de proposiciones están la intuición de un dato de hecho y la intuición de una esencia. En el momento de la vivencia, en el momento en que el sujeto está en la presencia del objeto, es posible tener la *evidencia de lo particular* (la intuición empírica) y también la *evidencia de lo universal* (la intuición eidética), o sea, es posible tener la evidencia del hecho y la evidencia de su esencia. La *intuición eidética* es la intuición de las esencias, esto es, la intuición de la esencia universal que se manifiesta en cada hecho particular. Esencia esta que es intuita y constituida por la conciencia, pero que no es creada por la conciencia.

Este raciocinio también se aplica a la Teoría de la significación. En el caso del lenguaje, el nombre tiene una dimensión variable, ese es el sentido. Se le puede dar diferentes sentidos a un mismo objeto, pero esos sentidos estarán siempre limitados por la esencia del objeto. Así, el nombre ya trae consigo su esencia, es una manifestación de esta. Y, el acto de significar es, también, un acto complejo, ya que puede donar sentido, pero al mismo tiempo que dona sentido aprende la esencia, es decir, al mismo tiempo que intuye lo particular también intuye lo universal, la esencia.

La significación reposa, por lo tanto, sobre la dimensión esencial del noema. Es por esta razón que la comunicación es posible. Hay que diferenciar el '*acto de significar*' (noese) '*de aquello que se significa*' (noema). Es el sujeto que significa, pero eso no quiere decir que él cree el contenido de lo que significa, el contenido, así como el contenido de cualquier vivencia, viene dado en sus dos dimensiones, lo particular y su esencia.

Ahí está la aclaración de lo que, en Frege, aún suena confuso y, por esto, acaba ofreciendo el término 'sentido' tres definiciones distintas. Para Husserl, significar tiene una dimensión objetiva, el noema que, al dividirse en esencia y accidente permite que se le den diferentes sentidos a un mismo referente. Por ejemplo, se puede decir: "amo a la humanidad", "amo a mi hija", "amo a mi perro", "amo ir al cine", "amo viajar". Todo el mundo entenderá lo que se quiere decir, pero también entenderá que son amores diferentes.

¹⁴ LEIBNIZ, G.W. *Novos ensaios sobre o entendimento humano*. Traducción de Adelino Cardozo. Lisboa: Colibri, 1993.

La pregunta es: ¿Qué es lo que todos esos amores tienen en común para que sean nombrados de la misma manera? Lo que ellos tienen en común es su esencia. No se sabe definir lo que es el amor, pero se sabe lo que se quiere decir con este nombre y es por eso que se denomina a varios amores diferentes con 'amor'. Simplemente, se intuye lo que es el amor. Más aún, el amor vivido se manifiesta en múltiples actos, es una colección de actos, de pensamientos, de cariño, de atención, no es un acto simple. Así mismo, ante las variadas formas de amor, aún se puede intuir lo que es el amor. Eso es la intuición eidética.

Así, la significación descansa sobre la dimensión objetiva de la vivencia. En las palabras de Husserl:

La significación es, como sabemos y seguramente no perdemos de vista, un nombre equívoco. Nuestro esfuerzo es separar y aclarar sus diferentes y entrelazadas significaciones. La presente orientación que seguimos busca un concepto de significación (o eventualmente conceptos conexos de significación) que es dicho por perífrasis en los siguientes términos: la expresión quiere decir algo [etwas], y este qué [was] <es> distinto del objeto al que él se refiere. ¿Tenemos que buscar la significación como algo que está en los actos donadores de sentido?

Claramente, no. Más precisamente, la significación (en el sentido que reposa ahora ante nosotros) no es acto ni un momento real en el acto. La expresión "quiere decir" esto y aquello, y esto constituye su significación; y en la medida en la que ella es, de hecho, expresión, tiene su significación, pues esto constituye su esencia.¹⁵ (Traducción propia)

Ahora, la significación también tiene una dimensión accidental, variable, que puede ser interpretada de formas diferentes por el sujeto, esto es el sentido. El sujeto puede dar diferentes sentidos a un mismo objeto, pero solamente puede hacerlo porque el objeto es el mismo y, por lo tanto, soporta diferentes sentidos en el límite de su esencia. Es el caso del ejemplo citado anteriormente, el amor también tiene una dimensión accidental, se le pueden dar al amor diferentes sentidos, amores más intensos o menos intensos, amores por personas, por animales, por objetos u ocupación, amores más o menos duraderos.

¹⁵ HUSSERL, E. Lições sobre a Teoria da Significação. Traducción de Rui Sampaio da Silva. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2007. Pág.43.

Es justamente porque el significado reposa sobre la dimensión objetiva de la vivencia que el conocimiento sobre el mundo comienza con la experiencia de hechos, los mismos hechos cotidianos de los cuales también se ocupa la ciencia experimental. Un hecho es algo contingente, o sea, puede ser o no ser, no es algo necesario. No obstante, del hecho siempre se capta una esencia. Lo *individual contingente siempre se anuncia a la conciencia a través de lo universal*. Cuando la conciencia capta un hecho aquí y ahora, ella capta también la esencia de este hecho en particular: el color blanco de este papel es un caso particular de la esencia *blancura*. De la misma forma que los *amores* son únicamente especies particulares de *amor*.

Entonces, ¿cómo es la relación entre la significación y los signos? La primera diferencia relevante, ya presente en *Investigaciones*, es entre el signo y la aparición de la expresión. Para Husserl, se debe diferenciar entre el mero *signo sensible que aparece (sonido o palabra)* del *acto de aparecer (la aparición de la expresión)*. Es la aparición de la expresión (el acto de aparecer) la que será el fundamento de los actos donadores de sentido. Además del acto de aparecer de la expresión, tenemos también el acto de significación, es decir, el acto en el que el sonido verbal se constituye en conformidad con la esencia intuida por la conciencia.

La palabra representada, la palabra que aparece, significa algo, y ahí reside el hecho de que ella se relacione con una objetividad visada, significada. Con la conciencia del sonido verbal, surge también la conciencia de significación, es decir, los actos de ‘visar esto o aquello con la palabra’. ‘Esto’ o ‘aquello’, algo que es objetivo, se convierte entonces en objeto de la conciencia. Por lo tanto, la *conciencia de significación* se construye sobre la *conciencia de un sonido verbal*. En palabras de Husserl:

*El fonema solo puede llamarse expresión porque la significación correspondiente expresa; en ella reside primitivamente el presar. La “expresión” es una notable forma que consiente en adaptarse a todo “sentido” (al “núcleo” noemático) y lo eleva al reino del “logos”, de lo conceptual y, con esto, de lo “universal”.*¹⁶

De la misma forma, cuando uno ve un signo escrito ante sí, el ‘interés’ no recae sobre él, el sujeto no lo tiene como objetivo. El interés es sobre las

¹⁶ HUSSERL, E. Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica. Traducción de José Gaos. México – Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1962. p. 297.

objetividades significadas, se vive en la conciencia de la significación. La significación que reposa sobre la objetividad esencial tiene el don de elevar la conciencia hasta la dimensión de lo universal.

La percepción de la palabra es una percepción primaria, pero no es una percepción temática. El signo impreso no es objeto de 'interés'. Él no es el tema. Ocurre lo mismo con la conciencia del sonido verbal, con ella está entrelazada la conciencia de la significación, la donadora de sentido. La palabra aleja de sí el interés y lo impulsa para lo que es el significado. Entonces, ella es irrelevante, y es en la conciencia de la significación donde se encuentra el fin y se ve lo relevante como tal.

Husserl rechaza el concepto psicologista de significación, es decir, las significaciones no son actos psíquicos que se efectúan en el expresar, ya que los actos psíquicos son apariciones fluidas y efímeras, mientras que las significaciones son unidades idénticas frente a la multiplicidad.

En *Lecciones*, Husserl no niega la dimensión subjetiva de la significación. Y, de forma compatible con *Investigaciones*, ofrece una primera definición de *significación como lo que se quiere decir*. En este sentido, argumenta a partir del análisis de las expresiones tautológicas. Tales expresiones son diferentes, pero se refieren a una misma objetividad. En este caso, lo esencial reside en el lado temático, o sea, en la intención, es decir, en lo que se quiere decir, y no en la mera conciencia verbal. Lo que nos lleva a la separación entre *la objetividad que es significada* y *la objetividad según la forma en la que es significada*. En otras palabras, se debe diferenciar la propia cosa que es nombrada de la *forma en la que es nombrada*.

Esto sirve tanto para los nombres como para las expresiones ya que cada expresión se refiere a una objetividad, y cada parte de la expresión también se refiere a una objetividad, siendo significativa.

Es inevitable la referencia a Frege que fue interlocutor de Husserl en muchas ocasiones. Los conceptos de sentido y referencia de Frege aparecen en Husserl como *significación* y la *objetividad que es significada*. Pero, en Husserl, la significación está más detallada como se ha explicado en los párrafos anteriores.

De ahí la consideración de que significar incluye tanto *los actos dotados*

con la tendencia indicadora (conciencia de los nombres) como los *actos donadores de sentido o que completan el sentido* (conciencia de los significados).

Por lo tanto, en todas las expresiones tenemos que diferenciar entre la significación y la objetividad a la que ella se refiere. En el caso de una proposición categorial, una posición que afirma determinadas características del sujeto, es preciso diferenciar entre el sujeto en cuanto *objeto* y el sujeto, en cuanto *significación*. Esto es, una proposición categorial afirma que el sujeto en cuanto objeto tiene esta o aquella característica, éste necesario estado de las cosas, es una objetividad. Y, ese estado de las cosas puede ser representado de diferentes formas que corresponden a diferentes significaciones, y lo mismo es válido para cada característica. En consecuencia, tenemos que diferenciar el *estado de las cosas* de la *forma como se presenta en cada enunciado*.

A pesar de la definición anterior, aquella es solamente una dimensión de la significación. La significación no está únicamente en el acto donador de sentido, no está en el *querer decir algo*. No es exclusivamente un acto, ni un momento del acto. Si se dice que la expresión tiene una significación, no se trata de la respectiva vivencia, ni de la vivencia que constituye la palabra, ni de la vivencia que constituye el sentido. No se trata de actos en los cuales la palabra aparece, ni de aquellos en los que se realiza la comprensión de la palabra. La expresión, que es una y la misma, significa la unidad ideal. El sentido es uno, *la significación es una*.

Los actos que confieren la significación son vivencias fugaces, pero la significación es una unidad ideal, atemporal, idéntica a sí propia como cualquier idea. La significación no puede ser un momento de la vivencia, que sería pasajero o fugaz. La significación es una unidad específica que en el acto de significar se particulariza de forma analógica a la especie roja en el momento singular de rojo, o como el amor se particulariza en varias formas de amor.

Las significaciones son unidades ideales. La unidad ideal es designada como la significación de la frase declarativa, el juicio. El juicio no es el acto contingente de juzgar, sino un juicio *in specie*, la esencia general que se particulariza en todos los actos de juzgar de este mismo contenido, de éste mismo interior. Cada juicio es una unidad ideal.

Los juicios pueden ser 'de existencia' o 'de esencia'. Un *juicio factual* (o de existencia o existencial) afirma expresamente o niega la existencia, el ser factual, la existencia de algo de individual. Cada juicio factual exige para su evidencia, percepción y experiencia. El *juicio de esencia* no contiene ninguna especie de afirmación de existencia, ellos contienen posiciones de esencia. Ellos mismos son posiciones de esencia, por ejemplo: "hay cinco cuerpos regulares". Y lo que se funda en la esencia es el enunciado, sea de forma categórica o hipotética. Otro ejemplo: "Para cualquier intensidad es válido lo siguiente: si 'a' es más intenso que 'b', 'b' más intenso que 'c', entonces 'a' es más intenso que 'c'". Los juicios de esencia no necesitan la percepción o la experiencia, sino la intuición, para que sus estados de cosas que vengan a ser dados, para que ellos mismos puedan, por lo tanto, volverse evidentes. La intuición es la abstracción "ideadora" que se constituye con base en la intuición individual.

De ahí un nuevo concepto de *significación*: al separar lo fánsico de lo óntico, los conceptos tienen su origen en los actos de conciencia basados en eso que se da a la conciencia (hecho y esencia), entonces tenemos dos conceptos de significación, uno fenológico y uno fenomenológico.

El último es el que da orientación, en la medida en que el sujeto está naturalmente dirigido para las objetividades, al paso que llega al concepto fenológico al reflejar sobre las vivencias y al decir a sí mismo: la identidad de los objetos se le da a una conciencia de identidad, y si éste es el caso, es sin duda tal como es el caso de la identidad de significación, entonces se tiene que reconocer que los actos de los dos lados que entran en la conciencia de identidad tienen algo en común en su esencia, y de eso se puede dar cuenta a través del discurso sobre el significado idéntico (la significación en sentido fenomenológico).

Por lo tanto, Husserl supera a Frege. Para Frege, el sentido se define como el pensamiento objetivo y también como el modo de presentación del objeto. De esta forma, Frege confunde dos dimensiones del sentido, en términos husserlianos, la dimensión fenológica (noética) y la fenomenológica (noemática), la dimensión de la vivencia en general y la dimensión pura. La segunda nos da la identidad del objeto, hace posible hablar de un mismo objeto de diversas formas, más aún, comprender una misma identidad.

Para Husserl, es papel primordial del lenguaje describir esencias. De

ahí la definición de la fenomenología como ciencia de las esencias y no de los datos de hecho. Lo que le interesa al filósofo, no es lo mismo que le interesa al científico. Los filósofos no se ocupan de los objetos empíricos, o de datos, o de hechos. Los filósofos se ocupan de las esencias, de las esencias universales y necesarias independientes de toda y cualquier subjetividad, de las esencias de objetos reales, formales e ideales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- CHOMSKY, Noam. Aspectos da teoria da sintaxe. Traducción de José António Meirelles y Eduardo Paiva Raposo. Coimbra: Arménio Amado, 1978. Cambridge, Massachussets: The Mit Press, 1965.
- DRUMOND, John. Frege and Husserl: Another look at the use of on fluence. En *Husserl Studies* 2: 245-265 (1985). MOHANTY, J.N. Husserl and Frege: a New Look at their Relationship. En *Readings on Edmund Husserl's Logical Investigations*. The Hague: Springer, 1977.
- FØLLESDAL, Dagfinn. Husserl and Frege: A Contribution to Elucidating the Origins of Phenomenological Philosophy. En *Mind, meaning and mathematics: essays on the philosophical views of Husserl and Frege* / edited by Leila Haaparanta. The Hague: Springer, 1994.
- FREGE, Johann Gottlob. Os fundamentos da aritmética: uma investigação lógico-matemática sobre o conceito de número. Traducción de Luís Henrique dos Santos. En *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- FREGE, Johann Gottlob. Sobre sentido y referencia. Traducción de Ulises Moulines. Introducción de Jesús Mosterín. Barcelona: Ediciones Orbis, 1984.
- HUSSERL, E. Investigações Lógicas. Segundo volume, parte I: Investigações para a Fenomenologia e a Teoria do Conhecimento. Traducción de Carlos Aurélio Morujão. Lisboa: Centro de Filosofia de Lisboa, 2007.
- HUSSERL, E. Lições sobre a Teoria da Significação. Traducción de Rui Sampaio da Silva. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2007.
- HUSSERL, E. Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica. Traducción de José Gaos. México – Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1962.
- HUSSERL, E. Ideas pertaining to a pure phenomenology and to a phenomenological philosophy. First Book. Traducción de F. Kersten. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1983.
- LEIBNIZ, G.W. Novos ensaios sobre o entendimento humano. Traducción de Adelino Cardozo. Lisboa: Colibri, 1993.
- RUSSELL, B. On Denoting. En *Mind, New Series* Vol. 14, Nº 56 (Oct., 1905),
- SMITH y MCINTYRE. Husserl and Intencionalitty: A Study of Mind, Meaning and Language. Dordrecht, Holland: 1984.

Os DIREITOS HUMANOS: UMA PERSPECTIVA KANTIANA E A ATUALIDADE

Margarida Prado¹

Os direitos humanos encontram-se inseridos, na perspectiva kantiana, no domínio da análise sobre o agir moral, o agir com liberdade. A questão que se coloca é saber: “o que devemos fazer?” O que determina o agir humano? Em que condições podemos afirmar que uma ação é livre, moral? Qual o fundamento de nossas escolhas? Que direitos são devidos aos humanos?

A primeira abordagem kantiana sobre o conceito da liberdade surge no âmbito da razão especulativa, portanto, no domínio do conhecimento teórico. Na *Crítica da Razão Pura*, Kant fornece, primeiramente, o conceito de *liberdade cosmológica*. Após análise das faculdades que possibilitam o conhecer – sensibilidade e entendimento –, Kant define a razão como faculdade responsável pela suprema unidade do pensamento. Ela assegura uma unidade sistemática ao conhecimento. Ela, de fato, não constitui conhecimentos. Ela organiza os conhecimentos do entendimento, sob princípios.²

A razão não só organiza o conhecimento condicionado, chamado de uso lógico da razão, mas ela também realiza um uso real, quando ela produz ideias. Ainda no domínio especulativo a razão produz idéias e essas idéias não são conceitos constitutivos da ampliação do nosso conhecimento das

¹ Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGF - UFRJ). Professora Adjunta da Universidade Candido Mendes (UCAM).

² KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Abril, 1980. B 359.

coisas, sob uma experiência possível, mas princípios regulativos de unidade sistemática do múltiplo do conhecimento empírico ³.

Assim, no âmbito da Dialética Transcendental Kant propõe o primeiro conceito de liberdade, conceito produzido a partir de uma dedução transcendental, de inferências dedutivas, conceitos engendrados de forma necessária, embora sem validade objetiva, dado que não podemos apontar na experiência nenhum objeto que lhe corresponda. A idéia de alma, idéia de Deus, idéia de mundo, isto é, unidade absoluta incondicional do sujeito pensante, unidade absoluta da série das condições do fenômeno, unidade absoluta da condição de todos os objetos do pensamento em geral, são portanto não constitutivas, mas idéias regulativas. Tudo se passa como se houvesse um *eu*, uma alma como natureza pensante, um *mundo* em geral e ainda a razão, em suas inferências produz o conceito racional de “Deus” como causa una e suficiente de todas as séries cosmológicas.

No âmbito do terceiro conflito das ideias transcendentais e das antinomias dele resultante, precisamente na terceira antinomia, na cosmologia racional, a razão produz a idéia de uma causalidade livre, liberdade portanto aqui concebida como princípio de explicação de acontecimentos no mundo, como uma idéia engendrada de forma necessária pela razão.

A explicação dos acontecimentos do mundo, por suas causas, parece requerer ao mesmo tempo a afirmação e negação da existência da liberdade. Tese e antítese, necessidade natural onde todos os fenômenos no mundo acontecem segundo uma causa ou simplesmente liberdade, ou seja, causalidade natural ou liberdade⁴, antinomia cosmológica que produz a primeira definição de liberdade, cito Kant *uma* espontaneidade absoluta das causas que dê início em si a uma série de fenômenos precedentes segundo leis da natureza, liberdade transcendental ⁵.

Sobre a análise do comportamento do homem em suas escolhas Kant destaca a conciliação entre liberdade e causalidade na natureza, tornada possível quando se considera a ação humana, que pode derivar de *causas coatuantes*⁶. Significa dizer, a análise da ação humana surge como derivação

³ (CRP.B. 380).

⁴ (CRP. B. 475).

⁵ (CRP. B. 474).

⁶ (CRP. B. 577).

da questão cosmológica, as ações humanas se dão sobre a realidade, estão submetidas, resultam da causalidade natural mas podem ser derivadas de uma causalidade inteligível. As idéias não só organizam conhecimentos, as idéias são também regras de ação, são princípios de causalidade de ações no mundo.

Uma idéia se apresenta, assim como motivo, causa do começo de uma série dentro do curso dos acontecimentos no mundo, de modo totalmente espontâneo quanto a causalidade, ou seja, faculdade de agir humana a partir da liberdade⁷. Kant exemplifica o fato de alguém decidir se levantar de uma cadeira e ir em direção a olhar por uma janela, essa ação livre, esse deslocamento se produz no curso do mundo, ele sucede de uma série de causas naturais porém ele não deriva de causas naturais.

O segundo conceito de liberdade proposto por Kant foi o conceito de liberdade prática, e ele permanece ainda fundado sobre a ideia de liberdade transcendental⁸, já dissemos, faculdade de iniciar espontaneamente um estado cuja causalidade não está, por sua vez, como o requer a lei da natureza, sob certa causa que a determine quanto ao tempo. A liberdade, agora aplicada sobre o domínio da ação prática, nos remete na perspectiva do pensamento que é causa, e foi definida por Kant como: “independência de arbítrio frente à coerção pelos impulsos da sensibilidade, dado que ao homem é inerente um poder de auto-determinação espontânea”⁹.

A análise sobre a experiência do arbítrio delimita, em Kant, a passagem da investigação crítica sobre o conhecimento teórico para a Filosofia Prática, para a Filosofia Moral. A Crítica volta-se agora sobre o Uso Prático da Razão, ela deve portanto investigar em que condições podemos afirmar que a razão possa determinar, ser causa de ações no mundo, ser assim razão prática, razão pura prática.

Dizer que as idéias se relacionam com o uso prático é dizer que elas podem determinar nossas ações. A liberdade, no sentido prático, surge assim como capacidade do homem dominar suas próprias inclinações com base em princípios, dados pela razão. As palavras de Kant em sua terceira definição de liberdade: “um arbítrio que pode ser determinado independente de impulsos sensíveis e portanto, por motivações que só podem ser representados pela razão”¹⁰. Liberdade prática é pois definida como a racionalidade do querer.

⁷ (CRP. B. 478).

⁸ (CRP. B. 561).

⁹ (CRP. B. 562).

¹⁰ (CRP. B. 830).

Homens se determinam por máximas, regras sobre suas ações, isso é um fato. Homens se determinam, em suas ações, muitas vezes por dever. Simplesmente a pergunta: - “o que eu devo fazer?” nos remete a constatação de que o homem pode ser determinado sobre o ser querer por motivações que derivem de suas inclinações (desejos, interesses), mas significa também que o homem pode ser determinado por princípios a priori, que de forma alguma derivam da circunstância fatural em que ali se encontra. Conclui Kant, deve ser possível uma determinação sobre a vontade que resulte numa ação cuja causalidade tenha sido a razão pura.

Para Kant todo homem é capaz de saber o que deve fazer, nesse sentido a investigação crítica não é sob o domínio prático, moral tão urgente e necessária. Todo ser racional possui a capacidade de determinar-se exclusivamente a partir do que a razão lhe sugere, a determinação pelo dever, comum ao homem, comprova esse fato. O que o homem comum contudo não é capaz de explicitar, sobre seus atos, é o princípio, o fundamento de seus juízos morais. Nesse sentido, antes de uma *Metafísica dos Costumes* o que se apresenta como imediatamente necessário no pensamento kantiano é uma *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*.

O método empregado por Kant nas duas primeiras seções da Fundamentação é regressivo, na medida em que ele parte de uma análise dos juízos morais pronunciados pelo homem comum para explicitar o princípio que se encontram neles contido, ou seja, sobre os juízos pronunciados Kant extrai o fundamento, ou seja, o Princípio Supremo da Moralidade, sendo o fundamento dos direitos humanos extraído de uma de suas derivações.

A Crítica kantiana segue indagando: o que é uma boa vontade? Qual o valor moral de uma ação? Responde o autor: para um ser racional a vontade boa é a vontade racional. Para um ser capaz de justificar suas escolhas, capaz de escolher reflexivamente, esse ser deve querer justificar suas escolhas com base em princípios cada vez mais universais, isto é, por motivos que são razões e não causas. Afirma Kant: “a vontade boa é a vontade de agir por dever e não por inclinação”¹¹.

Todo e qualquer que seja o propósito material que se queira alcançar ele nunca poderá ser um princípio objetivo do querer moral. Qual princípio seria o fundamento, o critério sobre o qual todas as máximas subjetivas

¹¹ KANT, Emmanuel. *Fondements de la Métaphysique des Moeurs*. Trad Victor Delbos. Paris. Librairie Delagrave. 1985. 1. sec, 11).

poderiam e deveriam se submeter?¹² Qual princípio poderia então ser proposto como fundamento para toda e qualquer obrigatoriedade? Não poderia ser outro, responde Kant, que o princípio formal do querer em geral.

A lei, o comando que determina a vontade como absolutamente boa, a lei que não pode ser confundida com princípio material algum não pode ser outra que a pura legalidade universal das ações em geral. Retomamos a pergunta inicial, originária: o que eu devo fazer? Resposta kantiana: - apenas aquilo que qualquer outro ser racional deve poder querer fazer, isto é, "eu não devo agir senão de modo que eu possa querer assim que a minha máxima deva converter-se em lei universal"¹³.

Qual a exigência absoluta da razão? Qual o imperativo, o comando que se impõe de forma categórica a todo ser racional sobre suas ações, de forma que elas possam ser consideradas ações morais? A pura universalidade. O imperativo categórico, como pura lei da universalidade, não é um O QUE fazer, mas um COMO fazer. "Age unicamente segundo a máxima que faz com que tu possas querer ao mesmo tempo que ela se torne lei universal"¹⁴.

O comando absoluto da razão sobre o agir consiste na exigência de universalidade. Trata-se portanto de um critério meramente formal. Esse critério, o imperativo categórico é capaz de nos direcionar aos deveres? Para demonstrar a aplicabilidade do critério moral sobre os deveres Kant apresenta na fundamentação as formulações derivadas do imperativo categórico.

A segunda formulação visa justificar o porque agimos segundo leis, considera portanto a motivação humana, o seu aspecto subjetivo. Agimos sempre com vistas a uma finalidade, e a exigência da universalidade não pode ter outra finalidade do que a de considerar "o outro" como um fim em si mesmo. O outro assume aqui o lugar da representação da própria humanidade, ele não pode nunca ser considerado como um meio da obtenção de qualquer outro fim, pois ele é o fim em si mesmo. Nesse sentido, acrescenta Kant, tudo que existe tem um preço ou uma dignidade. Somente o homem possui a dignidade. Cada homem representa, em si mesmo, a humanidade, a dignidade do humano¹⁵. Cito Kant: "Age de tal forma que tu

¹² (F.M.C. 1 sec 14).

¹³ (F.M.C. 1 sec 17).

¹⁴ (F.M.C. 2 sec 31).

¹⁵ (F.M.C. 2 sec.66).

trates a humanidade tanto na tua pessoa quanto na pessoa de qualquer outro sempre ao mesmo tempo com um fim e nunca somente como um meio”¹⁶. Das formulações anteriores conclui a idéia de uma vontade universalmente auto-legisladora, isto é, cada homem, em cada ação, ao se auto determinar, ao legislar para si, deve legislar para todos.

A vontade de todo ser racional, moral, é a vontade legisladora universal. O princípio supremo da Moralidade é a autonomia, princípio prático incondicionado, terceira formulação do imperativo categórico, síntese do plano individual e universal, por fim, idéia positiva de liberdade. Nos submetemos a lei que nós mesmos nos impomos, sob o risco de entrarmos em contradição, querer para si e não poder querer para todos, ao mesmo tempo.

A *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* conclui: “a vontade absolutamente boa (cujo princípio tem que ser o imperativo categórico) conterà pois somente a forma do querer em geral, indeterminada com respeito a todos os objetos; e isso com autonomia. Quer dizer, a aptidão da máxima de toda boa vontade para se transformar a si mesma em lei universal é a única lei que se impõe à vontade de todo ser racional, sem permitir que intervenha qualquer impulso ou interesse como fundamento”¹⁷.

Na obra intitulada *A idéia de uma História Universal de um ponto de vista Cosmopolita*, escrita em 1784, Kant define o lugar que o Direito deve ocupar em sua arquitetônica sob as bases dos princípios da determinação completa e da finalidade, cito Kant: “todas disposições naturais de uma criatura estão destinadas a um dia se desenvolver completamente conforme um fim...”¹⁸.

A aplicação desses princípios sobre a disposição natural do homem indica que a condição humana está voltada para o uso da razão, dado que a natureza não dispõe nada de forma supérflua. Movido positivamente pelo antagonismo (insociável sociabilidade humana) o homem transmitirá, entre as gerações, o legado de “luzes”, e isso conduzirá a humanidade, não temos o conhecimento mas temos claros e suficientes indícios, ao desenvolvimento e ao progresso contínuo em direção ao melhor. Podemos então garantir, com certeza, a direção que a história humana tomará? Não, não há conhecimento

¹⁶ (F.M.C. 2 sec.49).

¹⁷ (F.M.C. 2 sec.88).

¹⁸ KANT. Immanuel. *Idéia de uma história univesal de um ponto de vista cosmopolita*. Org. E trad. Ricardo Terra. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 1 prop).

nem garantias sobre o futuro, evidente, mas há um forte indício, a disposição moral-racional do homem é esse indício.¹⁹ Da rudeza à cultura o homem criará um artifício imposto, a Constituição Civil, assim através do Direito, que exercerá a função de um fio condutor, o homem sairá da menoridade, da qual ele próprio é culpado, na medida em que tenha a coragem de fazer uso da sua própria razão - *Sapere Aude*²⁰, possibilitando assim que a humanidade se direcione e construa a Paz Cosmopolita.

O Direito, reconhece Kant, é o maior problema, é o mais difícil e por isso mesmo deverá ser enfrentado por último, na arquitetura da razão pura kantiana. Como que uma madeira retorcida, que é o homem, pode coexistir com os outros homens, na liberdade? Esta importante indagação encontra respostas na *Doutrina do Direito*, primeira parte da *Metafísica dos Costumes*. Contudo, o critério *a priori* de todo agir moral, o parâmetro que devemos seguir no uso que fazemos da nossa liberdade, ele já nos foi fornecido pela *Fundamentação*.

O grave problema, no contexto da coexistência dos homens em suas liberdades, consiste no seguinte fato: - o princípio moral, racional, válido para todos os homens, é objetivamente necessário, porém ele é um princípio subjetivamente contingente. Significa dizer que como somos livres, nem sempre nos determinamos no nosso querer, sob nossas ações, pelo dever, de forma racional. O Direito, o domínio da legalidade, exatamente tem como tarefa sancionar o comportamento humano de forma a forçar aqueles que não estão dispostos naturalmente a se submeterem a razão. O Direito acrescenta um motivo adicional, na motivação, sobre aqueles comportamentos que não se determinam, espontaneamente, pelo que dever, o que resulta, ao menos, na conformidade externa.

O mesmo poder normativo da razão se impõe sobre a legalidade e sobre a moralidade enquanto virtude (conceito de moralidade no sentido estrito). Na legalidade o que se exige é apenas a concordância, a conformidade externa de uma ação a lei moral, já na estrita moralidade, o que se exige é a adesão interna, que a concordância seja o próprio motivo da ação.

Segundo Kant, o mero conhecimento de um ordenamento jurídico, da ciência do Direito, não é capaz de formular o conceito de seu objeto. Não é

¹⁹ Idem, (4 prop).

²⁰ KANT, Immanuel. Resposta a pergunta: Que é esclarecimento? Textos seletos. Int Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Ed Vozes, 1974, p.100.

possível simplesmente realizar a passagem da questão “*quid est júris*” para a questão “*quid est jus*”. Simplesmente o que é válido ou não para um Direito, tomando como base um ordenamento jurídico, não nos permite dizer o que é justo, se o que é posto como direito é justo, muito menos dizer qual é o fundamento de qualquer legislação possível.²¹

Quais seriam então as condições que precisam ser satisfeitas quando afirmamos que algo seja Direito, justo? Responde Kant, a definição de Direito, mais uma vez não nos indicará um “o que devemos fazer para que sejamos justos”, mas um “como devemos agir para sermos justos”. O conceito de Direito é, por fim, definido na *Doutrina do Direito* “o conjunto de condições sobre as quais o arbítrio de um pode estar em acordo com o arbítrio de um outro, segundo uma lei universal da liberdade”²².

Por fim, o Imperativo Categórico Jurídico prescreve que é conforme o Direito toda ação em que a máxima possa fazer coexistir a liberdade do arbítrio de um com a liberdade dos outros, segundo a lei universal. “Aja externamente de tal forma que o uso livre do teu arbítrio possa estar de acordo com a liberdade de qualquer outro”²³.

A lei universal impõe assim uma obrigação mas não prevê, nem exige que, unicamente em virtude desta obrigação, o homem se limite em sua liberdade a tal condição, nesse sentido uma mola propulsora adicional para o jurídico. As leis jurídicas são uma subdivisão das leis morais e não há contradição alguma em pensar que aquilo que é exigido incondicionalmente pela lei moral possa também ser imposto pela força coercitiva. O Direito assim legitima o uso da força, dado que consiste no uso da força para restabelecer a condição de liberdade entre todos. O princípio do Direito funda e legitima a faculdade de obrigar. Justo é tudo que possa coexistir com a liberdade dos demais, injusto é aquilo que obstrui o exercício da liberdade dos demais, Direito é o instrumento, artifício, a condição que dispomos para obstruir a obstrução e restabelece a condição de liberdade entre todos.

No verão de 1962 Hannah Arendt escreveu um livro intitulado “*Eichmann em Jerusalém, um relato sobre a banalidade do mal*”. Essa obra foi

²¹ KANT, Emmanuel. *Metaphysique des Moeurs*. Pref. M. Villey. Trad. A. Philonenko. Paris: J. Vrin, 1993, A VII, 229 pag 477).

²² Idem, (VI,230 pag 478).

²³ Idem, (V,230 pag. 479).

resultado do material coletado pela autora quando ela fez a cobertura do julgamento de Eichmann, em Jerusalém. Segundo Arendt, o julgamento deveria versar sobre os atos cometidos pelo nazista, e não deveria estar ali, em julgamento, o sofrimento dos judeus, nem o caráter do povo alemão, nem a índole da humanidade, nem o anti-semitismo ou mesmo o racismo.

O acusado se declarou o tempo todo como sendo inocente, ele jamais matara um só judeu. Não cometera crime algum, suas ações foram “atos de estado”, atos pelos quais “somos condecorados se vencermos e condenados à prisão se perdermos”.²⁴ Sabemos, as ordens de Hitler possuíam força de lei, sua “culpa” provinha de sua obediência, e a obediência é uma virtude e não um crime.²⁵

Segundo Arendt, no Epílogo desse extraordinário livro, em meio ao relato dos crimes cometidos contra a humanidade, a autora destaca que o crime de genocídio possui características que o diferencia dos crimes de guerra. Cria-se essa nova tipologia pelo fato de que o mundo toma ciência de uma dimensão de brutalidade desproporcional e gratuita. Atos desumanos, maus tratos sobre prisioneiros tomados em experiências na condição de cobaias, extermínio sistemático de um povo, numa proposta de “limpeza étnica”, limpeza que feriu, em definitivo, o status de humano.

Durante o julgamento muitos exigiram justiça, outros em cólera exigiram vingança, para Arendt, como filósofa em busca dos fundamentos, restou saber, como não esse homem em sua singularidade, mas como “o homem” pode chegar a tal nível de “irreflexão”? Como o humano pode conduzir a humanidade a condição de tal desumanização?

