

FENOMENOLOGIA E DIREITO



HUSSERL

Volume 14, Número 1
Abril/Setembro 2024

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

<https://emarfvista.trf2.jus.br/index.php/fenomenologiaedireito>



FENOMENOLOGIA E DIREITO

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 14, Número 1
abr./set.2024

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. 14, n. 1 (abr./set.2024). – Rio de Janeiro : TRF 2. Região, 2008 -

v. ; 23cm

Semestral

Disponível em: <<https://emarfrevista.trf2.jus.br/index.php/fenomenologiaedireito>>

ISSN 1984-5820 (eletrônico)

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

CDU: 340.12

Diretoria da EMARF (2023-2025)

Diretor-Geral

Desembargador Federal Reis Friede

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Cursos e Pesquisas

Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaler

Diretora de Estágios

Desembargadora Federal Carmen Sílvia Lima de Arruda

EQUIPE DA EMARF

Márcia Teixeira Cavalcanti - Assessora Executiva

Rio de Janeiro

Bruno Benedetti Nicolau

Clarice de Souza Biancovilli

Flávia Dias de Paiva

Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Maria Suely Nunes do Nascimento

Marta Geovana Fernandes de Oliveira

Mauro Nilson Figueiredo dos Santos

Sergio Mendes Ferreira

Sílvia Regina Assenheimer

Espírito Santo

Livia Peres Rangel

Alan Castro de Melo

Conselho Editorial

Membros Natos

Diretor-Geral da EMARF (2023-2025)

- **Reis Friede**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Diretor de Publicações da EMARF (2023-2025)

- **Augusto Guilherme Diefenthaler, Presidente do Conselho Editorial**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Membros Convidados

- **Poul Erik Dyrland**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
 - **André Ricardo Cruz Fontes**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
 - **José Ferreira Neves Neto**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
-

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente

Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Vice-Presidente

Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Corregedora Regional

Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO

Membros

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA
Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER
Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND
Desembargador Federal ANDRÉ RICARDO CRUZ FONTES
Desembargador Federal REIS FRIEDE
Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES
Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO
Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA
Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO
Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO
Desembargador Federal AUGUSTO GUILHERME DIEFENTHAELER
Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM
Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA
Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO
Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA
Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER
Desembargador Federal MARCELLO GRANADO
Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO
Desembargador Federal THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO
Desembargador Federal WILLIAM DOUGLAS RESINENTE DOS SANTOS
Desembargador Federal FLÁVIO OLIVEIRA LUCAS
Desembargador Federal MAURO SOUZA MARQUES DA COSTA BRAGA
Desembargadora Federal CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA
Desembargador Federal PAULO PEREIRA LEITE FILHO
Desembargador Federal FIRLY NASCIMENTO FILHO
Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA JUNIOR
Desembargadora Federal ANDRÉA CUNHA ESMERALDO
Desembargador Federal WANDERLEY SANAN DANTAS
Desembargador Federal MACÁRIO RAMOS JÚDICE NETO
Desembargador Federal LUIZ NORTON BAPTISTA DE MATTOS

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	13
CONTRIBUIÇÃO FRAGMENTADA DO MÉTODO DA FENOMENOLOGIA DO DIREITO PARA UMA PESQUISA SOBRE PARTIDOS POLÍTICOS	15
André R. C. Fontes	
O FUNDAMENTO DO DIREITO	23
Cleyson de Moraes Mello	
O JUSPOSITIVISMO SOB A ÓTICA DE HEBERT HART E RONALD DWORKIN ...	35
Reis Friede	
A INTUIÇÃO NA DECISÃO JUDICIAL DOS CASOS CONTROVERSOS (OU DE DIFÍCIL SOLUÇÃO): UM COADJUVANTE DOS SENTIMENTOS?	47
Rodrigo Zacharias	

APRESENTAÇÃO

O Caderno de Fenomenologia e Direito, em seu vol. 14, nº 1, apresenta mais um conjunto de trabalhos do pensamento filosófico e jurídico modernos, contando com a colaboração de estudiosos de diferentes instituições.

Com a ampliação do leque de opções de artigos e textos, mas mantendo os objetivos fundamentais de divulgar a fenomenologia, essa edição conta com quatro artigos. Destacamos os artigos *Contribuição fragmentada do método da Fenomenologia do Direito para uma pesquisa sobre Partidos Políticos*, que apresenta uma base segura, liberta de pressuposições, para o estudo proposto, sem ignorar as experiências auferidas aprioristicamente e *O Juspositivismo sob a ótica de Hebert Hart e Ronald Dworkin*, que discorre sobre as contribuições teóricas formuladas por estes autores para o Positivismo Jurídico.

Esperamos que os artigos desta edição possam contribuir para o debate jurídico e filosófico, aproveitando a oportunidade para convidar os leitores interessados em contribuir com as próximas edições para enviar seus artigos para o processo de submissão.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Reis Friede
Desembargador Federal
Diretor-Geral da EMARF

CONTRIBUIÇÃO FRAGMENTADA DO MÉTODO DA FENOMENOLOGIA DO DIREITO PARA UMA PESQUISA SOBRE PARTIDOS POLÍTICOS

*André R. C. Fontes**

Resumo: Trata o artigo da utilização do método da Fenomenologia do Direito no Estudo dos Partidos Políticos.

Palavras-chave: 1. Cidadania. 2. Organização. 3. Partido Político.

Abstract: The article deals with the use of the Phenomenology of Law method in the Study of Political Parties.

Keywords: 1. Citizenship. 2. Organization. 3. Political Party.

A realização de um trabalho acadêmico exige, como em toda sistematização de um saber, a caracterização e a organização progressiva:¹

(a) pelo objeto;

(b) pelo método.

O objeto é desdobrado em duas classes: o material e o formal. Em uma

*Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

¹ Vieira de Almeida. *Lógica elementar*. 2ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1961. p. 7.

pesquisa sobre Partidos Políticos, o primeiro é encontrado nos recursos citados na literatura de História, Sociologia Política e Ciência Política utilizadas neste trabalho, razão pela qual não houve pesquisa histórica ou empírica. Valem-se os autores juristas das pesquisas diretas feitas reconhecidamente com dedicação e competência pelos profissionais dessas áreas citadas ao longo da tese. Já o segundo objeto, o formal, é construído a partir da técnica na qual se divide a compreensão do Direito em três distintas fases ou momentos:²

(a) heurística;

(b) morfologia;

(c) técnica.

A *heurística* entendida como estudo das causas, fatores e função do Direito na sociedade, meio de formação natural do fenômeno jurídico. A *morfologia* como estudo das formas gerais e particulares do Direito. A *técnica* como estudo dos processos necessários à aplicação das regras jurídicas.³

Na ordem imprimida, é considerado o método no qual cada setor da realidade prescreveria qual seria determinante a ser percorrido, razão pela qual, diante das divisões conhecidas, indicam-se aqueles que funcionaram de forma conclusiva em cada parte do texto. Sua aplicação combinada somente pode ser entendida em razão da diversidade temática dos assuntos tratados, e esse esforço hercúleo de compatibilização escapa ordinariamente à compreensão comum, que é plasmada pela unidade metodológica. Ao jurista, entretanto parecerá plenamente justificada a tentativa primeira de construir a forma de revelação do que normalmente vem oculto: o meio ordenado pelo qual se chegou a um raciocínio.⁴

No geral, o primeiro método a ser citado é o da chamada Teoria Perspectivista, de modo que se considera, na elaboração de um texto, o conjunto de pontos de vista, desde os quais os temas tratados adquiriram uma significação potenciada, esgotando, até os limites do possível, a totalidade da noção do tema.⁵

Não é, contudo, a preocupação de uma pesquisa um confronto de

² Orlando Gomes. *Introdução ao Direito Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 5.

³ Edgar Sanches, *Prolegômenos à Ciência do Direito*. Salvador: Faculdade de direito, s/d.

⁴ José Lois Estevez. *La investigación científica y su propedéutica en el derecho*. V. I. Caracas: Universidade de Caracas, 1972. p. 55.

⁵ Pascual Marin Perez. *Manual de Introduccion a la ciência del derecho 2'* ed. Barcelona: Bosch, 1968. p. 68.

métodos. Embora paradoxalmente se deva usar um único método por objeto, mais uma vez se defronta o pesquisador com o chamado *conflito de métodos* (“Methodenstreit”), mais conhecido entre os teóricos alemães dentre os estudiosos, não obstante tenha sido difundido tardiamente em nosso País pela obra do jurista francês Michel Villey.⁶

Na configuração de premissas e ideias, pode ser utilizado o método fenomenológico. De maneira que, reduziu-se a investigação à essência dos institutos, por meio da caracterização como *dado* o que se pretendia esclarecer, sem prejuízo da aplicação da variante fenomenológica que reconhece o *a priori* determinado dogmaticamente pelo conceptualismo jurídico, e mediatamente empregado para todas as chamadas *categorias fundamentais do direito* descritas na tese.

A ideia fenomenológica foi a de estabelecer uma base segura, liberta de pressuposições, para o estudo proposto, sem ignorar as experiências auferidas aprioristicamente, é a perspectiva que se pretendeu imprimir nesta pesquisa.⁷

É consabido que desde o século XIX, os filósofos alemães formaram escolas filosóficas e em correspondência estabeleceram métodos para a sua filosofia. Esse método essencial a cada filosofia elaborada é denominado de *intuição intelectual*. Nesse sentido, foi usado o termo intuição na metodologia impressa, neste trabalho, ou seja, como o método da Fenomenologia.⁸

O método fenomenológico, sabidamente, não é dedutivo, nem indutivo, mas procura, num primeiro momento, identificar o tema e em segundo plano, esclarecer os seus principais pontos conceituais. Desse modo, prescinde-se do caráter político, ideológico, sociológico e psicológico. Cada tema é posto entre parênteses, portanto, isoladamente. Um estudo busca relevar o que é essencial, eliminando-se eventuais contemplações estranhas a uma pesquisa, e assim fez-se uma perscrutação intelectual de cada significado, de modo a isolar cada “coisa” e tomando-se dessa maneira isolada, algo de geral até atingir a ideia ou objetivo proposto. Diante de cada assunto, há um comportamento na forma de um observador que vai tomando notas, objetivamente, vai descrevendo o

⁶ Michel Villey, *Filosofia do Direito*, Trad. Alcides Franco Bueno Torres. São Paulo: Atlas, 1977. P. 18.

⁷ I. M. Bochenski. *A Filosofia contemporânea ocidental*. 2ª ed. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Herder, 1968; p. 132. Gerhart Husserl. *Diritto e tempo*. Trad. Renato Cristin. Milão Giuffrè, 1998. Adolf Reinach. *I fondamenti a priori del diritto civile*. Trad. Daniela Falcioni. Milão: Giuffrè, 1990.