Nesse sentido, ao final para Arendt “toda a espécie humana se encontrava ali sentada por traz do acusado, no banco dos réus”. O argumento apresentado por Eichmann dele ser uma mera engrenagem, a banalização e naturalização sobre a seleção daqueles que deveriam ser eliminados, e muitas outras questões, permanecem ainda sem respostas²⁶. Como o homem, em nome da obediência a ordens superiores, as alegadas “razões de Estado”, se deixaram submeter, seguiram por 12 anos a obedecer ordens

²⁴ ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém, um relato sobre a banalidade do mal. Trad José Rubens Siqueira, São Paulo: Companhia das Letras, 1999.II,33.

²⁵ Idem, XV, 269.

²⁶ Idem, Pós escritos, 312.

manifestamente criminosas? Arendt por fim declara: “o que exigimos nesses julgamentos, em que os réus cometeram crimes legais é que seres humanos sejam capazes de diferenciar o certo e o errado mesmo quando tudo o que têm para guiá-los seja apenas seu próprio juízo, e que, além do mais, pode estar em conflito com o que eles devem considerar como unânime de todos a sua volta”²⁷.

A Filosofia da atualidade se caracteriza exatamente em denunciar a fratura binária da sociedade em que nos encontramos hoje. Não nos referimos a polaridade entre raças de duas nações distintas, nos referimos ao desdobramento de uma mesma raça em uma super-raça e uma sub-raça.²⁸ Uma raça que detém o poder, e que é titular da norma contra aqueles que estão excluídos da norma. Nos referimos a segregação, ao racismo de Estado, um racismo que uma sociedade exerce sobre ela mesma.

Na obra intitulada *Em Defesa da Sociedade*, Michel Foucault, descreve que o “artifício imposto”, a lei, pensada por Kant como o fio condutor na história como condição capaz de conduzir ao homem a Paz Cosmopolita, na perspectiva da atualidade não é, de forma alguma, mais possível ser concebida como pacificação. A lei é exatamente por onde a guerra continua a fazer estragos, no interior de todos os mecanismos de poder. Permanecemos em guerra, uns contra os outros. Quem conta a estória, quem relata e interpreta os fatos, quem fabrica os saberes, quem redige os códigos está forçosamente de um lado ou de outro, trabalha sempre para uma vitória particular.

A verdade é aqui considerada, em Foucault, como um mais de força!²⁹ Não é possível mais ser sustentado o discurso histórico-político da universalidade jurídico-filosófica que Kant havia sonhado, a verdade é sempre um discurso de perspectiva, é um mentir junto. Não nos deparamos hoje com uma dialética da pacificação, ao contrário vivemos sobre o império de um racismo biológico social, e a Política que nada mais faz do que perpetuar o estado de guerra de uns contra os outros.

Não é aceitável qualquer reflexão hoje sobre a realidade que não considere a politização da vida nua. O ingresso da “zoe” na esfera da “polis”

²⁷ Idem, 318.

²⁸ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. Trad Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes 2010, pag 52.

²⁹ Idem, pag 45.

constitui, segundo palavras do Giorgio Agamben³⁰ “o evento decisivo da modernidade”. Decadência da democracia moderna, progressivo convergir dos estados totalitários, o estado de exceção que virou regra; enfim, o que o nazismo e o fascismo trouxeram para o mundo hoje configura-se em seu pior desafio, a saber: enfrentar que a própria qualidade de homem tenha se tornado uma questão. Se deparar como o fato de que o pertencimento do homem como humano, a reivindicação quase biológica a espécie humana tenha se tornado um problema.

A experiência total, a intervenção total, o Totalitarismo trouxe ao mundo a politização da vida. A decisão sobre a vida foi trazida pela esfera política de forma que instaura-se no mundo a tanatopolítica. Conceitos como: súditos, vassalos, cidadãos, refugiados, apátridas, imigrantes, a eutanásia, suicídio, aborto, homicídios, genocídio, genética hereditária, estirpe, saúde mental, campos, subversivo, manifestantes, bandidos, marginais, são conceitos fabricados, organizados de forma a dispor, definir o valor da vida, definir a condição do humano, dos direitos daqueles considerados humanos, da vida plena e da vida digna ou indigna de ser vivida.

Vivemos todos hoje nem estado de exceção permanente³¹, numa espécie de custódia protetiva da segurança pública, numa medida policial preventiva que permite que se considere “certos indivíduos”, independentemente de qualquer conduta penalmente relevante praticada, unicamente com o fim de evitar um perigo para a Segurança do Estado. Dessa forma o Estado segue produzindo, de forma intencional, de forma alguma contingente ou circunstancial, produzindo não só a situação de fato, como também as consequências da decisão sobre a exceção.

Nos parece que a dignidade, derivada do conceito do homem como um fim em si mesmo, na qualidade de legislador universal encontra sua verdadeira antítese naqueles que foram nomeados de muçulmanos. Nos referimos a condição dos prisioneiros encontrados nos campos de concentração nazistas, que vagavam mortos-vivos, aqueles que os registros fotográficos o olhar humano não suportou sequer fixar, onde até mesmo a morte perdera sua dignidade, aquela condição humana que Arendt nomeou de “inconciliável”.

³⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua I*. Trad Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2010, pag 12.

³¹ *Idem*, pag 163.

Concluimos que a desqualificação do humano pelo humano parece ser o traço definidor da atualidade, contudo é sempre possível recomeçar. Que um novo Direito contendo propostas como mediação de conflitos, justiça restaurativa, sob a base da benevolência, da indulgência e do perdão, seja então possível. E que a singela proposta kantiana, do “colocar-se no lugar do outro”, traga para todos a caridade, sem a qual não haverá nem progresso, nem salvação.

REFERÊNCIAS:

- ARENDDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém, um relato sobre a banalidade do mal. Trad José Rubens Siqueira, São Paulo: Companhia das Letras, 1999. II, 33.
- AGAMBEN, Giorgio . Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua I. Trad Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2010, pag 12.
- FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade. Trad Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes 2010, pag 52.
- KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Abril, 1980. B p. 359.
- KANT, Emmanuel. Fondements de la Métaphysique des Moeurs. Trad Victor Delbos. Paris. Librairie Delagrave. 1985. 1. sec, 11).
- KANT. Immanuel. Idéia de uma história univesal de um ponto de vista cosmopolita. Org. E trad. Ricardo Terra. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KANT, Emmanuel. Metaphysique des Moeurs. Pref. M. Viley. Trad. A. Phlomeniko. Paris: J.Vrin, 1993, A VII, 229, p. 477.
- KANT, Immanuel. Resposta a pergunta: Que é esclarecimento? Textos seletos. Int Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Ed Vozes, 1974, p. 100.

REFLEXÕES SOBRE O PENSAMENTO DE SIMONE WEIL

Maria Lúcia Gyrão¹

O século XX é marcado pela presença de Simone Weil, cuja coragem na contribuição intelectual e nos posicionamentos assumidos diante de um mundo dilacerado pelas guerras, deu um novo rumo à filosofia política.

A filosofia política deve ter o papel de contribuir através de questionamentos e de indagações para a realização de um mundo melhor. Foi perseguida pela coerência que tanto incomodou um mundo incoerente.

Simone Weil nasceu, em Paris, em 3 de fevereiro de 1909 e faleceu em 24 de agosto de 1943.

É interessante dizer que desde os cinco anos tinha um coração compassivo, solidarizando-se com as dores do mundo inteiro, com as pessoas mais desvalidas através de uma imensa compaixão. Aos onze anos acompanhou pela primeira vez uma manifestação de grevistas.

É impressionante também, como relata Paolo Farina acerca de Simone Weil:

“que uma menina de cinco anos aprenda sozinha a ler o jornal para fazer uma surpresa pelo aniversário do pai, ou compita com o irmãozinho, citando de cor passagens inteiras das obras de Racine ou

¹ Doutora em Filosofia pelo IFCS/UFRJ. Mestre em Filosofia pelo IFCS/UFRJ. Mestre em Direito Privado pela Faculdade de Direito. Pós doutora em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro 2016. Professora de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil do Curso de Direito da Universidade Candido Mendes.

Corneille, ou ainda que aos catorze anos queira morrer porque não se sente à altura dos grandes gênios admitidos no "reino da verdade", enquanto nesse meio tempo lê em alemão O Capital, de Marx, e já intui as aporias de seu sistema de pensamento..."²

Uma vida curta, mas vivida intensamente a cada minuto. Foi, assim, professora de filosofia, grego e história da arte, foi militante política através de lutas libertárias, além de ter participado de movimentos sindicais, de ter trabalhado como servente, vindimadora e como operária, inclusive da fábrica de carros Renault, tendo tido acesso à vida do trabalhador, chegando mesmo a dizer que não era mais jovem, pois o trabalho lhe arrancara toda a juventude.

Lutava, assim, contra a injustiça, contra a expropriação da força do trabalho humano, das intensas jornadas nas fábricas.

Ao encontrar Simone Beauvoir que a indagou porque não escrevia mais sobre a luta pela mulher, apenas respondeu: Bem se vê que você nunca teve fome.

Simone Weil foi atormentada pelo sofrimento dos outros e afirmava que não se podia elaborar um escrito sobre o sofrimento sem primeiro vivenciá-lo, a isto se chama alteridade ou vivência alheia *sui generis* (o fenômeno chamado empatia analisado também por Edith Stein).

A alteridade é ser outro, é colocar-se como outro, é o perceber que existe outro não idêntico a mim, mas semelhante em sua dimensão corpórea, psíquica e espiritual. Não há identidade, mas sim semelhança. O ser humano é um ser social que necessita da presença do outro para com ele interagir, havendo, portanto, uma interdependência em relação ao outro. Não é possível o solipsismo, que corresponde à tese de que só eu existo e de que todos os outros entes, homens e coisas são apenas ideias minhas. Na alteridade existe uma relação de sociabilidade. Eu me percebo a partir do outro, da visão do outro, o que me possibilita também compreender o mundo, a partir de um olhar diferenciado, partindo tanto do diferente, quanto de mim mesmo. A alteridade é estado, é qualidade daquilo que é outro, distinto. É através da alteridade que se firmam as dinâmicas das relações sociais.

Por outro lado, deixou também trabalhos, estudos filosóficos como a *Condição Operária* e estudos sobre a opressão, o livro *Opressão e Liberdade e Aulas de Filosofia* e *Le Cahiers*, dentre outros.

² FARINA, Paolo. Simone Weil: a razoável loucura do amor. Simone Weil e o encontro entre as culturas. / Maria Clara Lucchetti Bingemer (organizadora). – Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio : Paulinas, 2009, p. 338.

A coragem e a serenidade de Simone também a levaram a reflexões sobre a força, o poder, o domínio, ensinando aos seus alunos, aos operários, aos trabalhadores em geral que o homem não pode deixar-se dominar pela humilhação que desnatura a sua condição.

Por isto que, neste cenário de humilhação, Simone acreditava que só haveria mudança pela educação e que o filósofo tem de ter um comprometimento e uma responsabilidade para com aqueles que não alcançaram uma melhor situação na sociedade. O conhecimento deve reverter sempre para a melhoria da humanidade e não ficar sob o domínio de um grupo de pessoas.

Simone Weil não vivencia apenas intelectualmente a dor, o sofrimento e o trabalho indigno, mas sente em seu próprio corpo estas feridas.

Chama atenção Simone para o fato de que os teóricos da revolução nunca trabalharam em uma fábrica, razão pela qual não podem compreender que a escravidão continuava sob um regime idealizado por Marx, porque permaneciam existindo as mesmas condições no trabalho fabril.

Começou, então, a ver a incoerência da ideologia de esquerda, repudiando o comunismo, que pregava uma ideologia sem nunca ter conhecido de perto o dilaceramento provocado pelo sofrimento do trabalhador. Refletiu também acerca da opressão exercida sobre este trabalhador, que ao invés de lhe ocasionar a revolta, como pregava a ortodoxia marxista, levava-o, ao contrário, à submissão e à servidão, sendo que o ideal revolucionário jamais foi reformista no sentido de concretizar uma nova sociedade. Decepcionou-se com a política dos homens, onde encontrou o materialismo, a artificialidade, o reducionismo e o relativismo, exteriorizados pelo poder ligado a vaidade humana e ao domínio de tudo e de todos. Diante disto, vem a encontrar o amor de Deus, a única forma de enfrentar o *malheur*, palavra francesa que tem sido traduzida por infelicidade, só que para Simone Weil, esta palavra compreendia muito mais, era por assim dizer, o sofrimento intenso do homem provocado por este poder abusivo exercido por um grupo dominante. Havia, com isto, a descrição, o aniquilamento do eu. Simone começa a sentir que somente o amor de Deus poderia defrontar-se com o *malheur*, pois somente este amor, esta graça é que vêm a resguardar o ser humano, atingindo a profundidade do

mesmo, de forma a recriá-lo psíquica, corpórea e espiritualmente, de modo a conseguir mantê-lo em pé diante de todas as vicissitudes e maldades contra ele perpetradas. A sede de Deus a leva a um encontro com a verdade e com o amor, através de uma experiência mística.

Ecléa Bosi, na obra *Simone Weil - A Razão dos Vencidos*, mostra o sofrimento de Simone Weil ao escrever que "... estando na fábrica (...) a infelicidade dos outros entrou na minha carne e na minha alma. Nada me separava dela (...) o que eu lá suportei me marcou de uma maneira tão duradora (...). Eu recebi de uma vez por todas a marca da escravidão."³

Simone, ao chegar à casa da fábrica, não mais conseguia pensar, produzir intelectualmente, porque este trabalho lhe havia causado um verdadeiro aniquilamento de seu eu, arrancando-lhe toda a humanidade. Por esta razão, concluía que a desumanização do trabalho alienava o trabalhador. O trabalho como era vivenciado, realmente, era indigno de ser realizado.

O pensamento de Simone Weil é tirado de seus manuscritos confiados a Gustave Thibon, em 1948, e agora apresentado no livro *A Gravidade e a Graça*, no sentido de que:

*O segredo da condição humana é que não há equilíbrio entre o homem e as forças da natureza circundantes (...) só há equilíbrio na ação pela qual o homem recria sua própria vida no trabalho. A grandeza do homem é sempre recriar sua vida. Recriar o que lhe é dado. Forjar aquilo mesmo que sofre. Pelo trabalho, ele produz sua própria existência natural.*⁴

Para Simone, pensamento e ação não se separam, é uma questão de coerência.

O prof. Luigi Bordin observa relativamente à personalidade de Simone, que ela:

*... não se satisfazia só com o pensamento, mas sentia impelente a necessidade de experimentá-lo na vida. Para ela, pensamento e ação deviam coincidir, o pensamento encontrado sua verificação na ação e a ação concretizando o pensamento. Para Simone filosofar era não só orientar a vida para a verdade, mas, sobretudo, praticar a verdade. É-lhe impossível cindir a filosofia da vida.*⁵

³ Bosi, Ecléa. *Simone Weil. A razão dos vencidos*, 2a edição, São Paulo: Editora Brasiliense, 1983, p.47 e 48.

⁴ WEIL, Simone. *A gravidade e a graça*. Tradução Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1993 – Coleção tópicos, p. 201.

⁵ BORDIN, Luigi. Artigo Simone Weil, a paixão da justiça e da verdade, p. 1.

Simone analisa um outro aspecto pertinente ao trabalho que é exatamente o desenraizamento que está ligado à opressão do ser humano, que é retirado do seu meio de origem, de seus valores éticos e culturais por ele conhecidos e, em contrapartida, lhe são impostos novos que não são por ele absorvidos.

Dessa forma, o poder do dinheiro com a consequente dominação econômica de um grupo desencadeia estes fenômenos do desemprego e da falta de instrução.

O trabalho, para Simone, assume papel de relevo na vida de cada pessoa. Contudo, no meio camponês, ao analisá-lo, Simone Weil verifica as condições em que o mesmo ocorre, nele não existindo prazer nem alegria em realizá-lo. Nem em dar-lhe continuidade pelo filho que, ao sair da escola, não vai visitar o pai em sua oficina, por não ter interesse em aprender o ofício do pai, que não é prestigiado pelo que produz, pois é visto como mera utilidade para produzir cada vez mais.

Na verdade, o que existe são operários e camponeses que não usufruem do que produzem.

Salienta Simone Weil para o que pensa o camponês, que se é camponês é porque não teve capacidade para ter outra profissão. Ao contrário, deveria amar o seu trabalho que seria prestigiado no meio social. Tal fato leva a falta de estímulo aos jovens para trabalharem no campo, que passa a ser para eles enfadonho e que, na velhice serão submetidos à humilhação.

A todo tempo, Simone Weil apresenta opostos na vida do ser humano, expressos na ausência de coerência no agir. Mostra que, nos escritórios, desenvolvem-se novas técnicas que beneficiam o grupo dominante, mas não o operário nem o camponês.

Simone Weil de forma contínua aponta em sua obra o bem e o mal, o lado trágico da vida.

Devem ser encarados o bem e o mal como integrantes da vida humana, posto que, só dessa maneira, o ser humano será capazes de encontrar a luz sobrenatural, a única capaz de elevá-lo acima da matéria para suportar o sofrimento. Por esta razão, reconhece Simone na alma uma faculdade sobrenatural.

Sustenta a necessidade do mal e da sensação do limite humano a fim de que se possa chegar ao sobrenatural, modificando-se. A aceitação com a consequente experiência do mal e da desgraça, expressas na dor física, na doença e no desprezo social, leva o homem a perceber a sua fragilidade, a inconsistência de tudo e a precariedade de sua condição. Essa experiência é o caminho para o conhecimento da verdade.

E continua o Prof. Luigi, neste magnífico trabalho sobre a paixão de Simone Weil, pela justiça e pela verdade, observando que, para ela,

... o real nos é dado não mediante demonstração, mas pela fé. Não é a inteligência que nos permite compreendê-lo, mas a intuição e o amor; não é a ligação ao mundo exterior, mas o despojamento, que torna possível contemplar a necessidade e vê-lo em sua relação com o outro: Deus, o mundo, o cosmo.⁶

Essa necessidade está relacionada com a aceitação da condição humana, com os seus opostos e suas contradições, com o intuito de experimentar o enraizamento, que é a necessidade maior de viver a realidade de Deus.

Simone Weil é considerada uma mística por aqueles que estudam o seu pensamento e a sua vida.

É colhida pela presença inesperada de Cristo, sem que tivesse lido qualquer livro religioso.

E nesta linha de ideias, cabe citar que, ao contrário de Nietzsche, que dizia que Deus não existia, Simone Weil ao entrar em uma aldeia e acompanhar a procissão dos pescadores de Nossa Senhora das Dores, teve o seu primeiro encontro com Jesus, tal como ensina a Prof^a Doutora Maria Clara Bingemer⁷, da PUC/RJ, profunda conhecedora, estudiosa, tendo escrito vários livros sobre Simone Weil. A partir daí, começou a perceber pelo canto dos pescadores, através de sua pureza e simplicidade, que eles entravam em contato com Deus, por meio da graça que veio a ser objeto de estudo por Simone. Para ela a graça é inexplicável humanamente e recria o homem em sua acepção mais ampla, por intermédio da espiritualidade deste encontro consigo mesmo e com Jesus.

⁶ BORDIN, Luigi. Artigo Simone Weil, a paixão da justiça e da verdade. P. 1/5.

⁷ BINGEMER, Maria Clara. Simone Weil: uma síntese entre mística e compromisso sociopolítico. São Paulo: Paulus, 2012. DVD – Coleção Místicos Contemporâneos.

Já na obra *Simone Weil - A Razão dos Vencidos*, Ecléa Bosi mostra mais uma vez o sentimento de Simone Weil:

*no instante em que Cristo se apoderou de mim, nem os sentidos, nem a imaginação tiveram parte alguma: senti somente através do sofrimento a presença de um amor semelhante ao que se lê no sorriso de um rosto amado.*⁸

Por outro lado, assevera Simone, a necessidade de incluir nas escolas, em todos os graus, o ensino religioso de que não existe dignidade humana sem o enraizamento espiritual, de ordem sobrenatural.

Neste particular, salienta que o fenômeno moderno da irreligiosidade surge da alegação de que entre a religião e a ciência há uma incompatibilidade. Tal fato só veio a causar o desequilíbrio no meio social, isto é, o desenraizamento, inclusive atingindo em parte o povo do campo, que foi bastante influenciado por esta assertiva, fazendo surgir o complexo de inferioridade em relação à cidade.

É, portanto, essa experiência mística de Simone Weil que a faz vivenciar a graça, levando-a a ter êxito em atravessar o trágico da condição humana para ter a experiência da realidade de Deus, do enraizamento transcendental do amor real e puro por inspiração do Espírito Santo.

Simone Weil, através do enraizamento, que é a participação real e ativa do indivíduo em sua própria coletividade de origem, vivenciou, também, a vida do espírito, da experiência mística.

Maria Clara Bingemer afirma que, para Simone Weil:

*O sofrimento do mundo foi para ela uma obsessão, e sua experiência a trouxe para muito perto da Paixão e Cruz de Jesus Cristo e a fez escrever ao seu confessor: "Conhecer realmente o infeliz implica conhecer verdadeiramente a desgraça". Após sua experiência mística cristã, essa compaixão e seu sentimento tão agudo do sofrimento do outro não se afastaram de Simone. Ao contrário, isso foi sempre, nela, mais presente e forte.*⁹

Simone, tal como o Cristo, abraçou a cruz, o sofrimento, não se deixando, de forma alguma, intimidar pelas perseguições e igualmente pela sua própria saúde frágil.

⁸ BOSI, Ecléa. *Simone Weil. A razão dos vencidos*. 2ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 60.

⁹ Simone Weil e a filosofia. Organização: Maria Clara Lucchetti Bingemer e Fernando Rey Puente. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio :Loyola, 2011, p. 160.

Nesta ocasião, em plena Segunda Guerra Mundial, Simone, já muito fraca e doente, pretendia montar um atendimento para socorrer os feridos que lutavam nesta guerra contra os alemães na França. Esta estratégia não foi aceita por De Gaulle por entender totalmente suicida para aqueles que a ela se filiassem neste atendimento. Ocorre que Simone, neste momento, já estava muito debilitada na Inglaterra sozinha e não mais conseguiu voltar à França, vindo em seguida a falecer.

Simone Weil morre só, no sanatório operário de Ashford, na Inglaterra, na noite de 24 de agosto de 1943, vítima de tuberculose.

Maria Clara Bingemer salienta que a morte de Simone foi:

... resultado ao mesmo tempo do desgosto de não poder expor e dar sua vida em meio ao sofrimento que acontecia em seu país e da crescente fraqueza física em que ia mergulhando pelo fato de recusar-se a comer mais que a ração que era dada às pessoas nas zonas ocupadas, é a própria concreção da compaixão que norteou sua vida e que também pode ser referida.¹⁰

Deixou o seu legado no seu pensamento, na sua coragem e no seu testemunho de vida e de luta, assumindo a responsabilidade por juízos reflexivos que nos convidam a fazer alguma coisa para que se assuma o compromisso com a reconstrução dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS:

- ARENDDT, Hannah. A Condição Humana. 10ª edição, Forense Universitária, 2004.
- ARENDDT, Hannah. A Vida do Espírito. 3ª edição, Relume Dumara, 1995.
- ARENDDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém - um relato sobre a banalidade do mal. 3ª reimpressão, Companhia das Letras, Editora Schwarcz Ltda, 2001.
- BINGEMER, Maria Clara. Simone Weil: uma síntese entre mística e compromisso sociopolítico. São Paulo: Paulus, 2012. DVD – Coleção Místicos Contemporâneos.
- BODEI, Remo. A Filosofia do Século XX. Tradução de Modesto Florenzano. Filosofia e Política, Edusc, 2000.
- BORDIM, Luigi. Simone Weil, A Paixão da Justiça e da Verdade. Material dado em sala de aula na Faculdade de Filosofia da UFRJ.

¹⁰ Idem, p. 161.

- BORDIM, Luigi. Ética em Simone Weil. Material dado em sala de aula na Faculdade de Filosofia da UFRJ.
- BOSI, Ecléa. Simone Weil. A razão dos vencidos. 2ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1983.
- FARINA, Paolo. Simone Weil: a razoável loucura do amor. Simone Weil e o encontro entre as culturas. / Maria Clara Lucchetti Bingemer (organizadora). – Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio :Paulinas, 2009.
- GUIMARÃES, Aquiles. Ordem Jurídica e Direitos Humanos. Cap. III, artigo não publicado.
- LACROIX, Jean. Marxismo, Existencialismo, Personalismo - Presença da Eternidade no Tempo. Tradução de Maria Helena Kühner, Paz e Terra, 1962.
- LAFER, Celso. Pensamento, Persuasão e Poder. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2003.
- LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. 4ª reimpressão, Companhia das Letras, Editora Schwarcz Ltda., 2001.
- MARTINS, Alexandre Andrade. A pobreza e a graça: experiência de Deus em meio ao sofrimento em Simone Weil. São Paulo: Paulus, 2013. Coleção Filosofia em questão.
- S. Paulo. Epístola aos Romanos (10, 12) e aos Galatas.
- Simone Weil e o encontro entre as culturas. Organização Maria Clara Lucchetti Bingemer. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio :Paulinas, 2009.
- Simone Weil e a filosofia. Organização Maria Clara Lucchetti Bingemer e Fernando Rey Puente. Rio de Janeiro: ED. PUC-Rio :Loyola, 2011.
- VANNINI, Marco. Introdução à mística. Tradução de José Afonso Beraldin. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- WEIL, Simone. O enraizamento. Tradução: Maria Leonor Loureiro. Bauru, SP: EDUSC, 2001.
- WEIL, Simone. Aulas de filosofia. Tradução Marina Appenzeller. Campinas: Papyrus, 1991.
- WEIL, Simone. A gravidade e a graça. Tradução Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1993, Coleção tópicos.
- WEIL, Simone. Opressão e liberdade. Tradução Ilka Stern Cohen. Bauru: EDUSC, 2001, Coleção Mulher.

NOTAS SOBRE OS MOVIMENTOS TEÓRICOS ADVINDOS DO “SEGUNDO JHERING”: A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES E O MOVIMENTO DO DIREITO LIVRE

Matheus Vidal Gomes Monteiro¹

Resumo: O presente estudo tem como objetivo abordar as perspectivas teóricas denominadas antilegalistas, diante de sua postura ofensiva ao positivismo jurídico. Delimitando, então, o tema, serão traçadas considerações a respeito das principais consequências do movimento crítico do século XX, aprofundando-se nos traços principais da jurisprudência dos interesses e do movimento do direito livre.

Palavras-chave: direito; irracionalidade; antilegalismo.

NOTES ON THEORETICAL MOVEMENTS ARISING FROM THE “SECOND JHERING”: JURISPRUDENCE OF INTERESTS AND THE FREE LAW MOVEMENT

Abstract: This research aims to address the theoretical perspectives denominated anti-legalists, in view of their offensive posture to legal positivism. Delimiting, then, the theme, will be drawn considerations on the main consequences of the critical movement of the twentieth century, going deeper into the main features of the jurisprudence of interests and the free-law movement.

Keywords: law; irrationality; anti-legalism.

¹ Doutor em Direito (UNESA). Mestre em BioDireito, Ética e Cidadania (UNISAL). Professor Adjunto do Departamento de Direito (VDI) da Universidade Federal Fluminense (UFF). Líder do Grupo de Pesquisa em Jurisdição, Constituição e Processo (UFF-VDI), membro do Grupo de Pesquisa A Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimento (GRUPO IBMEC-RJ), e do Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos (UNISINOS).

1. INTRODUÇÃO

A tensão entre vontade e razão² impulsionada na virada do séc. XIX, com seus novos saberes científicos, coloca em xeque a visão sistemática do direito³, analisável, por exemplo, quanto à questão econômica e à origem do direito sob a perspectiva marxista.⁴

E, mesmo diante da vitória da vontade sobre a razão, a impactante ruptura com os cânones científicos pelo pensamento irracional, proporcionando também a ruptura entre as ciências da natureza e as da cultura, novas teorias jurídicas multiplicaram-se e passaram a concorrer entre si (apesar de não surgirem grandes sistemas filosóficos comparáveis a Kant, Hegel ou visões globais do direito e da sociedade como Savigny e Marx), gerando teorias específicas refletidoras da crise em que se encontrava o ser humano em sua própria visão da sociedade e do direito.⁵

Ademais:

As grandes mudanças ocorridas entre o final do século XIX e o início

² No confronto entre vontade e razão, as perspectivas de Hobbes e Rousseau foram consideradas expoentes doutrinários, terminando, historicamente, com a supremacia daquela frente a esta. Podemos atribuir a Rousseau, com mais força (a partir do seu conceito de vontade geral), o triunfo da tendência democrática jacobina: a proteção às vontades particulares atenua-se perante o dogma absoluto da lei como *volonté générale*. Na opinião de Perelman, Hobbes, Montesquieu e Rousseau opuseram-se à tese da jurisprudência universal: “um direito natural, de um sistema de justiça válido sempre e em toda parte”, formulado deste Cícero, inspirado nos estoicos. Já os teóricos racionalistas dos sécs. XVII e XVIII pretendiam elaborar esse “sistema de direito justo” fundado em princípios racionais (In: PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Martins Fontes, 2000, p. 18-20). Relembremos que, quanto ao final do século XIX, uma das principais heranças foi a “negação da razão como fundamento típico do agir humano”, trazida por Rousseau no âmbito jurídico, mas proposta ampliada (no seguir do séc. XX, também) e difundida também por Schopenhauer a partir da redução da vida a cegos instintos; por Nietzsche, no combate aberto à moral cristã, e por Freud, com a negação da razão diante dos impulsos do sexo e da morte como guias do agir humano (In: LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: o Século XX*. Vol. 2. Trad. Lucas Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 139-140). Assim também em FIGUEROA, Alfonso García. *Uma primeira aproximação da teoria da argumentação jurídica*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Argumentação e estado constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012, p.433-68.

³ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 158.

⁴ Para um aprofundamento das escolas críticas do direito e a relação com o marxismo, v. HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2005, p. 442 e ss. No início do séc. XX, as novidades advindas da economia (e não apenas das ciências físico-naturais), influenciaram o direito, proporcionando uma concepção sistemática do direito onde se pareceu fundir o marxismo com o estruturalismo francês, já que muitos marxistas foram influenciados pelo segundo Jhering. Já as obras clássicas da economia inglesa proporcionaram o utilitarismo de Jeremy Bentham (1748-1832), influenciando, no âmbito jurídico, seu aluno John Stuart Mill (1806-1873), próximo a John Austin (1790-1859), que influenciou H. L. A. Hart (1907-1992) e o realismo americano (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 147-148). Para Perelman, “No pensamento de Bentham, a aritmética dos prazeres permitiria, graças a elementos científicos e objetivos, pôr fim a todas as controvérsias concernentes aos valores”. (In: PERELMAN, Chaim, op. cit., p. 150).

⁵ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 141.

do século XX são reconduzíveis a duas situações revolucionárias. Em primeiro lugar, as doutrinas irracionistas eram inimigas do sistema, porque viam nele uma manifestação típica do pensamento racionalista e científico. Em segundo lugar, também as doutrinas não seduzidas pelas sereias do irracional deviam levar em conta o fato de que as revoluções científicas iam afirmando valores diversos dos tradicionais: darwinismo e valores cristãos, por exemplo, são em larga medida incompatíveis. À crise da racionalidade acompanhava-se, portanto, também a crise dos valores. Naturalmente, as teorias tradicionais persistiam ao lado das inovadoras. Ou melhor, as novas teorias nunca conseguiam libertar-se completamente da tradição, nem as teorias tradicionais conseguiam subtrair-se aos estímulos que inovavam o mundo circunstante. Cada teoria se encontrava, assim, lutando em mais de um frente, num quadro cultural tão rico quanto complexo, e não raramente confuso.⁶

Assim, enquanto “a atividade da ciência jurídica do século XIX consistira na construção do sistema, apertando os nós de uma rede que recolhesse todo o direito, o objetivo do movimento crítico do século XX era afrouxar tais nós.”⁷ Daí reconhecermos que o pensamento jurídico das primeiras três décadas desse novo século foi caracterizado pela contraposição entre a rigidez da certeza do direito (muitas vezes sufocante) e a flexibilidade da decisão individual (muitas vezes imprevisível).⁸

Analísada, portanto, como um dos principais problemas jurídicos, assim também no início do séc. XX, a decisão judicial, anteriormente fruto das características da generalidade/abstração do Estado de Direito e da científica propositura do método lógico-subsumtivo, diante dos ataques de perspectivas irracionistas passa a sofrer uma inversão: se por um lado, tínhamos a interpretação lógico-racional fincada nos ideais científicos, de outro, tínhamos a vontade do intérprete/juiz fincada em elementos irracionais.⁹

Com efeito, frente ao racionalismo refletido no conceitualismo da

⁶ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 141-142.

⁷ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 158.

⁸ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 158. Registremos também que: “Toda doutrina não-formalista do direito oscila entre o pólo da criatividade do juiz e o pólo da certeza do direito e se diferencia das outras pela maior proximidade a um ou a outro pólo. Na França, a referência aos padrões serviu para reagir ao positivismo e à Escola da Exegese. Na Alemanha, Josef Esser se refere a Pound e propõe uma teoria argumentativa do padrão, ao passo que Gunther Teubner – um futuro seguidor da teoria sistêmica de Luhmann [...] propõe uma teoria sociológica do padrão”. (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 169-170).

⁹ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 135, 143.

pandectística, o primado da sensibilidade (intuição), vontade ou ação (élan vital), emergia como forma de realização do homem ou caráter político de todos os valores.¹⁰ Em outras palavras, passava-se a uma busca para se “suplantar a lógica formal pelo estudo e pela avaliação da vida, ou seja, pela pragmática”.¹¹ Seguindo os ensinamentos de Losano¹², o séc. XX coloca em xeque a tradição filosófica kantiana e a fé na racionalidade manifestada na lógica, proporcionando o florescimento do materialismo frente ao idealismo, e, confirmando-se a vontade sobre a razão.

Nesse contexto, outras consequências surgem: na aplicação do direito a vontade substitui a razão; altera-se, em síntese, do formalismo para o antiformalismo; e veda-se, diante das novas perspectivas teóricas, o retorno aos ideais racionais iluministas expostos na afirmação de que o juiz se encontra vinculado à lei. Dessa maneira, o juiz, decide(iria) “em última análise segundo o seu convencimento, que podia também não coincidir com a *ratio* do legislador”.¹³ Invertia-se, por conseguinte, a relação entre juiz e legislador, já que “o juiz podia comportar-se como se fosse o legislador”.¹⁴ Sob este panorama teórico emergente, aqueles tidos como movimentos antirracionalistas, fincados nas ideias inicialmente esboçadas acima, se desenvolveram e adquiriram ramificações nos âmbitos francês, inglês e alemão. Assim, cada peculiaridade das doutrinas juspositivistas nos três países sofreu ataques e críticas mais direcionadas. Daí sua análise mesmo que superficialmente, no espaço aqui proposto.

Assim sendo, como reconhece Streck¹⁵, as posturas teóricas

¹⁰ HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 407. Relembremos que: “Por volta do final do século XIX, desenvolve-se um saber científico que, no direito, atua contra o sistema. A psicologia lembra que o agir humano não pode ser reduzido à lógica e à razão. A questão social (com o variado movimento socialista e a figura central de Marx) indica na economia a origem do direito. Afirma-se o primado da vontade, a tal ponto que, em 1930, um jurista como Isay afirmava que o direito já não era um sistema de normas, mas um conjunto das sentenças.” (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 142-143).

¹¹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 92.