⁸ Manuel Garcia Morente. *Fundamentos de Filosofia*. 3ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1966. P. 41.

objeto, até captá-lo em toda a sua pureza, sem interferências de qualquer espécie. Registrado o fenômeno de maneira neutra, objetiva, é adotado um procedimento composto por fases sucessivas de eliminação e depuração, até a obtenção da “verdade”. A base de uma pesquisa não é realizada a partir de fatos contingenciais, mas por conexões essenciais e em uma ampla perspectiva.⁹

O método fenomenológico foi aplicado, compreendendo os seus dois momentos mais característicos: o da *reflexão fenomenológica* e o da *reflexão eidética*. Sendo assim, o primeiro momento (o da *reflexão fenomenológica*) consistiu em situar o sujeito cognoscente diante do objeto e colocá-lo “entre parênteses”. Isto porque, não se tomou qualquer posição diante das características de sua transcendência, mas conservou-se uma abstração de tudo o que não seja contemplação pura na consciência – o que é entendido, na linguagem da fenomenologia de Husserl, como “épouqué” fenomenológico. É dessa forma que se atinge, na intuição fenomenológica, a essência do que se pretende estudar. Por sua vez, a redução eidética consistiu em elevar-se de uma intuição empírica à intuição da essência do objeto, que é conferido à essa (à consciência), procedendo-se assim pela descoberta e registro de notas relacionadas entre si por fundamentação própria e necessária.¹⁰

A metodologia fenomenológica a ser adotada é, tão somente, a descrição da essência temática, por meio de um processamento gradual, que viabilizou uma progressão de “etapa em etapa”, mediante a intuição intelectual da essência dos partidos políticos. O objeto tomado em considerado é somente o objeto do mundo jurídico ou juridicizado; ou seja, a que se atribuiu algum significado jurídico, em uma transposição de mundos. Embora não se excluam, os *objetos do mundo* e os *objetos do mundo jurídico*, e sejam objetos culturais valiosos, a pesquisa só faz juízo de valor para os fatos do mundo (ou dos homens) aos quais o Direito acrescenta algum significado, valorando os mesmos. Assim, se objeto é tudo aquilo a respeito do que podemos predicar algo, neste trabalho somente os (objetos) que existiram e do qual este subscritor toma como pressuposto necessário ou suporte fático é que foi apreciado.¹¹

Doutro lado, partindo de temas e teses muito diferentes e tendo em mira intuitos diversos, um segundo método contribui para enfrentar o desafio

⁹ Bochenski, *op. cit.* p. 184. Cretella Junior, Jose. *Curso de Filosofia do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 53.

¹⁰ Cretella Junior, José. *Curso*. p. 54.

¹¹ *Idem. Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 5.

da pesquisa: o método positivista de Auguste Comte. Em rigor da expressão o método do Positivismo Comteano foi conveniente à Fenomenologia não somente por Husserl declarar que a Fenomenologia seguia a crítica positivista da época como foi aplicado amplamente pelos estudiosos dos partidos políticos que sugerem tratar-se fruto de uma evolução ou de um progresso, contendo um elemento essencial comum que se transforma no que temos hoje. A despeito de alguns darem um caráter hegeliano a essa perspectiva histórico-evolutiva da filosofia de Hegel, a verdade é que os autores falam em um tipo de evolução que se enquadra na Filosofia de Auguste Comte.¹²

Bastante aparentado ao método hegeliano, o método evolucionista de Augusto Comte sabidamente não é um empréstimo ou uma reprodução servil. Sabidamente Comte não leu Hegel para a formação de sua filosofia e o contrário também não ocorreu – é a posição unânime entre os autores, embora contrastes entre as duas filosofias tenham ocorrido.¹³

É que se uma pesquisa não usada e igualmente pontuada entre os estudiosos de que os partidos atuais são fruto de uma evolução com um componente comum em progresso (contrária à nossa posição de raiz antropológica, ou para outros, de cunho Darwiniano, de luta pela vida) não é citada nem como uma orientação (histórica) hegeliana tampouco comteana. O fato é que ela incorre no capítulo mais característico do Positivismo original: o evolucionismo progressista.¹⁴

Os dois pensadores (Comte e Hegel) exercem influências até os nossos dias, e tais influências nos obriga a nos ocupar deles em algum momento. Uma simples observação pode resumir a ideia aqui trazida, é que um e outro têm seu método claramente citado na literatura, embora não ao ponto de tornar uma ou outra posição assumidamente do pensamento Comteano ou Hegeliano. Um bom exemplo seria justamente reconhecer que o partido político – para quem assim entende – é fruto de um evolucionismo que com um ponto comum teria redundado na versão atual dos partidos políticos. Um outro exemplo, mais sutil, seria um exame científico de uma lei muito precisa da filosofia de Comte: aquela que reconhece no seu objeto formal, uma *crescente complexidade* das ciências em geral e *decrecente generalidade*. Ou em outros termos, as diversas

¹² F. Adorno, T. Gregory, V. Verra. *Storia Della Filosofia*; v. 3. Bari: Laterza, 1991, p. 221.

¹³ Giovanni di Napoli. *Storia della Filosofia*; v. III. Turim: Marietti, 1968, p. 136.

¹⁴ O. Negt. *Hegel e Comte*. Bolonha: Il Mulino, 1975. José Cretella Junior. *Curso de Filosofia do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 160.

ciências estão juntas tanto quanto mais necessário for o seu estudo positivo, (superando aquele teológico e aquele metafísico) quanto mais simples seria o seu campo de referência, ou seja, o objeto de seu estudo; como era lógico, então chegamos antes ao estado positivo das ciências que estudam os fenômenos mais estranhos ao homem, e, portanto, mais gerais, mais simples; mais específicos, mais complexos, segundo o objeto formal a ser pesquisado. Dessa maneira, por exemplo, o termo romano *populus* não é igual para o etnólogo, para o sociólogo e muito menos para o jurista. E o método é determinado em função do objeto de estudos (ou vice-versa, caso se pretenda a construção de um objeto formal, a partir de uma metodologia a ser escolhida).¹⁵

A literatura manuseada, que é citada nesta pesquisa, entretanto, seguiu uma outra forma de metodologia. É que os autores citados imprimiram o uso dos métodos mais tradicionais na pesquisa dos partidos políticos. E quatro são os métodos utilizados: (1) do ponto de vista das ideologias, (2) da estratégia, (3) das relações socioeconômicas e (4) de sua estrutura.¹⁶

Visto sob o ângulo ideológico, o que é importante uma bifurcação: a ideológica propriamente dita e a doutrinária. Em linhas gerais, um partido se define como fez Benjamin Constant, em 1816, ao escrever que um partido é uma reunião de homens que professam a mesma doutrina política. Aceita essa definição, os partidos podem classificar-se em partidos ideológicos, ou seja, aqueles que como os partidos comunistas e os democrata-cristãos consideram fundamental em sua ideologia, e fazem dela o centro de toda sua atividade, ou em partidos sem ideologia, que são aqueles que carecem de um corpo de ideias e aceitam a ideologia dominante em seu meio.¹⁷

Um outro ângulo é o estratégico. É que analisados os partidos por essa perspectiva, o importante passa a ser o conhecimento da estratégia para a tomada de controle do poder. Alguns partidos atuam no sistema para alcançar o poder aceitando as regras do jogo existentes, e se submetem a ela pragmaticamente,

¹⁵ Auguste Comte. *Curso di filosofia positiva*. Trad. F. Ferrarotti. Turim: UTET, 1967. F. Adorno; T. Gregory; V. Verra. *Storia della Filosofia*. Vol. III. 9ª ed. Bari: Laterza, 1979. p. 224. Auguste Comte. *Opuscoli di filosofia sociale e discursi sul positivismo*. Trad. A. Negri. Florença: Sansoni, 1969. A. Negri. *A. Comte e l'illuminismo positivístico*. Roma: Armando, 1971. O. Negt. *Hegel e Comte*. Bolonha: Il mulino, 1975. Vandick L. da Nóbrega. *Compêndio de direito civil*. 2ª ed. Vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975. P. 9.

¹⁶ , Fernando, Galvis Gaitán. *Manual de Ciencia politica*. 3ª ed. Bogotá: libreria Ediciones del Profesional, 2018. p. 201.

¹⁷ Benjamin Constant. *De la doctrine politique qui peut reunir les partis en France*. Paris: Hachette, 2014. Galvis Gaitán. *op. cit.* Mortati. p.

com o fito exclusivo de êxito eleitoral. Porque ainda assim lutam pelo poder político, a despeito de se submeterem a regras nem sempre própria ou adequadas para sua estratégia de buscar o poder, não deixam de ser partidos.¹⁸

Um terceiro ponto de vista é o socioeconômico. Nessa perspectiva, conheceram os partidos relações existentes com a situação econômica de um país. Assim, o que importaria é conhecer as relações entre os partidos e o nível de vida, o grau de educação, o desenvolvimento econômico, as profissões e as classes sociais. E ao estudar as relações entre partidos e classes sociais surge a clássica distinção entre partidos de classe ou classistas, como os comunistas, formados por pessoas pertencentes supostamente a uma só classe social e partidos policlassistas, integrados por pessoas pertencentes a todas as classes sociais, como são a grande maioria dos partidos políticos existentes no ocidente. Do estudo das relações entre partidos e profissões, surge a classificação entre partidos trabalhistas e partidos intelectuais, quando estão formados majoritariamente por pessoas pertencentes a uma dessas atividades.¹⁹

Finalmente o ponto de vista estrutura. A partir dele se sustenta que os partidos atuais se definem muito menos por seu programa ou classe de aderentes que pela natureza de sua organização. Um partido seria uma comunidade de uma estrutura particular. Os partidos se caracterizam antes de tudo por sua anatomia. Baseado nessa ideia, de estrutura dos partidos políticos, seu quadro, seus membros e seus dirigentes, passam a ser determinantes para a análise no sistema de partidos.²⁰

REFERÊNCIAS

ADORNO, F.; GREGORY, T.; VERRA, V. *Storia della Filosofia*. V. 3. Bari: Laterza, 1991.

BOCHENSKI, I. M. *Filosofia contemporânea ocidental*. 2ª ed. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Herder, 1968.

CONSTANT, Benjamin. *De la doctrine politique qui peut reunir les partis en France*. Paris: Hachette, 2014.

COMTE, Auguste. *Curso di filosofia positiva*. Trad. F. Ferraroti. Turim: UTET, 1967.

¹⁸ Galvis Gaitán, *op. cit.* p. 202.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Maurice Duverger. *Os Partidos Políticos*. Trad. Christiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Zahar Editores; p. 89. Galvis Gaitán, *op. cit.* p. 202.

- _____. *Opuscoli di filosofia sociale e discursi sul positivismo*. Trad. A. Negri. Florença: Sansoni, 1969.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Filosofia do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- _____. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Trad. Christiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1980.
- GALVIS GAITÁN, *Manual de Ciência Política*. 3ª Bogotá: Ediciones del Profesional, 2018.
- GARCIA MORENTE, Manuel. *Fundamentos de Filosofia*. 3ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1966.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: 1995.
- HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo*. Trad. Renato Cristin. Milão: Giuffrè, 1998.
- LOIS ESTEVEZ, José. *La investigación científica y sua proedutica en el derecho*. V. I. Caracas: Universidad de Caracas, 1972.
- MARIN PEREZ, Pascual. *Manual de Introducción a la ciência del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1968.
- NAPOLI, Giovanni di. *Storia della Filosofia*. V. III. Turim: Marietti, 1968.
- NEGRI, A. A. *Comte e l'iluminismo positivístico*. Roma: Amando, 1971.
- NEGT, O. *Hegel e Comte*. Bolonha: Il Mulino, 1975.
- NÓBREGA, Vandick L. da. *Compêndio de direito civil*. 2ª ed. V. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975.
- REINACH, Adolf. *I fondamenti a priori del diritto civile*. Trad. Daniela Falcioni. Milão: Giuffrè, 1990.
- SANCHES, Edgar. *Prolegômenos à Ciência*. Salvador: Faculdade de Direito, s/d.
- VIEIRA DE ALMEIDA, F.L. *Lógica elementar*. 2ª ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961.
- VILLEY, Michel. *Filosofia do direito*. Trad. Alcidema Franco Bueno Torres. São Paulo: Atlas, 1977.