¹² LOSANO, Mario G., op. cit., p. 135.

¹³ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 143.

¹⁴ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 143. O autor traz o exemplo do Código Civil Suíço (ZGB, 1912): “A. Application de la loi. 1 La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l’esprit de l’une de ses dispositions. 2 A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur. 3 Il s’inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.»

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Livraria do Advogado, 2014, p. 131.

enfrentadoras do movimento juspositivista nos países acima apontados possuíam “como pano de fundo a libertação do julgador das rígidas estruturas formais que o conceitualismo do século XVIII havia legado à moderna e agitada sociedade do século XIX”. E como registra Perelman¹⁶, especialmente quanto ao tratamento das lacunas, as novas técnicas proporcionadas ampliariam consideravelmente o papel do magistrado, até emancipá-lo totalmente da tutela do legislador.

Certa tensão, então, iniciava-se no cenário europeu continental na relação entre o juiz e o legislador: enquanto o *judge made law*, há séculos no *Common Law*, utilizava não a norma geral abstrata, mas sim, o precedente jurisprudencial, considerando a *equity* diante das particularidades de cada caso, a perspectiva marcantemente científicista fincava-se no oposto.

No âmbito dos EUA¹⁷, Oliver Wendell Holmes¹⁸, destacava-se como principal expoente do realismo jurídico, a partir da consideração de que o direito se extrai das sentenças judiciais, imortalizando-se com as seguintes passagens:

The confusion with which I am dealing besets confessedly legal conceptions. Take the fundamental question, What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of this mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.

Como ideia principal, teríamos: “*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.*” Seria, pois, com os interesses de Holmes pela atividade do juiz que os americanos se

¹⁶ PERELMAN, Chaïm, op. cit., p. 68.

¹⁷ Losano destaca como sendo a “última ramificação do realismo americano na era da informática” a chamada jurimetria de Lee Loevinger (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 145). Para tanto conferir, v. LOSANO, Mario G., op. cit., p. 145-146. Para conferir resumo sobre o realismo jurídico norte-americano, referenciando-se aos principais autores, v. FERREIRA, Daniel Brantes. Realismo jurídico norte-americano: origem, contribuições e principais autores. Direito, Estado e Sociedade. n. 40. p. 6-33, 2012.

¹⁸ HOLMES JR., Oliver Wendell. The Path of Law. The Harvard Law Review Association. v. 10. 8. p. 457-478, 1897, p. 460-461. Outros realistas que se destacaram foram: Roscoe Pound, Jerome Frank.

aproximariam da jurisprudência dos interesses e do Movimento do Direito Livre (MDL).¹⁹ Lembrando-se, também, que vários estudiosos alemães chegaram aos EUA emigrados em decorrência do regime nacional-socialista, como o caso de Kantorowicz, principal expoente do MDL.

Em outras terras tivemos na Suécia a fundação da Escola de Uppsala, em reação ao racionalismo análoga ao realismo americano, desenvolvendo o chamado realismo escandinavo, sendo o direito, para tal, “o conjunto dos comportamentos práticos e dos condicionamentos psicológicos que derivam dos fatos; não é um sistema teórico [ou seja, não é um conjunto de normas], mas uma série de ações”. Tal Escola, fundada por Axel Hägerström (1868-1939), considerou “não-científico o tradicional estudo dos conceitos jurídicos” e concentrou, ao contrário, “a própria atenção sobre os fatos, em particular sobre a sanção que induz a manter um certo comportamento”.²⁰

De modo mais semelhante ao realismo norte-americano duas perspectivas teóricas (ou movimentos) se desenvolveram na Alemanha a partir do “segundo Jhering”²¹ (a partir de seu abandono à postura sistemática, com sua crítica à jurisprudência dos conceitos), partindo para a análise dos *interesses*: uma, chamada de *jurisprudência dos interesses* (*Interessenjurisprudenz*)²², outra, de Movimento do Direito Livre (MDL), ou Escola do Direito Livre (EDL, *Freie Rechtsschule*).²³

Registre-se, por fim, que ambas surgiram antes do nacional-socialismo,

¹⁹ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 144. Entretanto, é preciso ressaltar que “essa proximidade cultural não deve levar a identificar o social engineering norte-americano com as correntes jusliberistas européias. A engenharia social procurava resolver o caso individual, em conformidade com a tradição do Common Law, ao passo que os jusliberistas europeus procuravam sempre os princípios gerais a serem aplicados a todos os casos similares.” (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 145).

²⁰ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 146.

²¹ Assim também em LOSANO, Mario G., op. cit., p. 135. Para conferir um resumo sobre a passagem de Jhering para uma chamada “jurisprudência pragmática”, v. LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 55 e ss.

²² A chamada Jurisprudência dos Interesses pode ser incluída na doutrina juspositivista (stricto sensu) a partir da aceitação das duas principais teses de tal concepção: a separação entre direito e moral, e entre direito e política. Tal doutrina entende que o direito é criado única e exclusivamente pelo legislador, o que impossibilita o aplicador de alterar a vontade legislativa a partir de análises subjetivas. No entanto, a busca para se encontrar os interesses ponderados pelo legislador no momento da produção normativa dá-se a partir da reconstrução de elementos históricos e sociológicos, e não a partir da interpretação exegética do texto normativo (In: DIMOULIS, Dimitri. Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 147-148). Para Camargo, consiste na “antítese da Jurisprudência dos Conceitos” (In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit., p. 147-148).

²³ HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 406; LOSANO, Mario G., op. cit., p. 146.

sendo, após tal período, retomadas sob outras perspectivas teóricas de caráter mais sistemático.²⁴ A seguir, como objeto a ser abordado, analisaremos as duas principais ramificações advindas do chamado “segundo Jhering”.

2. AS RAMIFICAÇÕES TEÓRICAS A PARTIR DO “SEGUNDO JHERING”

As ideias de Jhering em seu *Der Zweck im Recht*²⁵ proporcionaram a substituição da lógica voluntarista e contratualista por uma utilitarista e transindividual, e de um “produto de um pacto visando a protecção absoluta dos *poderes da vontade*” para um instrumento para a garantia de “*interesses socialmente úteis*”. Entendendo, então, que a lógica (interconexa à perspectiva sistemática) não conseguia mais “espremer do direito romano as regras necessárias à sociedade alemã, àquela altura industrializada”²⁶, considerava que o “direito seria uma criação orgânica da sociedade, como organismo vivo que espontaneamente aspira pelo equilíbrio de interesses que promove a harmonia e a preservação da vida social”.²⁷

A partir do “segundo Jhering”, a ideia de que “o direito se liga a um fim, que se pretende ver realizado na prática, faz com que o mesmo abandone o campo da abstração e veja aberto o caminho para a Jurisprudência dos Interesses, encarregada de formular metodologicamente esta questão”, assim, “o método realista ou teleológico, voltado para os interesses e valores que lhe servem de fundamento, vem ocupar o lugar até então preenchido pelo formalismo exegético”.²⁸ Relembremos, também, de que “a finalidade considerada por Jhering não é a finalidade do legislador prevista na lei, mas a do sujeito em suas relações sociais”. Além do que, “a finalidade é imanente à própria idéia de sociedade, uma vez que a consideramos como união de várias pessoas ligadas em torno de uma meta comum. Finalidade poderia

²⁴ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 146.

²⁵ Para tanto aprofundar, v. JHERING, Rudolf von. A finalidade do direito. Vol. 1 e 2. Trad. Heder K. Hoffmann. Imprensa: Campinas, Bookseller, 2002.

²⁶ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 135.

²⁷ HESPANHA, Antônio Manuel, op. cit., p. 405. Para Hespanha, é com Jhering que inauguramos a noção de *interpretação teleológica*: aquela de acordo com as finalidades ou interesses presentes. (In: HESPANHA, Antônio Manuel, op. cit., p. 405).

²⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit., p. 92. Para Streck, “posturas hermenêutico-interpretativas professadas pela escola da exegese, da Jurisprudência dos Conceitos, da Jurisprudência Analítica, são - do ponto de vista do paradigma filosófico que as guia - objetivistas; ao passo que o movimento do direito livre, o realismo jurídico e a jurisprudência dos interesses representam posturas subjetivistas.” (In: STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 144).

corresponder, desta forma, à necessidade de toda a sorte que nasça da vida social e que deve ser satisfeita para que a sociedade sobreviva”.²⁹

Diante dessa visão, manifestada a partir do final do séc. XIX e fincada na luta “contra o monopólio do Estado na produção do direito e pela convicção de que o juiz desenvolvia uma atividade criadora do direito”³⁰, a partir do ano de 1905 as duas perspectivas identificadas anteriormente tomarão caminhos distintos – apesar de difícil distinção quanto às questões conceituais devido ao fundamento comum, manifestamo-nos como sendo uma mais moderada que outra.

Quanto à primeira – jurisprudência dos interesses –, a visão crítica continuaria principalmente nas obras de Philipp Heck e de Max Rümelin. Já quanto à segunda – MDL –, pode ser tida como originária das obras de Hermann Kantorowicz, Ernst Fuchs³¹ e Eugen Ehrlich.³²

Podemos encontrar também visões fincadas na opinião de Losano³³, a qual, analisando de forma conjunta ambos os movimentos advindos de 1905, identificam três gerações de juristas: uma “geração de precursores”, englobando juristas que nasceram entre 1845 e 1850, proporcionando uma fase que perdurou até 1899 e que desenvolveu pesquisas específicas de direito histórico (ou direito positivo), abrindo as perspectivas de direito livre: Sigmund Schlossman (1844-1910); Franz (Burchard Ernst Friedrich) Adickes (1846-1915), Gustav Rümelin Jr. (1848-1907), Eugen Huber (1849-1923), este, pai do Código Civil suíço, portanto, do seu conhecido art. 1º sobre o juiz legislador, Josef Kohler (1849-1919), Erich Danz (1850-1914), Georg Jellinek (1851-1911) e Ernst Zitelmann (1852-1923).³⁴

²⁹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit., p. 92.

³⁰ Para Hespanha, Jhering “nunca negou ao Estado o monopólio da edição do direito. Isto explica-se, porventura, tanto pelo impacto do pensamento estadualista numa Alemanha que acaba de se unificar, como pelo papel que tanto o pensamento organicista como o pensamento hegeliano atribuíram ao Estado”. (In: HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 406).

³¹ Para Losano: “Fuchs criticava quem – não tendo ainda conseguido desvincular-se por completo da dedução lógica – procurava argumentar logicamente as próprias escolhas, fundamentadas na análise das sociedades: para ele, essa era ‘criptosociologia’ e ‘jurisprudência emotiva’ (*Gefühlsjurisprudenz*)”. (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 163).

³² LOSANO, Mario G., op. cit., p. 149. Larenz ainda inclui Heinrich Stoll e Rudolf Müller-Erzbach no rol dos autores adeptos da jurisprudência dos interesses (In: LARENZ, Karl, op. cit., p. 63).

³³ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 152-154.

³⁴ Entretanto, relembra Larenz que: “Os adeptos da ‘teoria do Direito livre’, como em geral os advogados de uma mais ampla liberdade do juiz num avaloração pessoal independente da lei, reclamam-se gostosamente do art. 1.º, parágrafo 2, do Código Civil suíço, que faculta ao juiz, no caso de lacunas da lei e na falta de Direito

A dita primeira geração, mais sujeita à influência de Jhering, buscou “afastar os jurista práticos do céu dos conceitos, para conduzi-los na direção dos interesses que animavam o mundo real”.³⁵ Essa primeira fase teria durado entre 1899 e 1904, tendo como principais autores: Ernst Stampe (1856-1928?), Philipp Heck (1858-1943), Ernst Fuchs (1859-1929), Max Rümelin (1861-1931), François Gény (1861-1959), Eugen Ehrlich (1862-1922), Ludwig Spiegel (1864-1926) e Rudolf Stammler (1856-1938).³⁶

E, quanto à segunda e última geração, mais ativa entre 1904-1919, esta se dedicou à difusão das ideias do direito livre, organizando-o num movimento³⁷: Felix Gezmer (1878-1959), Hermann Kantorowicz (1877-1940) e Gustav Radbruch (1878-1949).³⁸ Ampliava-se, portanto, o que na geração anterior via-se em pesquisas individuais, para um grupo de estudiosos reunido em torno de Kantorowicz tais como os citados acima.³⁹

A divisão teórica apontada e ocorrida em 1905 deveu-se a partir do problema envolvendo a interpretação *contra legem*.⁴⁰ Apesar de Stampe e Heck participarem da mesma geração de juristas pós-segundo Jhering o primeiro defendeu sua admissibilidade, sendo frontalmente recusado pelo

consuetudinário que as permita preencher, decidir segundo a regra que ‘estabeleceria se fosse legislador’. Julgam eles com isso que ao juiz, sob os pressupostos mencionados, é deixada uma liberdade tão grande para estabelecer uma regra como aquela de que o legislador usufrui. Representantes eminentes da ciência do Direito suíça são, porém, de diferente opinião. Quem assim concebe a disposição tem ‘ideias completamente inapropriadas’ do seu significado. A investigação do Direito por parte do juiz tem de orientar-se pelos princípios jurídicos subjacentes à ordem jurídica; o juiz tem, no preenchimento das lacunas, de ‘pressupor todo o sistema existente como vinculante’. Ele não é chamado a uma ‘decisão de política jurídica’. A posição e a missão que o art.1.º do Código Civil suíço confere ao juiz não é assim ‘substancialmente diferente da que goza o juiz nos Estados nossos vizinhos’ (isto é, na França e na Alemanha). E por isso é que a ‘teoria do Direito livre’ não conseguiu impor-se mesmo na própria Suíça, apesar de aparentemente colher um certo reconhecimento na lei.” (In: LARENZ, Karl, op. cit., p. 82).

³⁵ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 153.

³⁶ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 153.

³⁷ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 154; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit., p. 97-98.

³⁸ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 154. Somam-se, ainda: Max Rumpf, Lorenz Brutt, J. Stern, Rudolf Muller-Erzbach e Theodor Sternberg.

³⁹ Para Larenz: “A renovação da filosofia alemã do Direito nos começos do nosso século é obra, em primeira linha, de RUDOLF STAMMLER. Foi ele quem introduziu um movimento filosófico que, por mais diversificados e ramificados que sejam os seus trilhos, se caracteriza no seu todo pelo abandono do positivismo. Abandono do positivismo que se combina quase sempre com a afirmação da historicidade do Direito, aspirando assim a uma síntese das duas grandes correntes espirituais: o ‘jusnaturalismo’ e o ‘historicismo’. Por volta do começo dos anos vinte, o movimento procedente do neokantismo - com as primeiras obras de BINDER com LASK, RADBRUCH, MAX ERNST MAYER, etc. - atingiu seu ponto culminante, prosseguindo, em certa medida no ‘neo-hegelianismo’ (BINDER, SCHÖNFELD, DULCKEIT). A seu lado apareceu, também nos anos vinte, outra corrente: a fenomenológica (REINACH, G. HUSSERL, WELZEL).” (In: LARENZ, Karl, op. cit., p. 113-114).

⁴⁰ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 155.

segundo. Tal cisão provocada principalmente por Heck é que proporcionou a divisão nas duas perspectivas teóricas, apesar de ambas apresentarem mais concordância que discordâncias, até por nascerem de escolas nas quais militavam juristas práticos, e não, filósofos.⁴¹

Iniciemos, portanto, pela perspectiva menos radical⁴²: a jurisprudência dos interesses.

3. A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES

A chamada Jurisprudência dos Interesses, a partir de seu próprio nome, considerava o Direito como “tutela de interesses”⁴³, e ao analisarmos agora essa perspectiva mais branda, a partir de 1905, Heck tornava-se um dos seus expoentes⁴⁴, fincando principalmente seus ataques à “falácia conceitual” da jurisprudência dos conceitos, e mantendo sua posição moderada contra Stampe e sua defesa da interpretação *contra legem*.⁴⁵

Para Heck, o Direito não era criado por *conceitos*, mas por *fins ou valores* cuja realização se persegue. A esses *fins* dá-se a qualidade de *comandos jurídicos*, baseados na *necessidade* ou *interesse*. Assim, “o direito resumir-se-ia na coordenação da garantia dos interesses dos membros da sociedade, ao passo que a atividade do juiz estaria direcionada para a composição dos interesses das partes em conflito, de acordo com o comando normativo”.⁴⁶

⁴¹ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 155-156.

⁴² Assim também em HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 408.

⁴³ LARENZ, Karl, op. cit., p. 65.

⁴⁴ Registrando-se, como já afirmado, a obra de Max Rümelin (1861-1931), também como um de seus expoentes. (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 149).

⁴⁵ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 164.

⁴⁶ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit., p. 93. Complementando com as palavras de Heck: “Os comandos legais não só se destinam a resolver conflitos de interesses, mas são também, como todos os comandos activos, verdadeiros produtos dos interesses. Quer na vida corrente, quer nos domínios militares, todos os comandos se fundam nos interesses. Assim também nas leis. Estas são resultantes dos interesses materiais, nacionais, religiosos e éticos, existentes na comunidade jurídica e lutando pelo predomínio. No conhecimento deste facto assenta a jurisprudência dos interesses. Nem todos o admitem, mas basta a observação pessoal da vida política para o evidenciar. A política não é mais, com efeito, do que a participação na legislação.” (In: HECK, Philipp. Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses. Trad. José Osório. São Paulo: Imprensa: Porto, Acadêmica, São Paulo, Saraiva, 1947, p. 79). E: “O juiz deve começar por determinar as ideias de comando que os órgãos legislativos traduziram pelas palavras da lei. Essa investigação não tem por objeto somente o conteúdo da lei, mas também os seus motivos. [...] Como os comandos jurídicos procuram normalmente realizar uma composição entre os interesses considerados, o juiz deve procurar conhecer os conflitos de interesses que, ao publicar-se a lei, se tiveram em vista e os interesses que determinaram a

Partindo da existência de lacunas, devido à impossibilidade de plena previsão de acontecimentos, Heck ressaltava o poder do juiz para preencher-las, remetendo-o à solução indicada pelo legislador para resolver conflitos semelhantes – já que a norma jurídica serviria para resolver conflitos de interesse.⁴⁷ É nesse sentido que “os valores aos quais o legislador recorre em casos análogos guiam, portanto, não apenas a interpretação e a decisão do juiz na solução dos conflitos de interesses não previstos pelo legislador, mas também, a interpretação das normas já emanadas”.⁴⁸

Para Hespanha⁴⁹, as ideias de Heck tratavam-se de um “construtivismo de base mais apertadamente legalista do que o do conceitualismo, até porque não deixa de reconhecer na lei a única fonte de direito [...] [:] a única ponderação legítima dos interesses”. Dessa maneira, nas palavras de Heck:

Segundo os princípios da jurisprudência dos interesses, a formação valoradora de comandos realiza-se, considerando o juiz os interesses em jogo, comparando-os uns com os outros e apreciando-os segundo um juízo de valor deduzido da lei ou construído por outra forma. A decisão deverá dar preferência àqueles interesses que, segundo esse padrão, se apresentam qualificados. [...] Da obrigação de utilizar os conhecimentos pessoais, deriva o princípio de que o juiz deve conceder protecção aos interesses que dela considerar dignos, mesmo que na lei os não encontre especialmente protegidos; deve, portanto, procurar conhecer os interesses da comunidade jurídica, não só através da lei, mas também por meio da sua própria experiência da vida.⁵⁰

A principal obra de Heck, nas palavras do próprio autor, levará à conclusão de que

[...] a forma de interpretação das leis que melhor satisfaz os interesses práticos é constituída pela investigação histórica dos interesses. É uma interpretação histórica – adopta os métodos da investigação histórica – mas não exclusivamente subjectiva: deve procurar sim os pensamentos exteriorizados ou revelados por meio do acto legislativo, mas a sua acção retrospectiva deve ir mais longe, até

fórmula de conciliação contida no comando jurídico. A investigação do juiz deve, porém, ultrapassar a determinação do sentido subjectivo e procurar as causas das ideias legislativas. A interpretação da lei deve abranger a investigação das causas e circunstâncias”. (In: HECK, Philipp, op. cit., p. 105)

⁴⁷ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 164.

⁴⁸ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 164.

⁴⁹ HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 410.

⁵⁰ HECK, Philipp, op. cit., p. 232-233.

*aos interesses determinantes da lei, aos interesses causais. Além disso, não exclui a criação judicial de direito, antes supõe o seu contínuo desenvolvimento jurisprudencial. Se a toda essa atividade de determinação do direito se quiser chamar interpretação, esta será histórico-teleológica. A antiga expressão ‘vontade do legislador’ tem conteúdo real, simplesmente o conceito de vontade não é psicológico, mas normativo – é um conceito de interesse. O legislador não é um ‘fantasma’, é uma designação que engloba todos os interesses causais.*⁵¹

A dita interpretação histórico-teleológica busca, quanto a ser *histórica*, “descobrir os pensamentos que as palavras da lei pretendiam exprimir”, ou, a “vontade historicamente real do legislador”, demonstrando-se ser semelhante ao historiador ou ao filólogo. Já quanto a ser *teleológica*, busca procurar o “sentido objetivo da lei”⁵², a “vontade da lei”, ou a “vontade normativa correspondente ao comando contido nas palavras da lei, e aos interesses nela exigidos”.⁵³

Notemos que Heck concentrou maiores esforços na atividade legislativa do que na judiciária, devido àquela ser o palco das pressões dos grupos interessados, do qual teria como produto a norma jurídica na tentativa de conciliar tais interesses opostos de acordo com o princípio do equilíbrio (*abwägen*)⁵⁴ – ou ponderação dos interesses.⁵⁵

Portanto, como fã do método histórico (e não do sistemático), defendia que para se compreender determinada norma deveríamos compreender os conflitos de interesses que a geraram e dos quais ela constitui a solução proposta pelo legislador, para, desse resultado, levarmos em conta na interpretação e aplicação da norma.⁵⁶ Entretanto, temos de reconhecer que:

*De fato, o conceito de causalidade está ligado a uma concepção da ciência que tem suas origens no positivismo oitocentista: uma concepção que limita a observação científica às relações entre causa e efeito no mundo físico, rejeitando qualquer interferência dos valores, porque considerados pertencentes ao mundo metafísico. A ‘jurisprudência genética dos interesses’ (*genetische**

⁵¹ HECK, Philipp, op. cit., p. 10.

⁵² HECK, Philipp, op. cit., p. 7.

⁵³ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit., p. 94.

⁵⁴ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 164-166.

⁵⁵ HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 409.

⁵⁶ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 166.

Interessenjurisprudenz) afirma que os interesses (rebatizados *kausale Werturteile*) são a causa, por assim dizer, mecânica da emanção de uma certa norma ou do proferimento de uma certa sentença.⁵⁷

E, conforme palavras de Larenz:

Deste modo, também para HECK, como para JHERING, o legislador como pessoa vem a ser substituído pelas forças sociais, aqui chamadas 'interesses' (o que é justamente uma forma de sublimação), que, através dele, obtiveram prevalência na lei. O centro de gravidade desloca-se da decisão pessoal do legislador e da sua vontade entendida psicologicamente, primeiro para os motivos e, depois, para os 'factores causais' motivantes. A interpretação, reclama HECK, deve remontar, por sobre as concepções do legislador, 'aos interesses que foram causais para a lei'. O legislador aparece simplesmente como um «transformador», não sendo já para HECK nada mais do que a 'designação englobante dos interesses causais' [...] - fórmula que STOLL também viria a fazer sua [...].⁵⁸

Ao criticar o método dedutivo-conceitual, Heck utilizou o chamado *método da inversão* (*Umkehrunsmethode*), colocando no ponto de partida o que deveria estar no fim: frente à dedução conceitual pandectística a análise das valorações legais e da sua extensão a casos não previstos.⁵⁹ Mantendo-se fiel ao legalismo descrito acima, "o juiz, diante da norma, é obrigado à 'obediência pensante' (*denkender Gehorsam*⁶⁰): a mesma obediência à qual se submete o militar."⁶¹

Por isso que, "do equilíbrio (*Abwägung*) dos interesses em conflito, o juiz extrai a norma a ser aplicada. Ele deve, portanto, saber reconhecer os princípios adotados pelo legislador e aplicá-los ao caso concreto, sem sentir-se vinculado pela letra da norma ou pela lógica da subsunção."⁶² Portanto,

[...] constituindo qualquer caso jurídico um conflito de interesses, a decisão a atingir se deve basear numa adequada ponderação desses interesses e não a partir da dedução conceitual. Os conceitos teriam uma função apenas heurística ou didáctica. Constituiriam

⁵⁷ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 250-251.

⁵⁸ LARENZ, Karl, op. cit., p. 66.

⁵⁹ HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 409.

⁶⁰ Para Hespanha, a expressão consistia em obediência inteligente. (In: HESPANHA, António Manuel., op. cit., p. 410).

⁶¹ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 166.

⁶² LOSANO, Mario G., op. cit., p. 166.

*fórmulas sintéticas com auxílio das quais poderia ser descrita a forma típica ou usual de obter a correcta ponderação dos interesses num determinado tipo de caso. E, por isso, sugeririam provisoriamente uma abordagem do problema a resolver. Mas – ao contrário do que pretendia a jurisprudência dos conceitos – não teriam qualquer função decisiva no achamento da solução jurídica.*⁶³

A busca, portanto, para se encontrar os *interesses ponderados pelo legislador* no momento da produção normativa dá-se a partir da reconstrução de elementos históricos e sociológicos, e não a partir da interpretação exegética do texto normativo.⁶⁴ Para além da dedução conceitual, os conceitos teriam apenas uma função heurística ou didática.⁶⁵ O juiz, nessa perspectiva teórica de Heck, deve “tentar verificar essa vontade originária do legislador; sua avaliação pessoal pode inserir-se apenas se a primeira averiguação histórica foi infrutuosa”.⁶⁶

Daí que, a atividade judicial sendo criativa, busca conciliar os “interesses postos na lei pelo legislador, com os interesses da ocasião em que a mesma é chamada a ser aplicada”⁶⁷ e “se soma [a]o conteúdo emocional do próprio juiz, que contribui com a sua experiência de vida e com o seu sentimento de justiça”.⁶⁸ Assim, ao aproveitar os meios oferecidos pela sociologia, o direito tutelaria os interesses (a) de ordem geral, protegidos pela lei, e (b) os interesses individuais, protegidos pela sentença (norma individual).⁶⁹

E em sentido conclusivo, para Heck

[...] a decisão final depende em larga medida da personalidade do juiz. Mesmo nos trabalhos históricos isso se dá: a sua solução depende da valoração de simples verossimilhança, da graduação de probabilidade e não há qualquer medida para os graus de verossimilhança: não podem exprimir-se exatamente e não é possível, por isso, estabelecer normas gerais para a sua apreciação. Do mesmo modo, o problema da elaboração do direito exige trabalho semelhante para o qual se não podem dar ensinamentos abstractos. Assim, nomeadamente, quanto à escolha entre a certeza do direito e a justiça da decisão [...]

⁶³ HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 409.

⁶⁴ DIMOULIS, Dimitri, op. cit., p. 147-148.

⁶⁵ HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 409.

⁶⁶ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 250.

⁶⁷ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit., p. 93.

⁶⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit., p. 93.

⁶⁹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit., p. 93.

e quanto aos casos de valoração pessoal [...]. Pode, por isso, dizer-se que nunca se conseguirá solução igualmente justa de todos os casos, por todos os juizes e que a determinação do direito encerra sempre um coeficiente de incerteza, um elemento irracional. Esse elemento não pode nunca desaparecer inteiramente, mas pode restringir-se pela seleção dos juizes e pela posição que lhes marque, assim como por meio de métodos rigorosos de aplicação e formulação autoritária do direito.⁷⁰

Na seara de Heck, Müller-Erzbach, por exemplo, pretendia chegar a um “pensamento jurídico causal” que proporcionaria ao juiz, com base numa série de princípios sociais – excluindo-se, portanto, a moral da avaliação -, decidir o caso concreto, encampando, para si, a determinação de quais princípios seriam. Fugia, contudo, de Heck, pois, enquanto este buscava a investigação dos interesses (princípios-forças) que orientaram o legislador, em determinado momento, aquele visava indicar princípios típicos dotados de validade geral.⁷¹

Apesar da dificuldade, numa perspectiva resumida quanto às problemáticas da jurisprudência dos interesses, ao substituir a tradicional concepção sistemática anterior por uma “pluralidade de pequenas construções, formadas por normas que se unem a princípios extraídos da observação da realidade social”, criou-se um problema policêntrico: ao existirem muitos princípios, uma norma pode remeter-se a mais de um deles.⁷²

Ao aceitar os pressupostos do PJ, Heck buscava apenas resolver um problema *limitado*: o problema das lacunas do ordenamento jurídico, totalmente inflamado devido às mudanças sociais e políticas no final do séc. XIX e início do séc. XX, proliferando a incompletude da legislação.

4. O MOVIMENTO DO DIREITO LIVRE (MDL)

O MDL (ou jusliberismo, para outros), como já afirmado, normalmente é entendido como fruto das obras de Hermann Kantorowicz, Ernst Fuchs e

⁷⁰ HECK, Philipp, op. cit., p. 112.

⁷¹ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 166.

⁷² LOSANO, Mario G., op. cit., p. 167. Para Losano, Rudolf Müller-Erzbach antecipa a técnica expositiva de Esser, Wilburg e Canaris.

Eugen Ehrlich.⁷³ E, apesar de reconhecermos que seu início e fim são incertos, é comum encontrarmos referências de que, no âmbito francês, em direta oposição à perspectiva exegética que se instaurava, em 1889 tivemos o início desse movimento *jusliberista lato sensu*, com François Géný⁷⁴ (1861-1959, tido como “único grande autor não germânico dessa corrente de idéias”), ampliando-se pela Alemanha e Áustria (com os autores citados acima), mantendo fortes relações com os realistas dos EUA (como Cardozo, Holmes, Pound), e tendo pouco sucesso na Itália.⁷⁵⁻⁷⁶

Historicamente, em resumo, o MDL inicia-se em 1889 (Géný), atinge seu ápice entre 1905-1914, consolida-se com a Primeira Guerra Mundial e inicia seu declínio com o advento do nacional-socialismo no poder em 1933.⁷⁷

Em 1903, como registra Larenz⁷⁸, ocorreu uma conferência de Ehrlich, publicada posteriormente em 1906, onde se utilizou o termo “teoria do direito livre”:

Contra uma aplicação puramente esquemática do preceito da lei à situação da vida, acentua EHRlich a importância de uma livre investigação do Direito. Com o que não procura uma jurisprudência segundo a apreciação discricionária do juiz chamado a dar a decisão, mas uma jurisprudência que arranque da tradição jurídica e aspire ao ‘Direito justo’, no sentido de STAMMLER. Decerto que ele salienta,

⁷³ Para Hespanha: “A Escola do Direito Livre constitui um movimento de contestação mais radical, quer do positivismo conceitual, quer do positivismo lógico, em nome da atribuição ao juiz de uma maior capacidade de conformação do direito. Na sua origem está a constatação, feita por um jurista prático - Ernst Fuchs, 1859-1929, *Die gemeinschidlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz* (O carácter socialmente danoso da jurisprudência construtiva), 1907 -, de que o juiz, no processo de achamento da solução jurídica, parte do seu sentido de justiça (*Rechtsgefühl*) e não da lei. O contributo de um historiador - Hermann Kantorowicz (1877-1940, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, 1910) - e de um sociólogo do direito - Eugen Ehrlich (1862-1922, *Grundlegung der Soziologie des Rechtes*, 1912) - contribuíram para dar uma maior consistência teórica às propostas de problematização ou abandono do modelo estadual, legalista e racionalista do direito, a caminho de uma fundamentação ‘livre’, fundada na sensibilidade jurídica comunitária, auscultada, caso a caso pelo juiz. (In: HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 407).

⁷⁴ Reconhecendo também STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 131. A obra principal de Géný foi: *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, 1899 (préface de Raymond Saleilles), posteriormente lançada em sua segunda edição, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif*, 2e édition, 1919, 2 vol..

⁷⁵ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 150-151.

⁷⁶ Dentre os italianos, tivemos Widar Cesarini-Sforza, em 1912, com *Il modernismo giuridico* (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 151.)

⁷⁷ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 150-151.

⁷⁸ LARENZ, Karl, op. cit., p. 78. Camargo admite como a conferência de Ehrlich, em 1903, sobre A luta pela ciência do direito, como sendo o marco do MDL, em 1903. (In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit., p. 97-98).

*e com inteiro acerto, que toda a aplicação de uma regra geral a um caso particular é necessariamente uma actividade pessoal, pelo que será uma 'empresa inútil' querer-se anular por completo a individualidade do juiz; só que se esforça, ao mesmo tempo, por identificar critérios objectivos, de natureza extra-legal, a que possa orientar a investigação do Direito.*⁷⁹

Apesar de ter iniciado suas lições a partir de 1903, Ehrlich também propunha a substituição da dedução lógica pela vontade do juiz na aplicação do direito, sofrendo, no entanto, injustiças quanto às imputações de que tivesse atribuído uma completa liberdade de decisão ao juiz, desvinculando-o da lei. A importância destinada à sociologia, frente à dogmática, lhe entregavam valor científico diante dos “fatos”, e não, “palavras”:⁸⁰

Para o autor, ao contrário do pensamento dominante, a tarefa de descobrir o direito por parte do juiz não consistia em deduzir logicamente a decisão do caso individual dos preceitos da lei.⁸¹ Ainda com Ehrlich, o juiz encontrava-se obrigado a interpretar historicamente os preceitos jurídicos, registrando que: “Se da interpretação histórica resultar que o legislador quis tomar decisões concretas (*konkrete Entscheidungen*) numa norma jurídica, porquanto abstrata ela seja, então a lei contém verdadeiras e próprias normas jurídicas incondicionalmente vinculantes para o juiz; se não é assim, está-se diante do vazio”.⁸² É desta expressão “decisões concretas”, que surge o adjetivo *konkret*, “no sentido de adequado a uma realidade não prevista no direito positivo”, e que com ela “Ehrlich antecipa involuntariamente o uso que do termo ‘concreto’ farão os juristas nacional-socialistas”.⁸³

Continuando com o pensamento do autor, “o jurista que mostra quais circunstâncias são relevantes para a decisão cria as normas das quais o legislador omitiu a enunciação, mas decerto não interpreta de forma nenhuma a lei”⁸⁴, uma consequência é certa: o juiz então não interpreta, e

⁷⁹ LARENZ, Karl, op. cit., p. 78-79.

⁸⁰ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 171-172.

⁸¹ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 183-184.

⁸² LOSANO, Mario G., op. cit., p. 183. Em referência direta à obra do autor *Die juristische Logik*.

⁸³ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 183. Complementando: “Para desatender o direito estatuído, eles exigirão dos juízes uma interpretação politizada, que leve em conta as ‘concretas’ relações sociais geradas pela revolução nacional-socialista, e não pelas abstratas deduções da norma. Com essa finalidade, miravam seja o ‘pensar por ordenamentos concretos’ de Carl Schmitt [...], seja os ‘conceitos gerais concretos’ de Karl Larenz”. (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 184).