O FUNDAMENTO DO DIREITO

Cleyson de Moraes Mello¹

Resumo: A Constituição de 1988 representa uma mudança de paradigma no Direito brasileiro. A partir dessa mudança de modelo, é necessário investigar a realização do direito, a partir da tutela da dignidade da pessoa. O Direito alinhado a hermenêutica filosófica assume, pois, um viés transformador. Daí a necessidade de compreender o Direito a partir do ser-no-mundo. É, neste sentido que, em face da flagrante inefetividade da hermenêutica clássica, originariamente metodológica, torna-se necessária à construção de uma resistência teórica que aponte para a construção das condições de possibilidade da compreensão do direito, como modo de ser-no-mundo.

Palavras-chave: Direito. Dignidade humana. Ser-no-mundo, *Dasein*.

Abstract: The Constitution of 1988 represents a change of paradigm in the Brazilian law. From this change of model, it is necessary to investigate the performance of duty, from the protection of the dignity of the person. The legal thought can not be designed from a predominantly caused by the limits of reason and built with the power of abstract rationality. It is in this sense that, given the striking ineffectiveness of classical hermeneutics, methodological in your origin, it is necessary to construct a theoretical strength that point to the construction of the conditions of possibility of understanding the law, as a way of being-in-the-world.

Keywords: right. human dignity. being-in-the-world, *Dasein*.

AS FORMAS DE PENSAR

A primeira forma de pensar é atribuída ao ser humano na forma de animal racional, diretamente referida à sua animalidade, característica intrínseca

¹ Professor Associado da Faculdade de Direito da UERJ. Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UERJ. Professor do PPGD da UVA e UNESA. Professor Titular do UNIFAA e UNESA.

do ser vivo, “de um ser vivo que, como organismo, chegou a uma forma bem determinada de sua evolução”.² A segunda forma de pensar, na metafísica ocidental, era reduzida à lógica. Este pensar nos domínios da Filosofia era conhecido como metafísica e na ambiência das ciências como discurso lógico. De modo geral, neste segundo pensar, significava dizer que o ser humano era dotado de racionalidade. Para Heidegger, a terceira forma de pensar (pensar III), a mais importante, é o chamado pensar filosófico, daí designar este pensar como o mais digno de ser pensado.

O pensar filosófico consubstanciado pelos teoremas do círculo hermenêutico e da diferença ontológica, se impõe pela presença da lógica dos existenciais, ou seja, uma lógica oculta, uma lógica que é condição de qualquer conceito. A lógica existencial se diferencia da lógica das categorias, tendo em vista que esta relaciona-se à ontologia da coisa, àquela, à ontologia fundamental.

É, pois, uma mudança de paradigma no universo jurídico, sobretudo através da filosofia hermenêutica de Heidegger, objetivando uma visão crítica ao direito vigente na busca da construção de um novo marco teórico atrelado aos fundamentos do conhecimento jurídico.

NOVOS PARADIGMAS

O novo paradigma filosófico, visto a partir de um novo princípio epocal³ (é o tempo sem fundamento⁴ – sem princípio epocal determinante) da filosofia,

² STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia: Limites de um Paradigma*. Ijuí, Rio Grande do Sul: Editora Unijuí, 2004. p.91.

³ Segundo Ernildo Stein, o princípio epocal é o elemento essencial que assinala cada época da história da metafísica e deixa a sua marca em cada uma de suas manifestações. Heidegger enumera um conjunto de princípios epocais nos quais o ser é definido a partir de um ente. Assim, temos, por exemplo, a *idéia* em Platão, a *substância* em Aristóteles, o *ipsum esse* em Tomás de Aquino, o *cogito* em Descartes, o *eu penso* em Kant, o *saber absoluto* em Hegel, e a *vontade de poder* em Nietzsche. Cada uma dessas concepções de ser da metafísica termina marcando uma época. Por isso se fala em princípios epocais cujos traços aparecem, no fundo, em cada forma de cultura. [...]

Quando, hoje, falamos na Filosofia da Subjetividade e nela nos referimos à Filosofia transcendental e Filosofia dialética, estamos nos movimentando no interior de um princípio epocal como uma determinação paradigmática da modernidade. E, ao falarmos em fenomenologia que se ramifica em fenomenologia transcendental e fenomenologia hermenêutica, já rompemos com o princípio epocal vigente. Depois da Filosofia da subjetividade, entramos num novo modo de fazer Filosofia. A vertente hermenêutica que recorre aos dois teoremas do círculo hermenêutico e da diferença ontológica define uma posição filosófica a partir de onde se faz a introdução dos princípios epocais, desde uma nova compreensão do ser.” Ibid., p.141-142.

⁴ No contexto, fundamentar um sentido de justificação de ordem transcendental. Quando se fala em fundamento sem fundo, quer-se dizer algo da impossibilidade de se afirmar um fundamento inconcusso ou um fundamento absoluto. Ibid., p.151.

deve ser introduzido na Filosofia do Direito, através da hermenêutica ontológico-existencial heideggeriana.

É o ser-aí, como ser-no-mundo, que descerra as portas para uma época em que a metafísica objetivista é deixada para trás, ou seja, é a fase em que a compreensão do ser é a compreensão dos entes em seu acontecer. Isto quer dizer que a metafísica não procura mais sua fundamentação em elementos últimos. O conceito de transcendental⁵ (não-clássico) deve ser orientado pela compreensão do ser que possui uma dimensão organizadora e estruturante no ser-aí e no conceito de mundo, ou seja, guiado para bem longe da relação entre consciência e mundo, da relação sujeito-objeto.

Neste sentido, Stein esclarece⁶

Assim, o standard de racionalidade que, de certo modo, estava presente em cada princípio epocal, passa a assumir um sentido não-objetivador, isto é, ele se refere a um acontecer que sempre se dá em todos os nossos movimentos retóricos e argumentativos. Talvez isso seja o mais significativo sinal de que fundamentar, depois de ter diagnosticado a crise do fundamento, signifique ser capaz de mostrar para um acontecer no qual estamos enraizados e que somos enquanto ser-no-mundo.

Nas aulas ministradas por ocasião do Curso durante o semestre de Inverno de 1955/56, na Universidade de Freiburg i. Br., bem como na Conferência proferida a 25 de Maio de 1956, no Club zu Bremen, e a 24 de Outubro de 1956, na Universidade de Viena, Heidegger expõe seu pensamento sobre o princípio do fundamento. Assim, também, em seu tratado *A Essência do Fundamento*, em 1928, traça linha análoga.

Na primeira aula do citado Curso, a afirmação: “Nada é sem fundamento.”⁷ O princípio do fundamento reza: *nilhil est sine ratione*, ou seja, nada é, na verdade, sem fundamento. Isto quer dizer: “Nada daquilo que de certo modo é, o é sem fundamento.”⁸ Cada ente que é de certa maneira possui um fundamento, não

⁵ Kant introduziu o transcendental no sentido de condição de possibilidade do conhecimento e dos objetos do conhecimento. Situava-o, no entanto, na subjetividade. Hoje, no entanto, muitos autores foram além desse conceito clássico e falam de uma transcendentalidade não-clássica que toma diversos sentidos, conforme a Filosofia em que ela é utilizada. *Ibid.*, p.151-152.

⁶ *Ibid.*, p.144.

⁷ HEIDEGGER, Martin. *O Princípio do Fundamento*. Tradução Jorge Telles Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p.12.

⁸ *Ibid.*, p.14.

sendo este nem uma verificação, nem uma regra. A questão que se põe é a seguinte: sobre o que se fundamenta o princípio do fundamento? O princípio do fundamento é um princípio fundamental, ou seja, é o princípio fundamental de todos os princípios fundamentais.⁹

Dito de outra forma: o princípio do fundamento é o supremo dos princípios fundamentais.¹⁰ Ele se encontra numa região obscura.¹¹ Nesse sentido, na sétima aula do curso, o filósofo Martin Heidegger manifesta que o princípio do fundamento “é um daqueles princípios que silenciam aquilo que lhes é mais próprio. O silenciado é aquilo que não é pronunciado. Ouvir o inexpressado exige um ouvido que cada um de nós tem e nenhum usa corretamente.”¹²

No que concerne ao silêncio, é o esquecimento do ser enquanto somos incapazes de pensá-lo em sua essência que caracteriza a questão central da metafísica clássica. Observa-se o conhecimento humano atrelado a princípios supremos esclarecedores, claros e inabaláveis (*fundamentum inconcussum*).

No pensamento heideggeriano, *ser* e *fundamento* estão entrelaçados; *ser* é em sua essência *fundamento*. O filósofo ilumina as suas lições afirmando que, segundo o princípio do fundamento, somente o ente é respectivamente fundamentado, já que ao ser pertence fundamento. Isso quer dizer que o ser enquanto ser é fundado e apenas o ente tem sempre o seu fundamento. Por essa razão, o ser nunca pode anteriormente ter um fundamento, que o deva fundamentar. Ora, o fundamento do ser é sem-fundo (*Ab-Grund*),¹³ abissal.

Entretanto para alcançarmos a área do estado-de-coisas, na qual o princípio do fundamento é entendido enquanto princípio do ser, torna-se necessário realizar um “salto”. Segundo Heidegger, “o salto leva o pensamento sem pontes, isto é sem a constância de uma progressão, para uma área e uma outra maneira do dizer.”¹⁴ Dessa maneira, o princípio do fundamento não é

⁹ Ibid., p.18.

¹⁰ Ibid., p.20.

¹¹ O filósofo afirma: “Para onde quer que olhemos, a discussão do princípio do fundamento cai, logo nos primeiros passos, na obscuridade. [...] O claro e a luz precisam no entanto do obscuro e da sombra, senão nada haveria para elucidar.” Ibid., p.21.

¹² Ibid., p.72.

¹³ Nesse sentido, destacamos o fio condutor traçado no artigo de Lenio Streck. STRECK, Lenio Luiz. *Os Métodos de Interpretação, a Metafísica e de como não há um Grundmethode na Hermenêutica: Um contributo à luz do Ontological Turn*. In: MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves (Org.) *Novos Direitos: Os Paradigmas da Pós-Modernidade*. Niterói: Impetus, 2004. p.44-47.

¹⁴ HEIDEGGER, op.cit., 1999. p.83.

apenas princípio como um princípio fundamental supremo; ele é um princípio no sentido insigne, já que é um salto.

No sentido de um tal salto, o princípio do fundamento é um princípio na essência do ser. Na realidade nós não podemos continuar a dizer que o princípio do fundamento é um princípio do ser, mas devemos dizer: o princípio do fundamento é um princípio no ser *como* ser, isto é como fundamento.¹⁵

Antes de atingir a essência do princípio do fundamento, nas aulas 1 a 6 por ocasião do Curso, durante o semestre de Inverno de 1955/56, na Universidade de Freiburg i. Br., nota-se desvios em torno do princípio do fundamento. Na ocasião, Heidegger destacou cinco coisas mais importantes encontradas em torno do princípio do fundamento. São elas a preparação do salto do princípio do fundamento para o princípio do ser, designadas da seguinte forma:¹⁶ 1. A incubação do princípio do fundamento; 2. A ordenação do princípio do fundamento como um princípio fundamental supremo; 3. A reivindicação do princípio do fundamento como o princípio mais poderoso, que define a nossa era; 4. O fundamento como “porquê” e como “porque” e 5. A mudança de tonalidade no princípio do fundamento.