⁸⁴ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 184. Em referência direta à obra do autor *Die juristische Logik*.

sim, cria. O que elimina por completo o problema da interpretação *contra legem*, e por arrastamento, a distinção entre as funções legislativa e judiciária. Assim, os direitos do cidadão são “postos por inteiro nas mãos do juiz, em cuja sabedoria e independência Ehrlich devia nutrir uma inabalável confiança: uma confiança destinada a ser amargamente frustrada”.⁸⁵

Registra Larenz que Ehrlich apenas acompanhou o que anteriormente afirmou Oskar von Büllow: “que toda a decisão judicial é uma actividade *criadora*, dirigida pelo conhecimento”.⁸⁶ Nessa mesma seara também afirma Streck⁸⁷ que “a obra de Bülow pode ser considerada a mais remota manifestação crítica contra o *dogma da subsunção*”.

Assim, nesse mesmo contexto, diante da alteração do estudo, da busca de nexos entre as normas jurídicas para os interstícios entre as normas unificadas, ou seja, as lacunas do direito, normalmente se admite que a formulação dos ideais jusliberais mais radical deve-se ao jovem de 25 anos, Hermann Kantorowicz, em sua obra publicada em 1906, com o título *Der Kampf um die Rechtswissenschaft (The Battle of Liberation for Legal Science)*, utilizando o pseudônimo de Gnaeus Flavius.⁸⁸

Com tal obra o autor pretendia “unificar num combativo movimento as vozes que, em constante e surpreendente aumento, sublinhavam a função criativa e não apenas a declarativa da atividade do juiz”⁸⁹. Pretendia, também, “sintetizar aquelas vozes em algum *slogan* que impressionasse, e queria dar-lhes um nome: aquele que permaneceu depois, ou seja, o nome de Movimento do Direito Livre.”⁹⁰ Kantorowicz também defendeu que “o juiz, ao prender as lacunas, desenvolve uma função criadora do direito. Assim, ao lado do direito formal, emanado pelo legislador, existiria um direito livre, um *freies Recht*”.⁹¹ E como bem registra Losano⁹², significa dizer: “livre do vínculo com a norma”, o que colocava no centro do debate a possibilidade de o juiz interpretar *contra legem*.

⁸⁵ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 184.

⁸⁶ LARENZ, Karl, op. cit., p. 78-79.

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 150.

⁸⁸ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 153-154.

⁸⁹ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 153.

⁹⁰ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 153.

⁹¹ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 160.

⁹² LOSANO, Mario G., op. cit., p. 135.

É também a partir dessa primeira obra, cujo conteúdo continha, nas palavras de Losano, “algumas afirmações excessivamente compulsivas”⁹³, que se fundará todo o juízo negativo sobre o movimento, duramente criticado por Stammler⁹⁴, e com as críticas insatisfatoriamente afastadas por Kantorowicz apenas vinte anos mais tarde da sua realização. Em resumo, Kantorowicz afirmava que em determinados casos (e como mal necessário), o juiz poderia ir contra a lei. Porém, mesmo que atenuasse tal afirmação vinculando às hipóteses de “juízes supremos” e “submissão das sentenças ao Parlamento”, tais cautelas não foram suficientes para afastar os efeitos negativos.⁹⁵

Com a República de Weimar, o MDL vencera. Contudo, diante da insuficiência da aplicação exegética diante de um mundo tão alterado, seu principal alvo de ataque também ruiu. É preciso lembrarmos que os princípios jusliberistas foram aceitos pela socialdemocracia de Weimar, ocorrendo, também, a nomeação de Radbruch para Ministro da Justiça, demonstrando tal ato como “símbolo dessa passagem do Movimento da oposição à instituição”.⁹⁶ Daí:

*Das salas do poder, os jusliberistas recomendavam aos juízes interpretar as normas herdadas pelo Império levando em consideração a nova realidade socialista, inovando flexivelmente em vez de deduzir logicamente. Essa foi a vitória das idéias jusliberistas. Porém, o verniz dessa vitória se ofuscou quando, da aceitação política daqueles princípios, passou-se a sua efetiva aplicação nos tribunais. A maioria dos juízes, formados na época imperial, se opôs ao novo curso [...].*⁹⁷

Registra-se, no período da Segunda Guerra Mundial que, com o desenvolvimento da política nacional-socialista, Kantorowicz, ao ver que

⁹³ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 160.

⁹⁴ Para aprofundar tal ponto v. LOSANO, Mario G., op. cit., p. 160-161.

⁹⁵ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 160. Em complemento: “Após a publicação de seu polêmico escrito, Kantorowicz atenuou suas afirmações e várias vezes se opôs às críticas que atribuíam posições extremistas à sua doutrina. Tal doutrina – ele escrevia – ‘não é a doutrina que autoriza ou pretenderia autorizar o juiz a decidir os casos sem levar em conta a lei e a ciência, segundo sua livre avaliação ou até mesmo segundo seu arbítrio’. Ele afirmava que em geral o juiz está vinculado às normas e pode recorrer ao ‘direito livre’ apenas em presença de uma lacuna legislativa. [...] [Quanto às citações identificadas no texto acima] Hermann Kantorowicz, *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*, Bensheimer, Mannheim – Berlin – Leipzig, 1925, p. 4.] Essa aula inaugural foi ministrada em Freiburg vinte anos depois da publicação do opúsculo polêmico que, por um lado, tornara-se o manifesto do Movimento do Direito Livre [...], mas, por outro, dera início ao equívoco sobre suas posições.” (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 161).

⁹⁶ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 157.

⁹⁷ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 157.

sua proposta corria o risco de ser utilizada para legitimar tal ideologia, limitou ainda mais seu recurso ao direito livre, a partir das constatações de que: “somente o vínculo do juiz à lei podia garantir a certeza do direito”.⁹⁸ Contudo, isso não foi capaz de impedir que as ideias jusliberistas fossem revistas, terminando por favorecer o desvio da administração da justiça a serviço do totalitarismo, extinguindo-se, também, toda a produção científica do movimento.⁹⁹

Assim, também como reconhece Hespanha¹⁰⁰, ao afirmar que o decisionismo proposto pelo MDL, o qual “identifica os valores jurídicos como produtos de uma afirmação (proposição) política deu também cobertura à teoria jurídica do nazismo e do fascismo, bem como do estalinismo, para as quais o direito, mais do que uma ordem racional, é uma manifestação de vontade e um instrumento de poder”.

É nesse sentido que podemos afirmar que o ideal do direito livre, num sentido de “interpretação da norma em vista da aplicação do direito positivo”, os quais tinha como adeptos e frequentemente vinculados à política, os partidários do socialismo, conheceu um breve sucesso durante a República de Weimar, sendo aniquilados, posteriormente, em 1933, pelo nacional-socialismo, gerando uma aplicação invertida: “o juiz era liberado da sujeição à norma, para ser submetido à do partido. Por sua vez, os juízes alemães estavam prontos para adequar-se à nova situação porque nunca haviam aceitado o socialismo weimariano”.¹⁰¹

Os juízes do Estado oitocentista eram recrutados com critérios homogêneos aos do Estado: eram pessoas autoritárias e conservadoras. Não lhes foi possível identificar-se com a frágil República de Weimar, abalada por uma violenta luta entre partidos à qual os juízes não estavam habituados e fundada em idéias socialistas que eles consideravam subversivas. O estado nacional-socialista oferecia-lhes, ao contrário, a imagem de um Estado novamente

⁹⁸ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 162.

⁹⁹ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 157-158. “A progressiva revisão das idéias de Kantorowicz estava ligada também à progressiva destruição do Estado de Direito por obra do nacional-socialismo. O direito livre corria o risco, efetivamente, de ser instrumentalizado para legitimar também a justiça política nacional-socialista. Por isso, após 1933, Kantorowicz limitou ainda mais o recurso ao direito livre, uma vez que somente o vínculo do juiz à lei podia garantir a certeza do direito. Enfim, a repressão nacional-socialista o atingiu diretamente: afastado da docência, emigrou em 1933 para os Estados Unidos e depois para a Inglaterra, onde morreu em 1940. Nesta segunda parte de sua vida ele entrou em contato com o realismo americano, suscitando um debate que naqueles anos teve grande repercussão.” (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 162).

¹⁰⁰ HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 408.

¹⁰¹ LOSANO, Mario G., op. cit., p. XXXIV.

*compacto e acima das partes: não tiveram, portanto, dificuldade para identificar-se com ele. Em suma, quanto mais um Estado era autoritário, mais os juízes estavam dispostos a ater-se rigorosamente ao seu direito. Ao contrário, quanto mais um Estado se tornava democrático e pluralista, mais entrava em crise o positivismo jurídico dos juízes.*¹⁰²

O voluntarismo (ideologicamente vinculado), portanto, exacerbou-se: as normas ditadas pelo regime nacional-socialista deveriam ser rigorosamente aplicadas (quase que num retorno ao positivismo exegético), todavia, devendo se desviar caso a razão política assim o exigisse; e às normas anteriores ao regime deviam se libertar os juízes, corrigindo-as “com o recurso ao ‘pensamento por ordenamentos concretos’, ao ‘bem comum’, à ‘boa-fé’, ao ‘são sentimento popular’ e à ‘vontade do Führer’”.¹⁰³ Percebe-se, também, que diante de tal característica o nacional-socialismo tornava-se incompatível tanto com as amarras do positivismo jurídico quanto com a flexibilidade da jurisprudência dos interesses.¹⁰⁴

Ao final, em 1945, a autodestruição do nazismo serviu para refutar a crença popular da possibilidade de estabelecimento de uma ordem com segurança e estabilidade através de uma ditadura totalitária frente aos regimes democráticos. O sistema proposto pelo nacional-socialismo não conseguiu proporcionar sequer ordem política e segurança; ao contrário, proporcionou crimes pseudolegais e mal escondidos, além de um despotismo organizado.¹⁰⁵

¹⁰² LOSANO, Mario G., op. cit., p. 238-239.

¹⁰³ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 205-206. Assim também em Streck: “Veja-se como a fronteira da clássica dicotomia (voluntas legislatoris-voluntas legis) é tênue (e absolutamente frágil). Como se aferia a ‘vontade do Führer’? Se ela estava objetivada (fetichizada) na lei, bastaria uma postura filosófica objetivista (colocando a lei como o ‘mito do dado’). Mas se acaso entendermos que a ‘vontade’ do legislador devia ser buscada, desloca(va)-se a questão para a subjetividade do intérprete. No limite, pode-se dizer que a vontade do Führer devia ser buscada de forma ‘ontológica’, mas, ao mesmo tempo, abria-se, subjetivamente (no sentido filosófico da palavra) um espaço considerável de discricionariedade-arbitrariedade interpretativa, a partir do qual a tal ‘vontade’ era qualquer uma... Dizendo de outro modo: se a vontade do Führer estava plasmada na lei, então os juízes deveriam aplicar a letra ‘fria da lei’; já se o conteúdo normativo espelhasse algo que fosse contrário ao regime, o aplicador deveria se basear em uma norma de supradireito – a vontade do poder, ou seja, ‘puro’ voluntarismo. Por fim, não esqueçamos que o regime nazista foi implementado sem alterar a Constituição de Weimar. Disso se pode concluir que a dicotomia se sustentou – e ainda se sustenta – tão somente a partir de um fundamento ideológico. Afinal, uma ou outra (vontade do legislador ou vontade da lei) dependem, sempre, da ‘vontade’ do intérprete. E isso refoge àquilo que devemos entender por hermenêutica no Estado Democrático de Direito.” (In: STRECK, op. cit., p. 152).

¹⁰⁴ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 210. Para Losano, as teses de Heck foram rejeitadas pelos juristas do regime nazista seja, (i) por vislumbrarem a perspectiva individualista do século anterior, (ii) ou diante da neutralidade filosófica herdada do liberalismo. (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 210).

¹⁰⁵ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 204 e ss.

Com a queda do nacional-socialismo e das doutrinas totalitárias do direito, os juristas alemães “voltaram às concepções pré-bélicas, ou seja, à jurisprudência dos interesses, enriquecendo-a, contudo, também com uma menção aos valores que sustentavam aqueles interesses”, na tentativa de “conciliar a certeza do direito – sentida como um valor irrenunciável depois dos arbítrios do totalitarismo – com a flexibilidade necessária para decidir segundo a equidade os casos-limite”.¹⁰⁶

5. OBSERVAÇÕES FINAIS

Relembremos as duas principais diferenças entre as ramificações oriundas a partir do “segundo” Jhering: a jurisprudência dos interesses não pregava decisões *contra legem*, pugnando uma vinculação do juiz à lei no caso da existência de previsões legislativas, ao contrário do MDL; a jurisprudência dos interesses desenvolve método específico para guiar a atividade do intérprete, a *ponderação (Abwägung)* dos interesses em conflito.¹⁰⁷

Esses dois movimentos vão se findar por volta da mesma época, nos anos anteriores à Segunda Guerra Mundial.¹⁰⁸ E, quanto ao MDL, apesar da forte influência sociológica, manteve-se ainda mais vinculado ao neokantismo a partir do reconhecimento que o jurista executa uma atividade valorativa.¹⁰⁹

¹⁰⁶ LOSANO, Mario G., op. cit., p. XXXIV. Ao fim da Guerra, vencida a tese de extinção do Terceiro Reich - frente à tese da continuidade - os aliados ocidentais demitiram certa de 53 mil altos funcionários, sendo muitos juízes. Porém, a forte resistência contra essa “doutrina positivista” fez com que 52 mil retornassem, explicando, posteriormente, os vinte anos de lentidão quanto ao abandono dos antigos modelos conceituais pelos juristas alemães. (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 210).

¹⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 132. Para Habermas, tanto no realismo jurídico, na Escola do Direito Livre e na jurisprudência dos interesses, não podemos fazer uma distinção clara entre direito e política a partir de características estruturais. (In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 249). Para Hespanha: “Não pode, contudo, deixar de se sublinhar a ênfase que este movimento [MDL] deu à natureza política da decisão do juiz (do jurista), insistindo na responsabilização pessoal que lhe está inerente e, com isto, no compromisso ético e social do juiz quando decide, compromisso que tinha sido escamoteado pelo positivismo, ao apresentar o juiz como um autômato executor da lei ou dos princípios científicos do direito. Tal como o crente, na visão protestante da fé e da salvação, o jurista decide livremente e, nessa decisão, ao mesmo tempo que afirma convicções, compromete o seu destino pessoal”. (In: HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 408). Losano ao comentar o pensamento de Ehrlich reconhece que, se “o jurista que mostra quais circunstâncias são relevantes para a decisão cria as normas das quais o legislador omitiu a enunciação, mas decerto não interpreta de forma nenhuma a lei”, então, se não há interpretação, mas criação, não há que se falar em interpretação *contra legem*, contudo, também é demolida a separação entre Legislativo e Judiciário. (In: LOSANO, Mario G., op. cit., p. 184).

¹⁰⁸ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 149. Para um aprofundamento quanto às tentativas de superação do positivismo jurídico nas perspectivas teóricas no cenário pós-Segunda Guerra Mundial, v. MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes. O cenário pós-Segunda Guerra Mundial e as diversas trajetórias teóricas advindas das tentativas de superação do positivismo jurídico. *Revista de Direito, Estado e Cidadania*. Campus Sulacap. V. 1, 2015, p. 2-15.

¹⁰⁹ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 156. Como acentua Losano, Lombardi, por exemplo, diante da forte

Importante relembramos de que a referência ao *interesse* a ser protegido juridicamente significava, diretamente, a remissão aos *valores* expurgados do Direito pelas teorias formalistas. E inevitavelmente, segue-se a pergunta: mas quem irá determinar o valor que deve ser seguido/utilizado pelo juiz? O MDL busca encontra-lo empiricamente, sendo, por causa disso, considerado por muitos como precursor da sociologia jurídica.¹¹⁰ Assim, se de um lado teríamos essa perspectiva, do outro extremo, verificaríamos uma posição totalitária estatal de determinação de tais valores. A busca, portanto, seria um equilíbrio entre os formalistas e os antiformalistas; entre a certeza e a equidade. E é na tentativa de busca desse equilíbrio que surgem as teorias antiformalistas pós-bélicas, conectando-se aos dois movimentos advindos da secessão de 1905.¹¹¹

presença do neokantismo no MDL, inclui em tal movimento também Kelsen: “tese que poderia parecer brilhantemente paradoxal, mas pouco defensável, se do Kelsen póstumo não aflorasse uma clara reavaliação da vontade do juiz, cuja sentença é, então, liberada dos vínculos da dedução lógica da norma. Porém, tudo depende de como se traçam os limites do movimento. Se esses são identificados com base na idéia inspiradora (que é a reação contra o direito produzido exclusivamente pelo Estado), então pode-se expandir a lista, tanto dos precursores [...] quanto dos seguidores. Se, ao invés, privilegia-se uma delimitação histórica do movimento, então ele resulta mais limitado e concentrado.” (In LOSANO, Mario G., op. cit., p. 157). Para Streck: “É nesse ambiente que aparece Hans Kelsen. Por certo, Kelsen não quer destruir a tradição positivista que foi construída pela jurisprudência dos conceitos. Pelo contrário, é possível afirmar que seu principal objetivo era reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e à Escola do Direito Livre – que favoreciam, sobremedida, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito. Isso é feito por Kelsen a partir de uma radical constatação: o problema da interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático. Desse modo, temos aqui uma ênfase na semântica. Mas, em um ponto específico, Kelsen “se rende” aos seus adversários: a interpretação do direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista. Para o autor austríaco, esse ‘desvio’ é impossível de ser corrigido. No famoso capítulo VIII de sua Teoria Pura do Direito, Kelsen chega a falar que as normas jurídicas – entendendo norma no sentido da TPD, que não equivale, *stricto sensu*, à lei – são aplicadas no âmbito de sua ‘moldura semântica’. O único modo de corrigir essa inevitável indeterminação do sentido do direito somente poderia ser realizada a partir de uma terapia lógica – da ordem do *a priori* – que garantisse que o Direito se movimentasse em um solo lógico rigoroso. Esse campo seria o lugar da Teoria do Direito ou, em termos kelsenianos, da Ciência do Direito. E isso possui uma relação direta com os resultados das pesquisas levadas a cabo pelo Círculo de Viena. Esse ponto é fundamental para podermos compreender o positivismo que se desenvolveu no século XX e o modo como encaminho minhas críticas nessa área da teoria do direito. Sendo mais claro: falo desse positivismo normativista, não de um exegetismo que, como pôde ser demonstrado, já havia dado sinais de exaustão no início do século passado. Numa palavra: Kelsen já havia superado o positivismo exegetico, mas abandonou o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da ‘aplicação’. E nisso reside a ‘maldição’ de sua tese. Não foi bem entendido, quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação ‘pura da lei’...!” (In: STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a ‘letra da lei’ é uma atitude positivista? Revista NEJ – Eletrônica. Vol. 15. N. 1. Jan-abr-2010. p. 4).

¹¹⁰ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 136. Porém, adiante, em sua obra, analisa o surgimento da sociologia jurídica a partir da ala moderada da secessão de 1905, ou seja, a jurisprudência dos interesses (p. 170). Admite, contudo, que Ehrlich pode ser visto como um dos fundadores da moderna sociologia jurídica.

¹¹¹ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 136.

Nas palavras de Losano:

Em especial, na Alemanha a reação ao empirismo positivista se manifestou com o retorno às estruturas racionais a priori próprias do pensamento kantiano. Esse renascimento kantiano tomou forma nas duas escolas do neokantismo, a de Heidelberg (dita também badense ou sul-ocidental) e a de Marburgo. O neokantismo exerceu uma forte influência na filosofia do direito, também porque ele foi a filosofia dominante nas universidades alemãs entre a metade do século XIX e o início do século XX. Em seguida, o neokantismo foi eliminado pelo existencialismo e pela fenomenologia e, enfim, com os anos 1930, pela proibição de citar autores judeus e pela destruição também física dos livros escritos pelos neokantianos judeus. Não obstante sua retomada a partir dos anos 1980, o neokantismo apresenta hoje um interesse predominantemente histórico. [...] A Escola de Marburgo influenciou na doutrina do direito justo (richtig) de Rudolf Stammler (1856-1938), que segundo Coing se apresenta como uma teoria formal do direito, mas na realidade reintroduz valores absolutos na ciência jurídica. Efetivamente, ao expor os casos em que o legislador remete às partes ‘decidir qual seja a solução justa numa certa situação’, Stammler evoca as fórmulas do tipo ‘boafé, equidade, bons costumes’ etc.: estas últimas indicam que ‘deve ser escolhida a norma jurídica que fornece a decisão fundada sobre princípios’. A tais fórmulas se atribui um conteúdo que muda de ordenamento em ordenamento e de caso a caso, ao passo que, ao contrário, sua referência ao valor é constante em cada caso e em cada ordenamento. Stammler sintetiza assim sua doutrina do direito justo: ‘Segundo nossa doutrina, o direito justo é um direito condicionado materialmente, imperfeito, mutável e - do ponto de vista do conteúdo - justo apenas objetivamente. Mas as várias e mutáveis aplicações da concepção da justiça de um direito resultariam incompreensíveis se a idéia absolutamente válida do direito não fosse capaz de oferecer um sólido ponto de referência para todos os casos específicos historicamente condicionados.’¹¹²

A essência do jusliberismo pode ser percebida em diversas perspectivas quanto às doutrinas que nos remetem à noção de “padrão”, e às que exortam a um uso alternativo do direito. O descolamento do PJ dar-se-á a partir da presença de certos termos (tais como: princípios gerais do direito, cláusulas gerais, etc.) que remetem à função criativa do juiz quanto do exame dos

¹¹² LOSANO, Mario G., op. cit., p. 136. Assim também, de certa forma, em Camargo, op. cit., p. 117, e admitindo o mesmo raciocínio, STRECK, Lenio Luiz op. cit., p. 132.

fatos à luz de certos valores. Tal função foi antigamente descrita com o termo “padrão”: “O juiz, diz-se, faz referência a certos padrões compartilhados pela sociedade em que vive.”¹¹³

O MDL vem sendo considerado como o precursor das teorias surgidas, por volta de 1968, que pregavam um “uso alternativo do direito”, um “direito alternativo”, um “direito crítico”, e das que hoje são conhecidas como *Escolas de Crítica do Direito*, *Critical legal studies*, *critique du droit*, *Rechtskritik*, e que se desenvolveram especialmente na França, nos EUA e na Alemanha.¹¹⁴ Registre-se, também, que para muitos, da jurisprudência dos interesses, duas tendências surgiram: a sociologia jurídica e a jurisprudência dos valores (*Wertungsjurisprudenz*).¹¹⁵

As funções principais dessas escolas pós-1968 eram “desvendar os impensados sociais que estão na raiz das representações jurídicas, desmitificando os pontos de vista de que o direito é uma ordem racional, neutra e fundada objectivamente na realidade social”, e de “revelar os processos por meio dos quais o direito colabora na construção das relações de poder”.¹¹⁶

Na experiência italiana, por exemplo, o “uso alternativo do direito” no início da década de 70 era fundado especialmente na ideia do jurista “tender a imaginar o direito como a ponderação justa (‘razoável’) de interesses políticos contraditórios e a imaginar-se a si mesmo como o agente neutro dessa ponderação”, e, seja tal ponderação realizada em abstrato – doutrina – ou concreto – jurisprudência –, ao jurista era entregue larga margem de liberdade (ou discricionariedade) devido ao caráter genérico das proposições jurídicas. Sob tal liberdade deveria contradizer, corrigir e compensar – “Tal como o pretor, em Roma, auxiliava, corrigia e supria os defeitos do direito

¹¹³ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 169-170.

¹¹⁴ HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 454; LOSANO, Mario G., op. cit., p. 169-170. Para Dworkin (1999, p. 324): “Em tudo isso, salvo em sua postura conscientemente esquerdista e na escolha particular de outras disciplinas a cultivar, os estudos jurídicos críticos se assemelham ao antigo movimento do realismo jurídico norte-americano, e ainda é muito cedo para saber se é mais que uma tentativa anacrônica de fazer com que esse movimento volte a florescer.” (In: DWORKIN, Ronald. O império do direito. Martins Fontes, 1999, p. 324).

¹¹⁵ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 169-170.

¹¹⁶ HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 451. Se analisarmos uma determinada situação, conforme relembra Hespánha, o neomarxismo, fincado no caráter complexo e relativamente pluricentrado do sistema sociopolítico, influenciou o direito ao passo que seu pensamento era tido “como uma ordem não absolutamente vinculada aos interesses das classes dominantes, mas relativamente contraditória e, portanto, passível de vários usos políticos”. (In: HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 452-454).

civil em vista da utilidade pública”¹¹⁷ os pressupostos classistas do direito.¹¹⁸ A magistratura italiana, então, alcançava seu protagonismo.

Hespanha¹¹⁹ identifica dois tipos de condições para o desenvolvimento de tais escolas: (i) de natureza metodológica; (ii) de natureza institucional. Quanto às primeiras, ao afastar-se da ideia de neutralidade do direito (abstração), era necessário a busca de uma visão mais crítica/esclarecida do direito, identificando seu aspecto local dos seus pressupostos – isto seria possível com a inclusão na formação jurídica de disciplinas como a sociologia, antropologia, etc.; necessário uma metodologia que aumentasse a liberdade do jurista perante a lei, proporcionando-lhe a construção de “soluções doutrinárias ou jurisprudenciais alternativas”, mediante o ataque ao método subsuntivo, a reivindicação da liberdade jurisprudencial e o reconhecimento do caráter individualista da solução jurídica¹²⁰. Quanto às segundas, os juízes (especialmente, mas também os juristas), quanto ao seu poder institucional, deveriam possuir a independência funcional, tanto em relação ao poder governamental e ao parlamentar e meios efetivos de realização de suas tarefas (acesso à informação governamental e bancária, controle de atuação policial, etc.).

Sob outro ponto de vista, a percepção de uma *crise institucional* do direito e da justiça, muitas vezes também vista como *crise de legitimidade*, quanto ao sistema judiciário era percebida quanto à: lentidão da máquina judicial; saturamento dos custos financeiros; explosão de litígios frente às políticas de acesso à justiça (proposta nos anos 60 e 70 como parte das políticas do Estado Providência). E, quanto à legitimidade, uma crise de confiança por parte dos cidadãos tornava-se preocupante: “os cidadãos não só ignoram massivamente o direito, como não se reconhecem nele, ou seja, não o reconhecem como meio idóneo de realizar os seus ideais de organização social ou de resolução dos conflitos”.¹²¹ O tecnicismo jurídico, portanto, descolava dos problemas reais das pessoas o direito.¹²²

¹¹⁷ Adjuvandi, corrigendi vel supplendi ius civile propter utilitatem publicam.

¹¹⁸ HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 454.

¹¹⁹ HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 455-457.

¹²⁰ Em complemento: “[...] o carácter inelutavelmente individual da solução jurídica permitiu a este projecto de ‘uso alternativo do direito’ valorizar, também ele, a perspectiva de que o direito se colhe da observação da realidade, tal como tinha sido proposto pela ideia de ‘uso alternativo do direito’. Porém, enquanto que a ideia de natureza das coisas tinha levado, frequentemente, a proposta conservadora, aceitando a realidade como um dado estático, o uso alternativo do direito vem propor que a solução jurídica seja inspirada por uma análise dinâmica e crítica da realidade. Ou seja, que o jurista compreenda a realidade social como algo de ainda imperfeito, estes objetivos, presentes na consciência mais crítica e mais libertadora da época, a dirigir a solução; mais do que os equilíbrios empiricamente observáveis, que, normalmente, tenderão para a conservação do status quo” (In: HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 457-458).

¹²¹ HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 459.

¹²² HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 455-459.

Por fim, como relembra Losano¹²³, “a jurisprudência dos interesses durante a República de Weimar, a teoria nacional-socialista do direito, a jurisprudência dos valores depois do final da guerra são teorias interconexas”. E como bem acentua Streck, “da confluência axiologista da Jurisprudência dos Interesses – especialmente a partir de Philipp Heck (que, aliás, inventou a expressão “*Abwägung*” – ponderação) - e da Jurisprudência dos Valores exsurge a *Teoria da Argumentação Jurídica*, de Robert Alexy, que busca, com sua tese, racionalizar a *Wertungsjurisprudenz*, tida como irracional.”¹²⁴ Assim, “estudar com uma certa amplitude o jusliberismo em seu aspecto estrutural de movimento jurídico seria útil também para enriquecer ou corrigir a elaboração de atualíssimas iniciativas polêmicas, que muitas vezes retornam, sem sabe-lo e talvez com menor compromisso, formas de organização e assuntos próprios do jusliberismo”.¹²⁵

Além disso, “deve-se ter em mente que a continuidade de concepções jurídicas não implica necessariamente uma continuidade de concepções políticas, o que, assim como a referência à jurisprudência dos interesses não transformava um jurista nacional-socialista num socialdemocrata weimariano, também o uso hodierno da teoria dos tipos não é sinal de um posicionamento neonazista.”¹²⁶

¹²³ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 188.

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz, op. cit., 132. Assim, também, parcialmente LOSANO, Mario G., op. cit., p. 169-170. Complementando: Em complemento, “cabe referir que, se o pós-positivismo tem sido considerado como o principal elemento diferenciador/caracterizador do neoconstitucionalismo, estou convicto de que a ponderação acabou por se transformar no grande problema e, por assim dizer, em um obstáculo ao próprio neoconstitucionalismo (compreendido como superante do positivismo que traz a discricionariedade como um de seus elementos estruturais). O que quero dizer é que o neoconstitucionalismo não pode(ria) e não deve(ria) depender de juízos de ponderação, mormente se percebermos que “ponderação” e “discricionariedade” são faces de uma mesma moeda. Afinal, no modo como a ponderação vem sendo convocada (e “aplicada”) em terrae brasilis, tudo está a indicar que não passa daquilo que Philipp Heck chamava, na Jurisprudência dos Interesses, de *Abwägung*, que quer dizer “sopesamento”, “balanceamento” ou “ponderação”. Com a diferença de que, na *Interessenjurisprudenz*, não havia a construção da “regra da ponderação”. Tendo em vista que, nas práticas dos tribunais (assim como na doutrina) de terrae brasilis, as “colisões de princípios” são “solucionadas” com base em uma ponderação “direta”, confrontando um princípio (ou valor ou interesse) com outro, está-se, na verdade, muito mais próximo da velha Jurisprudência dos Interesses, com fortes pitadas da *Wertungsjurisprudenz* (jurisprudência dos valores). E, assim, o neoconstitucionalismo acaba revelando traços que dão condições ao desenvolvimento do ativismo judicial, que, diferentemente do fenômeno da judicialização da política (que ocorre de modo contingencial, isto é, na insuficiência dos demais Poderes do Estado), apresenta-se como uma postura judicial para além dos limites estabelecidos constitucionalmente.” (In: STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: o Constitucionalismo Contemporâneo? Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional. v. 1. 02. p. 27-41, 2014, p. 35-36).

¹²⁵ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 169-170. A partir dos ensinamentos de Lombardi.

¹²⁶ LOSANO, Mario G., op. cit., p. 188.

REFERÊNCIAS

- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Martins Fontes, 1999.
- FERREIRA, Daniel Brantes. *Realismo jurídico norte-americano: origem, contribuições e principais autores*. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 40. p. 6-33, 2012.
- FIGUEROA, Alfonso García. *Uma primeira aproximação da teoria da argumentação jurídica*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Argumentação e estado constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012, p.433-468.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Trad. José Osório. São Paulo: Imprensa: Porto, Acadêmica, São Paulo, Saraiva, 1947.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2005.
- HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Path of Law*. The Harvard Law Review Association. v. 10. 8. p. 457-478, 1897.
- JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Vol. 1 e 2. Trad. Heder K. Hoffmann. Imprensa: Campinas, Bookseller, 2002.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: o Século XX*. Vol. 2. Trad. Lucas Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes. *O cenário pós-Segunda Guerra Mundial e as diversas trajetórias teóricas advindas das tentativas de superação do positivismo jurídico*. *Revista de Direito, Estado e Cidadania*. Campus Sulacap. V. 1, 2015, p. 2-15.
- PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Martins Fontes, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a ‘letra da lei’ é uma atitude positivista?* *Revista NEJ – Eletrônica*. Vol. 15. N. 1. Jan-abr-2010. P. 158-173.
- _____, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Livraria do Advogado, 2014.
- _____, *O que é isto: o Constitucionalismo Contemporâneo?* *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*. v. 1. 02. p. 27-41, 2014.

O DIREITO SUBJETIVO NAS CONCEPÇÕES DE HANS KELSEN E ALF ROSS

*Daniel Brantes Ferreira**

*Pedro Henrique Veiga Chrismann***

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo principal abordar as concepções de direito subjetivo de Hans Kelsen e Alf Ross. Trata-se de uma meta-análise conceitual-descritiva, ou seja, não se tem aqui a intenção de constituir nova teoria dos direitos subjetivos ou de construir uma conclusão normativa sobre qual das duas posturas deve ser adotada para a melhor compreensão sobre o tema. Acredita-se que a exploração das duas posturas acerca do direito subjetivo deve ajudar tanto aqueles que estão interessados em filosofia analítica do direito, e estão voltados a descobrir em saber qual é o conceito que melhor descreve a prática, ou a essência dos direitos subjetivos; como aqueles que têm por objetivo o trabalho em filosofia política e precisam de uma conceituação de direitos subjetivos que melhor sirva aos propósitos de suas conclusões.

Palavras-chave: Direitos subjetivos; Hans Kelsen; Alf Ross

THE LEGAL RIGHTS CONCEPTIONS OF HANS KELSEN AND ALF ROSS

Abstract: The present paper has the main aim of describing the legal rights conceptions of both Hans Kelsen and Alf Ross. It is a conceptual/descriptive meta-

* Research Fellow no The Baldy Center for Law & Social Policy da SUNY Buffalo Law School. Professor do curso de Direito da Faculdade de Cândido Mendes. Possui pós-doutorado em Direito Processual pela UERJ. Doutor, Mestre e Bacharel pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

** Professor do curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas IBMEC. Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Bacharel em Direito pela UFRJ.

analysis enterprise, meaning that there is no intention of proposing a new legal rights theory or of reaching any normative conclusion about which of the two theories must be adopted in order to best understand the object. By exploring these two postures about the legal rights theme a contribution will be made to both those interested in analytical philosophy of law – focused on discovering which concept better describes the legal practice, or the very nature of the legal rights; and those that have the objective of working with political philosophy – and, because of that, need a concept of legal rights that better serve the purpose of their own normative conclusions.

Keywords: Legal rights; Hans Kelsen; Alf Ross

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal abordar as concepções de direito subjetivo de Hans Kelsen e Alf Ross. O recorte epistemológico foi feito dessa maneira por entender-se haver diálogo entre os autores – mesmo porque, Alf Ross rebate constantemente em seu livro ‘Direito e Justiça’ conclusões de Kelsen. Além disso, a comparação se torna também justificável tendo em vista se tratarem de dois dos mais famosos positivistas (ou realistas, dependendo da leitura sobre cada um dos dois¹) e que ainda influenciam muitos trabalhos em filosofia analítica do direito. No entanto, deve ser destacado o fato de não se ter encontrado registro de empreitada semelhante publicada tanto em âmbito nacional ou estrangeiro. Acredita-se que isso tornaria a presente proposta interessante por possibilitar a criação de um novo debate, embora com autores antigos, no cenário acadêmico.