A primeira coisa principal é o período de incubação do princípio do fundamento. Nessa fase do pensamento ocidental, o ser ainda dorme. A incubação está relacionada à história da metafísica antiga e medieval que, na pergunta pelo ente enquanto tal, o ser sempre se manifestou de forma inessencial. Esta é a época enquanto o ser se subtrai. É neste retirar-se que se oculta a essência do ser.¹⁷ A segunda coisa mencionada por Heidegger é a ordenação do princípio do fundamento como um princípio fundamental supremo. Leibniz fixou o princípio do fundamento na versão rigorosa do *principium reddendae rationis*.¹⁸

¹⁵ Ibid., p.84.

¹⁶ Ibid., p.89-90.

¹⁷ Ibid., p.84-85.

¹⁸ Segundo Heidegger, “Leibniz escreve num dos últimos ensaios (*Specimen inventorum*, Philos. Schriften ed. Gerhardt VII, 309): *duo sunt prima principia omnium tatiocinationum, Principium nempe contradictionis... et principium reddendae rationis*; ‘há dois princípios superiores para todos os procedimentos demonstrativos, o princípio – entende-se – da contradição e o princípio *reddendae rationis*. Este princípio mencionado em segundo lugar diz, *quod omnis veritatis reddi ratio potest (ib.)*, ‘que para cada verdade (isto é, segundo Leibniz, para cada verdadeiro princípio) pode ser concedido um fundamento’. O *principium rationis* é para Leibniz, pensado rigorosamente, o *principium reddendae rationis*. *Rationem reddere* significa: devolver o fundamento. Por que razão devolver e para onde dar de volta? Porque nos métodos demonstrativos, falando em geral do reconhecimento, tratando-se da *re(a)*-apresentação dos *ob*-jetos, entra em jogo este ‘devolver’. A linguagem latina da Filosofia di-lo mais claramente: o conceber é *re-praesentatio*. Aquilo que vem ao encontro, vem em direção ao eu representante, de volta para ele e é apresentado ao seu encontro, (de)posto num presente.

Nessa fase, o ente aparece como objeto e o ser chega à aparência, enquanto a objetualidade dos objetos. Esta objetualidade em relação recíproca alcança a subjetividade dos sujeitos. Ser enquanto a objetualidade dos objetos é fixado na relação com a representação do sujeito.¹⁹ O método que destina o ser na objetualidade dos objetos, que se retira na sua essência como ser, define a Era Moderna. Neste momento, o período de incubação do princípio do fundamento chega a seu fim.²⁰

A terceira das cinco coisas mencionadas por Heidegger é a reivindicação do princípio do fundamento como o princípio mais poderoso, que define a nossa era. É a característica da Era Atômica, como aquela que está sujeita ao poder do *principium reddendae rationis sufficientis*.²¹ É a reivindicação à entrega do fundamento suficiente para tudo que é concebido. A natureza tornou-se um objeto e uma representação, que põem em relevo e assegura os seus fenômenos como uma existência calculável.²²

A quarta coisa principal é relacionada ao fundamento como “porquê” e como “porque”. A base da reflexão está fulcrada sobre um *Aforismo de Angelus Silesius*, contemporâneo mais jovem de Leibniz. Diz o aforismo: “A rosa é sem porquê; ela floresce, porque floresce, Ela não repara em si própria, não pergunta, se a vemos.”²³ Heidegger afirma: “A rosa é sem porquê, mas não sem fundamento.

Conforme o *principium reddendae rationis*, o representar tem de, caso pretenda que seja reconhecedora, dar de volta o fundamento daquilo que vem ao encontro ao representar, e isto quer dizer, dá-lo de volta a si mesmo (*reddere*). No representar re-cognitivo pelo *principium rationis*. O princípio do fundamento é por isso, para Leibniz, o princípio fundamental do fundamento a ser depositado.” *Ibid.*, p.39-40.

¹⁹ *Ibid.*, p.86.

²⁰ *Ibid.*, p.85.

²¹ Nestes lindes, Heidegger caracteriza a Era Atômica como “época planetária da Humanidade pelo fato do poder do princípio magno, do *principium reddendae rationis*, se desenvolver de um modo expatriado na área determinante da existência do homem, se não mesmo a desencadeia. Quando a palavra ‘expatriado’ (*unheimlich*) é aqui utilizada não o é em sentido sentimental. É para que pensemos literal e objetivamente que o singular desencadeamento da reivindicação à entrega (*Zu-stellung*) do fundamento ameaça tudo o que é pátrio (*Heimische*) do homem e lhe rouba qualquer fundamento e solo para o enraizamento, isto é, para aquilo a partir do qual até agora cresceu cada uma das grandes Eras da Humanidade, cada espírito aberto para o mundo, cada formação da figura humana.

Assim evidencia-se uma situação extremamente estranha do homem moderno, uma tal que vai contra todas as opiniões habituais das representações quotidianas, na qual nós vagueamos como cegos e surdos: a reivindicação do princípio magno do fundamento a ser entregue retira ao homem contemporâneo o enraizamento. Também podemos dizer: quanto mais decisivamente for forjada a corrida para a sujeição das enormes energias, através da qual a necessidade energética do homem sobre a Terra deverá ser coberta para todos os tempos, tanto mais escassa será a riqueza do homem, na área do essencial para construir e habitar. Isto é um enigmático contraste entre a reivindicação à entrega do fundamento e a perda.” *Ibid.*, p.53.

²² *Ibid.*, p.87.

²³ *Ibid.*, p.67.

O “porquê” nomeia o fundamento, que sempre fundamenta assim, que ele é simultaneamente apresentado como fundamento”.²⁴ O “porque” do aforismo indica o florescer remetendo-o a si próprio, isto é, o florescer funda-se a si próprio. O florescer é puro abrir-se-a-partir-de-si-próprio, puro brilhar. Assim, o “porque” menciona o fundamento, mas este é no aforismo o simples florescer da rosa, o ser-rosa.²⁵

A quinta e última questão apresentada é a mudança de tonalidade no princípio do fundamento. Em vez de “*Nada é sem fundamento*”, Heidegger entoa “*Nada é sem fundamento*”, ou seja, o tom deslocou do “nada” para o “é” e do “sem” para o “fundamento”. A questão é que a palavra “é” nomeia de alguma forma o ser. Destarte, o deslocamento do tom na referida frase permite ouvir uma consonância de ser e fundamento. O princípio fala agora do ser.²⁶

Portanto, poderíamos entender que o ser tem fundamento, isto é, o ser é fundamentado. Disso não existe referência com o *principium rationis*, uma vez que, segundo tal princípio do fundamento, apenas o ente é respectivamente fundamentado. Desta sorte, em consequência disso, a nova tonalidade põe a descoberto o princípio do fundamento como um princípio do ser.²⁷

O FUNDAMENTO EM HEIDEGGER

A proposta de Heidegger é pensar o fundamento como o ser e o ser como fundamento, ou seja, isto representa não mais explicar o ser através de algo que é ente.²⁸ É neste momento que aparece a importância do salto como ouvir o princípio do fundamento como um princípio do ser.

O salto desprende-se de uma e a partir de uma área de desprendimento. O salto abandona esta área e não a deixa

²⁴ Ibid., p.88.

²⁵ Ibid., p.89.

²⁶ Nas lições de Heidegger, interessante destacar a harmonia do sentido do princípio com seu sentido musical. Através do sentido musical entende a relação perfeita com o princípio do fundamento da seguinte forma: “Se entendermos a palavra ‘princípio’ no sentido musical, então é válido para o nosso caminho através do princípio do fundamento, aquilo que uma vez Bettina v. Arnim escreve no seu livro ‘*Goethes Briefwechsel mit einem Kinde*’ (Correspondência de Goethe com uma Criança): ‘Quando na música se fala de uma frase e de como ele é executado, ou do acompanhamento de um instrumento e do entendimento com o qual ele é tratado, aí eu penso exatamente o contrário, que o andamento executa o músico, que o andamento tantas vezes se apresenta, se desenvolve, se concentra, até que o espírito totalmente nele se estabelece.’ (Obras Completas, ed. Oehlke. Vol. III, p.168).” Ibid., p.132.

²⁷ Ibid., p.80.

²⁸ Ibid., p.103.

contudo atrás de si. Através do abandonar o salto recupera a área de desprendimento de uma nova forma, e decerto não apenas na margem senão necessariamente. O salto é um salto essencialmente retrospectivo. O que nós apreendemos na retrospectiva das coisas principais, tentamos manter uniforme, ao caracterizarmos o traço principal da área de desprendimento.

Esta área mostrou-se-nos como a história do pensamento ocidental. No respeitante a ela falou-se de destino do ser. Aquilo que é válido ouvir na segunda tonalidade do princípio do fundamento como o princípio do ser, não é de modo algum de tal gênero, que nós ainda não o tivéssemos ouvido de todo. Isso é, pelo contrário, de um tal gênero que nos reivindica na nossa essência, bem entendido: na nossa essência. Isto quer dizer: a reivindicação do ser instala primeiramente o homem na sua essência. No destino do ser e a partir dele somos nós em primeiro lugar destinação (*geschicklich*) e como essência destinada somos obrigados a encontrar o destinado (*Schickliche*), e isto quer dizer sempre simultaneamente enredado nosso, a malograrmos o destinado.²⁹

A história do pensamento ocidental é a história do ser como retirada. A área de desprendimento é a história do pensamento ocidental, experimentada como destino do ser;³⁰ é a história do destino do ser. Um traço fundamental do ser é o seu desocultar-se. Este desocultar não é atributo do ser, senão o próprio ser, ou seja, o ser tem o seu ser próprio no desocultar-se. E dessa maneira, Heidegger afirma: "O ser não é anteriormente algo por si, que é depois em primeiro lugar realizado por um desocultar-se. Desocultar-se não é um atributo do ser, senão: desocultar-se pertence à propriedade do ser."³¹ Este desocultar-se perdura enquanto ocultar-se e é apenas na medida em que o homem, segundo sua essência se encontrar numa clareira do ser, será ele um ser pensante. Somente o desvelamento do ser possibilita a revelabilidade do ente. Este desvelamento, como verdade sobre o ser, é chamado por Heidegger de *verdade ontológica*.³² A história do pensamento é o envio da essência do homem a partir do destino do ser.³³ Desta forma, o destino do ser permanece em si a história essencial do homem ocidental, na medida em que o homem

²⁹ Ibid., p.103.

³⁰ Ibid., p.137.

³¹ Ibid., p.104.

³² HEIDEGGER, Martin. *A Essência do Fundamento*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988, p.23.

³³ HEIDEGGER, op.cit., 1999. p.128.

histórico é necessário no habitar edificante da clareira do ser.³⁴ É no salto que encontramos o mais digno de ser pensado.³⁵

O pensar deve dar o salto sempre de novo e primordialmente. Neste sempre iniciado dar o salto não há qualquer repetição e qualquer regresso. É necessário o salto, até que o antepensar recordante no ser como ser tenha se transformado, a partir da verdade do ser, num outro dizer.³⁶

Portanto, re-cordar o sido é ante-pensar no impensado a-ser-pensado.³⁷ Isto quer dizer que em Heidegger o princípio do fundamento não é pensado conforme a metafísica clássica, mas sim pensado como um princípio histórico-ontológico. Historicamente-ontologicamente, *ser e fundamento* “são” o mesmo.³⁸ É neste sentido que não podemos pensar o ser a partir do ente; não podemos pensar o ser como ratio, como causa primordial, como fundamento racional, mas sim ser e fundamento como uma pertença recíproca. E na medida que o ser se desdobra como fundamento, não tem ele próprio um fundamento, porque qualquer fundamentação teria de minimizar o ser a algo como ente.