A metodologia aqui empregada será basicamente a de se consultar duas das principais obras dos dois grandes autores – tendo em vista ser nelas que eles enunciam suas concepções² e que apresentam capítulos específicos sobre os direitos subjetivos – são estas: ‘Teoria Pura do Direito’ de Kelsen³

¹ Ver, por exemplo, CHIASSONI, Pierluigi. “Wiener Realism” In: Kelsen Revisited, d’Almeida, Gardner e Green (Eds.), Oxford e Portland: Hart Publishing, 2013. pp. 131-162; e, BINDREITER, Uta, “The Realist Hans Kelsen”, In: Kelsen Revisited, d’Almeida, Gardner e Green (Eds.), Oxford e Portland: Hart Publishing, 2013, pp. 101-130.

² Não se ignora as diferentes concepções de Kelsen sobre o tema ao longo de sua vasta obra. Foi eleita aquela presente na segunda edição da Teoria Pura do Direito por consider-se a última escrita e mais bem-acabada pelo autor. Para uma mais completa exegese kelseniana no assunto ver: ÁLVAREZ GÁLVEZ, Íñigo. “Sobre el Concepto de Derecho Subjetivo de Hans Kelsen”. In: Boletín de la Facultad de Derecho, núm 17, pp. 27-74, 2001.

³ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

e 'Direito e Justiça' de Alf Ross⁴. A visão de alguns comentadores também será trazida à baila, no entanto, sem o debate ser aprofundado em qualquer entendimento individual acerca do tema.

Não se tem aqui a intenção de constituir nova teoria dos direitos subjetivos ou de construir uma conclusão normativa sobre qual das duas posturas deve ser adotada para a melhor compreensão sobre o tema. A empreitada, portanto, é meramente uma meta-análise conceitual-descritiva e, assim sendo, possui as qualidades características dos trabalhos desse tipo. Ou seja, aqui está sendo endossada de forma implícita a crença de que a investigação sobre o uso de conceitos pode ser bastante reveladora daquilo que se está conceituando. Acreditamos que a exploração das duas posturas acerca do direito subjetivo deve ajudar tanto aqueles que estão interessados em filosofia analítica do direito, e estão interessados em saber qual é o conceito que melhor descreve a prática, ou a essência dos direitos subjetivos; como aqueles que estão interessados em filosofia política e precisam de uma conceituação de direitos subjetivos que melhor sirva aos propósitos de suas conclusões.

2. Kelsen e o Direito Subjetivo

Hans Kelsen em sua obra 'Teoria Pura do Direito' buscava alicerçar uma teoria do direito com cientificidade. Uma teoria do direito que se afastasse do subjetivismo visto pelo autor nas teorias jusnaturalistas que triunfavam no âmbito acadêmico à época. Um dos erros de seus precursores, segundo o autor, era o de enxergarem como necessária a inclusão de certos direitos subjetivos para a caracterização do direito positivo enquanto de fato direito⁵. Ou seja, um ordenamento deveria ser considerado jurídico apenas se incluísse certos direitos tido como "naturais". Isso geraria não só uma aura de justiça, uma validação prévia, ao direito positivo, mas criaria uma dualidade: por um lado, direito subjetivo; por outro, direito objetivo. Segundo Sgarbi, a solução que Kelsen encontra para fornecer clareza analítica é reduzir a demarcação dos direitos ao direito positivo.

Não pretende Kelsen eliminar, dessa forma, a expressão 'direito

⁴ ROSS, Alf, *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003.

⁵ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 144-145

subjetivo´ da linguagem dos juristas; está apenas a dizer que todo direito subjetivo refere-se ao direito objetivo e por essa razão deve ser pensado em relação a ele, nada mais. Portanto, falar em ´direitos subjetivos´ não é mais do que descrever a relação entre uma pessoa determinada e um conjunto de normas⁶.

Direito subjetivo, portanto, é indubitavelmente direito objetivo, entretanto, não é a essência de uma norma jurídica, ou seja, não é exatamente a própria norma jurídica. A norma jurídica pode estabelecer direitos, e é perfeitamente possível que exista uma norma sem direito subjetivo. O direito subjetivo aparece como reflexo de um dever, esse sim, essencial à norma jurídica⁷.

2.1. Dever jurídico

Contrariando o que se observa usualmente na doutrina, Kelsen aborda primeiramente o conceito de dever jurídico para depois tratar do direito subjetivo. Isto porque considera o dever jurídico mais importante que o direito subjetivo, posto que é o primeiro que tem a capacidade de obrigar e não o segundo, pois somente a conduta oposta do primeiro está relacionada diretamente a uma sanção ou a uma ação judicial provocada pelo titular do direito subjetivo. Nesse sentido, esclarece Carrió:

Para Kelsen el derecho es una técnica de control social caracterizada esencialmente por el uso de la fuerza: todo ordenamiento jurídico no es sino una ordenación de ella. Esa técnica opera, típicamente, provocando ciertos comportamientos deseados (el cumplimiento de los deberes jurídicos) mediante la amenaza de un acto de fuerza (la sanción, en sentido estricto) para el supuesto de comportamientos contrarios (la comisión de actos ilícitos). (...)

Por ello los conceptos de sanción e imputación, como centrales, más los de acto ilícito, responsabilidad y deber jurídico están, como vimos, en el núcleo del aparato conceptual kelseniano. Fuera de ese núcleo se hallan nociones tales como las de derecho subjetivo, persona jurídica, capacidad, nulidad, etc., que la Teoría Pura redefine a partir de los conceptos “nucleares”⁸.

⁶ SGARBI, Adrian. Introdução à teoria do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 173.

⁷ ÁLVAREZ GÁLVEZ, Íñigo. Op. cit., p. 58

⁸ CARRIÓ, Genaro. Notas sobre derecho y lenguaje. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 182

Kelsen descreve que um indivíduo tem o dever de se conduzir de determinada maneira quando esta conduta é prescrita pela ordem social. Portanto, visto que a ordem jurídica é uma ordem social a conduta a que um indivíduo está juridicamente obrigado é uma conduta que tem que ser realizada em face de outro indivíduo⁹. No entanto, uma conduta só pode ser considerada como conteúdo de um dever jurídico e, portanto, prescrita objetivamente pelo Direito, se uma norma jurídica liga à conduta oposta um ato coercitivo como sanção¹⁰.

Nestes termos, o dever jurídico surge de uma norma jurídica positiva que prescreve a conduta do indivíduo pelo fato de ligar à conduta oposta a uma sanção¹¹. Dessa forma, o conceito de dever jurídico para o autor encontra relação essencial com a sanção. Juridicamente obrigado está o indivíduo que, através da sua conduta, pode cometer o ilícito, isto é, o delito, e, assim, pode provocar a sanção, consequência do delito. Portanto, o conteúdo do dever jurídico é a conduta do indivíduo, nada além disso¹². Nesse sentido, Carlos Santiago Nino esclarece o seguinte: “O dever jurídico é a conduta *oposta* ao ato antijurídico. Por exemplo, se sonegar impostos é condição de uma sanção, não sonegá-los, ou seja, pagá-los, constitui o conteúdo de uma obrigação jurídica”¹³. O ponto também aparece claro nas palavras de Kelsen, para quem:

Se se diz que quem está juridicamente obrigado a uma determinada conduta “deve”, por força do Direito, conduzir-se do modo prescrito, o que com isso se exprime é o ser-devido – ou seja, o ser positivamente permitido, o ser autorizado e o ser prescrito – do ato coercitivo que funciona como sanção e é estatuído como consequência da conduta oposta¹⁴.

⁹ KELSEN, Hans. Op. cit., p. 128-129.

¹⁰ Ibid., p. 129.

¹¹ Note-se que essa concepção de dever jurídico não passou imune às críticas de outros teóricos. Carlos Santiago Nino, por exemplo, reproduz a seguinte crítica de Genaro R. Carrió: “Carrió afirma que constitui um sério desequilíbrio conceitual (o que, por outro lado, afeta quase toda a teoria de Kelsen) pretender reduzir o significado da expressão “dever jurídico”, que na linguagem ordinária tem tantos usos heterogêneos, a um rígido esquema unitário que compreende apenas o caso de quem está sob a pressão de uma sanção. O conceito de dever jurídico esboçado por Kelsen pode ser adequado talvez, e até certo ponto, ao direito penal, mas não é operacional para descrever a complexa realidade atual no âmbito do direito internacional, constitucional, trabalhista, comercial, etc. Os juristas falam em termos de deveres para se referir a uma multiplicidade de situações, em muitas das quais não estão previstas sanções”, em NINO, Carlos Santiago. Introdução à Análise do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 229. Ver originalmente: CARRIÓ, Genaro. Op. cit., p. 183.

¹² KELSEN, Hans. Op. cit., p. 130.

¹³ NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 227.

¹⁴ KELSEN, Hans. Op. cit. p. 133.

Seguindo essa linha de raciocínio, o autor acredita, portanto, que o conceito de dever jurídico refere-se exclusivamente a uma ordem jurídica positiva não possuindo, com isto, qualquer espécie de implicação moral, até porque se afirmasse o contrário estaria contradizendo o seu projeto de elaborar uma teoria pura do Direito¹⁵. Mesmo assim, Kelsen admite que o dever jurídico possa vir a ter como conteúdo uma norma moral, mas acredita que isso seja mera convergência da moral com a ordem jurídica posto que somente a norma jurídica prescreve uma determinada conduta humana e obriga os indivíduos a atuarem desta maneira tendo a conduta oposta como consequência a sanção¹⁶.

2.2. Direito subjetivo como reflexo do dever

Quanto ao sujeito de um dever jurídico, Kelsen afirma ser este o indivíduo cuja conduta é o pressuposto a que é ligada a sanção dirigida contra o mesmo como consequência dessa conduta. É o indivíduo que, através da sua conduta, pode violar os deveres, isto é, provocar a sanção, e que, portanto, pode cumprir o dever, isto é, evitar a sanção. Desta forma, a conduta do indivíduo em face da qual o dever existe, correlativa da conduta devida, está já conotada na conduta que forma o conteúdo do dever. Vale ressaltar este conceito, nos termos enunciados pelo próprio autor, *in verbis*:

(...) sujeito nesta relação é apenas o obrigado, isto é, aquele indivíduo que pela sua conduta pode violar ou cumprir o dever. O indivíduo que tem o direito, isto é, aquele em face do qual esta conduta há de ter lugar, é apenas objeto da conduta que, como correspondente à conduta devida, está já conotada nesta¹⁷.

Ademais, Kelsen vai ainda mais longe descaracterizando o conceito clássico de direito subjetivo e afirmando ser este mero direito reflexo do dever jurídico. Acredita que apenas o homem obrigado a conduzir-se de determinada maneira em face de outro homem seja *sujeito*, pois somente este é sujeito de uma obrigação (dever). Se se designa a relação do indivíduo, em face do qual uma determinada conduta é devida, com o indivíduo obrigado a essa conduta como *direito*, este direito é apenas *reflexo* daquele

¹⁵ Ibid., p. 131.

¹⁶ Ibid., p. 132.

¹⁷ Ibid., p. 143.

dever. Portanto, como o direito reflexo se identifica com o dever jurídico, o indivíduo titular do direito reflexo é apenas objeto da conduta imposta pelo dever jurídico a outrem, não sendo assim, sujeito¹⁸.

Cumpra a observação, que como o direito subjetivo para Kelsen é mero direito reflexo, este não tem existência sem um dever jurídico correlato. O direito reflexo de um consiste em apenas no dever do outro. Não há, dessa forma, uma referência a um sujeito determinado, mercedor do rótulo de portador de um direito subjetivo. O entendimento de Kelsen é de que o conceito de direito subjetivo não explica tão bem quanto o de dever jurídico a situação que se apresenta quando alguém tem um dever em relação a outrem. É isso o que o autor informa no seguinte trecho:

Este conceito de um direito subjetivo que apenas é simples reflexo de um dever jurídico, isto é, o conceito de um direito reflexo, pode, como conceito auxiliar, supérfluo do ponto de vista de uma descrição cientificamente exata da situação jurídica. Isto revela-se até no fato de não pressupormos um direito subjetivo reflexo em todos os casos de dever jurídico. Quando a conduta devida de um indivíduo se não refere a um outro indivíduo concretamente determinado, quer dizer, não deve ter lugar em face de um indivíduo concretamente determinado, mas apenas é prescrita para ter lugar em face da comunidade enquanto tal, fala-se por vezes, na verdade, de um direito de comunidade¹⁹.

Para o autor, a concepção tradicional de que o direito é um objeto do conhecimento jurídico diferente do dever, de que àquele caberia mesmo a prioridade em relação a este, é devida ao Direito natural. Desse modo, se se afasta a hipótese dos direitos naturais e se reconhecem apenas os direitos estatuídos por uma ordem jurídica positiva, então verifica-se que um direito subjetivo, no sentido considerado por Kelsen, pressupõe um correspondente dever jurídico, sendo este o próprio dever jurídico, ou seja, reflexo deste²⁰.

2.3. Direitos pessoais e direitos reais

Construída a ideia de que direito subjetivo é uma situação de pretensão

¹⁸ Ibid., p. 144.

¹⁹ Ibid., p. 143.

²⁰ Ibid., p. 145.

de exigir algo de alguém cuja conduta é devida, e que essa conduta é devida somente pelo fato de haver uma norma de direito objetivo exigindo essa conduta, Kelsen passa a examinar os discursos específicos sobre os chamados direitos subjetivos. O autor austríaco entende haver uma distinção clássica estabelecida pela doutrina entre direito sobre um bem – ou uma “coisa”, na tradução feita da obra do autor – (*jus in rem*) e o direito em face de uma pessoa (*jus in personam*)²¹. Esta distinção, no entanto, induz ao erro, pois, conforme o autor:

*Também o direito sobre uma coisa é um direito em face de pessoas. Quando, para manter a distinção entre direito real e direito pessoal, se define aquele como o direito de um indivíduo a dispor de qualquer forma de uma coisa determinada, perde-se de vista que aquele direito apenas consiste em que os outros indivíduos são juridicamente obrigados a suportar esta disposição, quer dizer: a não impedir ou por qualquer forma dificultar; que, portanto, o *jus in rem* é também um *jus in personam*. De primária importância é a relação entre indivíduos, a qual também no caso dos chamados direitos reais consiste no dever de uma determinada conduta em face de um indivíduo determinado. A relação com a coisa é de secundária importância, pois apenas serve para determinar com mais rigor a relação primária. Trata-se da conduta de um indivíduo em relação a uma determinada coisa, conduta que todos os outros indivíduos são obrigados, em face do primeiro, a suportar*²².

Segundo Kelsen, “o direito real subjetivo por excelência, sobre o qual é talhada toda a distinção, é a propriedade”²³. O direito de propriedade obviamente consiste em uma determinada relação de um sujeito de direito com outros, ou seja, no dever destes últimos de não impedir aquele no seu poder de disposição sobre uma determinada coisa, ou bem, e não dificultar também de forma nenhuma o exercício desse poder de disposição. Nesse sentido afirma o autor, *in verbis*:

*(...) Aquilo que se designa como exclusivo domínio de uma pessoa sobre uma coisa é exclusão de todos os outros, estatuída pela ordem jurídica, do poder de disposição sobre a coisa. O domínio de um, juridicamente, é apenas o reflexo da exclusão de outros*²⁴.

²¹ Ibid., p. 145.

²² Ibid., pp. 145-146.

²³ Ibid., p. 146.

²⁴ Ibid., p. 146.

O direito de propriedade, portanto, consiste no fato de todos os outros indivíduos serem obrigados a não impedirem um indivíduo determinado (proprietário) de dispor sobre uma determinada coisa (propriedade) ou a não prejudicarem por qualquer forma este poder de disposição. No entanto, Kelsen afirma que “o direito reflexo de propriedade não é propriamente um direito absoluto e sim um reflexo de uma pluralidade de deveres de um número indeterminado de indivíduos em face de um e o mesmo indivíduo com referência a uma e a mesma coisa”²⁵.

2.4. Direito subjetivo como poder jurídico

Após demonstrar os problemas com a classificação de direitos subjetivos em reais e pessoais e apontar os erros de se entender tais direitos como ‘interesses juridicamente protegidos’²⁶, Kelsen se debruça sobre a teoria da vontade, que entende os direitos subjetivos como um “poder de vontade conferido pela ordem jurídica”²⁷. Tal doutrina – entendida de forma resumida – descreve o direito subjetivo enquanto um direito que o titular do direito reflexo possui de ingressar com uma ação judicial caso o titular do dever jurídico atue de forma oposta a seu dever, descumprindo-o. Ou seja, segundo a caracterização do autor, entre os pressupostos da sanção que constitui um dever jurídico, se conta uma atuação, em forma de ação judicial, normalmente realizada pelo indivíduo em face do qual o dever existe, atuação essa endereçada ao órgão aplicador do Direito e visando a execução da sanção²⁸.

Sob esse viés, o direito reflexo reveste o seu titular de poder jurídico para ingressar com uma ação judicial caso o seu dever jurídico correlato seja descumprido. Sendo assim, pode-se dizer que somente existe uma *pretensão* como ato juridicamente eficaz quando exista um direito subjetivo em sentido técnico, quer dizer, o poder jurídico de um indivíduo de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento de um dever jurídico em face dele existente²⁹.

²⁵ Ibid., p. 147.

²⁶ Tal concepção clássica é afastada por Kelsen nos seguintes termos: “Do ponto de vista de uma concepção que encare o Direito como norma ou sistema de normas, porém, o direito subjetivo não pode ser um interesse – protegido pelo Direito –, mas apenas a proteção ou tutela deste interesse, por parte do Direito objetivo. E esta proteção consiste no ato de a ordem jurídica ligar à ofensa desse interesse uma sanção, quer dizer, no fato de ela estatuir o dever de não lesar esse interesse”. Ibid., p. 149.

²⁷ Ibid., p. 150.

²⁸ Ibid., p. 150.

²⁹ Ibid., p. 151.

A doutrina tradicional acredita que o direito subjetivo consiste em mero poder jurídico, ou seja, que uma norma jurídica faz de uma conduta deste indivíduo, por ela determinada, pressuposto de determinadas consequências. Portanto, tal doutrina considera o direito subjetivo como mero poder de vontade conferido pela ordem jurídica e praticado através da ação judicial.

Todavia, Kelsen afirma que essa concepção é um tanto quanto simplista e inocente, afinal por direito subjetivo não se deve entender apenas como poder jurídico, mas sim este poder jurídico em combinação com o direito reflexo, quer dizer, um direito reflexo provido ou revestido deste poder jurídico. Sendo assim, o *“centro gravitacional reside no direito reflexo”*³⁰. No entanto, cabe a ressalva novamente de que a essência do direito subjetivo reside no fato de uma norma conferir a um indivíduo o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento de um dever jurídico. Nestes termos, para Kelsen, o direito subjetivo é mais do que um mero direito reflexo como se poderia acreditar de início, sendo este, a combinação do direito reflexo com o poder jurídico, conferido por uma norma a um indivíduo, de fazer valer, através de uma ação o não-cumprimento de um dever jurídico³¹. Portanto, através desse poder jurídico o titular do direito reflexo ingressa com uma ação e, por fim, obtém uma decisão judicial em que se estatui uma sanção concreta como reação contra a violação do dever³².

São estas as principais observações de Kelsen quanto ao direito subjetivo³³. Agora o foco será na concepção um tanto quanto peculiar dos direitos subjetivos formulada por Alf Ross.

3. ALF ROSS E O DIREITO SUBJETIVO

A obra de Alf Ross é melhor entendida se destacado, em primeiro lugar, o background filosófico do autor. Ele fazia parte do movimento jusfilosófico que ficou conhecido como *“realismo escandinavo”*. Tal corrente de

³⁰ Ibid., p. 154.

³¹ Ibid., p. 152.

³² Ibid., p. 153.

³³ Não se olvida da caracterização do direito subjetivo como permissão positiva (da autoridade) – entendida como situação em que o indivíduo com direito a exercer uma atividade autorizada tem o poder jurídico de, no caso de uma violação do correspondente dever, instaurar o procedimento jurídico que conduz à sanção – por se tratar de uma mera aplicação do conceito construído no ponto anterior. Também tem-se consciência da formulação kelseniana de direito subjetivo como direito político. A escolha por deixar tal espécie especial de fora foi feita com base no entendimento de que as discussões sobre o assunto não acrescentam nenhuma propriedade ao conceito cunhado pelo autor, além de entrar em questões que por si exigiriam um artigo próprio. Ver *ibid.*, pp. 155-162.

pensamento, fundada por Axel Hägerström tinha como base epistemológica o fim da utilização de conceitos metafísicos para explicar o direito e outros institutos sociais³⁴. Dessa forma, Hart anota que essa tradição, tendo como paradigma a obra de Hägerström:

[C]onstitui um esforço permanente de mostrar que noções geralmente aceitas como partes da estrutura do direito, como direitos, obrigações, transferências de direitos e validade são, em parte, compostas de crenças supersticiosas, "mitos", "ficções", mágica ou confusões grosseiras³⁵.

Dentro desse movimento, o trabalho de Ross é tanto simples como radical, tendo em vista que ele estabelece como meta a limpeza do direito de todas e quaisquer referências místicas a conceitos abstratos e entidades metafísicas³⁶. Trata-se de uma tentativa de traduzir conceitos jurídicos para comportamentos observáveis, típicos das ciências sociais. É assim que ele descreve seu trabalho logo no começo de seu livro:

A principal ideia deste trabalho é levar no campo do direito os princípios do empirismo às suas conclusões últimas. Desta ideia emerge a exigência metodológica do estudo do direito seguir os padrões tradicionais de observação e verificação que animam toda a moderna ciência empirista, e a exigência analítica das noções jurídicas fundamentais serem interpretadas obrigatoriamente como concepções da realidade social, do comportamento do homem em sociedade e nada mais³⁷.

O argumento aqui descrito não é simplesmente que se deve evitar a interpretação do mundo de uma maneira que exija entidades metafísicas adicionais, mas que a ontologia do direito é duplamente estranha: por um lado, o direito usa linguagem normativa convencional (que pode ser encontrada em outras esferas normativas); mas, por outro, o direito se mantém separado do discurso normativo convencional. Ou seja, é possível

³⁴ Não pretendemos fazer uma caracterização extensa da complexa base filosófica dos realistas jurídicas. Nosso objetivo era apenas fixar as bases comuns e que são necessárias para a compreensão dos próximos pontos. Para explicações mais completas acerca do assunto ver, entre outros: RUBIO CASTRO, Ana María. "Teoría del derecho y derecho subjetivo en Alf Ross". In. Revista de estudios políticos, Nº 50, pp. 213-240, 1986; SPAACK, Torben. A Critical Appraisal of Karl Olivecrona's Legal Philosophy. Cham: Springer, 2014.

³⁵ HART, Herbert L. A. "Realismo Escandinavo". In. Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 181.

³⁶ BIX, Brian H. "Ross and Olivecrona on Rights". In. Australian Journal of Legal Philosophy, Vol. 34, 2009, p. 104.

³⁷ ROSS, Alf. Direito..., p. 19.

dizer “de acordo com o direito, eu devo fazer ϕ ” e ao mesmo tempo afirmar que “moralmente, eu devo não fazer ϕ ”³⁸. O que o Ross está tentando evitar é a criação de todo um universo normativo para o discurso jurídico.

*Por esta razão é que rejeito a ideia de uma “validade” a priori específica que coloca o direito acima do mundo dos fatos e reinterpreto a validade em termos de fatos sociais; rejeito a ideia de um princípio a priori de justiça como guia para a legislação (política jurídica) e ventilo os problemas da política jurídica dentro de um espírito relativista, quer dizer, em relação a valores hipotéticos aceitos por grupos influentes na sociedade; e, finalmente, rejeito a ideia segundo a qual o conhecimento jurídico constitui um conhecimento normativo específico, expresso em proposições de dever ser, e interpreto o pensamento jurídico formalmente em termos da mesma lógica que dá fundamento a outras ciências empíricas (proposições de ser)*³⁹.

3.1. Direito subjetivo como ferramenta técnica de apresentação

O conceito de direito subjetivo – o de direito de propriedade, por exemplo – são para Alf Ross *tû-tû*⁴⁰, ou seja, palavras vazias desprovidas de qualquer referência semântica. Alf Ross acredita que os conceitos fundamentais pertencentes à esfera dos direitos subjetivos, como o conceito de propriedade, não foram criados pelos autores de direito, mas herdados de ideias geralmente aceitas. Eles seriam oriundos do vocabulário usado na esfera normativa da moralidade.

Deve-se destacar, no entanto, que Ross – como os outros expoentes do Realismo Escandinavo – endossava a posição meta-ética dos emotivistas da época, como A. J. Ayer e, principalmente, C. L. Stevenson. Tal postura, em breves linhas, propõe uma forma de não-cognitivismo. Isso significa que as afirmações de cunho moral não são falseáveis. Em verdade, e de forma simplificada, são apenas enunciados de sentimentos, emoções, ou expressões com o objetivo de se convencer o ouvinte a ter a mesma postura. Quando alguém diz que “matar é errado”, por exemplo, está apenas dizendo “eu desaprovo o ato de matar” – e, ou, “eu desaprovo o ato de matar e você

³⁸ BIX, Brian H. “Ross and Olivecrona on Rights”. In. *Australian Journal of Legal Philosophy*, Vol. 34, 2009, p. 105.

³⁹ ROSS, Alf. *Direito...*, p.20.

⁴⁰ ROSS, Alf, *Tû-Tû*. Editora Quartier Latin, São Paulo, 2003, p. 31.

também o deveria”. Não há, para esses autores, um referente no mundo – que não os próprios sentimentos do falante – que dê um significado especial, moral, a essa frase. Trata-se de uma ideia que desemboca em um não-realismo⁴¹, ou seja, em uma negação da existência de fatos morais.

É por esse background emotivista (e não-realista) que Ross entende que os direitos subjetivos não possuem um referente semântico e, portanto, podem ser reescritos pelo profissional do Direito de outra forma. As frases em que os termos mencionados aparecem podem “ser reescritas sem fazer uso da expressão, indicando a conexão que nas diretivas jurídicas existe entre os fatos condicionantes e as consequências condicionadas”⁴². O conceito de “direito subjetivo” é, portanto, uma *ferramenta técnica de apresentação*, ou um *conceito conectivo*⁴³, que conecta uma disjunção de fatos operativos e uma conjunção de consequências jurídicas. Nas palavras do autor:

*Podemos concluir, portanto, que em todos os contextos que consideramos, os enunciados referentes a direitos subjetivos cumprem a função de descrever o direito vigente ou sua aplicação a situações específicas concretas. Ao mesmo tempo, contudo, é preciso afirmar que o conceito de direito subjetivo não tem qualquer referência semântica; não designa fenômeno algum de nenhum tipo que esteja inserido entre os fatos condicionantes e as consequências condicionadas; é, unicamente, um meio que torna possível – de maneira mais ou menos precisa – representar o conteúdo de um conjunto de normas jurídicas, a saber, aquelas que ligam certa pluralidade disjuntiva de fatos condicionantes a certa pluralidade cumulativa de consequências jurídicas*⁴⁴.

O conceito de direito subjetivo somente adquire significado específico,

⁴¹ O não-realismo que se está tratando aqui é tão-somente o meta-ético. Pode parecer como uma contradição em termos classificar um não-realista como um realista jurídico. Mas, trata-se de usos diferentes do termo “realista”. A proposição para a meta-ética está relacionada, de forma bastante rude, àqueles que defendem a existências de fatos morais no mundo. A proposição para a teoria do direito é utilizada para descrever aqueles que acreditam que o conceito de direito deve ser restringido às decisões judiciais. Há ainda um terceiro uso do termo que deve ser comentado, que é aquele utilizado pela discussão metodológica filosófica. Nesse caso, Ross é um naturalista por entender que os estudos de outras áreas do saber devem necessariamente ser utilizados por filósofos para a produção do conhecimento. Alf Ross é, portanto, um realista do direito, que defende um realismo metodológico e um não-realismo em termos meta-éticos.

⁴² ROSS, Alf, *Direito...*, p. 206.

⁴³ SPAAK, Torben. “Alf Ross on the Concept of a Legal Right”. In. *Ratio Juris*, Vol. 27, Nº 4, pp. 461-476, 2004, p. 462.

⁴⁴ ROSS, Alf, *Direito...*, p. 208.

portanto, quando o evento fatural é interpretado em relação a uma ideologia vigente às normas jurídicas. Ou seja, um fato frente às normas jurídicas vigentes gera um complexo de consequências jurídicas, não importando o conceito ou a palavra utilizada, pois até mesmo o leigo sabe as consequências de seu ato, sabendo, por exemplo, que não pode contrair dois matrimônios, pois sofrerá uma sanção⁴⁵. Portanto, para o autor somente há uma expressão com sentido quando há um conjunto de regras relacionado com outro conjunto de regras que expressam as consequências jurídicas que se imputam a um fato determinado. Os *direitos subjetivos*, portanto, ganham significado somente quando analisadas as regras que trazem consequências jurídicas para aqueles fatos que estão sendo alegados como *geradores de direitos subjetivos*.

3.1.1. Aplicação do conceito de direito subjetivo

Alf Ross acredita ser perfeitamente viável expor o direito vigente dispensando-se completamente o uso do conceito de direito subjetivo, isto porque, como já foi dito, tal conceito não designa nenhum fenômeno que exista em certas circunstâncias específicas. Sendo assim, o autor tenta mostrar o que caracteriza as situações jurídicas em que se costuma falar de direitos subjetivos.

Por conseguinte, afirma Ross que as liberdades estão excluídas do conceito de direito subjetivo, pois as vantagens conferidas a uma determinada pessoa titular do direito subjetivo têm que surgir como consequência de um regramento jurídico. E dado ter o regramento jurídico sempre um efeito restritivo, o direito subjetivo será sempre correlato de um dever, ou seja, uma restrição ao próximo⁴⁶. Por exemplo, a propriedade inclui um privilégio para o proprietário, porque se acha em liberdade de usar e usufruir do objeto, enquanto, ao mesmo tempo, os outros estão excluídos.

Além disso, é importante ressaltar que o conceito de direito subjetivo pressupõe que o titular do direito dispõe de uma *faculdade* relativamente à pessoa obrigada, isto é, pode o primeiro fazer valer seu direito instaurando

⁴⁵ Ibid., p. 207.

⁴⁶ Ibid., p. 209-210.

um processo, sendo este poder de exclusivo do aludido⁴⁷. Desta forma, nesse ponto cabe citar o autor *ipsis literis*:

Em resumo, podemos dizer que o conceito de direito subjetivo é usado unicamente para indicar uma situação na qual o ordenamento jurídico deseja assegurar a uma pessoa liberdade de poder se comportar – no âmbito de uma esfera específica – como lhe agrada, a fim de proteger seus próprios interesses. O conceito de direito subjetivo indica a auto-affirmação autônoma do indivíduo (grifo nosso)⁴⁸.

Portanto, o titular do direito subjetivo típico⁴⁹ possui três características concomitantes: é aquele em cujo benefício se acha restrita a liberdade de ação de outra pessoa; aquele que tem o poder de fazer valer o direito instaurando processos; aquele que tem o poder de alienar o direito; Ou seja, a mesma pessoa é sujeito do interesse, sujeito dos processos e sujeito da alienação. Dessa forma, poder-se-ia dizer que estas diferentes funções são efeitos do próprio direito subjetivo.

3.1.2. A estrutura de um direito subjetivo

Alf Ross traz quatro elementos principais que constituem o direito subjetivo, são eles: o sujeito do direito subjetivo (nas situações típicas é o sujeito do interesse, dos processos e da alienação); o conteúdo do direito subjetivo (é, restritamente falando, à faculdade específica em virtude da qual um direito se distingue do outro); o objeto do direito subjetivo (o objeto físico em relação ao qual o titular do direito tem uma faculdade de gozo exclusivo); e, por fim, a proteção do direito subjetivo (é a proteção processual ou estática, a possibilidade de obter uma sentença contra a pessoa obrigada através de uma ação judicial)⁵⁰.

Dentro da ideia de proteção do direito subjetivo, o autor ainda faz uma distinção entre a proteção estática e a proteção dinâmica que, para fins conceituais, merece leitura:

⁴⁷ Ibid., p. 210.

⁴⁸ Ibid., p. 211.

⁴⁹ Esse sujeito geral que concentra as três características mencionadas está relacionado com situações típicas, se essas características estiverem separadas e distribuídas entre mais de um sujeito ter-se-á, portanto, situações atípicas. Não cabe fazer a diferenciação entre situações típicas e atípicas de forma mais minuciosa devido a brevidade que se espera do trabalho. Nesse sentido vide Ibid., p. 212-217.

⁵⁰ Ibid., p. 218-219.

A proteção estática se refere às sanções passíveis de serem aplicadas no caso de violação do direito subjetivo. (...) A proteção dinâmica, por outro lado, nada tem a ver com sanções. As regras de proteção dinâmica regulam a competição entre diversos sucessores em conflito, cada um dos quais tem por si mesmo uma expectativa legítima de sucessão. A proteção dinâmica, assim, não é proteção de uma posição jurídica existente, mas da expectativa de um sucessor de ser colocado numa posição jurídica. Esta proteção, conforme as circunstâncias, pode ser absoluta, porque o ordenamento jurídico, sob certas condições, torna indiscutível a posição jurídica que resulta de uma sucessão⁵¹.

Ross, portanto, esclarece que o significado do direito subjetivo dado por uma norma do direito objetivo tem uma estrutura semântica que liga dois sujeitos (um titular do direito e outro obrigado), uma faculdade em relação a um objeto e uma proteção de que essa relação seja mantida. Destaque-se novamente que Alf Ross afirma que acima de tudo deve ser exaltada a importância do conceito de direito subjetivo como ferramenta de apresentação. Esse esquema que o direito subjetivo proporciona ajuda a entender o que de fato ocorre numa situação regulada pelo direito objetivo.

3.2. Direitos pessoais e direitos reais

A doutrina tradicional, bem como explicitado em Kelsen no ponto anterior, considera a existência de dois grupos principais de direitos subjetivos: os direitos reais e os direitos pessoais. O direito real ou o direito *in rem* é, para a mencionada doutrina, um direito sobre um bem dotado de proteção *in rem*, enquanto o direito pessoal ou *in personam* é um direito frente a uma pessoa, e, portanto, dotado de proteção *in personam*.

No entanto, Ross considera essa terminologia inapropriada porque as expressões *in rem* e *in personam* aludem igualmente ao conteúdo do direito e a sua proteção, o que pode gerar confusões. Sendo assim, prefere empregar uma expressão para a diferença de conteúdo e outra para a diferença de proteção. Desta forma, para o conteúdo utiliza *direito de disposição* e para a proteção utiliza *direito de faculdade*⁵².

⁵¹ Ibid., p. 220.

⁵² Ibid., p. 226.

Existe, portanto uma conexão necessária entre essas duas distinções, de modo que um direito de disposição é, normalmente, dotado de proteção *in rem*, e um direito de faculdade de proteção *in personam*. É dessa maneira que caracteriza o autor:

O direito de disposição é um conceito com propensão sociológica; define uma situação jurídica em relação ao efeito econômico, a utilização real de um benefício como efeito prático de uma posição jurídica.

O direito de pretensão ou faculdade, por outro lado, é um conceito puramente jurídico que expressa unicamente a posição jurídica (a pretensão do credor, o dever do devedor) e desconsidera a vantagem econômica resultante da aplicação prática das normas (a perspectiva do credor de obter o cumprimento)⁵³.

Sob esse viés, pode-se dizer que o direito de disposição é um direito que consiste exclusivamente em faculdades não exigíveis (não vencidas), e o direito de pretensão ou faculdade é um direito com faculdades exigíveis (vencidas)⁵⁴.