Heidegger afirma: “Ser permanece como ser, destituído de fundo. Do ser permanece o fundamento, isto é como fundamento primeiramente fundamentador, de fora e separado. Ser: o sem-fundo.”³⁹ Fundamento significa, “pensado na totalidade”, a área situada profundamente e que ao mesmo tempo sustenta.⁴⁰ Assim, o princípio do fundamento é sem-fundo. Portanto, o salto é

³⁴ Ibid., p.137.

³⁵ Ibid., p.131.

³⁶ Ibid., p.139.

³⁷ Esta interessante frase é formulada por Heidegger na décima segunda aula do Curso referido onde o filósofo ensina que o “salto no desprendimento não desvia de si a área de desprendimento, senão que o salto torna-se ao saltar na apropriação monumental do destino do ser. O próprio salto exprime o seguinte: ele não salta nem para a fora da área de desprendimento, nem adiante para uma zona separada por si. O salto permanece salto apenas como memorial. Re-cordar, isto é o destino sido, exprime contudo: refletir, e na verdade sobre aquilo ainda impensado no sido como o a-ser-pensado. A este corresponde o pensar apenas como ante-pensado. Re-cordar o sido é ante-pensar no impensado a ser-pensado. Pensar é antepensar recordando. Isso não adere historicamente representado ao sido como algo passado, nem olha fixamente concebido com a impertinência do profético para um fictício futuro consciente. O pensamento recordante-antepensante é o dar o salto. Este salto é um princípio, ao qual o pensamento se submete. Ibid., p.138-139.

³⁸ HEIDEGGER, op.cit, 1999, p.160.

³⁹ Ibid., p.160-161.

⁴⁰ Heidegger explica que fundamento designa “por um lado a profundidade, por exemplo, o fundo do mar, o fundo do vale, a pradaria, um terreno e um solo em depressão, situados profundamente; no sentido mais vasto significa a terra, o solo da terra. Ainda mais primordialmente fundamento exprime ainda hoje na área linguística suabo-alemã tanto como humo. Isso é o fundo crescido, o pesado e fértil solo da terra. Um canteiro de flores, por exemplo, tem muito pouco fundo, o qual deverá primeiramente ser fornecido para um crescimento favorável. Fundamento significa, pensado na totalidade a área situada profundamente e que ao mesmo tempo sustenta. Assim falamos nós do fundo do coração.” Ibid., p.141.

um salto para o abismo, isto é, é o abissal da história da verdade do próprio ser. Em sua obra *Identidad Y Diferencia*, Heidegger questiona

¿A dónde salta el salto cuando salta desde el fundamento? ¿Salta a um abismo? Sí, mientras nos limitemos a representar el salto, y en concreto, em el horizonte del pensar metafísico. No, mientras saltemos y nos dejemos ir. ¿A dónde? Allí, a donde estamos ya admitidos: la pertenencia al ser. Pero el ser mismo nos pertenece, pues sólo em nosotros puede presentarse como ser, esto es, llegar a la presencia.

Por tanto, para exepimentar propiamente la mutua *pertenencia* de hombre y ser, es necesario un salto, es necesaria la brusquedad de la vuelta sin puentes al interior de aquella pertenencia que es la primera en conceder la mutua relación de hombre y ser, y, con ello, la constelación de ambos. El salto es la puerta que abre bruscamente la entrada al dominio em el que el hombre y el ser se han encontrado desde siempre en su esencia porque han pasado a ser propios el uno del outro desde el momento em el que se han alcanzado. La puerta de entrada al dominio em donde esto sucede, acuerda y determina por vez primera la experiencia del pensar.⁴¹

A diferença entre um ente e outro é a diferença ôntica e a diferença ontológica é aquela diferenciação do ente e do seu ser. É esta diferenciação entre o ente e seu ser que constitui a essência da metafísica, a sua *meta*. Nesse sentido, o filósofo afirma:

la diferencia de ente y ser es el ámbito dentro del cual la metafísica, el pensamiento occidental en la totalidad de su esencia, puede ser lo que es. Por ello, el pasa atrás va desde la metafísica hasta la esencia de la metafísica.⁴²

Daí a transposição para o ser através do ente, já que quando Heidegger problematiza a diferença ontológica, está buscando, destarte, retomar a diferença metafísica entre *ser* e *ente*. Logo, ser é ser do ente, o ente é o ente do ser; *ser* e *ente* aparecem sempre no mesmo modo a partir da diferença. Por conseguinte, “lo único que está claro es que cuando se habla del ser de lo ente y de lo ente

⁴¹ HEIDEGGER, Martin. *Identidad Y Diferencia*. Tradução Helena Cortés e Arturo Leyte. Barcelona: Anthropos Editorial, 1990, p.78-79.

⁴² *Ibid.*, p.115.

del ser, se trata siempre de una diferencia."⁴³ "La diferencia constituye el proyecto en la construcción de la esencia de la metafísica."⁴⁴

Importa destacar, ainda, que é a transcendência o recinto da questão em torno do fundamento. A transcendência heideggeriana significa ultrapassagem. O transcendente (que transcende) é o que realiza a ultrapassagem, persiste na ação de ultrapassar. Esta transcendência, na significação terminológica que importa clarificar e apresentar, significa o que é próprio do estar-aí humano.⁴⁵ Esta transcendência mediante uma análise do conceito de mundo, determina-se como ser-no-mundo do estar-aí (ser-aí, pre-sença, *Dasein*).⁴⁶

REFERÊNCIAS

- HEIDEGGER, Martin. *A Essência do Fundamento*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988.
- _____. *Identidad Y Diferencia*. Tradução Helena Cortés e Arturo Leyte. Barcelona: Anthropos Editorial, 1990.
- _____. *O Princípio do Fundamento*. Tradução Jorge Telles Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia: Limites de um Paradigma*. Ijuí, Rio Grande do Sul: Unijuí, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *Os Métodos de Interpretação, a Metafísica e de como não há um Grundmethode na Hermenêutica: Um contributo à luz do Ontological Turn*. In: MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves (Org.) *Novos Direitos: Os Paradigmas da Pós-Modernidade*. Niterói: Impetus, 2004.

⁴³ Ibid., p.135.

⁴⁴ Ibid., p.153.

⁴⁵ HEIDEGGER, op.cit., 1988. p.33.

⁴⁶ Ibid., p.85.

O JUSPOSITIVISMO SOB A ÓTICA DE HEBERT HART E RONALD DWORKIN

*Reis Friede*¹

Resumo: o debate que envolve o Jusnaturalismo e o Juspositivismo tem inspirado as reflexões de juristas e filósofos. Muito embora se possa afirmar que grande parte das históricas controvérsias associadas ao confronto entre o Direito Positivo e o Direito Natural já tenham sido superadas, subsistem inúmeros aspectos que merecem uma dedicação acadêmica. Não obstante opiniões divergentes, as quais pugnam pelo enfraquecimento teórico do assunto, o passar dos séculos demonstra justamente o contrário, posto não ter conseguido eliminar a estima dos pensadores pela temática ora desenvolvida. Deste modo, o presente artigo discorre sobre o Juspositivismo sob a ótica de Hebert Hart e Ronald Dworkin.

Palavras-chave: Direito Natural. Jusnaturalismo. Juspositivismo.

THE JUSPOSITIVISM FROM THE PERSPECTIVE OF HEBERT HART AND RONALD DWORKIN

Abstract: the debate involving the Jusnaturalism and the Juspositivism has been inspiring the reflections of jurists and philosophers. Although we can affirm that a great deal of the historical controversies associated to the confrontation between the Positive Law and the Natural Law have already been surpassed, there are still countless aspects which deserve an academic dedication. Notwithstanding dissonant opinions, which militate for the theoretical weakening of the subject, the passing of the centuries demonstrates exactly the opposite, given the non-elimination of the thinkers' esteem for the thematic

¹ Desembargador Federal, Diretor-Geral da Escola de Magistratura Federal da 2ª Região (biênio 2023/25), ex-Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Site: <https://reisfriede.wordpress.com/> . E-mail: reisfriede@hotmail.com .

now developed. Thus, the current article discourses about the Juspositivism from the perspective of Hebert Hart and Ronald Dworkin.

Keywords: Natural Law. Jusnaturalism. Juspositivism.

1. INTRODUÇÃO

NOBERTO BOBBIO, aludindo às pesquisas empreendidas por KUTTNER, afirma que o primeiro uso da fórmula *Direito Positivo* (*jus positivum*) teria ocorrido pelas mãos de ABELARDO, filósofo medieval do fim do século XI, registrando, outrossim, que investigações anteriores apontavam que o emprego inaugural de tal expressão teria sido por DAMASO, nos idos do século XII. Para ABELARDO, segundo narra BOBBIO (1995, p. 19), o Direito Positivo *illud est quod ab hominibus istitutum*, ou seja, apresenta como característica o fato de ser *posto* pelo ser humano, ao contrário do Direito Natural, *posto* por algo ou alguém que está além dele, como a *natureza* ou *Deus*.

Contemporaneamente, a expressão Direito Positivo pode ser definida como o conjunto de normas jurídicas estabelecidas com o fim de regular a vida em sociedade. É o Direito cuja elaboração depende da vontade humana, revelando-se através da forma escrita (lei) ou não-escrita (norma consuetudinária, norma costumeira ou costume jurídico). É, ainda, o Direito institucionalizado, passível de ser imposto coercitivamente, abarcando a Constituição, as leis, os códigos, os tratados, as medidas provisórias, os decretos legislativos, as resoluções, os decretos, as portarias, etc.

Tal conjunto de normas jurídicas, como se vê, é criado a partir de decisão humana, seja através da atuação estatal (o processo de produção normativa, por exemplo), seja de modo socialmente difuso, por meio do qual se forjam os denominados costumes jurídicos. Assim, a análise do Direito Positivo de um dado país permite compreender as nuances de uma sociedade, mormente se considerarmos a essência do brocardo *ubi societas, ibi jus* ("onde está a sociedade, está o Direito"). Com efeito, diante do poder soberano inerente ao Estado, cada país estabelece, no âmbito do respectivo território estatal, e em atenção à realidade social, o pertinente Direito Positivo, revelador, em última análise, do modo de ser de uma determinada comunidade.

Exatamente como acontece em relação ao Jusnaturalismo, que experimentou diversas perspectivas teóricas ao longo do tempo, o Positivismo Jurídico, de seu lado, também comporta várias incursões analíticas, reveladoras das mais diversas tendências explicativas, conforme será abordado.