Perante o exposto, resta claro que o autor tenta elaborar uma nova distinção que evite a confusão, afinal para ele os conceitos são destituídos de qualquer referência semântica (*Tû-Tû*), podendo ser expressados por qualquer outro que ajude melhor a compreensão. Assim sendo, cabe deixá-los o mais claro possível para que funcionem como verdadeiras ferramentas metodológicas de compreensão do direito objetivo.

4. CONCLUSÃO

Como dito no início do presente trabalho, não há aqui a intenção de esgotar o tema ou de fazer análise minuciosa sobre a obra dos autores elencados. O objetivo pretendido era o de demonstrar duas visões distintas e fornecer material para pesquisa futura. Diante disso, destaque-se que o conceito de direito subjetivo aparece de forma diferente, mas semelhante, na obra dos dois autores.

Para aqueles interessados em fazer análise conceitual, deve-se ressaltar

⁵³ Ibid., p. 230.

⁵⁴ Ibid., p. 232.

as diferenças que permitem tratar os dois autores de forma distinta. Sobre isso, pode-se dizer que o principal na teoria de Kelsen sobre o assunto é seu conceito de direito reflexo, pois é neste ponto em que o autor precipuamente diferencia-se de Alf Ross.

Kelsen considera sujeito apenas o titular do dever jurídico sendo o titular do direito reflexo mero objeto. Pode-se resumir a concepção kelseniana de direito subjetivo em uma simples fórmula: *direito subjetivo = direito reflexo + poder jurídico*. Portanto, considera o dever jurídico como importância primária e o direito subjetivo como tendo importância secundária.

Por outro lado, para Ross o titular do direito subjetivo, *lato sensu* e nas relações típicas, é todo aquele que é sujeito do interesse, sujeito dos processos e sujeito da alienação, ou seja, não é mero objeto, ou reflexo do dever jurídico. Além disso, para ele o direito subjetivo é mera ligação de certa pluralidade disjuntiva de fatos condicionantes a certa pluralidade cumulativa de consequências jurídicas, e nesse ponto, pode-se perceber que considera bastante importante a presença da sanção, tal como Kelsen. No entanto, não acredita na expressão direito subjetivo e tenta sair da doutrina clássica dizendo que esta é destituída de qualquer referência semântica, podendo, portanto, ser denominado de qualquer coisa (*Tû-Tû*) basta observar os fatos condicionantes e as consequências jurídicas.

Em contrapartida, a semelhança extraída dos autores deve ter relevo para os que estão interessados na aplicação prática de direitos subjetivos, bem como para aqueles que estão empenhados em discutir filosofia política. Quanto a isso, cabe mencionar que ambos os autores acreditam que os direitos subjetivos estão destituídos de qualquer conteúdo moral e metafísico, estando este relacionado, através do dever jurídico correlato, intrinsecamente com a norma e as obrigações estatuídas por esta através das sanções e consequências jurídicas.

Essa conclusão parece importante, pois tanto Kelsen como Ross deslocam a discussão moral para fora do tópico, deixando apenas uma análise técnica aos operadores e estudiosos dos direitos subjetivos jurídicos. Isso por um lado gera uma limitação óbvia: a de se esvaziar a discussão substantiva sobre o objeto de estudo. Mas, também cria algo importante para a teoria do direito, o ônus argumentativo para os que pretendem fazer análises substantivas sobre o assunto.

Em primeiro lugar, deve-se argumentar sobre por qual motivo os direitos subjetivos são melhores explicados se atrelados a concepções fora do direito objetivo. Isto é, torna-se necessário afastar ambas as visões – nesse sentido, positivistas – sobre o tema e explicar o motivo pelo qual elas não exercem um papel explanatório adequado da matéria.

Por fim, não cabe mais assumir que todos compartilham de uma mesma visão meta-ética realista e se voltar apenas a discutir argumentos em favor de certos princípios. O encargo agora é maior. Deve-se pensar em uma meta-teoria do direito. Para superar o argumento do esvaziamento dos direitos subjetivos deve-se advogar em favor de uma meta-ética mais robusta, que descredencie os argumentos emotivistas de Ross ou céticos de Kelsen. Este, com certeza, é um desafio muito mais árduo.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ GÁLVEZ, Íñigo. "Sobre el Concepto de Derecho Subjetivo de Hans Kelsen". In. Boletín de la Facultad de Derecho, núm 17, pp. 27-74, 2001.
- BALLESTEROS, Alberto Montoro. "Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico: (notas sobre el pensamiento jurídico de Karl Olivecrona y Alf Ross)". In. Anales de Derecho – Revista de investigación en derecho. Vol. 4, pp. 19-98, 1983.
- BINDREITER, Uta, "The Realist Hans Kelsen", In. Kelsen Revisited, d'Almeida, Gardner e Green (Eds.), pp. 101-130, Oxford e Portland: Hart Publishing, 2013.
- BIX, Brian H. "Ross and Olivecrona on Rights". In. Australian Journal of Legal Philosophy, Vol. 34, pp. 103-119, 2009.
- CARRIÓ, Genaro. Notas sobre derecho y lenguaje. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.
- CHIASSONI, Pierluigi. "Wiener Realism" In. Kelsen Revisited, d'Almeida, Gardner e Green (Eds.), pp. 131-162, Oxford e Portland: Hart Publishing, 2013.
- HART, Herbert L. A. "Realismo Escandinavo". In. Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia. Rio de Janeiro: Elsevier, pp. 181-191, 2010.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- NINO, Carlos Santiago. Introdução à Análise do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- ROSS, Alf. Tù-Tù. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- _____. Direito e Justiça. São Paulo: Edipro, 2003.

RUBIO CASTRO, Ana María. "Teoría del derecho y derecho subjetivo en Alf Ross". In. Revista de estudios políticos, Nº 50, pp. 213-240, 1986.

SGARBI, Adrian. Introdução à teoria do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SPAACK, Torben. A Critical Appraisal of Karl Olivecrona's Legal Philosophy. Cham: Springer, 2014.

_____. "Alf Ross on the Concept of a Legal Right". In. Ratio Juris, Vol. 27, Nº 4, pp. 461-476, 2004.

DAS POSSIBILIDADES DE UM NEOCONSTITUCIONALISMO EM LINHAS TRIDIMENSIONAIS REALEANAS

Marcelo Machado Costa Lima¹

Resumo: Este artigo aborda a possível compatibilidade /incompatibilidade das denominadas concepções neoconstitucionais com um quadro jurídico-filosófico tipicamente brasileiro, construído no âmbito de uma tradição que, no decorrer da história, adotou o hibridismo por princípio. Nesta linha, entendendo ser o tridimensionalismo realeano uma das mais significativas sínteses do pensamento jusfilosófico brasileiro, é ambição no presente trabalho colocar em questão se a adesão às linhas neoconstitucionais recepcionadas pelo sistema pátrio estaria sendo efetivada em observância à teoria tridimensional do direito, linha seminal do pensamento jurídico-filosófico brasileiro.

Palavras-chave: Culturalismo. Teoria Tridimensional do Direito. Neoconstitucionalismo.

¹ Pós-doutorando em Direito Constitucional-Econômico pela Università degli Studi “G.D’Annunzio” Chieti-Pescara em cooperação interinstitucional com a Università di Roma Tor Vergata. Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2016). Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa (2007). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1999). Graduado em História pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1990). É professor no curso de Direito do Ibmec-RJ. Leciona nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito na Universidade Estácio de Sá. É pesquisador do Diretório de Pesquisa do CNPq «Institutos Jurídicos que Promovem o Desenvolvimento Econômico» - IBMEC - RJ e «A Sociedade Civil e o Estado de Direito: mutações e desenvolvimento, responsável pelas Linhas de Pesquisa Paradigmas da Justiça e Teoria do Estado e Teoria da Constituição», IBMEC - RJ. Integra o corpo de examinadores para concursos jurídicos na Fundação Getúlio Vargas. Orienta iniciação Científica pelo CNPq/UNESA em «Jurisdição Constitucional e Judicialização da Ordem Econômica». Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando nas áreas de Direito Constitucional (principalmente nas subáreas de História do Constitucionalismo Brasileiro, Teoria da Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Constitucional Econômico), Metodologia da Pesquisa e Filosofia Jurídica.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por pressuposto a visão de que um sistema jurídico necessita construir suas linhas teóricas adequando-se à realidade histórico-cultural do país em que são aplicadas. Assim, um sistema jurídico só consegue estabelecer seus mecanismos e institutos quando estes se adequam aos modelos teórico-filosóficos a que se submete. Como não poderia deixar de ser, uma lógica sistêmica somente é possível ser construída e solidificada no decorrer do tempo histórico.

Muito embora seja possível, no limite, considerar a possibilidade de um sistema jurídico cuja lógica tenha sido construída fora das bases tradicionais e mentais de um determinado povo vir a cumprir a função de manter a ordem (mesmo que precariamente pela via autoritária), fato é que tal situação é geradora de um enorme dispêndio de energia por parte do poder público, posto que a adesão interna do destinatário é elemento fundante para a obtenção de um juízo de legitimidade do sistema.

Sob esta perspectiva, o presente artigo visa a levantar discussão sobre se as bases fundantes de uma linha culturalista de tipo realiana (mais especificamente a versão tridimensional do direito) - considerada como uma grande síntese do hibridismo a que se submeteu o pensamento jurídico-filosófico brasileiro desde as suas origens lusas - é ou não adequada às recentes concepções neoconstitucionais (pós-positivistas) que estão sendo desenvolvidas pelos diversos atores do mundo jurídico pátrio - com especial entusiasmo pelos constitucionalistas.

A questão faz-se relevante em, ao menos, dois sentidos: um primeiro (e principal), que é o de saber se a nova leitura contemporânea do constitucionalismo estaria sendo recepcionada com o necessário ajuste fino necessário para se construir um (novo) constitucionalismo no Brasil, em um quadro compatível com a tradição jurídico-filosófica brasileira; mas também, em segundo plano (e subsidiariamente), exercitar o hábito de análise às importações (muitas vezes, acríicas) de modelos e institutos jurídicos alienígenas, procurando, no mínimo, adequá-los ao específico ambiente jurídico brasileiro.

De qualquer forma, é importante ressaltar que a reflexão que aqui se lança, não possui pretensões de definitividade. Na verdade, o que se

almeja é lançar um olhar mais atento para uma intuição forte, acerca da possibilidade de miscigenação entre o nosso tridimensionalismo jurídico e o neoconstitucionalismo, de forma a fazer com que este se amolde às raízes e às tradições sistêmicas brasileiras e, nesta linha, habilite-se de forma incontestável a produzir, no âmbito social e jurídico brasileiro, soluções reconhecidamente legítimas.

1. A CONCEPÇÃO CULTURALISTA E A BUSCA POR UMA SÍNTESE JUSTEORÉTICA

Seguindo a linha de uma divisão classificatória proposta por Machado Neto², passamos a apresentar alguns breves traços do chamado “culturalismo jurídico” (no qual se encaixará o tridimensionalismo jurídico), como movimento intelectual que se caracteriza por certo historicismo relativista que pretende uma síntese de todas as tendências justeoréticas. Com isso, busca-se a superação das variantes dogmáticas tanto do positivismo cientificista, mas também a do jusnaturalismo de cunho metafísico.³ Muito em razão desta busca sintética é que alguns autores mais próximos a estas posições culturalistas, são, por outros estudiosos, identificados a visões juspositivistas ou jusnaturalistas.

Uma visão culturalista iniciada por Tobias Barreto na segunda metade do Século XIX é reforçada no decorrer do Século XX, ao mesmo tempo em que algumas ideias vigentes de grande prestígio no período passam a ser fortemente contestadas. A ideia de progresso, por exemplo, tão cara aos evolucionistas, passa a ser criticada não apenas no campo da filosofia política (sob o argumento de que estaria a legitimar colonialismos e imperialismos), mas também no campo da epistemologia, que teria auxiliado a sustentar uma visão excessivamente otimista de avanço científico permanente. Observa-se, então, uma reabilitação da filosofia, que por meio de sua postura crítica, revela as incongruências de uma fé cega no cientificismo. Este, em seu processo de produção da “verdade”, ao acreditar seguir princípios totalmente certos,

² É o que se apreende em MACHADO NETO, Antônio Luís. História das Ideias Jurídicas no Brasil. São Paulo: Grijalbo, 1969, p. 179-235, quando o autor, em seu capítulo IV, acaba por assim subdividir as linhas de pensamento jurídico.

³ Em WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 176.

seguros e rigorosos para a investigação, acaba por se deparar, em algumas circunstâncias, com resultados precários e duvidosos.⁴

Assim, a partir desta postura crítica, no Século XX reforçam-se os argumentos em defesa de uma teorização que aponta para a historicidade dos seres humanos e, conseqüentemente, de um tipo de racionalidade construída no tempo, que se direciona para uma visão de história descontínua e não progressiva. Cada época histórica e para cada sociedade os conhecimentos e as práticas possuem um sentido próprio. Por isso não há “a cultura”, mas “culturas diferentes”, inclusive “as jurídicas”. Cada cultura - em decorrência das condições históricas e políticas nas quais se forma - inventa seu modo de se relacionar com o tempo, de criar sua linguagem, de elaborar seus mitos e suas crenças, de organizar as relações sociais, sua maneira de organizar o poder e a autoridade e, principalmente, de produzir seus próprios valores.

Nesse sentido, abre-se espaço, inclusive, para a produção de uma filosofia da diferença⁵ que mais se preocupa com as dessemelhanças e identidades. É bem verdade que esta vertente mais forte do culturalismo só se erguerá de forma mais incisiva nas últimas décadas do Século XX. Porém, ela não foi construída instantaneamente: é um movimento que encontra raízes nas construções desenvolvidas no decorrer desse último século, e não de forma contínua, mas de forma dialética, já que sempre houve reação (mais fortes ou mais fracas) por parte de outras concepções.⁶

⁴ Nesta linha, em JAIME, Jorge. *A História da Filosofia do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Vozes, 1999, v. II, p. 13-15.

⁵ A “filosofia da diferença” faz parte de uma linha de pensamento que se distancia das concepções filosóficas e científicas que eram tidas como verdadeiras e estabelece um novo paradigma, caracterizado pela interdisciplinaridade. Parte do princípio que as diversas áreas do conhecimento estão sempre se transformando e se relacionando entre si, e que, por isso, tanto o sujeito quanto o objeto do conhecimento são construções, ou criações, do discurso científico de que fazem parte. Pensadores como Foucault, Deleuze, Guattari e Derrida, entre outros, que estão relacionadas a essa linha, fazem parte de uma tradição que tem como expoentes Espinosa, Bergson e Nietzsche. Como acima dito, a filosofia da diferença se interessa menos pelas semelhanças e identidades e muito mais pela singularidade e particularidade, embora essa visão deva ser observada pelo campo do direito cum granu salis, já que, o nível de complexidade de análise exigido por uma concepção que privilegie visões particulares é sempre mais alto. Em relação ao direito e sua relação com a justiça, o problema é bem colocado em DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 30, quando afirma o autor: “A justiça é uma experiência do impossível (...) O direito não é justiça. O direito é o elemento do cálculo, é justo que haja um direito, mas a justiça é incalculável, ela exige que se calcule o incalculável.”

⁶ A Teoria Pura do Direito, por exemplo, é uma resposta que Kelsen dá ao que considera abuso das teses sociológicas para o direito. Por outro lado, embora tenham surgido versões jusnaturais que apresentam concessões à historicidade, versões mais ortodoxas sempre submeteram esta historicidade a princípios universais de justiça.

Mesmo que não se possa negar o papel de quadro de predomínio de um tipo de produção jurídica positivista/ naturalista na segunda metade do Século XIX, em que autores da Escola do Recife se destacaram, percebe-se mesmo neste período um papel de destaque concedido à história, às ciências sociais e à cultura no âmbito da produção do direito. Nesta linha, embora as visões cientificistas e evolucionistas (muito valorizadas, reitere-se, mesmo em alguns dos principais nomes da Escola de Recife) tenham entrado em decadência, a verdade é que produção positivista/ naturalista de maior prestígio se alicerçou exatamente nas pilastras da história e da cultura, mostrando que não se tratou de um fenômeno de “moda”, mas uma das permanências assumidas por uma tradição (jurídica) que vai se construindo.

Nesta direção, a produção jurídica parece ter se submetido, de forma mais clara, não apenas a um filtro jurídico-normativo, mas também a um filtro fático-axiológico. A legitimidade das normas jurídicas, como resultado da adesão das consciências a que se dirigem as normas⁷, passa a ser procurada no mesmo processo em que se busca os fundamentos de sua validade, de forma não apenas a respeitar as formalidades jurídicas do processo, mas, dentro do possível, a conexão das normas jurídicas com a cultura dos seus destinatários.

De qualquer forma, somente é possível observar um grande impulso do Culturalismo jurídico como posição justeórica, no Brasil, após a Segunda Guerra. Isso se dá principalmente por meio do Instituto Brasileiro de Filosofia (IBF), que se projetou como instituição devotada a promover o diálogo entre as diversas correntes de filosofia existentes no país.⁸ Inspirando-se em posições conectadas com a problemática axiológica e com o transcendentalismo neokantiano⁹, mas ainda herdeira de Tobias Barreto, busca ela reorientar as diversas tradições filosóficas nacionais rumo a uma interlocução centrada nos valores, na pluralidade e no mundo da cultura.¹⁰ Como não poderia deixar de ser, para os culturalistas o direito pertence ao

⁷ Nesta direção é definida a legitimidade em REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 482.

⁸ Segundo WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 175.

⁹ Segundo GUSMAO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 412 e WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 175-176.

¹⁰ Em WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 175.

mundo da cultura e não ao da natureza (*physis*)¹¹, estando presente em um mundo construído pelo homem, por meio da história, em uma sociedade e civilização carregadas de cultura. Assim, o direito não faria parte da natureza e não seria exclusivamente valor (compreendido em termos universais), pois pertencente à cultura.¹²

2. A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO NO ÂMBITO DA CONCEPÇÃO CULTURALISTA

A superação da hegemonia epistemológica do naturalismo jurídico-sociológico é a tese de teor culturalista produzida por Miguel Reale, no começo da década de 1940, onde molda e sistematiza uma visão tridimensional do direito baseada na relação entre as dimensões “fato” (sociologismo), “valor” (idealismo) e “norma” (formalismo).¹³ Em maior ou menor grau, essa concepção foi abraçada por um grande número de pensadores de destaque¹⁴,

¹¹ Segundo GUSMAO, Paulo Dourado. Introdução ao Estudo do Direito. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 412, quando observa-se neste ponto a influência kantiana.

¹² Segundo GUSMAO, Paulo Dourado. Introdução ao Estudo do Direito. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 412-414.

¹³ É o que afirma WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 176 e 177.

¹⁴ São nomes importantes a serem listados como representantes desse eclético grupo de culturalistas os nomes de Renato Cirell Czerna, que, embora tendo desenvolvido estudos na perspectiva do idealismo italiano e depois tenha sido seduzido pelo materialismo dialético, não deixou de receber influência do tridimensionalismo jurídico de seu mestre, Miguel Reale; Tércio Sampaio Ferraz Júnior, outro discípulo de Miguel Reale, mas que desenvolveu sua linha de estudos mais relacionada à semiótica jurídica; José Cretella Júnior e Teófilo Cavalcanti Filho, autores identificados às posições realianas; Oliveira Litrento, que embora por alguns atrelado a uma posição jusnaturalista (conforme MENDES, Antônio Celso. Filosofia Jurídica no Brasil. Curitiba: Editora Universitária Champagnat. São Paulo: IBRASA, 1992, p. 123) abraça, também ele, o tridimensionalismo jurídico, prevendo a necessária convergência entre sociologia jurídica e filosofia do direito. Aliás, sua admiração por Miguel Reale é expressa em LITRENTO, Oliveiros. Curso de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, p. 210, quando afirma ser o grande jurista “o maior expoente da Filosofia do Direito no Brasil”; Celso Lafer que traça os campos de investigação em posições que se avizinham das dimensões fática, normativa e valorativa proposta pela Teoria Tridimensional do Direito; Paulo Dourado de Gusmão, adepto da filosofia culturalista, enxergou no direito um objeto cultural com sentido (normas consagradas pelos legisladores ou o pensamento reinterpretado no âmbito da história, embora alguns o identifiquem como jusnaturalista; A. L. Machado Netto, tantas vezes referenciado neste trabalho, foi um seguidor do egologismo de Carlos Cossio e deu grande destaque à conduta humana no processo de produção do direito. Também na linha de Recaséns Siches, entendeu o direito como objeto cultural. Porém, não negou algumas das teses de Kelsen como a hierarquia normativa kelseniana ou mesmo a tese da norma fundamental; nessa linha, Marília Muricy Machado Pinto se atrela ao egologismo cossiano, mostrando em seu trabalho, inclusive, as influências da teoria egológica na teoria Pura do Direito de Kelsen, a partir da controvérsia entre Cossio e Kelsen quando o primeiro defendia que o direito se origina da existência humana e suas intenções e o segundo colocava a origem e finalidade do direito na ordem jurídica considerada em sua validade interna normativa autorreferente, independente de valores e cultura; João Maurício Adeodato, tido como legítimo herdeiro da Escola de Recife, sempre defendeu a flexibilização e relativização das fronteiras da história do Direito, observando que esta deve ser permeável a outras áreas do saber; Sílvio de

subdivididos em diversas rubricas que se concentram em torno de uma vertente, por vezes mais próximas a versões positivistas moderadas, outras vezes mais avizinhada a versões jusnaturalista, igualmente moderadas. Mesmo as críticas a um suposto conservadorismo que teria o culturalismo assumido nos dias atuais¹⁵, não parece ser suficientemente forte para mitigar a sua influência no espaço jurídico brasileiro.

De toda forma, o culturalismo encontrou no Brasil sua máxima relevância nesta linha de pensamento paradigmático de Miguel Reale que, sem abdicar de conquistas positivistas e jusnaturalistas, busca uma visão jurídica mais abrangente. Tendências como o historicismo idealista italiano (Benedetto Croce), o raciovitalismo orteguiano (Ortega y Gasset), a fenomenologia, o egologismo existencial, variadas nuances do marxismo acadêmico e militante, além de tendências tradicionais jusnaturalísticas mais recentes apresentam a característica de fundamentar posições justeóricas que enaltecem as dimensões fáticas e axiológicas do direito.

Entretanto, a posição realeana com sua teoria tridimensional do direito parece ser a mais consequente posição culturalista produzida, principalmente por ser a mais bem consistente e elaborada e, por isso mesmo, bastante influente no contexto teórico-filosófico brasileiro. A Teoria Tridimensional do Direito tem por pressuposto a Culturologia Jurídica, ou seja, a vivência do direito como cultura, como esforço humano de conquista e preservação daquilo que se concebeu ou se sentiu como valioso.¹⁶

Isso implica afirmar que, quanto maior a necessidade de uma determinada conduta, maior a pressão para que a mesma seja observada no quadro social. Porém, cessadas as circunstâncias históricas que levaram a que a mesma devesse ser observada, sua exigibilidade perde o sentido na mesma proporção que perde força a norma que a amparava. Trata-se de um problema no campo da eficácia e, evidentemente, no campo da legitimidade.¹⁷

Macedo, que além de identificar o direito como objeto cultural, recebeu em sua teorização forte influência do tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale; Luiz Fernando Coelho, que ao reconhecer a relação dialética de complementariedade entre as dimensões fática, normativa e axiológica no direito, atrela-se a um tipo de culturalismo realeano; Luiz Washington Vita, autodeclarado seguidor da perspectiva realeana de jusfilosofia (conforme VITA, Luis Washington. Disponível em: <http://www.cinfil.com.br/arquivos/Luis_washington_vita.pdf>, Acesso em 10/10/2013).

¹⁵ Em WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 176, o autor afirma que nas últimas décadas o Culturalismo Jusfilosófico tem se identificado com posturas idealistas, ecléticas e liberais, com perfil ideológico conservador, embora sem desmerecer as conquistas desta concepção.

¹⁶ Em REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 311.

¹⁷ Pode-se, adiantar uma pequena consideração acerca da relação entre eficácia e legitimidade, embora representem conceitos distintos. O grau de eficácia social de uma determinada norma é diretamente

Neste caminho, como se sabe, a visão jurídica culturalista de Reale nos leva a entender, a partir de sua Teoria Tridimensional do Direito, que o fenômeno jurídico ocorre em razão da integração indissolúvel das três dimensões pelas quais o direito pode ser observado: a dimensão fática, a dimensão valorativa e a dimensão normativa.¹⁸ Entre essas três dimensões há uma relação dialética de implicação e polaridade que só pode, necessariamente, ser analisada no âmbito do processo histórico-social.¹⁹

Porém, é equivocado asseverar que, por defender uma perspectiva culturalista, Miguel Reale priorize a dimensão fática em detrimento das demais. O pensamento realeano acaba por representar o produto das disputas intensas realizadas entre as diversas escolas que buscam a hegemonia de suas concepções a partir da segunda metade do Século XIX. Pelo contrário, parece ter a exata noção que a nossa tradição híbrida, que está sempre a buscar arranjos consensuais, só encontrará o desejado equilíbrio no momento em que a concepção proposta levar em conta as três dimensões, sem necessária sobreposição apriorística de uma sobre a outra.

A partir desta premissa, recusa Reale um sociologismo que traduza a exacerbação do fato^{20 21}, de um normativismo que represente a excessiva

proporcional ao grau de legitimidade da mesma, se entendermos como legitimidade o cumprimento da norma pelo destinatário em razão da aceitação interna da mesma e não em razão da força coativa (desproporcional) imposta pelo poder público. É bem verdade que a conclusão acima só pode ser considerada verossímil em um ambiente de normalidade democrática, situação em que a eficácia não se impõe unicamente pela força.

¹⁸ Segundo REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pág. 60 e seguintes, considerado ao mesmo tempo sob os aspectos sociológico-histórico, axiológico e normativo. Porém, o próprio autor deixa claro que uma percepção das três dimensões do direito não é uma percepção original, já que o seu tridimensionalismo é um desenvolvimento de outras concepções como a de Lask, Radbruch, Santi Romano, Hariou, Rascoe Pound, Julius Stone, Wilhelm Sauer. Porém, o que há de original na sua construção é a perspectiva dinâmica a que se submete o fenômeno jurídico em sua concepção tridimensional. O tema é desenvolvido em REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 511- 550.

¹⁹ Isso conduz a uma nova compreensão do método fenomenológico de Husserl, análise cujos resultados ficam na dependência de outros processos de natureza histórica e axiológica. LIMA, Paulo Jorge. Teoria Tridimensional do Direito. In: Dicionário de Filosofia do Direito. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968, p. 247.

²⁰ Há diferentes vertentes para enfatizar a dimensão fática. Há quem estabeleça maior acento na raça, ou no meio físico, ou na consciência coletiva, ou na densidade demográfica, ou no acaso, ou na interferência dos grandes homens, ou mesmo na fé religiosa. Segundo em REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 436, essas construções suntuosas, são “tão ricas de minúcias e erudição, quão precárias por seu artificialismo.” Evidentemente não podemos deixar de incluir como versão sociológica aquelas posições que consideram que o fenômeno jurídico é uma manifestação do pensamento econômico, principalmente as que advêm de uma perspectiva marxista.

²¹ No Brasil, a supremacia da perspectiva fática, foi, de forma mais relevante, marcada por alguns representantes da Escola de Recife (e ressaltamos Tobias Barreto e Silvio Romero) e também por Pontes de Miranda (e aí se justifica o fato de Clóvis Beviláqua considerar Pontes de Miranda um descendente autêntico da Escola de Recife). Também podemos afirmar que as análises positivistas como as de Pedro Lessa e João Arruda deram maior ênfase à dimensão fática, como foi típico do pensamento positivista de

valorização da dimensão normativa²², ou mesmo um eticismo (ou moralismo) em que se aponte maior destaque para a dimensão valor²³. Esta orientação tem por objetivo, então, conciliar essa posição culturalista, comprometida com a realidade jurídica, tanto com as exigências axiológicas, como também as técnico-formais. Neste sentido, o que propõe é um olhar integral ao fenômeno jurídico independentemente se este olhar provém do jurista, do sociólogo ou do filósofo.²⁴

A ênfase alargada à concepção teórico-filosófica do jurista paulista tem como fundamento o fato de considerarmos o tridimensionalismo não apenas uma corrente filosófica que se adequa ao quadro híbrido do pensamento brasileiro, tomando-lhe a essência a partir de uma estrutura epistemológica consistente, mas também em razão desta concepção ostentar o mérito de continuar sendo um saber normativo, mais precisamente correlacionado à normatividade do direito positivo.²⁵ Distancia-se de Kelsen, embora sem desprezar as conquistas teorizantes do vienense (como sempre faremos questão de frisar), ultrapassando o seu normativismo formalista.²⁶ Nesta linha, não há como discordar daqueles que apontam para a hegemonia e da incisiva influência do culturalismo axiológico de Miguel Reale na formação de várias gerações de juristas brasileiros.²⁷

raízes no Século XIX, o que não se seguirá com a forma positivista normativista kelseniana, para quem o maior acento está na dimensão normativa.

²² Em REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 455, o autor lembra que essa é a posição teórica proposta por Hans Kelsen (a qual analisaremos de forma mais acurada mais adiante dada sua importância), como reação ao sociologismo jurídico do final do Século XIX e início do Século XX. Em REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 455.

²³ Em REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 481-482, o autor expande por intermédio da denominação de “moralista” ou “eticista” uma posição mais voltada para a dimensão valor, de forma a evitar uma restrição da mesma a posições jusnaturalistas da velha Escola do Direito Natural, racionalista e abstrata, que idealizava uma ordem jurídica plena e perfeita. Assim, podemos distinguir entre os eticistas, os adeptos e os não adeptos de um conceito de direito natural. A fim de melhor definir o que o autor estabelece como eticista ou moralista, seguem algumas das características dessa vertente do pensamento jurídico, segundo Reale: “O dever ser dotado de conteúdo ético, a normalidade como imperatividade, os comandos assentes em razões teleológicas, a ordem jurídica baseada em princípios universais e obrigatórios, ou a eles vinculados (...)”. Porém, não deixa de ser marcante a passagem em que afirma: “É absurdo, em suma, no seu modo de ver, uma norma sem função diretiva e que não obrigue em consciência, quando a essência de uma regra consiste na ordenação de meios e fins.”

²⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 613

²⁵ Neste sentido, CLÉVE, Clèmerson M. *O Direito e os Direitos*. São Paulo: Acadêmica, 1988. P. 73-74.

²⁶ É bem verdade que Reale afirma que o pensamento jurídico kelseniano jamais foi formalista no sentido ingênuo da palavra. A forma própria do normativismo kelseniano é constitutiva já que desempenha sempre uma função referencial em relação à experiência social. Em REALE, Miguel. *Direito Natural/Direito Positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.62-63.

²⁷ Em WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 178, por exemplo, o autor cita o formalismo retórico da teoria da decisão jurídica de Tércio Sampaio

Há, no entanto, formulações críticas quanto a uma possível impotência do tridimensionalismo em continuar sendo uma proposta jurídica com alcance transformador. Alega-se, neste sentido, que a teoria tridimensional não mais possuiria eficácia para as novas necessidades de regulamentação social e para os objetivos político-jurídicos de uma sociedade de desenvolvimento tardio do capitalismo periférico,²⁸ principalmente se pensarmos em uma realidade, na qual a pluriculturalidade é incentivada e a defesa de identidades é considerada um direito de minorias e grupos vulneráveis.

Embora tais críticas sejam realizadas a partir de posições respeitáveis, entendemos que os problemas apontados podem ser superados pelo próprio desenvolvimento da teoria, já que o tridimensionalismo pode representar uma posição teórica de partida para se pensar concepções filosófico-jurídicas que se adequem às novas configurações sociais, valorativas e mesmo teórico-jurídicas que naturalmente emergem em um mundo no qual a dinamicidade é a regra. O direito, segundo Reale, sofre os influxos da realidade e dos valores produzidos na sociedade e o reproduz no campo normativo-jurídico.

Não se quer afirmar que a teoria realeana não mereça alguns reajustes, pois nos parece que Miguel Reale, ao traçar uma teoria capaz de se relacionar com os problemas que se impunham a uma sociedade específica, desenvolveu-a nos limites que o próprio repertório do momento histórico por ele vivido permitia. Ir além seria exigir que se pudesse enxergar além das possibilidades concedidas pelo seu próprio tempo histórico, concepção essa já veementemente refutada por Heidegger em *Ser e Tempo*, quando afirma que os limites do conhecimento e do entendimento encontram fronteiras nas possibilidades estabelecidas pelo nosso próprio tempo. O próprio Reale parece perceber isto quando afirma que o presente é a tensão entre o passado e o futuro, o dever ser a dar peso e significado ao que se é e ao que se foi, de forma a se criar uma correlação funcional entre valor e tempo, axiologia e história.²⁹

Ferraz Jr., o humanismo crítico-dialético de Roberto Lyra Filho, o sociologismo estrutural-funcionalista de José Eduardo Faria, o culturalismo fenomenológico de Luiz fernando Coelho, as tendências epistêmicas de base semiológico-discursiva de Luiz Alberto Warat e as proposições juspsonianas de Agostinho Ramalho Marques Neto.

²⁸ Em WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 177, essas críticas são realizadas, embora o autor reconheça as conquistas teóricas do tridimensionalismo. Sem apontar o pensamento realeano expressamente parece ir nesta mesma direção FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica: Crise do Direito e Práxis Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 182.

²⁹ Em REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito: situação atual*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 80-81. Nesta mesma direção CARNELLI, Lorenzo. *Tempo y derecho*. Buenos Ayres: Librería Jurídica, 1952, p. 142-143.

Assim, entendemos que o tridimensionalismo está longe de configurar uma posição teórica ultrapassada. Pelo contrário, seus alicerces teóricos encontram-se em plena conformidade com a tradição jurídica brasileira, colocando-se como concepção genética para novas teorizações que, a partir de seus pressupostos fundamentais, estejam aptas a se relacionar com teorias e realidades não consideradas pela teoria tridimensional como a hipercomplexidade social, a liquidez profunda, a multiculturalidade, bem como com o modelo de centralidade constitucional que o sistema jurídico brasileiro vem, pouco a pouco, abraçando. Neste caminho, passamos a tratar, então do denominado “neoconstitucionalismo”.

3. NEOCONSTITUCIONALISMO E SUAS CARACTERÍSTICAS FUNDANTES

Ao tentarmos estabelecer algumas das mais importantes características definidoras do neoconstitucionalismo, desde já nos situamos entre aqueles que consideram ser esta uma corrente tipicamente pós-positivista do direito³⁰. Cumpre, nesse sentido, esclarecer que o que denominamos por “neoconstitucionalismo” é um qualificativo que possui considerável margem de imprecisão. Essa situação se dá pela própria questão terminológica, em razão da ausência de clareza em conceitos que, em suas grafias, se fazem acompanhar pelos prefixos “neo” ou “pós”.

Essa questão vem sendo suscitada por vários autores que alegam que o que vem sendo chamado por neoconstitucionalismo não seria uma concepção teórico-filosófica autônoma, mas sim (para alguns) uma perspectiva do positivismo jurídico (débil), ou mesmo (para outros) uma posição corolária do jusnaturalismo. Não há como negar, porém, que a temática que envolve o núcleo do que iremos denominar por neoconstitucionalismo (que vem sendo tomado como um tema de grande interesse, tanto na tradição de *civil law*, como na *common law*³¹) envolve um conjunto de teorias e métodos que estão em joga nesse tipo de constitucionalismo do Pós-Guerra.

³⁰ Em POZZOLO, Susanna. Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos. Lima: Palestra Editores, 2011, p. 16 a autora afirma que o termo quer apontar um certo tipo de antipositivismo a partir de oposições teóricas paradigmáticas (princípios vs. Regras; ponderação vs. subsunção, constituição vs. legislação, judiciário vs. Legislativo).

³¹ Como lembrado em BARBERIS, Mauro. El Neoconstitucionalismo. Third Theory of Law. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos. Lima: Palestra Editores, 2011, pág. 249, outras expressões dão nomes a teorias que se aproximam do objeto de estudo do que denominamos por neoconstitucionalismo no mundo anglo-saxão: no positivism, theory of law as integraty, theory of law as interpretation, inclusive positivism.

Assim, a expressão “neoconstitucionalismo” será utilizada como uma denominação dada a uma certa concepção jurídico-filosófica que abarca um certo conjunto de teorias e métodos, sem maior preocupação com o fato de ser ou não esta nomenclatura a mais adequada. Aclare-se, no entanto, que a utilização da expressão aqui empregada não é arbitrária, pois é ela, dentre as denominações passíveis de serem utilizadas, a que mais vem sendo empregada para se definir tal conjunto de teorizações³², não só no Brasil, mas também na Espanha, Itália e América Latina, em geral.

Um outro esclarecimento que se faz relevante prestar é o de que, assim como não há um único positivismo, um só jusnaturalismo, ou mesmo uma só forma de expressão do realismo, também não é possível afirmar que a concepção neoconstitucional possua uma unidade conceitual³³. Na verdade, a categoria neoconstitucional tem sido vista das mais diversas formas, sendo utilizada para etiquetar ideias de autores de variadas tendências³⁴.

Por esta razão, a possibilidade de conceber o neoconstitucionalismo como um processo dotado de unidade segue aberta³⁵, sendo que, da

³² Neste caso, posicionamo-nos na mesma direção que POZZOLO, Susanna. *Introducción*. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). *Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos*. Lima: Palestra Editores, 2011, pág. 7.

³³ Estamos neste ponto em completa concordância com o exposto pelo autor em SANCHÍS, Luis Prieto. *Réplica a Juan Antonio García Amado*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madri: Editorial Trotta, 2007, p. 265, quando advoga esta tese. Também, na mesma direção, POZZOLO, Susanna. *Introducción*. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). *Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos*. Lima: Palestra Editores, 2011, pág. 7; JARAMILLO, Leonardo García. *Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.) *El canon neoconstitucional*. Madri: Editorial Trotta, 2010, p. 238 e PINO, Giorgio. *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neoconstituzionalismo e i suoi critici*. In: *Giurisprudenza costituzionale*. Vol. 56. 1, 2011, p. 969, ver também em WWW.unipa.it/gpino/Pino,%20Principi,%20ponderazione,%20e%20la%20separazione.pdf Acesso em: 13/07/2013. Ressalte-se a posição sustentada em ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Ariel: Barcelona, 2001, p. 309, quando o mesmo cita como defensores do “paradigma constitucionalista”, na linha de Dworkin, autores como MacCormick, Raz, Alexy e Ferrajoli. As teorias desses autores, embora possam ter pontos de contato com o pensamento de Dworkin, são de tal forma díspares, que isso bem define a dimensão do problema de unidade nas linhas de pensamento do neoconstitucionalismo. De toda sorte, apenas Alexy parece estar mais próximo às teses duras do neoconstitucionalismo, sendo que os demais são conhecidos constitucionalistas, embora da chamada linha soft. Mais emblemático ainda é caso do grande jurista Luigi Ferrajoli que, comumente citado entre as fileiras neoconstitucionais, afirma de forma categórica ser um positivista. É o caso de se questionar se a filiação a uma determinada escola se relaciona à autotaxi-classificação promovida pelo próprio estudioso ou à classificação conferida por seus pares.

³⁴ Neste sentido, JARAMILLO, Leonardo García. *Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Madri: Editorial Trotta, 2010, p. 239, para quem há ideias de variadas tendências defendida por autores que, até mesmo defendem posições incompatíveis entre si.

³⁵ Conforme JARAMILLO, Leonardo García. *Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Madri: Editorial Trotta, 2010, p. 238.

nossa parte, não fazemos nenhum tipo de oposição a um argumento desta natureza. Pelo contrário, entendemos que, se por um lado deve abarcar um conjunto de ideias e métodos que delimite uma teoria abrangente, por outro lado, consideramos interessante que essa teoria abrangente possa, por seu turno, abarcar subtipos que melhor se adequem aos sistemas que lhe utilizarão como referência.

Seguindo as linhas pretendidas por este trabalho, o neoconstitucionalismo que entendemos servir de concepção paradigmática no Brasil deve ser construído para se adequar às linhas da tradição jurídica brasileira³⁶, que não são as mesmas de países europeus como Espanha, Itália ou qualquer dos países latino-americanos que têm prestigiado de forma mais contundente esta concepção.

Na verdade, nem mesmo Portugal, com quem compartilhamos boa parte de nossa história e, nos dias de hoje, fortes afinidades de pensamento no âmbito jurídico, possui uma tradição jurídica que permita, sem restrições, utilizar de uma mesma exata concepção jurídica como filtro sistêmico. Aliás, outro ponto que reforça essa posição de especificidade que assumimos é o fato de podermos qualificar o movimento (neo) constitucional brasileiro como tardio, tomando como referência os fenômenos constitucionais que emergem na Europa do Pós-Guerra.

Entretanto, reiteramos, isso não quer dizer que o neoconstitucionalismo seja uma etiqueta sem pretensões convergentes e que abarque ideias sem conexões. Na esteira do que afirma Jaramillo, fazendo referência à feliz expressão de Wittgenstein, estaríamos diante de uma “família” de teorias neoconstitucionais³⁷, a qual inclui diversas variantes, mas que possui um conteúdo central identificador de um núcleo essencial capaz de estabelecer, se não uma teoria com pretensões epistemológicas, ao menos um cânone doutrinário³⁸.

³⁶ Fazendo-se lembrar que sempre se concede uma abertura para o diálogo fértil com outras tradições, muito mais ainda em um contexto de globalização. O que se nega é, como já foi dito no decorrer do trabalho, a importação acrítica, desvinculada de uma tradição. No caso, o que defendemos é que a moldura neoconstitucional proporciona a possibilidade de perfeita harmonização com o quadro da tradição mental e jurídica brasileira.

³⁷ Conforme JARAMILLO, Leonardo Garcia. Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción. In: CAROBELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.). El canon neoconstitucional. Madri: Editorial Trotta, 2010, p. 245. Também parece ser a posição em POZZOLO, Susanna. Introducción. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos. Lima: Palestra Editores, 2011, p. 7, quando a autora, reconhecendo a possibilidade de existência de vários neoconstitucionalismos, entende que a escolha do termo foi afortunada.

³⁸ Conforme JARAMILLO, Leonardo Garcia. Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.). El canon neoconstitucional. Madri: Editorial Trotta, 2010, p. 245.

Neste sentido, ainda seguindo a visão de Jaramillo, o neoconstitucionalismo pode ser entendido mais adequadamente como uma espécie de mosaico de concepções teóricas de ordem constitucional, político e judicial, cujos defensores pertenceriam ao que Thomas Kuhn denomina por uma específica comunidade de investigação³⁹.

Para que nos situemos dentro das linhas que consideramos adequada, embora concordemos com a posição daqueles que entendem ser o neoconstitucionalismo uma nova teoria jurídica que se opõe a uma teoria positivista do direito⁴⁰, preferimos compreendê-lo em um papel mais amplo, ou seja, constitui-se ele em um novo paradigma⁴¹. Isto porque, procura essa nova concepção superar não apenas a esgotada dialética positivismo-jusnaturalismo⁴² (sempre tão presente no contexto recente da história do pensamento jurídico brasileiro), mas também o próprio constitucionalismo liberal dos Séculos XVIII e XIX,⁴³ enfatizando duas posições teóricas cuja força é crescente nos sistemas constitucionais contemporâneos: forte conteúdo normativo e garantia jurisdicional⁴⁴.

Faz-se relevante ressaltar que esse neoconstitucionalismo, entre outras características que o autonomizam, constrói-se teoricamente na convergência de um jusnaturalismo continental fraco e um positivismo anglo-americano igualmente fraco⁴⁵, reforçando a tese da aproximação das

³⁹ Nesta direção, JARAMILLO, Leonardo Garcia. Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.). El canon neoconstitucional. Madri: Editorial Trotta, 2010, p. 245.

⁴⁰ Em SANCHÍS, Luis Prieto. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 131 e seguintes.

⁴¹ É defendida explicitamente a posição de que o neoconstitucionalismo se apresenta como um novo paradigma a se opor às demais concepções teóricas em obras como: BARBERIS, Mauro. Breve storia della filosofia del diritto. Bolonha: Il Mulino, 2004, p. 163 e seguintes; AHUMADA, M.A. La jurisdicción constitucional en Europa. Madri: Thompson/Civitas, 2005, p. 80-81; FIGUEROA, Alfonso García. Principios e derechos fundamentales. In: Constitución y derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 237 e 254 e REYES, Manuel Aragón. La constitución como paradigma. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos. Madri: Editorial Trotta, 2007, p. 40.

⁴² Em FIGUEROA, Alfonso García. Principios e derechos fundamentales. In: Constitución y derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 254-258.

⁴³, p. 286.

⁴⁴ Conforme SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. (Coord.). Diccionario de Derecho Constitucional. 2ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2005, p. 421.

⁴⁵ Na linha do que é afirmado em FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 161. Nesta linha, o autor entende que o neoconstitucionalismo desenvolvido mais próximo às linhas débeis do jusnaturalismo encontra em Robert Alexy, seu maior expoente, enquanto o positivismo débil se

famílias ocidentais da *Civil Law* e da *Common Law*⁴⁶. Este significativo ponto de encontro (sob o ponto de vista simbólico) entre essas duas famílias ocidentais coirmãs segue exatamente o caminho do processo de constitucionalização dos ordenamentos jurídicos, por um lado, e a materialização da regra de reconhecimento do sistema, pelo outro lado⁴⁷.

Como concepção, o neoconstitucionalismo centra-se na inteligência sistematizadora estabelecida pelo texto constitucional que tem por função, entre outras, organizar o sistema político, estabelecer direitos subjetivos fundamentais, filtrar e delimitar as fronteiras e espaços possíveis da compreensão jurídica de um dado ordenamento, por intermédio de suas normas regrativas e principiológicas, propiciando o locupletamento dos espaços vazios jurídicos que as mudanças fáticas, culturais e mentais, cada vez mais velozes, fazem surgir.

O neoconstitucionalismo é uma concepção particular, corolária da ideia de um direito submetido aos filtros impostos pela constituição, de uma forma como nunca se havia pensado antes. A rigor, embora haja quem fale de um “constitucionalismo dos antigos”⁴⁸, devemos ter em conta que por “constitucionalização” estamos nos referindo à passagem do chamado Estado Legislativo do Século XIX ao Estado Constitucional do Século XX. Assim, quando se afirma que não podemos considerar o direito do Século XIX - e por maior razão o direito dos séculos precedentes – como constitucionalizados, na verdade dizemo-lo a partir dessa visão mais abrangente. Somente quando o sistema passa a ser filtrado pela constituição (inclusive axiologicamente) é que devemos entender que se está diante deste fenômeno.

Como concepção jusfilosófica que busca ser paradigmática, o neoconstitucionalismo vem obtendo crescente destaque na América Latina,

desenvolveu no mundo anglo-saxão, a partir da insegurança que Ronald Dworkin infundiu nos adeptos do positivismo, em sua crítica à teoria positivista de Hart.

⁴⁶ Bem exemplifica o que acima foi dito a menção de Ronald Dworkin (tradição da *common law*) e Robert Alexy (tradição da *civil law*) serem considerados os nomes mais representativos desta etiqueta. No caso de Dworkin, embora seu nome seja bastante associado ao neoconstitucionalismo, o mesmo não só não adotou esta nomenclatura, como pouco participou da discussão realizada na Europa e na América Latina. Ressalte-se, aliás, que o vocábulo *new constitutionalism* assume nos Estados Unidos outro sentido, voltado para a esfera das discussões políticas.

⁴⁷ FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 161.

⁴⁸ Como referenciado em REYES, Manuel Aragón. La Constitución como paradigma. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madri: Editorial Trotta, 2007, p. 30, parafraseando Benjamin Constant.

bem como em países como Espanha, Portugal⁴⁹, Alemanha⁵⁰ e Itália⁵¹. Todavia, há de ser ter o cuidado, como já anteriormente frisado, com as importações acríicas e uma possível concepção adotada no Brasil. Deverá esta assumir posições teóricas que sejam compatíveis com sua tradição precedente, inclusive com o desenvolvimento de alguns institutos que sejam necessários para fazer funcionar um sistema que deve sempre almejar regular o direito de forma legítima, de forma a ser reconhecido internamente tanto por seus operadores, como pelos destinatários das normas.

Em tempos cada vez mais relacionados a um Estado Constitucional de Direito⁵², a verdade é que se reclama uma nova teorização, uma nova explicação que se afaste dos esquemas do chamado positivismo jurídico⁵³. Nesse sentido, enumeramos, então, de forma sintética, algumas das características que acabam por pressupor um núcleo fundante de ideias que caracterizam o pensamento neoconstitucional como concepção teórico-filosófica do direito, construído em torno às bases constitucionais do sistema. São elas⁵⁴: a) onipresença da constituição em todas as áreas do

⁴⁹ Sem que a doutrina portuguesa se utilize do termo “neoconstitucional” como denominação que abarque as novas teorizações constitucionais ocorridas no período do Pós-Guerra.

⁵⁰ Nesta direção MAIA, Antonio Cavalcanti. *Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo*. In: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 142.

⁵¹ Embora entre os italianos a tradição positivista seja não só predominante, mas bastante enraizada na forma pela qual concebem o sistema jurídico. Essa tradição encontra e resistência em nomes como, entre outros, Gustavo Zagrebelsky, Paolo Comanducci, Ricardo Guastini, Mauro Barberis, Susanna Pozzolo. Conforme já informamos, apesar de uma defesa incondicional ao constitucionalismo, é difícil apontar o nome de Luigi Ferrajoli nas esteiras pós-positivistas quando o próprio a recusa, embora haja quem afirme que é uma negação sem fundamento. Neste sentido, o autor italiano prefere, em detrimento das posições neoconstitucionais, apresentar defesa ao que denomina “constitucionalismo garantista”.

⁵² Conforme explicita COGLIANDRO, Giovanni. *Rule of Law. La possibilità del contenuto morale del diritto*. Milão: Giuffrè Editore, 2012, p. 301, a fórmula Estado Constitucional de Direito está no centro de um debate que não parece exaurir-se no âmbito da temática do Estado de Direito. A passagem deste Estado de Direito ao Estado Constitucional de Direito representou a explícita incorporação de valores morais no direito na doutrina que se desenvolveu após a Segunda Guerra. Para o mesmo autor, na p. 319, o neoconstitucionalismo se faz porta-voz desta forma de Estado, inclusive como uma forma particular de estruturar a organização dos poderes do próprio Estado. Também é feita essa distinção no decorrer em toda a obra de RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole*. Milão: Feltrinelli, 2006.

⁵³ Como bem afirma POZZOLO, Susanna. “el termino ‘neoconstitucionalismo’ será empleado para indicar una precisa prospectiva jusfilosofica que se caracteriza por ser constitucionalista (o sea, por insertarse en la corriente jusfilosofica dedicada a la formulación y predisposición de los límites jurídicos al poder político) y antipositivista.” Assim, embora entendamos que a definição mais adequada seria pós-positivista ou mesmo “nao-positivista”, a forma colocada pela autora bem explicita uma descontinuidade entre o positivismo e o neoconstitucionalismo, o que facilita a assunção deste último como concepção teórica autônoma.

⁵⁴ Tais características são apresentadas fundamentalmente em SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. (Coord.). *Diccionario de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2005, p. 420-423 e em GUASTINI, Riccardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 50

direito e em todos os conflitos minimamente relevantes, ao invés de espaços livres em favor da opção legislativa ou regulamentadora; b) onipresença judicial no lugar de autonomia do legislador ordinário; c) coexistência de uma constelação de valores tendencialmente contraditórios em lugar da homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si; d) mais princípios do que regras; e) mais ponderação que subsunção; rigidez constitucional, garantia jurisdicional da constituição; f) força vinculante da constituição; sobreinterpretação da constituição (a possibilidade de se extrair da constituição inúmeras normas implícitas para regular qualquer aspecto da vida social e política); g) aplicação direta das normas constitucionais; interpretação das leis em conformidade com a constituição e influência das constituições sobre as relações políticas.

4. O TRIDIMENSIONALISMO REALEANO E A VISÃO NEOCONSTITUCIONAL: A VIABILIDADE DE UM HIBRIDISMO ENTRE DUAS CONCEPÇÕES COMPATÍVEIS

É a Teoria Tridimensional, no âmbito de uma visão teórica desenvolvida a partir de uma concepção culturalista do direito, que emerge no Brasil como síntese de uma tradição jurídica, compatível com uma visão neoconstitucional? A questão parece merecer uma resposta positiva. E isso ocorre exatamente porque esta posição (neoconstitucional) não apenas não se opõe a uma visão tridimensional do direito, mas parece bem se adequar à ideia basilar de uma relação dinâmica e dialética entre as dimensões fática, axiológica e normativa. Aliás, uma posição tridimensional do direito é defendida por um dos autores mais citados pelas vertentes neoconstitucionalistas, ou seja, Robert Alexy.⁵⁵

O filtro normativo-constitucional de que falam as teorias neoconstitucionais se configuram nesta relação tensionada (dinâmica e dialética) que se dá entre a realidade fática do mundo fenomênico e os valores que circulam no âmbito de uma sociedade pluricultural. Com

e seguintes. Em FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.) Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, pág 163 e 164, o autor confirma o rol realizado por Guastini. Havendo, como não poderia deixar de ser, uma certa superposição na apresentação das referidas características, procuramos organizá-las de forma a estabelecer uma lista única, condizente com as posições adotadas pelos autores, e que parecem adequadamente complementares entre si.

⁵⁵ No decorrer de toda a obra, em ALEXY, Robert. El concepto y la validez Del derecho. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

isso, o que se identifica é uma relação possível e complementar entre as duas concepções que, sob o ponto de vista metodológico, parecem ser plenamente compatíveis.

Se por um lado se entende que o neoconstitucionalismo, sob a perspectiva metodológica, é plenamente compatível com a visão tridimensional realiana do direito, por outro lado, o tridimensionalismo oferece uma adequada metodologia para se analisar um sistema jurídico que se manifesta pela centralidade dos valores constitucionais, como forma representativa dos valores vivenciados pela sociedade brasileira⁵⁶.

Por isso, a concepção neoconstitucional pressupõe que as fronteiras constitucionais não podem encontrar seus limites nas possibilidades linguísticas consignadas em uma visão exclusivamente analítica do direito. A feliz expressão “constituição viva”, como bem identificam alguns importantes autores⁵⁷, denota a ideia de como uma constituição escrita pode ser concretamente interpretada de forma sincronicamente diversa e diacronicamente mutante⁵⁸. Mas esta possibilidade hermenêutica está limitada pelas possibilidades que o mundo oferece. Com isso quer se afirmar que não apenas o texto constitucional impõe limites, mas também a realidade fática e os valores culturais vigentes formam verdadeiros freios aos impulsos interpretacionistas.

⁵⁶ Embora possa uma sociedade como a brasileira enfrentar problemas naturais de uma sociedade multicultural, tema bem enfrentado na perspectiva do transconstitucionalismo em NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, e de forma sintética em NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana*. In: *Tribunal Constitucional. 35º aniversário da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v. I. parece-nos que os valores sociais compartilhados podem ser bem representados por aqueles estabelecidos por uma constituição democrática, aos moldes da Constituição de 1988. Nesta direção, duas concepções teóricas podem auxiliar no estudo dos valores que fundamentam a sociedade brasileira: o patriotismo constitucional habermasiano e o patriotismo republicano de Maurizio Viroli (especialmente em VIROLI, Maurizio. *For love of Country. An Essay on Patriotism and Nationalism*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 170. Sobre a visão habermasiana, embora o autor tenha enfrentado a temática em diversas obras, encontramos uma síntese interessante em MICHELMAN, Frank. *Morality, Identity and Constitutional Patriotism*. In: *Ratio Juris*. nº. 3, Setembro, 2001, v. XIV, p. 255 e seguintes, quando o constitucionalista americano expõe que o patriotismo constitucional expressa um tipo de convergência cognitiva intersubjetiva vivenciada pelo povo de um país, e que expressa uma disposição motivadora para o reconhecimento de conscientemente compartilhar o sentimento de pertencimento àquela comunidade.

⁵⁷ Como GUASTINI, Riccardo. *Sobre el concepto de constitución*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madri: Editorial Trotta, 2007, p. 27, ao estabelecer um rol de possibilidades para a locução “constituição em sentido material”.

⁵⁸ Em GUASTINI, Riccardo. *Sobre el concepto de constitución*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madri: Editorial Trotta, 2007, p. 27, o termo por ele utilizado é na tradução espanhola “cambiante” (o que nos leva a crer que também em italiano este foi o termo por ele utilizado. Assumindo a posição do autor acerca de uma interpretação que muda no tempo, preferimos utilizar o termo “mutante” para fazer alusão ao fenômeno da “mutação constitucional”).

Embora não desconsideremos as vozes que sustentam que o sistema brasileiro ainda vem sendo dominado, nos últimos tempos, por concepções de cariz juspositivista (relacionadas a linhas positivistas analíticas, recepcionadas com destaque no quadro jurídico brasileiro), entendemos que uma concepção “culturalista”, nas linhas aqui apresentadas, encontre-se como a mais adequada para contaminar qualquer uma das concepções justeóricas contemporâneas que busquem o papel de hegemonia no sistema jurídico brasileiro.

Nessa linha, entendemos que o tridimensionalismo realeano oferece a oportunidade de reforçar uma tradição (permanência) no sistema jurídico brasileiro, ao mesmo tempo em que possui uma estrutura que concede a possibilidade de desenvolvimento de versões teóricas que se conformam com uma concepção neoconstitucional, mais precisamente uma concepção neoconstitucional “à brasileira.”

Não desconsideramos, igualmente, as posições advindas do chamado “pensamento crítico” (também conhecida por “crítica jurídica”), cuja proposta é a de estabelecer uma formulação teórico-prática que seja capaz não só de operacionalizar novas mentalidades, mas também esteja apta a questionar o que está sendo ordenado e oficialmente consagrado no conhecimento, no discurso e no comportamento em uma dada formação social, concebendo outras formas diferenciadas e emancipadoras pluralista de práticas jurídicas⁵⁹.

Porém, à acusação de que possa essa proposta representar mais uma tentativa de conciliação equivocada com versões alienígenas, respondemos reafirmando a convicção já expressa anteriormente de que os hibridismos no mundo contemporâneo são inevitáveis e, muitas vezes, enriquecedores. Relembrando uma intuição anteriormente apresentada, a realidade tem mostrado que não se deve se temer o hibridismo quando o mesmo é realizado de forma equilibrada e sensata. Pelo contrário, é este um desafio complexo, inevitável e fértil. Muito mais ainda para uma tradição jurídica que não conhece outra forma de conceber o direito.

Por esta razão, entendemos que o momento atual é o de reforçar nossa “tradição imediata”⁶⁰, sem, todavia, romper com as linhas teóricas que

⁵⁹ Assim conceituado em WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 181-182.

⁶⁰ Como dito anteriormente, é de grande importância, por intermédio do que chamamos de um olhar endógeno, levarmos em conta as dimensões histórico-culturais em que se construiu internamente a ordem

alimentam a “tradição mediata”⁶¹. A recepção das posições neoconstitucionais, não se caracteriza como uma importação acrítica e deslocada. Pelo contrário, conceber o neoconstitucionalismo - como concepção pós-positivista que tem a constitucionalização do sistema como ideia central- como uma formulação teórica, parece adequar-se coerentemente à realidade e tradição do direito brasileiro, principalmente se for alinhada às propostas formuladas por Miguel Reale.

Mais difícil do que identificar o problema, é acertar a justa medida em que se deve dar a recepção das ideias neoconstitucionais, de forma a construir uma concepção adequada à realidade jurídica brasileira. Neste processo, o importante é que, possamos, simultaneamente, considerar as dimensões histórico-culturais e jurídicas em que vem se construindo internamente a ordem jurídica brasileira, sem deixar de ter em conta a necessidade de abertura do sistema às novas e complexas soluções encontradas pelos diversos sistemas jurídicos afins ao nosso, o que, em um mundo globalizado, não deixa de ser uma produção integrada em que as influências se dão de forma cruzada.

Por este motivo, a busca por uma maior clareza na análise não pode deixar de combater uma abordagem superficial do direito, que abandone os instrumentos de pesquisa e reconstrução teórica desenvolvidos no decorrer da história⁶², de forma a oferecer um corpo teórico confuso, impreciso e, pior, incompatível com a tradição daquele sistema específico. Isso porque, parece-nos que o direito somente se enlaça de maneira soberana à vontade dos obrigados quando possui um título de legitimidade. Ora, tal legitimidade é uma objetividade que resulta da força de seus comandos quando extraídos

jurídica brasileira, identificando suas rupturas ideológico-doutrinárias no tempo, mas, principalmente, enfatizando suas continuidades no tempo. Porém, a partir de uma perspectiva de análise exógena, cabe-nos chamar a atenção para o inevitável - já citado - processo de hibridismo a que está sujeita a ordem jurídica brasileira na contemporaneidade, no contexto de um processo global de hibridização por que passam todas as ordens jurídicas modernas.

⁶¹ O sistema jurídico brasileiro sempre se alimentou das grandes escolas do pensamento jurídico ocidental, especialmente a italiana, a francesa, a alemã, a espanhola, a americana, as latino-americanas (essas mais relacionadas aos tempos de neoconstitucionalismo). No que se refere à Escola jurídica portuguesa, esta não pode ser considerada uma tradição mediata, sendo muito mais adequado afirmar que faz parte de nossa tradição imediata, seja pela raiz do pensamento jurídico brasileiro, seja pelo intercâmbio permanente, incentivado pelo compartilhamento da língua.

⁶² E aí concordamos integralmente com POZZOLO, Susanna. Reflexões esparsas em torno ao positivismo jurídico e a globalização. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 430, quando a mesma afirma que os processos em curso põem em crise as tradicionais reconstruções dogmáticas, o que não significa que o processo de reconstrução não possam se tornar útil, porém sem que com isso se abandone os processos de pesquisa e reconstruções históricas dos últimos séculos.

de princípios que se encontram em consonância com as contingências do tempo e do lugar e que, pela força de suas linhas de justificações, são capazes de conquistar a adesão das consciências dos destinatários.⁶³

Por isso, não é prudente, nem razoável e (no limite) nem possível abdicar do extraordinário esforço oferecido por gerações de juristas de grande estirpe (lembrando que a tradição jurídica brasileira vem se construindo na esteira de uma tradição abrangente ocidental), que em seus respectivos tempos se utilizaram dos conhecimentos deixados pelos antecessores e, indo além, deixaram às gerações posteriores um grande legado jurídico-cultural “imprescindível” para a eterna reconstrução de um direito que tem por função organizar e conceder soluções justas para sociedades crescentemente complexas e mutantes.

CONCLUSÃO

Uma questão pressuposta neste artigo é a de considerar que o pensamento filosófico-jurídico brasileiro sempre foi construído em bases híbridas, muito embora nem todos as linhas filosóficas importadas apresentassem afinidades com tradição filosófico-jurídica construída no decorrer da história brasileira, ou mesmo luso-brasileira.

Diante do que foi acima apresentado, fica evidenciado que embora o olhar investigativo seja preliminar, enxergamos inequívocos pontos de compatibilidade entre o neoconstitucionalismo - como linha metodológica de cariz pós-positivista que vem ganhando maior espaço teórico-filosófico no âmbito do sistema jurídico brasileiro - e o tridimensionalismo capitaneado por Miguel Reale - teoria filosófico-jurídica de teor culturalista, que enxerga o direito a partir da relação entre as dimensões “fato” (sociologismo), “valor” (idealismo) e “norma” (formalismo) Este último, como afirmado, pode ser compreendido como a melhor síntese deste processo de cruzamento de linhagens filosófico-jurídicas por que passou o Brasil, desde suas origens lusas.

Assim, parece-nos que não somente o neoconstitucionalismo, sob a perspectiva metodológica, é compatível com a teoria tridimensional realeana do direito, mas, indo além, as perspectivas teórico-filosóficas oferecidas

⁶³ Nesta direção, REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 482.

por ela acabam por potencializar as virtudes teórico-metodológicas da concepção neoconstitucionalista. Uma possível construção de um quadro teórico-filosófico neoconstitucional à brasileira, nestes moldes, certamente propiciará maior potencial de legitimidade às soluções havidas no âmbito do sistema jurídico brasileiro.

Por fim, nesta perspectiva, embora consideremos que o aprofundamento de uma relação entre essas duas concepções no âmbito do sistema jurídico-filosófico brasileiro possa trazer consigo desafios complexos, por outro lado, apresenta grandes oportunidades. É que, além de não se vislumbrar a configuração de riscos de uma ruptura deletéria com a sua própria tradição jurídica, tem a oportunidade de manter um quadro dialógico permanente com outros sistemas jurídicos, em um quadro de fertilização constitucional recíproca (*cross fertilization*), compatível com um mundo concomitantemente globalizado e pluricultural.

REFERÊNCIAS

- AHUMADA, M.A. La jurisdicción constitucional en Europa. Madri: Thompson/Civitas, 2005;
- ALEXY, Robert. El concepto y la validez Del derecho. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004;
- ATIENZA, Manuel. El sentido del derecho. Ariel: Barcelona, 2001;
- BARBERIS, Mauro. El Neoconstitucionalismo. Third Theory of Law. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos. Lima: Palestra Editores, 2011;
- BARBERIS, Mauro. Breve storia della filosofia del diritto. Bolonha: Il Mulino, 2004;
- CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.). El canon neoconstitucional. Madri: Editorial Trotta, 2010, CLÉVE, Clèmerson M. O Direito e os Direitos. São Paulo: Acadêmica, 1988;
- COGLIANDRO, Giovanni. Rule of Law. La possibilità del contenuto morale del diritto. Milão: Giuffrè Editore, 2012;
- FARIA, José Eduardo. Sociologia Jurídica: Crise do Direito e Práxis Política. Rio de Janeiro: Forense, 1984;
- FIGUEROA, Alfonso García. Principios e derechos fundamentales. In: Constitución y derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004;
- FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madri: Editorial Trotta, 2003.

- GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de constitución. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos. Madri: Editorial Trotta, 2007;
- GUSMAO, Paulo Dourado. Introdução ao Estudo do Direito. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994;
- JAIME, Jorge. A História da Filosofia do Brasil. v. II. 2ª ed. São Paulo: Vozes, 1999;
- JARAMILLO, L.G. (Ed.) El canon neoconstitucional. Madri: Editorial Trotta, 2010;
- JARAMILLO, Leonardo García. Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.). El canon neoconstitucional. Madri: Editorial Trotta, 2010;
- LIMA, Paulo Jorge. Teoria Tridimensional do Direito. In: Dicionário de Filosofia do Direito. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968;
- LITRENTO, Oliveiros. Curso de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980;
- MACHADO NETO, Antônio Luís. História das Idéias Jurídicas no Brasil. São Paulo: Grijalbo, 1969, MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009;
- MENDES, Antônio Celso. Filosofia Jurídica no Brasil. Curitiba: Editora Universitária Champagnat. São Paulo: IBRASA, 1992;
- MICHELMAN, Frank. Morality, Identity and Constitutional Patriotism. In: Ratio Iuris. nº. 3, Setembro, 2001, v. XIV;
- NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009, VIROLI, Maurizio. For love of Country. An Essay on Patriotism and Nationalism. Oxford: Clarendon Press, 1995;
- PINO, Giorgio. Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neoconstituzionalismo e i suoi critici. In: Giurisprudenza costituzionale. Vol. 56. 1, 2011;
- POZZOLO, Susanna. Notas al margen para uma historia del neoconstitucionalismo. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos. Lima: Palestra Editores, 2011;
- POZZOLO, Susanna. Reflexões esparsas em torno ao positivismo jurídico e a globalização. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?. São Paulo: Editora Método, 2008;
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001;
- REALE, Miguel. Direito Natural/Direito Positivo. São Paulo: Saraiva, 1984;
- REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito: situação atual. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986;
- REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002;

- REYES, Manuel Aragón. La constitución como paradigma. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos. Madri: Editorial Trotta, 2007;
- SANCHÍS, Luis Prieto. Réplica a Juan Antonio García Amado. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos. Madri: Editorial Trotta, 2007;
- SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. (Coord.). Diccionario de Derecho Constitucional. 2ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2005;
- STRECK, Lênio. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?. São Paulo: Editora Método, 2008;
- VITA, Luis Washington. Disponível em: <http://www.cinfil.com.br/arquivos/Luis_washington_vita.pdf>, Acesso em 10/10/2013);
- WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

A PROBLEMATIZAÇÃO DO BINARISMO SEXUAL À LUZ DO DEBATE ENTRE BUTLER E FRASER

Maria Eugenia Bunchaft¹

Rogério Borba da Silva²

Gabriele Zini de Oliveira³

Resumo: Este artigo analisa a efetivação dos direitos de transexuais por meio da análise crítica da estratégia argumentativa implícita decorrente da patologização da identidade e da utilização de categorias binárias à luz do diálogo Butler-Fraser. Propugna-se que as teorias de Butler e Fraser estão interligadas, pois o modelo teórico da primeira não anula o da outra. Ambas possuem argumentos pertinentes para criticar o reconhecimento de identidades a partir de modelo hegemônico e heteronormativo. Ademais, a teoria tridimensional de Fraser - que congloba injustiças oriundas da representação, do reconhecimento e da redistribuição - revela maior alcance teórico para compreender e para criticar categorias binárias e as estruturas de poder institucionalizadas e estabelecidas por formas de subordinação de status no tocante à transexualidade. A pesquisa é estruturada pela análise crítica do discurso feminista e o método de indução analítica. Outrossim, a técnica de pesquisa envolve a documentação indireta. Por fim, a pesquisa utiliza o método monográfico.

Palavras-chave: Transexualidade. Despatologização. Binarismo. Gênero. Feminismo.

¹ Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos/ UNISINOS

² Pós Doutorando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos/ UNISINOS

³ Mestranda em Direito Público no Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS.