2. O JUSPOSITIVISMO EM HERBERT HART

JEREMY BENTHAM e JOHN AUSTIN, no que se refere ao assunto ora discorrido, são considerados autores *positivistas imperativistas*, tendo em vista que ambos acolhem uma noção comum, segundo a qual o Direito é fruto da vontade do *soberano*, tese centrada nas ideias de *comando* e *coerção*, concepção esta que, diferentemente, não pode ser atribuída ao inglês HERBERT LIONEL ADOLPHOUS HART (ou H. L. A. HART, 1907-1992), jurista e filósofo do Direito, autor reconhecidamente importante para uma nova tomada de posição em relação às Filosofia e Teoria do Direito. HERBERT HART, neste contexto, rejeita a denominada *Teoria Imperativista*, cuja característica fundamental, conforme consignado, consiste justamente em vincular o Direito às noções de *comando* e *coerção*. Em *O Conceito de Direito*, obra publicada em 1961, HART afirma que o termo *positivismo*, na literatura anglo-americana contemporânea, é empregado para traduzir uma ou mais das seguintes afirmações teóricas:

“1) que as leis são comandos de seres humanos; 2) que não há vínculo necessário entre direito e moral ou entre o direito como ele é e o direito como deve ser; 3) que a análise ou estudo do significado dos conceitos jurídicos é um estudo importante, que deve ser distinguido (apesar de não ser contrário a elas) das pesquisas históricas e sociológicas e da avaliação crítica do direito em termos de moral, objetivos e funções sociais etc.; 4) que um sistema jurídico é um ‘sistema lógico fechado’, no qual decisões corretas podem ser deduzidas por meios exclusivamente lógicos a partir de normas jurídicas predeterminadas; 5) que os juízos morais não podem ser demonstrados, como podem os enunciados factuais, por meio de argumentação racional, evidência ou prova [...]. BENTHAM e AUSTIN defendiam as opiniões expressas em (1), (2) e (3), mas não aquelas em (4) e (5); KELSEN defende aquelas expressas em (2), (3) e (5), mas não as apresentadas em (1) e (4). A afirmação (4) é geralmente atribuída aos ‘juristas analíticos’, aparentemente sem boas razões.” (HART, 2009, p. 386-387)

HEBERT HART, pelo que se observa no item 2 da transcrição supra, demonstra que, a seu ver, não há necessariamente um vínculo entre Direito e Moral, o que o situa, segundo um segmento doutrinário, entre os autores *positivistas inclusivistas* (ou *positivistas incorporacionistas*). Significa dizer que HART admite que conceitos e normas próprios do Direito possam incorporar regras pertinentes ao campo da moral, desde que o sistema jurídico o autorize.

Ademais, em *O Conceito de Direito*, HEBERT HART contesta a aludida *Teoria do Comando*, delineada por JOHN AUSTIN na obra *The Province of Jurisprudence Determined (A Delimitação do Objeto do Direito, 1832)*, cujos contornos fundamentais consagram a ideia de que o Direito caracteriza-se por abarcar um conjunto de *comandos* e *ameaças* estabelecidos por um *soberano*. HART, partindo de uma distinção entre “*ter a obrigação de fazer algo*” e “*ser obrigado a fazer algo*”, e adotando como exemplo a conduta ameaçadora de um assaltante, afirma que, na verdade, inexistente obrigação quando o único motivo para obedecer é a ameaça, exatamente o que acontece no caso de um *assalto*. Diferentemente da intimidação contida na ação do assaltante, o Direito estabelece normas de agir aptas a orientar o comportamento não apenas daqueles aos quais as orientações normativas são destinadas, mas também aos funcionários públicos encarregados da aplicação de tais diretrizes.

Com efeito, HART, de um modo geral, opõe as seguintes objeções ao arquétipo teórico austiniano:

“Os fracassos principais da teoria [de AUSTIN] são suficientemente instrutivos para justificar um segundo resumo. Primeiro, ficou claro que, conquanto a lei penal – que proíbe ou impõe determinados atos sob ameaça de punição – dentre todas as formas do direito seja a que mais se pareça com as ordens apoiadas por ameaças dadas por uma pessoa a outras, ela difere dessas ordens sobre o aspecto importante de que normalmente se aplica também àqueles que a editam, e não apenas a terceiros. Em segundo lugar, há outros tipos de lei ou modalidade do direito, especialmente as que outorgam poderes jurídicos para exarar decisões ou legislar (poderes públicos), ou para criar ou modificar relações jurídicas (poderes particulares) – modalidades essas que não podem, por absurdo, ser assimilados às ordens apoiadas em ameaças. Em terceiro lugar, algumas normas

jurídicas diferem das ordens quanto à sua origem, pois não foi por prescrição explícita, nem por nenhum modo análogo, que vieram a existir. Finalmente, a análise do direito em termos de um soberano habitualmente obedecido e necessariamente isento de qualquer limitação jurídica não pôde explicar a continuidade da autoridade legislativa, continuidade essa que é característica dos sistemas jurídicos modernos; e a pessoa ou pessoas soberanas não puderam ser identificadas nem com o eleitorado, nem com o poder legislativo de um Estado moderno.” (MARCONDES e STRUCHINER, 2015, p. 98)

Ademais, HERBERT HART, ao empreender uma análise crítica a respeito da teoria de JOHN AUSTIN, desdobra-a em três segmentos. De início, estabelece uma distinção entre as noções de *comando* e *regra*. Em seguida, procura demonstrar que os sistemas jurídicos são integrados por várias espécies de regras, sendo que algumas delas, como dito anteriormente pelo próprio HART, nem de longe se assemelham aos mencionados *comandos* da teoria austiniana. E, por fim, HART enfrenta as noções de *soberano*, *súdito* e *hábito de obediência*, concluindo que tais categorias são insuficientes para definir como funcionam as regras jurídicas. Desta feita, enquanto BENTHAM e AUSTIN fundamentam os respectivos pensamentos teóricos na noção de *comando* oriundo de um *soberano*, HART, por sua vez, argumenta que o Direito constitui-se em um sistema composto por *regras primárias* e *secundárias*, modelo assim abreviado por STOLZ:

“Para HART, o ordenamento jurídico é formado por um conjunto de regras que ele denomina de *regras primárias* e por três tipos de *regras secundárias*: *regras de reconhecimento*, *regras de alteração/modificação* e *regras de adjudicação*. As *regras primárias* prescrevem o que os indivíduos podem ou não fazer e quando devem omitir certas ações – queiram ou não –, ou seja, são regras que impõem deveres em sentido positivo e negativo. Já as *regras secundárias*, ademais de desempenhar distintas funções no ordenamento jurídico, são também o remédio para cada um dos defeitos que, inevitavelmente, apresentam um sistema composto somente por *regras primárias*, entre os quais se encontram: a falta de certeza, a dificuldade para assimilar as mudanças (sociais, culturais, econômicas, etc.) ocorridas na sociedade e a ineficácia da pressão social difusa que se exerce com a intenção de que se cumpram as normas. As *regras secundárias de alteração* outorgam competência a determinados sujeitos para que ajustem – por meio da introdução, exclusão e modificação de normas – a realidade social em que operam. Por sua vez, as *regras*

de adjudicação dão dinamicidade e eficácia ao ordenamento jurídico, pois conferem potestades jurisdicionais – identificam e estabelecem quais são os indivíduos que podem julgar e os procedimentos que necessariamente devem seguir juízes e tribunais. [...].

A fim de complementar a estrutura fundacional da sua teoria, HART cria a noção de *rule of recognition* [*regra de reconhecimento*], que pretende ser um remédio para a falta de certeza do regime de *regras primárias*, bem como o instrumento adequado para a identificação de todo o material jurídico, de modo que o *status* de uma norma como membro do sistema dependa de que ela satisfaça certos critérios de validade estabelecidos na *regra de reconhecimento*. Dita regra, ademais, é uma norma última que subministra um critério jurídico de validade supremo. Neste sentido, todas as normas identificadas com referência a este critério são reconhecidas como normas válidas do ordenamento jurídico. Não obstante, é mister enfatizar que uma norma subordinada pode ser válida ainda que não seja geralmente obedecida, mas uma *regra de reconhecimento* não pode ser válida e rotineiramente desobedecida, pois ela somente existe como uma prática social eficaz e complexa. Então, uma *regra de reconhecimento* existirá como questão de fato se, e somente se, é eficaz. Para a verificação do grau de eficácia da *regra de reconhecimento* se exige, ademais do cumprimento, a aceitação da mesma por seus destinatários, ou seja, que eles a considerem como pauta correta de conduta.

A *regra de reconhecimento* não só estipula a forma que todas as normas jurídicas devem assumir para serem consideradas normas válidas do sistema jurídico, mas também atribui competência e/ou autoridade a certos sujeitos para que ditem e apliquem as normas jurídicas fixando – com base nos direitos fundamentais dos cidadãos e na estrutura política do Estado – os limites de atuação dos Poderes Públicos. Decisivamente, é a presença da *regra de reconhecimento* que articula a ideia de sistema jurídico, ou seja, é ela que distingue o Direito de outros sistemas normativos, como a moral, as regras de trato social e as regras de jogo – dado que estes sistemas não dispõem, em seu interior, de uma regra última que identifique toda e cada uma das normas existentes estabelecendo a sua pertinência e validade.” (STOLZ, 2007, p. 101-120)

BUGALLO (2009, p. 3) afirma que o objetivo de HART, no âmbito da *Teoria Analítica*, e dialogando com os *Realismos Americano e Escandinavo*, bem como

com o formalismo de KELSEN, foi justamente “superar a teoria de AUSTIN, válida para as sociedades primitivas e simples, e construir uma teoria explicativa do direito nas sociedades complexas”.

“Neste sentido, o eixo da teoria está na concepção do Direito como união de *regras primárias e secundárias* e na *regra de reconhecimento* como critério aferidor da identificação e existência do direito. Sob o aspecto conceitual, três teses presidem a construção de sua teoria e, conseqüentemente, pertinentes ao tema : (i) a *tese das fontes sociais*, segundo a qual o direito é resultado de prática social, na forma das normas de competência, e identificável através da regra de reconhecimento, no que se contrapõe às concepções iusnaturalistas, especialmente as de fundamentação metafísica que admitem a existência de um direito por fonte transcendente ou vinculada a uma concepção finalista ou físico-biológica da natureza; (ii) a *tese da separação conceitual entre o Direito e a Moral*, razão porque as conexões e coincidências são contingentes, não necessárias lógica e conceitualmente; (iii) a *tese da discricionariedade judicial*, segundo a qual, nos casos para os quais não há previsão clara de algum tipo de solução no direito estabelecido, o juiz deverá produzir decisão ao invés de inibir sua jurisdição.” (BUGALLO, 2009, p. 3)

STOLZ (2007, p. 101-120), ao analisar a contribuição oferecida pela obra de HERBERT HART para a construção do Direito no âmbito dos Estados Democráticos Constitucionais, assevera que “um dos grandes méritos de HART foi visualizar o Direito tal como se apresenta e, ainda que defensor do Positivismo Jurídico, ele nunca negou a obviedade de que os sistemas jurídicos contemporâneos são complexos e que, ademais desta característica, positivaram princípios e valores morais que têm transcendência no que é o Direito válido, uma vez que acrescentam dimensões éticas novas e mais intrincadas aos processos jurídicos de tomada de decisões”.

3. RONALD DWORKIN E A CRÍTICA À PROPOSTA TEÓRICA DE HERBERT HART

Em relação ao Juspositivismo, cumpre consignar um aspecto das críticas direcionadas pelo norte-americano RONALD DWORKIN (1931-2013), professor de Teoria Geral do Direito e Jurisprudência das Universidades de Nova York (EUA) e Oxford (Inglaterra), ao modelo de Positivismo Jurídico preconizado por

HERBERT HART, censura que, em resumo, assevera que as concepções de HART não são aptas a definir uma doutrina verdadeiramente eficaz sobre a essência do Direito. Para DWORKIN, em contraste com a percepção de HART, o Direito não pode ser concebido apenas como um conjunto de *regras*, sendo integrado, igualmente, por *princípios*, posto que reduzir o “fenômeno normativo às regras gera prejuízos no que diz respeito à argumentação, debate e balanceamento de razões na prática jurídica” (SGARBI, 2006, p. 153).