THE PROBLEMATIZATION OF THE SEXUAL BINARISM UNDER THE LIGHT THE DEBATE BETWEEN BUTLER AND FRASER

Abstract: This work analyses the effectiveness of the transsexuals rights by the critical analysis of the implicit argumentative strategy arising from the identity pathologization and the utilization of the binaries categories under the light the Butler-Fraser debate. It is argued that Butler and Fraser theories are interconnected because the theoretical model of the former does not nullify the other. Both of them have pertinent arguments to criticize the recognition of identities from a hegemonic and heteronormative model. In addition, the tridimensional Fraser's theory – which conglomerates injustices arising from representation, recognition and redistribution – reveals more theoretical power to understand and criticize binary categories and institutionalized power structures and established by forms of subordination of status with regard to transsexuality. The research is structured by the critical analysis of the feminist discourse and the analytical induction method. The research technique involves the indirect documentation. Finally, the research uses the monographic method.

Key-words: Transsexuality. Despatologization. Binarism. Gender. Feminism.

INTRODUÇÃO

O modelo de família patriarcal modificou a estrutura da sociedade durante a Idade Média, quando houve ascensão da influência da Igreja Católica como instituição central na vida dos indivíduos. Com a difusão dos preceitos católicos - precisamente no que tange ao modelo familiar - os padrões heteronormativos tornaram-se hegemônicos, e a homossexualidade foi considerada como um padrão sexual desviante. Atualmente, na sociedade contemporânea, não se percebem apenas os reflexos do que era vivenciado na Idade Média, mas perdura ainda um modelo social patriarcal e heteronormativo que enaltece as categorias binárias e os conceitos falocêntricos para a formação dos padrões sociais.

Butler (2016), inspirando-se em Foucault, sintetiza que a conceituação de sexo no modelo binário – homem ou mulher – corresponde a uma construção cultural. De acordo com Petit (2000), tal dicotomia, a partir dos estudos de Foucault, é instituída tão somente como uma regulação de poder, pois a produção de discursos heteronormativos que definem o próprio indivíduo exclusivamente por sua genitália - pautando-se, portanto,

em parâmetros reprodutores - é motivado por correntes religiosas, políticas ou até mesmo da medicina. Nesse aspecto “[...] é que a sexualidade – que numa ‘atitude natural’ se consideraria como um impulso natural, privado e íntimo – é construída totalmente pela cultura, de acordo com os objetivos políticos da classe dominante” (PETIT, 2000, p. 262). Butler (2016) preconiza ainda que o discurso hegemônico pautado por categorias binárias produz a marginalização de minorias sexuais ou sexualidades não hegemônicas que não se enquadram nos limites engendrados pelo marco da heteronormatividade. A definição do sexo, fundamentada apenas por parâmetros biológicos, suscita processos de exclusão social, que podem ser equiparados ao racismo étnico.

Por conseguinte, o gênero torna-se o elemento caracterizador determinante da exclusão de grupos sociais, especialmente quando há impossibilidade do enquadramento dentro dos limites inerentes ao binarismo de gênero. Identidades insuscetíveis de classificação desvelam-se como uma patologia, tal como ocorre com os transexuais. Nessa perspectiva, a partir do modelo teórico de Fraser, possibilita-se interpretar que os transexuais estão submetidos a uma forma específica de subordinação de status decorrente do binarismo de gênero convencional e a heteronormatividade (FRASER; HONNETH, 2006). Tal percepção tem se difundido inclusive na estratégia discursiva da fundamentação de julgados das Cortes Superiores, os quais, não obstante efetivem os direitos fundamentais de minorias sexuais vulneráveis, estabelecem uma estrutura argumentativa implícita que desvela categorias binárias.

Em articulação ao modelo teórico de Fraser, é premente resgatar a investigação da efetivação dos direitos de transexuais nas Cortes Superiores com base no referencial teórico de Butler. A autora problematiza a dicotomia masculino-feminino pela necessidade de “[...] formular, no interior dessa estrutura constituída, uma crítica às categorias de identidade que as estruturas jurídicas contemporâneas engendram, naturalizam e imobilizam” (BUTLER, 2016, p. 24). E, a partir do modelo teórico das filósofas em questão, teoriza-se sobre a exclusão social de transexuais nas esferas do reconhecimento, da redistribuição e da representação e a necessidade de superação do binarismo de gênero, sustentando-se as seguintes hipóteses:

1 - a teoria de Butler revela-se necessária para diagnosticar a exclusão social proveniente da dicotomia do sexo-gênero, inclusive em movimentos

sociais como o próprio feminismo, o qual, em vertentes radicais, excluem transexuais femininas das suas reivindicações;

2 - a teoria tridimensional de Fraser - que congloba injustiças oriundas da representação, do reconhecimento e da redistribuição - evidencia-se como imprescindível para reparar os problemas sociais que acometem os transexuais e, em articulação com a análise crítica do discurso feminista, revela maior alcance teórico para compreender e para criticar categorias binárias e as estruturas de poder institucionalizadas e estabelecidas por formas de subordinação de status que são ideologicamente reproduzidas em julgados do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), no tocante à transexualidade.

Ademais, o objetivo geral do artigo consiste em investigar a efetivação dos direitos de transexuais por meio da análise crítica da argumentatividade implícita que diz respeito à patologização da identidade e à utilização de categorias binárias, cujo marco teórico contempla o diálogo Butler-Fraser. Quanto aos objetivos específicos, inicialmente, pretende-se explorar a estrutura conceitual de Judith Butler, especialmente na obra *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Assume-se como segundo objetivo específico a estratégia de investigar a necessidade de desinstitucionalização de padrões heteronormativos que suscitam a exclusão de transexuais a partir da teoria de reconhecimento de Fraser, principalmente no que se refere à concepção de contrapúblicos subalternos.

Por fim, incorpora-se como terceiro objetivo específico a proposta de delinear uma crítica à patologização da transexualidade como obstáculo à efetivação da paridade participativa defendida por Fraser.

Em relação à metodologia, aplica-se a análise crítica discursiva feminista, que visa descortinar ideologias de gênero e relações de poder assimétricas que são produzidas, sustentadas e negociadas em diferentes contextos, a partir da análise dos julgados supracitados (LAZAR, 2007). Destarte, adota-se o método de indução analítica, o qual configura um procedimento lógico, que consiste em partir do concreto para o abstrato, especificando os atributos fundamentais de um fenômeno (DESLAURIERS, 2014). Outrossim, a técnica de pesquisa envolve a documentação indireta, através da pesquisa bibliográfica do referencial filosófico de Fraser e de Butler. Por fim, utiliza-se o método monográfico (estudo de caso).

I - O DEBATE BUTLER-FRASER

Em seu livro, *Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade*, Butler inicia sua exegese ao contextualizar a problemática do discurso feminista acerca da definição da mulher, haja vista que, o que anteriormente era imprescindível para efetivar uma linguagem de reconhecimento para as mulheres, agora se torna uma definição inconsistente, pois, para existir a representação do sujeito, há necessidade de enquadramento da predefinição estipulada como sujeito feminino. Em suas palavras, “Os domínios da ‘representação’ política e linguística estabeleceram *a priori* critério segundo o qual os próprios sujeitos são formados, com o resultado de a representação só se estender ao que pode ser reconhecido como sujeito” (BUTLER, 2016, p. 18).

Através da análise do discurso feminista, identifica-se o problema na conceituação de uma categoria a partir do gênero, já que “[...] a formação do sujeito ocorre no interior de um campo de poder sistematicamente encoberto pela afirmação desse fundamento” (BUTLER, 2016, p. 25). Elucida ainda que, com intuito de o discurso feminista representar de modo efetivo todos os sujeitos que nele se enquadram, deve-se desconstruir a ideia de gênero que se formou, tornando concreta a representação quando a concepção definidora do sujeito mulher não presumir qualquer aspecto ou característica advindas do feminino ou do masculino (BUTLER, 2016). O problema reconhecido por Butler resume uma das vicissitudes que aflige algumas vertentes do movimento feminista, tendo em vista que determinados segmentos não reconhecem transexuais femininas como sujeitos integrantes das reivindicações.

Ao contrário do que se identifica na sociedade, o gênero não pode ser trabalhado como uma norma definidora de padrão, visto que os limites estabelecidos dentro da concepção de masculino e de feminino não possuem capacidade de abranger a totalidade das expressões identitárias. Com efeito, afirma-se que “Gênero não é exatamente o que alguém ‘é’ nem é precisamente o que alguém ‘tem’” (BUTLER, 2014, p. 253). À vista disso, Fraser (2001), como Butler (2016), compartilha a ideia de que o binarismo de gênero - o qual indica como consequência uma sociedade difundida na heteronormatividade - culmina na exclusão social de determinados grupos. O reconhecimento da problemática da dicotomia homossexual *versus* heterossexual é difundido na teoria de ambas as filósofas. Contudo, Butler discorda da forma como Fraser

desenvolve o reconhecimento das injustiças sociais, dado que a perspectiva de justiça bidimensional de Fraser, para Butler, acarretaria antagonismo entre cultura e economia (BUTLER, 1997).

Na crítica de Butler, a filósofa refere que Fraser, ao tratar do problema relacionado à heterossexualidade como *meramente* cultural, provoca três incoerências teóricas: a) de início, assevera que gays e lésbicas sofrem não só com problemas relacionados à esfera cultural, mas também padecem com as questões intrínsecas à economia, não sendo plausível alegar que as injustiças sociais são decorrentes da falta de reconhecimento; b) por segundo, indica que, com o capitalismo, as normas heterossexistas são fundamentais para a manutenção desse sistema. Butler também retoma ideias oriundas das feministas da década de 1970, ao sustentar que a instituição *familiar* simboliza uma das formas do modo de produção que são aclamadas pelo capitalismo; c) por terceiro, argumenta finalmente que não há definição clara e congruente entre o material e o cultural, pois se trata de diferenciação instável. Não obstante, Fraser refuta todas as críticas elaboradas (BUTLER, 1997).

A teoria do reconhecimento de Fraser, inicialmente, expressa a perspectiva dualista de justiça, cuja base teórica comporta tanto questões de reconhecimento quanto de redistribuição, não havendo submissão do conceito de uma em razão da outra. Rebatendo a primeira crítica de Butler, Fraser elucida que as desigualdades sociais envolvem injustiças originárias do modelo econômico social vigente e de padrões institucionalizados na esfera cultural. Todavia, destaca que os problemas sociais podem ser acarretados tanto por questões econômicas quanto por culturais, o que a própria filósofa denomina como problemas híbridos ou *bidimensionais* (FRASER, 2015).

Em relação à segunda crítica, Fraser aponta que não merece prosperar a ideia que pressupõe a família como meio de produção na sociedade capitalista. Nesse panorama, Fraser aduz que, com o capitalismo, a sociedade contemporânea possui variantes, existindo atualmente manifestações culturais que são desvinculadas da perspectiva econômica (FRASER, 2015). Em suas palavras, “Neste tipo de sociedade altamente diferenciada, não me parece que tenha sentido conceber o modo de regulação sexual simplesmente como uma parte da estrutura econômica” (FRASER, 2015, p. 214). Sob esse prisma, o argumento de Butler origina uma variante funcionalista, ao afirmar que a heteronormatividade confirma um requisito

fundamental para a manutenção do capitalismo (FRASER, 2015). Butler, na percepção de Fraser acaba concluindo, portanto, que as manifestações por reconhecimento de homossexuais pretendem rebater a funcionalidade do sistema capitalista. Todavia, não há sentido nessa premissa, pois analisando a relação dos homossexuais com a estrutura advinda do capitalismo, não se vislumbra que esse grupo seja uma classe explorada⁴. Nesse sentido:

Estipular que o modo de regulação sexual integra a estrutura econômica por definição – inclusive sem ter impacto algum sobre a divisão de trabalho ou o modo de exploração – ameaça a ideia da estrutura econômica e distorce a força conceitual. (FRASER, 2015, p. 214).

Com o trabalho remunerado, consoante Fraser, tornou-se possível a pluralidade de formas de convivência, existindo, atualmente, uma divisão entre ordem econômica e ordem de parentesco, entre a família e a vida pessoal. Assim, Fraser arremata que o feminismo socialista de 1970 peca por ser radical, já que trata o capitalismo como sistema exclusivamente opressor em todas as esferas, e esquece, portanto, das alternativas que o modelo econômico permite à sociedade.

Em suma, Butler contesta o modelo bidimensional de justiça de Fraser, porque acredita que não é coerente a distinção entre injustiças de reconhecimento e de redistribuição⁵. No entanto, no ponto de vista de Fraser, o fato de ser efetivada a exclusão social de determinados grupos minoritários - por não se enquadrarem aos estereótipos institucionalizados - tem como consequência a subordinação social e a impossibilidade de efetivar a paridade participativa (BUTLER, 1997). Logo, resta negada à tal minoria “[...] a condição de parceiros participativos nas interações sociais, simplesmente em virtude de padrões institucionalizados de valoração cultural, de cujas construções eles não participam em condições de igualdade” (FRASER, 2007, p. 112).

⁴ Destaca-se que Fraser não exclui a possibilidade de que os homossexuais sofram com injustiças na esfera econômica; o que a filósofa pretende elucidar é que, analisando o contexto desse grupo, verifica-se que esse está exposto, de maneira mais incisiva, aos problemas na ordem de reconhecimento. Isso porque ainda existem segmentos que os caracterizam como seres desviantes, em razão de não se enquadrarem nos padrões heterossexuais. A diferença é evidente quando se coteja a classe operária com os homossexuais, visto que o primeiro grupo sofre efetivamente com a estrutura do capitalismo, porque está sujeito a trabalhos desumanos e sem salários dignos. (FRASER, 1998, p. 140-149).

⁵ A seu turno, Fraser rebate, referindo que Butler estaria obliterando a dimensão histórica. Em suma, “Para Fraser, a ideia de Butler de desconstrução da diferenciação entre reconhecimento e redistribuição implica perda da dimensão histórica [...] porque estabelece a ação e a crítica social em atributos linguísticos como ressignificação e performatividade”. (BUNCHAFT, 2016, p. 355).

No caso dos transexuais, analisando a estrutura social, como já referido, sustenta-se que o grupo padece com injustiças originárias do *reconhecimento*, em que a orientação sexual ainda é causa de subordinação de status em razão da heteronormatividade que norteia a regulação da sociedade atual, e da *redistribuição*, em razão do trabalho mal remunerado destinado a transexuais e a travestis, bem como o número exacerbado de prostituição entre essa minoria. Dessa forma, os remédios para as injustiças sociais devem ser tanto na ordem cultural quanto na econômica.

II – A TEORIA TRIDIMENSIONAL DE FRASER E OS CONTRAPÚBLICOS SUBALTERNOS

Em seu livro *Scales of Justice*, Fraser acrescenta uma terceira perspectiva em sua teoria do reconhecimento - qual seja, *a representação*, cujo caráter está atrelado à dimensão política - ao constatar que a teoria do reconhecimento baseada exclusivamente na perspectiva bidimensional - reconhecimento e redistribuição - não mais abarcava todas as injustiças incrustadas no meio social (FRASER, 2009).

Fraser identifica essa nova dimensão da justiça quando “[...] as fronteiras políticas e/ou as regras decisórias funcionam de modo a negar a algumas pessoas, erroneamente, a possibilidade de participar como um par, com os demais, na interação social” (FRASER, 2009, p. 21). Nesse aspecto, a filósofa salienta que, após a Segunda Guerra Mundial, especialmente com a confirmação dos efeitos da globalização, as injustiças sociais transcenderam limites nacionais territoriais, não sendo mais satisfatório o modelo de enquadramento Keynesiano-Westfaliano, cuja base de reconhecimento é o Princípio do Estado Territorial. Dessa forma, a fim de enquadrar os sujeitos afetados, torna-se necessário o modelo de reconhecimento que ultrapasse parâmetros geográficos, isto é, a concepção de cidadão não é mais suficiente para identificação dos sujeitos. Assim, o quem da justiça não permanece mais imutável, sendo oportuna a sua problematização para efetivar o reconhecimento de maneira a abranger todos os sujeitos afetados. Em suma, “O objetivo é superar as injustiças decorrentes do mau enquadramento por meio da mudança não apenas das fronteiras do ‘quem’ da justiça, mas também do modo de sua constituição [...]” (FRASER, 2009, p. 29).

Outro ponto que merece destaque na teoria de Fraser é sua construção teórica no que tange à efetivação dos discursos elaborados por minorias que pleiteiam mudanças em determinados segmentos, tencionando dizimar a exclusão e a submissão às quais o grupo era submetido, e atender às necessidades que eram refutadas em razão de estruturas sociais hegemônicas. A filósofa passou então a estudar a forma como tais manifestações rebatiam a disposição social imposta, todavia sem definir um conceito sobre o que era *necessidade* no intuito de legitimar alguns desses discursos pelo seu teor, em que a determinação do que é necessidade deve partir do próprio grupo (FRASER, 2015). Com essa prioridade, Fraser propôs uma forma mais ampla de investigar, buscando “[...] justamente olhar para os embates políticos em torno das necessidades: não apenas para a luta por políticas públicas que as satisfaçam, mas também, e principalmente, para o conflito no plano discursivo pela sua definição e interpretação hegemônica” (SILVA, 2013, p. 31).

Ao analisar a formação do discurso sobre necessidades, Fraser identifica uma relativização na forma como se abordam tais questões, ao se utilizar *fórmulas* para solucionar o problema. Para exemplificar, pode-se remeter ao seguinte caso: uma *mulher com poucos recursos econômicos* necessita da assistência de *programas sociais para sobreviver*. Todavia, a complexidade do seu problema pode ir muito além: ela necessita de qualificação profissional? Ela está inserida em um contexto de submissão, a partir de parâmetros patriarcais? Ela está vivenciando um contexto de vulnerabilidade social em razão de estigmas destinados à mulher, como o sexo frágil, por exemplo? Ou seja, inúmeras outras questões surgem, para que seja possível atender ao problema social que lhe acomete, já que suas necessidades, quando não tratadas de forma genérica e simplória, podem tomar dimensões muito além do disseminado pelo discurso padrão. Portanto, “Importa visualizar que os detalhes da formulação de uma necessidade são complexos, gerando reivindicações específicas diversas que se vinculam em cadeias de relações” (SILVA, 2013, p. 34). Considerando-se as complicações da necessidade da mulher em questão, Fraser destaca que:

Por isso a importância de não examinar apenas a ‘política de necessidade’ – ou seja, a distribuição de benefícios a partir de uma noção já previamente dada –, mas justamente olhar para a ‘política de interpretação das necessidades’, a luta política que se dá no plano discursivo em torno das necessidades. (SILVA, 2013, p. 35).

Com a leitura do fragmento supracitado, depreende-se que o modelo de interpretação das necessidades, além de refutar as fórmulas, não pretende identificar os problemas sociais a partir de análise elaborada por sujeitos que não estão inseridos no contexto social em que ocorrem essas adversidades - pelo contrário. Busca-se valorar os discursos proferidos pelos próprios afetados, já que são as pessoas que irão melhor definir sua própria necessidade. Além do mais, compreende-se que Fraser quer buscar soluções além dos meios de ações com caráter afirmativo, porquanto a questão se concentra em implementar o debate sobre a forma de efetivar mudanças para acalantar tais problemáticas. É notório, portanto, que Fraser preocupa-se em “[...] teorizar sobre os limites da democracia contemporânea em vistas de ampliá-la, radicalizá-la em uma forma participativa” (SILVA, 2013, p. 36).

Com a identificação das necessidades, os afetados unem-se, com a intenção de provocar rupturas com os mecanismos que promovem injustiças, e paulatinamente iniciam a articulação de discursos acerca dos problemas sociais que lhes acometem. A inserção da fala sobre suas necessidades na sociedade é imprescindível para que a questão seja debatida na esfera pública, para que, conseqüentemente, haja mudança efetiva na estrutura opressora. Para tanto, é pertinente a formação de diálogo prévio com caráter político, para que, progressivamente, sejam formadas as arenas discursivas que promovem discursos contra-hegemônicos (BUNCHAFT, 2015).

Nessa perspectiva, no intuito de rechaçar padrões institucionalizados que promovem a exclusão social, determinados grupos sociais elaboram discursos para colocar em debate suas necessidades, ensejando a formação de um conflito político para problematizar as desigualdades sofridas pela minoria (FRASER, 2015). A produção do *contradiscurso* tematiza demandas de reconhecimento e projeta - da esfera privada para a pública⁶ - as reivindicações

⁶ Habermas define esfera pública os espaços discursivos em que os indivíduos dialogam sobre questões comuns aos afetados, de forma que os impulsos comunicativos do mundo da vida são racionalizados nessa esfera, de forma a se contrapor à racionalização sistêmica decorrente da atuação do mercado e do poder administrativo. Fraser critica Habermas, em razão do filósofo acreditar que seja possível simplesmente minimizar assimetrias da esfera pública. Outrossim, na esfera pública habermasiana, não é possível reconhecer a formação de uma multiplicidade de esferas públicas concorrentes. Ademais, analisando o histórico social, vê-se a formação de contrapúblicos anteriores à formação da esfera pública burguesa, o que não é reconhecido por Habermas. Por fim, a esfera pública burguesa habermasiana representa uma formação social hegemônica e opressora, baseada nos anseios masculinos e de sujeitos com recursos econômicos mais voluptuosos. Dessa forma, Fraser depreende que a concepção burguesa de esfera pública não é compatível com a realização de uma análise crítica da democracia no modelo social capitalista que atualmente vivemos. (FRASER, 1993).

dos grupos e a ruptura de estereótipos estigmatizantes. As esferas públicas discursivas paralelas que fomentam tais demandas são denominadas pela filósofa como *contrapúblicos subalternos*⁷. Nas observações de Fraser,

Proponho chamarmos contrapúblicos subalternos para assim assinalar que são esferas discursivas paralelas onde os membros dos grupos sociais subordinados inventam e fazem circular contradiscursos que os permitem formular interpretações de oposição acerca de suas identidades, interesses e necessidades. (FRASER, 1993, p. 123).

Ponderando a realidade dos transexuais, vislumbra-se que o modelo teórico de Fraser desvela-se indubitável para o reconhecimento de mudanças sociais necessárias para que os trans sejam parceiros plenos de interação social, posto que os *contrapúblicos subalternos* podem confrontar concepções normalizadoras e patologizantes através da circulação de discursos contra preceitos hegemônicos de interpretação das suas identidades. Nessa conjuntura, entende-se como imprescindível a desestabilização da dicotomia hetero-homo, a partir do *contradiscorso* formulado pelos transexuais, com o propósito de desconstruir as identidades sexuais tradicionais (BUNCHAFT, 2015).

Analisando o cenário atual, contempla-se que os transexuais tiveram avanço considerável nas suas reivindicações sociais, com a fomentação dos discursos pleiteando a despatologização da transexualidade. Além disso, vislumbra-se que, em razão do caráter transnacional, os transexuais estão articulando o reconhecimento de seus direitos no âmbito global, quebrando, por conseguinte, limites territoriais. Assim, articulam suas reivindicações para confrontar o modelo heteronormativo que limita a paridade de participação em âmbito mundial. A produção desses contradiscursos em esfera transnacional paulatinamente desconstrói aspectos da cultura heteronormativa, sendo que, no ano de 2018, houve importante conquista do movimento trans, haja vista que, após 28 anos classificada como patologia, a Organização Mundial da Saúde (OMS) retirou a transexualidade entre as doenças relacionadas aos transtornos mentais, em que pese ainda a classifique como *incongruência de gênero*. A despatologização foi possível devido às reivindicações que demonstravam que o enquadramento da

⁷ Como exemplo de contrapúblico subalterno, Fraser (1992) enfatiza os avanços que o discurso feminista fomentou na sociedade no que tange ao reconhecimento das necessidades das mulheres. A violência doméstica, precedente ao debate incitado pelas feministas, era considerada como assunto privado, tratada de forma intrafamiliar. Entretanto, as feministas, delinearam uma multiplicidade de esferas públicas paralelas - os contrapúblicos subalternos - tematizando a violência doméstica como um problema social. (FRASER, 1993).

identidade trans como doença somente acarretava estigma social. Em síntese, a patologização da identidade de gênero dos transexuais, por confrontar o binarismo masculino-feminino, impede a efetivação da paridade participativa do grupo e causa a subordinação de status mundialmente (BUNCHAFT, 2014).

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina (CFM) ainda classifica como doença a transexualidade, mas há uma expectativa de que modifique o seu posicionamento em consonância com a OMS. Não obstante assumir discurso despatologizante, o Conselho Federal de Psicologia (CFP) ratifica que o tratamento psicológico é obrigatório, assumindo discurso institucional acerca das interpretações das necessidades. Dessa forma, em que pese não ser uma anomalia a transexualidade, ao tornar compulsório o acompanhamento psicológico, automaticamente atribui-se caráter desviante à identidade trans, mesmo que de forma indireta. Com isso, apesar de ser medida cautelar, os próprios transexuais devem definir se precisam - ou não - do acompanhamento com psicólogos, pois o fato de serem obrigatórios o diagnóstico⁸ e o tratamento, por si, já limita a paridade participativa do grupo. Ademais, mostra-se “[...] pertinente os protocolos alternativos que atribuem a esses grupos o papel de protagonistas capazes de participar de maneira paritária no espaço público” (BUNCHAFT, 2016, p. 362). Em outras palavras, é precisamente nesse sentido que os *contrapúblicos* podem confrontar autocompreensões normalizadoras e patologizantes, por meio da circulação de discursos contra-hegemônicos de interpretação das identidades trans.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, propugna-se que o modelo teórico de Butler é pertinente para a efetivação do diagnóstico acerca dos problemas atinentes à conceituação de gênero que resta engendrada em nossa sociedade. No que diz respeito à efetivação dos direitos de transexuais, reconhece precisamente a exclusão social em decorrência do gênero - especialmente em se tratando

⁸ No que tange à problemática de tratar a transexualidade como uma patologia, Butler realizou considerações sobre a questão no seu artigo *Desdiagnosticando o Gênero*. No artigo, a filósofa pondera sobre a necessidade do diagnóstico para a realização da cirurgia da mudança de sexo. De um lado, argumenta-se que o diagnóstico deve existir em razão de alguns planos de saúde, na tentativa de locupletar-se, não aceitarem efetivar o procedimento, já que não se trata de uma doença. Em contrapartida, a filósofa rebate a questão indicando que o diagnóstico acarreta a concepção do indivíduo de que seja doente, o que deve ser rechaçado, pois a transexualidade deve ser tratado como uma possibilidade de formação de determinado gênero. (BUTLER, 2009).

das classificações oriundas de questões biológicas, pois as transexuais femininas são excluídas das reivindicações de feministas radicais, por não serem consideradas como sujeito mulher.

Em contrapartida, a teoria de Fraser evidencia maior pertinência para criticar a estratégia argumentativa implícita dos julgados, posto que possui recursos conceituais com potencialidade para se contrapor ao binarismo de gênero, confrontando concepções normalizadoras e patologizantes responsáveis pela exclusão social dos transexuais por meio de uma teoria democraticamente informada e viável. Igualmente, Fraser explicita um modelo teórico tridimensional de justiça, a partir do qual é possível diagnosticar injustiças sociais decorrentes de questões culturais, econômicas e políticas, sem ser necessário subsumir um conceito ao outro. Ademais, reconhece a centralidade da circulação de alternativos que desconstroem padrões hegemônicos com a formação de *contrapúblicos subalternos*.

Ressalta-se então que as teorias de Butler e Fraser estão interligadas, ou seja, o modelo teórico da primeira não anula o da outra. Ambas possuem argumentos pertinentes para criticar o reconhecimento de identidades a partir de modelo hegemônico e heteronormativo. Nesse contexto, enquanto Butler estabelece minuciosa identificação das adversidades provocadas em razão da concepção de gênero, Fraser busca a emancipação dos grupos estigmatizados, a partir da produção de *contradiscursos* que buscam o reconhecimento das suas reivindicações no âmbito público.

Por sua vez, a partir da formação de *contrapúblicos subalternos*, os transexuais, ao confrontarem discursos heteronormativos vinculados a ideologias hegemônicas nas arenas discursivas, tematizam concepções normalizadoras e patologizantes, o que tem se revelado eficaz para dismantelar a subordinação de status do grupo. Frisa-se, especialmente, que diante do problema transnacional, o grupo tem estabelecido reivindicações no âmbito global. Dessa forma, conforme reconhecido por Fraser, no livro *Scales of Justice*, os transexuais, como sujeitos afetados por injustiças sociais, aspiram à problematização do *quem* e *como* da justiça, buscando reparações para as injustiças sofridas a partir da realização de campanhas mundiais.

Nesse contexto, vislumbra-se a necessidade de análise dos direitos de transexuais a partir do modelo teórico de Fraser, que formula estratégias

democráticas para a reparação das injustiças econômicas entre as minorias sexuais, com a intenção de ampliar a inserção no mercado de trabalho do grupo. De outro lado, com a teoria de Fraser, também é possível o reconhecimento dos transexuais através da multiplicidade de esferas públicas contra-hegemônicas, o que oportuniza afastar concepções sociais excludentes em razão da dicotomia de categorias sexuais e da patologização da transexualidade.

Sob esse prisma, a interligação das teorias de Butler e Fraser é crucial para a efetivação dos direitos de transexuais. Não obstante, do ponto de vista da superação do diagnóstico (exclusão de transexuais), a teoria de Fraser, ao ser cotejada com o modelo teórico de Butler, desvela-se como democraticamente mais viável e discursivamente informada, em razão da ideia de *contrapublicidade*, em que, a partir do estabelecimento e da circulação de *contradiscursos em esferas públicas contra-hegemônicas*, torna-se possível a desconstrução de concepções normalizadoras e patologizantes inerentes a categorias binárias que obstam a efetivação da paridade participativa.

REFERÊNCIAS

- BEAUVOIR, Simone. *The Second Sex*. New York: Bantam Books, 1970.
- BIROLI, Flavia. *Gênero e Desigualdades. Limites da Democracia no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.
- BUNCHAFT, Maria Eugenia. A efetivação dos direitos de transexuais na jurisprudência do STJ: uma reflexão sobre os desafios da despatologização à luz do diálogo Honneth-Fraser. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 225-262.
- BUNCHAFT, Maria Eugênia. *Ativismo judicial e grupos estigmatizados: filosofia constitucional do reconhecimento*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.
- BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Transexualidade no STJ: Desafios para a despatologização à luz do debate Butler-Fraser*. *Revistas Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 21, n. 1, p. 343-376, 2016.
- BUNCHAFT, Maria Eugenia; CRISTIANETTI Jessica. *O Julgamento da ADI 4277 no STF: uma crítica ao binarismo sexual à luz do debate Fraser-Honneth*. *Revista Direito e Liberdade*, vol. 18, n. 2, 2016.

- BUNCHAFT, Maria Eugenia. O 'Direito dos banheiros no STF: considerações sobre o voto do Ministro Luis Roberto Barroso no RE 845779 com fundamento em Post, Siegel e Fraser. Constituição, Economia e Desenvolvimento. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol. 8, p. 154, 2016.
- BUTLER, Judith. Desdiagnosticando o gênero. *Physis*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 95/126, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v19n1/v19n1a06.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- BUTLER, Judith. *Merely Cultural*. *Social Text*, 52-53, p. 265-77, 1997.
- BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- BUTLER, Judith. Regulações de gênero. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 42, p. 249-264, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n42/0104-8333-cpa-42-00249.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.
- BUTLER, Judith. *The Psychic Life of Power. Theories in Subjection*. Stanford, CA: Stanford University Press, 1997.
- CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Nota técnica sobre processo transexualizador e demais formas de assistência às pessoas trans. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/09/Nota-t%C3%A9cnica-processo-Trans.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2018.
- DESLAURIERS, Jean-Pierre. A Indução Analítica. In: POUPART, Jean (org.). *A Pesquisa Qualitativa-Enfoques Epistemológicos e Metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 337-352.
- FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade*. Vol. 1. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2014.
- FRASER, Nancy. *Fortunas del feminismo*. Quito: Instituto de Altos Estudios nacionales Del Ecuador, 2015.
- FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (org.). *Democracia Hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora UNB, 2001.
- FRASER, Nancy. *Rethinking the Public Sphere: a Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy*. In: CALHOUN, Craig. *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: Mit Press, 1992.
- FRASER, Nancy. *Scales of Justice: Reimagining political space in a globalizing world*. New York: Columbia University Press, 2010.
- FRASER, Nancy. *Justice Social in the Age of Identity Politics*. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition?-A Political Philosophical Exchange*. London: Verso, 2003a.
- FRASER, Nancy. *Feminism, Capitalism and the Cunning of History*. In: FRASER, Nancy. *Fortunes of Feminism. From State-Managed Capitalism to Neoliberal Crisis*. London: Verso, 2013a.

- FRASER, Nancy. *Struggle of Needs*. In: FRASER, Nancy. *Fortunes of Feminism. From State-Managed Capitalism to Neoliberal Crisis*. London: Verso, 2013b.
- FRASER, Nancy. *After the Family Wage: A Postindustrial Thought Experiment*. In: FRASER, Nancy. *Fortunes of Feminism. From State-Managed Capitalism to Neoliberal Crisis*. London: Verso, 2013c.
- FRASER, Nancy. *Heterosexism, misrecognition and capitalism: a response to Judith Butler*. *New Left Review*, London, n. 228, p. 140-149, 1998.
- FRASER, Nancy. *Recognition without Ethics?* In: *Theory, Culture & Society*, London, vol. 18, n. 2-3, 2001.
- FRASER, Nancy. *Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado*. *Lua nova*, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452009000200001&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 27 abril 2018.
- FRASER, Nancy. *Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado*. *Lua Nova*, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452009000200001&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 27 abril 2018.
- FRASER, Nancy. *Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente*. [S.l.], Metis Productos Culturales S.A. de C.V., 1993.
- FRASER, Nancy. *Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy*. In: CALHOUN, Craig. *Habermas and the public sphere*. Cambridge: Mit Press, 1992.
- FRASER, Nancy. *Scales of justice: Reimagining political space in a globalizing world*. New York: Columbia University Press, 2010.
- FRASER, Nancy; HONNETH, Axel (Org.). *¿Redistribución o Reconocimiento? Un debate político-filosófico*. Madri: Ediciones Morata, 2006.
- LAZAR, Michelle. *Feminist Critical Discourse Analysis. Articulating a Feminist Discourse Praxis*. *Critical Discourse Studies*, London, vol. 4, n. 2, p. 141-164, 2007.
- LOURO, Guacira Lopes. *O Corpo Educado-Pedagogias da Sexualidade*. Belo Horizonte: Autentica, 2000.
- RUBIN, Gayle. *The Traffic in woman –Notes on the Political Economy of Sex*. In: REITER, Rayna. *Toward an Anthropology of Women*. *Monthly Review Press*, p. 157-210, 1975.
- SULEIMAN, Susan Rubin. *The Female Body in Western Culture- Contemporary Perspectives*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- PETIT, Cristina Molina. *Debates sobre el género*. In: AMORÓS, Célia. (Org.). *Feminismo y filosofía*. Madrid: Editorial Síntesis, 2000. p. 255-284.
- SILVA, Enrico Paternostro Bueno da. *A teoria social crítica de Nancy Fraser: necessidade, feminismo e justiça*. Brasil. 2013. 257 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), Campinas, 2013. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000919847>>. Acesso em: 27 set. 2018.

Impressão e acabamento:
COPGRA/ACOI
TRF 2ª Região



Rua Acre, 80 - 22º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ
☎ (0xx21) 2282-8788 ♦ 2282-8530 ♦ 2282-8599 ♦ 2282-8465
Fax: 2282-8449 ♦ <http://emarf.trf2.jus.br/site>