Assim, segundo RONALD DWORKIN (2002, p. 27-28), é possível sintetizar os pilares sobre os quais se assenta o Positivismo Jurídico: **a)** em primeiro lugar, é preciso reconhecer o Direito como um conjunto de *regras jurídicas* utilizado pela comunidade a fim de estabelecer qual comportamento será punido ou coagido pelo Poder Público, regras que deverão ser cotejadas quanto à sua validade; **b)** ademais, diante da ausência, no âmbito do próprio Direito, de uma *regra* claramente apta a solucionar o caso concreto, deve a autoridade pública (leia-se, o juiz), exercendo seu discernimento pessoal, buscar, além do Direito, um novo padrão que o oriente na elaboração de uma nova regra jurídica; **c)** por fim, consoante argumentação de DWORKIN, o conceito de obrigação jurídica está diretamente relacionado às regras jurídicas válidas, que exigem uma ação ou omissão dos sujeitos. Notadamente quanto ao exposto na letra **b** (supra), é lícito concluir que o ilustre jusfilósofo norte-americano pretendeu comprovar que o primado da lei não é suficientemente capaz de conceber uma solução aceitável para todos os casos, mormente para os chamados casos difíceis (*hard cases*).

DWORKIN, ao analisar a teoria hartiana, aborda o emblemático caso (*RIGGS versus PALMER*), ocorrido em 1882 nos EUA, no qual, em síntese, debateu-se sobre a possibilidade de um herdeiro (homicida) receber o que lhe fora deixado em testamento pelo testador, na hipótese em que a vida deste é injustamente ceifada por aquele, tudo com o torpe propósito de herdar. No caso em comento, ELMER PALMER figurava como o principal beneficiário da herança a ser deixada por seu avô (e sua vítima), o Senhor RIGGS.

Após muita discussão, a Corte de Apelação do Estado de Nova York decidiu pela exclusão de PALMER do recebimento da herança, sob o argumento de que a ninguém é “permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime” (RONALD DWORKIN, 2002, p. 37). Assim, ante a lacuna legislativa então detectada (inexistência de

regra que impedisse o recebimento da herança por ELMER PALMER), a Corte de Apelação decidiu o caso em questão (um autêntico *hard case*) não com base em uma *regra*, mas, sim, aplicando o *princípio* segundo o qual ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.

RONALD DWORKIN, na obra *Levando os Direitos a Sério* (2002, p. 39), assinala que as *regras*, diferentemente dos *princípios*, são aplicadas pelo método do “*tudo-ou-nada*”, ou seja, possuem uma *dimensão de validade*, significando dizer que, presentes os fatos que as mesmas estabelecem, a aplicação da regra será considerada: **a) válida** (e, por conseguinte, a consequência normativa prevista deverá ser igualmente aceita) ou **b) inválida**, em nada contribuindo para a decisão a ser tomada. Os *princípios*, por seu turno, não ostentam a aludida estrutura inerente às *regras*, tendo em vista que não estabelecem as condições cuja ocorrência torna obrigatória a sua aplicação.

“DWORKIN assinala que o Positivismo Jurídico tradicional simplifica o direito descrevendo-o como um conjunto de regras que são válidas ou inválidas com respeito a um critério de pertencimento ou *pedigree* formal a partir do qual a sua validade ou invalidade é mensurada. Pontua, assim, que o direito não opera dessa maneira, pois existem referências diferentes das regras, tais como os princípios e as políticas que escapam a essa medida. [...]”

Conforme sustenta, ao menos em termos exclusivos nesta fase, o direito é um conjunto de regras e de princípios morais; princípios estes que não são remissíveis a um critério de validade como o da regra de reconhecimento de HART. A isso, agrega uma série de informações.

A primeira delas é que as regras são normas aplicáveis na forma ‘ou tudo ou nada’, pois elas são aplicáveis apenas quando surgem as condições que elas próprias fixam. Já os princípios são normas que não firmam uma consequência jurídica precisa diante de uma circunstância igualmente precisa; eles expressam considerações de justiça, equidade ou outras dimensões da moralidade, ou seja, princípios não estabelecem uma solução unívoca para as controvérsias em que são aplicáveis, de tal modo que diferem das regras em sua operacionalidade lógica. [...].

De mais a mais, os princípios se caracterizam pela ‘dimensão de peso’ ou de ‘importância’, não determinando um resultado em específico, pois eles são ‘razões’ que ‘guiam’ e devem ser considerados quando

as decisões jurídicas são tomadas, mesmo que, para tanto, devam ser submetidos a um 'balanceamento' frente a outros princípios que concorrem como razões contextuais para o caso.

[...] DWORKIN acrescenta ainda o fato de os princípios serem mais fracos que as regras no sentido de admitirem sempre incontáveis exceções, ao passo que, quando se trata das regras, as exceções que comportam podem ser enumeradas." (SGARBI, 2006, p. 151-152)

Refletindo a respeito dos denominados *casos difíceis*, afirma RONALD DWORKIN que a decisão tomada pela Corte (em *RIGGS versus PALMER*) não se fundamentou em uma regra, mas em um princípio ("ninguém pode se beneficiar de seus próprios delitos"), cuja essência não fixa as condições que tornam sua aplicação necessária; ao invés disto, tal princípio tão somente exprime a *razão* que conduz o argumento em certa direção, motivo pela qual sua concretização requer uma decisão particular. Em casos assim, consoante afirmam BITTAR e ALMEIDA (2011, p. 487), cumpre ao "juiz proceder a uma escolha", recorrendo, para tanto, "a critérios de justiça (*justice*) externos à ordem jurídica concreta, abrindo caminho para decisões polêmicas que parecem convidar o jurista a pensar os limites entre Direito e Política".

De qualquer forma, esclarecem os referidos autores, a resposta de DWORKIN para tal "perplexidade não reafirma as teses positivistas e muito menos abre campo para um autorizativo indeterminado para que o juiz proceda simplesmente conforme seu arbítrio". Entende o pensador norte-americano que um "sistema somente pode ser considerado coerente e completo se avaliados os princípios que a ele pertencem", de modo que o sistema somente funciona porque há princípios que o completam, "o que por si só é argumento bastante para informar ao juiz que o seu papel crítico não está em reproduzir regras do ordenamento, repetir a lógica dos julgados anteriores, nem mesmo criar como se fosse legislador, mas sim *ponderar o peso* dos valores que estão em debate, especialmente diante de situações limite ou de *hard cases*" (2011, p. 487)

Desta feita, DWORKIN afirma que o modelo concebido pelo Positivismo de HART, por ser integrado apenas por *regras*, acaba por ensejar um problema, tendo em vista que estas nem sempre são suficientes para proporcionar uma solução para os casos difíceis, motivo pelo qual propõe um arquétipo igualmente constituído por *princípios*.

4. CONCLUSÃO

A questão que envolve os denominados Jusnaturalismo e Juspositivismo (e seus respectivos contrastes teóricos) tem inspirado, ao longo do tempo, as reflexões de juristas e filósofos, tal como fizeram HART e DWORKIN. Muito embora possamos afirmar, com relativa segurança, que grande parte das históricas e antigas controvérsias associadas ao confronto entre o Direito Positivo e o Direito Natural já tenham sido superadas, subsistem, ainda, inúmeros aspectos teóricos que merecem uma dedicação acadêmica por parte de qualquer escrito que se disponha a abordar este assunto.

Assim, não obstante opiniões divergentes, as quais pugnam pelo enfraquecimento teórico do tema vertente, o passar dos séculos, desde a Antiguidade Clássica, transitando pela Idade Média e chegando até a quadra atual, demonstra justamente o contrário, posto não ter conseguido eliminar a estima dos pensadores pela temática desenvolvida no presente texto, dado historicamente concreto que revela a própria tensão conceitual (e concernentes desdobramentos) que existe entre ambos os fenômenos.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme A. de. *Curso de Filosofia do Direito*, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito*, compilação de Nello Morra, trad. e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995.
- BUGALLO, Alejandro Alvarez. *Teses Básicas do Positivismo e suas Críticas ao Jusnaturalismo, Lex Humana*, nº 2, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, tradução de Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- HART, Hebert L. A. *O Conceito de Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2009.
- MARCONDES, Danilo e STRUCHINER, Noel. *Textos Básicos de Filosofia do Direito – de PLATÃO a FREDERICK SCHAUER*, Rio de Janeiro, Zahar, 2015.
- SGARBI, Adrian. *Clássicos de Teoria do Direito*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
- STOLZ, Sheila. *Um Modelo de Positivismo Jurídico: o Pensamento de HERBERT HART*, Revista de Direito da FGV, v. 3, nº 11, jan./jun. 2007.

A INTUIÇÃO NA DECISÃO JUDICIAL DOS CASOS CONTROVERSOS (OU DE DIFÍCIL SOLUÇÃO): UM COADJUVANTE DOS SENTIMENTOS?

Rodrigo Zacharias¹

Resumo: O presente trabalho pretende analisar a intuição enquanto método de conhecimento, ao lado do método analítico, partindo das lições de Henri Bergson, Johannes Hessen e Rizzato Nunes. Intuição vista como conhecimento absoluto do objeto, este representado no processo judicial, que envolve análise de fatos e textos jurídicos. Distingue-se, porém, o momento do conhecimento do objeto (processo) da decisão (ação) do juiz (sujeito) nos casos controversos ou de difícil solução (*hard cases*). O ensaio também se propõe a, em linhas gerais, distinguir a intuição da emoção, do sentimento e do inconsciente. Concluiu que esses últimos, sobretudo os sentimentos, exercem papel importante e mais decisivo no momento da tomada de decisão judicial, muito embora a intuição, se e quando obtida pelo juiz na análise do caso, pode desempenhar função importante no aspecto da compreensão da controvérsia levada a julgamento. Ao final, constata que os sentimentos são essenciais para a vida democrática e não incorre em ilegalidade o juiz que decide com base em seus sentimentos, em detrimento de uma racionalidade pura, desde que nos limites do direito positivo.

Abstract: The present work intends to analyze intuition as a method of knowledge, alongside the analytical method, based on the lessons of Henri Bergson, Johannes Hessen and Rizzato Nunes. Intuition understood as absolute knowledge of the object, which is represented in the judicial process, which involves analysis of facts and legal texts. However, the moment of knowledge of the object (process) of the decision (action) of the judge (subject) is distinguished in controversial cases or cases that are difficult to

¹ Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pelo Instituto Toledo de Ensino-Bauru/SP. Bacharel em Direito na Universidade de São Paulo. Juiz Federal, desde 1998.

resolve (hard cases). This essay also proposes, in general terms, to distinguish intuition from emotion, feeling and the unconscious. He concluded that the latter, especially feelings, play an important and more decisive role when making a judicial decision, although intuition, if and when obtained by the judge in analyzing the case, can play an important role in the aspect of understanding the controversy raised. to trial. In the end, it states that feelings are essential for democratic life and the judge who decides based on his feelings, to the detriment of pure rationality, does not incur illegality, as long as it is within the limits of positive Law.

Palavras-chave: Intuição. Emoção. Sentimento. Inconsciente. Casos controversos.

Keywords: Intuition. Emotion. Feeling. Unconscious. Hard cases.

INTRODUÇÃO E PROBLEMATIZAÇÃO DO TEMA

O objetivo deste ensaio é, por primeiro, traçar um conceito de intuição como um método da aplicação da norma jurídica ao caso pelo juiz. Pretende-se aferir se ela, enquanto metodologia, coopera ou não para que o sujeito (o juiz) conheça verdade formal contida num processo civil (objeto), a fim de lhe propiciar uma decisão no processo judicial individual (ação).

Intuição é vista aqui como um dos meios pelos quais o ser humano obtém conhecimento, que por sua vez pressupõe a consciência.

Não pretendemos discorrer sobre o conhecimento do ponto de vista da física ou da biologia, mas sob a ótica filosófica. Nem há intenção de discorrer sobre o complexo e difícil conceito de consciência.

Partimos do pressuposto de que há muito a ser compreendido no cérebro humano, algo especialmente misterioso, e até hoje não há conhecimento seguro a respeito de seu funcionamento, conforme anota António R. Damásio.²

² Palavras do autor referido: “O fato de que ninguém vê a mente dos outros, seja ela consciente ou não, é especialmente misterioso. Podemos observar o corpo e as ações das pessoas, o que elas dizem ou escrevem, e fazer suposições bem fundamentadas sobre o que elas pensam. Mas não podemos observar a mente delas, e só nós mesmos somos capazes de observar a nossa, de dentro, e por uma janela exígua. As propriedades da mente, sem falar nas da mente consciente, parecem ser tão radicalmente diferentes das propriedades da matéria viva visível que as pessoas dadas à reflexão se perguntam como é que um processo (a mente consciente em funcionamento) engrena com outro processo (células vivas vivento juntas em agregados que chamamos de tecidos). Mas dizer que a mente consciente é misteriosa – e ela é mesmo – não significa dizer que o mistério é insolúvel. Não significa dizer que nunca seremos capazes de compreender como um organismo vivo dotado de cérebro adquire uma mente consciente.” (DAMÁSIO, 2009, p. 18).

Não perdemos de vista as limitações do conhecimento humano, restrito aos nossos sentidos e sujeito a falhas na percepção.

Os casos controversos ou de difícil solução ou *hard cases* envolvem situações que o Direito não regula em sua inteireza, mas que não são propriamente denominados de “lacunas”.

Hard cases são aqueles em que, segundo Ronald Dworkin, “*the result is not clearly dictated by statute or precedent.*” (DWORKIN, 1975, p. 1057). Se o resultado não é claramente estabelecido numa lei ou precedente, tal se dá porque:

Statutes and common law rules are often vague and must be interpreted before they can be applied to novel cases. Some cases, moreover, raise issues so novel that they cannot be decided even by stretching or reinterpreting existing rules. So judges must sometimes make new law, either covertly or explicitly. But when they do, they should act as deputy to the appropriate legislature, enacting the law that they suppose the legislature would enact if seized of the problem (DWORKIN, 1975, p. 1057).³

Nesses casos controversos, há uma margem ao juiz, que terá de decidir baseando-se em sua discricionariedade, mas sem a liberdade de que goza o legislador, e sim num nível superior de subordinação ao sistema jurídico, sob pena de invadir a competência de outras funções do Estado.

Diferentemente dos “casos fáceis” (*easy cases*), que se resolveriam pela mera subsunção da norma ao suporte fático, os casos controversos (*hard cases*) demandariam uma atividade intelectual adicional do juiz.

Um exemplo de caso controverso ou de difícil solução no direito brasileiro, que envolve direito constitucional e direito previdenciário, é o da apuração da miserabilidade a ser considerada para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada – BPC à pessoa com deficiência ou idosa, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal e art. 20 da Lei n. 8.742/93. O art. 20, § 3º, desta lei condiciona o pagamento da prestação assistencial a quem tiver renda *per capita* familiar de até ¼ do salário mínimo, considerando os membros do núcleo

³ Tradução nossa: “*Leis e regras de Common Law são frequentemente vagos e devem ser interpretados antes de serem aplicados a novos casos. Além disso, alguns casos levantam questões tão novas que não podem ser decididas nem mesmo ampliando ou reinterpretando as regras existentes. Portanto, os juízes às vezes precisam fazer uma nova lei, seja de forma velada ou explícita. Mas quando o fizerem, eles devem agir como deputados à legislatura apropriada, promulgando a lei que eles supõem que a legislatura aprovaria se apreendesse o problema.*”

familiar. Segundo o § 1º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93, considera-se membro do núcleo familiar apenas certas pessoas residentes “no mesmo teto”.

Suponha-se, hipoteticamente, que uma pessoa com deficiência – PCD resida a sós e não possua renda, mas poderia acionar seus filhos para obtenção de alimentos, na forma do art. 229 da Constituição Federal. O BPC só é devido quando a PCD não puder obter o sustento por si própria ou pela sua família, mas a autora possui dois filhos, maiores, capazes, solteiros, inseridos no mercado de trabalho com remuneração formal, mas que residem em outra residência. Ambos estão obrigados a prestar alimentos à mãe, sob pena de crime tipificado no art. 244 do Código Penal. A parte autora ingressa com ação em desfavor do INSS buscando a concessão do benefício.

Nesse caso hipotético, há somente uma solução correta? Há mais de uma? A intuição exerce algum papel no processo metodológico que influi a tomada de decisão o juiz? Ou serão os sentimentos e emoções do juiz que farão a balança pender para um lado ou para outro?

Esse é uma típica controvérsia jurídica que leva a julgamentos com resultados diversos na jurisprudência nacional. Há quem entenda que o art. 20, § 1º da Lei n.º 8.742/93 conceitua “núcleo familiar” apenas as pessoas que residam no mesmo teto, de modo que o argumento é o da literalidade da lei.⁴ E, contrariamente a tal posição, há os que defendem a subsidiariedade do benefício assistencial, que só pode ser concedido quando a sociedade, por meio da família do(a) interessado(a), não pode fornecer a subsistência, com fundamento em interpretação sistemática.⁵

Os critérios hermenêuticos disponíveis ao juiz para serem utilizados no julgamento são inúmeros e neste trabalho não nos interessa abordá-los, porquanto fogem do nosso objeto de estudo.⁶

⁴ Ver: TRF3, ApCiv/SP 0031593-08.2017.4.03.9999, Rel. Des. Fed. Inês Virgínia, 7ª Turma, DJ 18.12.2020, DP 26.01.2020.

⁵ Ver: TRF3, ApCiv/ SP, 5136260-86.2019.4.03.9999, Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Delgado, 7ª Turma, DJ 24.3.2021, DP 29.3.2021; TRF3, ApCiv 5351181-32.2020.4.03.9999, Rel. Des. Fed. Daldice Santana, DJ 25.3.2021, DP 29.3.2021.

⁶ Registra Rubens Limonge França, com suporte em Carlos Maximiliano e Pasquale Fiore, que a interpretação não se confunde com a hermenêutica. Enquanto a interpretação serve para fixar uma relação jurídica, mediante a percepção clara e exata da norma jurídica, a hermenêutica é a parte da ciência do direito que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos que devem ser utilizados para que a interpretação se realize, de modo que o seu escopo seja alcançado da melhor maneira (FRANÇA, 1988, p. 21).

Resta registrar, nesse introito, que não é exatamente fácil identificar um *hard case*. Para determinado julgador, o cenário acima narrado insere-se no âmbito de um *easy case*, de fácil solução (STRECK, 2020, p. 318). Outro juiz ou qualquer intérprete (doutrina, administrador) pode inseri-lo num caso de difícil solução.

O que importa, nesse primeiro passo, é resolver acerca do papel da intuição na solução desses casos complicados, sejam nominados ou não de *hard cases* à luz da doutrina de Ronald Dworkin⁷.

1. CONCEITOS-CHAVE: CONHECIMENTO HUMANO, EMOÇÃO, SENTIMENTO E INCONSCIENTE

Antes de ingressar na análise da intuição, é preciso definir alguns conceitos que serão utilizados por ocasião de nossas análises e conclusões.

Trata-se de temas relacionados à metafísica, que na modernidade recebeu o nome de *teoria do conhecimento*, como paradigma epistemológico da filosofia da consciência (STRECK, 2020, p. 107).

Primeiramente, cabe explicitar o que se pode denominar "*conhecimento humano*" e quanto a isso nos valem das palavras de Johannes Hessen:

Conhecer significa apreender espiritualmente um objecto. Esta apreensão não é, normalmente, um acto simples mas representa uma pluralidade de actos. A consciência cognoscente necessita, por assim dizer, de dar voltas em torno do seu objecto, para o apreender realmente. (HESSEN, 1987, p. 121).

Contudo, esse processo de dar voltas em torno do objeto para apreendê-lo refere-se somente ao chamado *conhecimento analítico*, que não abrange a intuição.

Ao contrário do que comumente se evoca, a intuição consiste numa modalidade de conhecimento *imediato e direto*. Não é, portanto, algo "sobrenatural", da qual é dotado o indivíduo com certas inclinações espirituais e divinas.

⁷ Afirma-se que, na era do positivismo, os *hard cases* deveriam ser resolvidos com base na discricionariedade do juiz. Mais recentemente, com a importação da obra de Robert Alexy, os casos difíceis não de ser solucionados pelos critérios da *ponderação* entre princípios, em vez da mera subsunção usada nos *easy cases* (STRECK, 2020, p. 257-261 e GRAU, 2021, p. 117-120).

Para Rizzatto Nunes, intuição é movimento concreto, é processo, é progresso que vivido na duração presente pelo sujeito, conecta pontos desse presente ao passado, para, atualizando-se, de volta à ação presente, ir ao encontro do futuro. (NUNES, 2018). Para o autor, a intuição “já é conhecimento, instantaneamente” (NUNES, 1997, p. 148).

Ocorre que o conhecimento analítico somado à intuição atinge apenas um dos momentos da decisão judicial. Primeiro o juiz compreende, entende, interpreta os fatos constantes do processo. Mas o momento da decisão (ação), vem após e pode ou não estar conforme o entendimento obtido (por meio da intuição).

E essa opção decisória será determinada por um sem-número de fatores, não puramente racionais, por assim dizer.

Contudo, prescindiremos de buscar na neurociência a definição do que chamamos de *emoção*, que ocorre instantaneamente e provoca reações no corpo e ocorrem abaixo da linha da nossa percepção, como quando nos deparamos com um tubarão ou leão. E emoção também envolve memórias, como quando temos uma reação emocional ao rever um ex-namorado ou ex-namorada.

Quando tomamos consciência da nossa emoção, passamos a outro processo do nosso cérebro, chamado *sentimento*, que se situa no ambiente mental e consciente. O sentimento pode ser definido como a percepção consciente e parcial de nossas emoções (CALABREZ, 2017). É algo mais rudimentar, automático e fisiológico, podendo ser entendido como um juízo sobre as emoções.

Interessa-nos aqui particularmente as lições do “filósofo da intuição”, Henri Bergson, para quem *emoção* é um dado imediato da consciência que antecede a consciência reflexiva, que distingue os tipos de sentimento, que, ao final das contas, formam uma “*multiplicidade indivisível e indiscernível*” (RACHAMONTE, 2018).

Para Youval Harari, em realidade, sentimentos não são uma qualidade exclusivamente humana e não refletem qualquer tipo de “livre arbítrio”. Para ele,

Sentimentos são mecanismos bioquímicos que todos os mamíferos e todas as aves usam para calcular a probabilidade de sobrevivência e reprodução. Sentimentos não se baseiam em intuição, inspiração ou liberdade – baseiam-se em cálculos (HARARI, 2018, p. 56).

Para complicar um pouco mais o tema, ainda resta um conceito-chave a

ser delineado, o de *inconsciente*: para Freud, a vida mental é dividida em 2 níveis, consciente e inconsciente. Esse último contém pulsões, urgências, instintos que motivariam a maior parte de nossas ações. Ao atuar como médico e lidar com diversas doenças mentais de seus pacientes, Freud compreendeu que não estamos a par dos processos mentais que estão por trás de nossa consciência (FREUD, 1996).

A existência do inconsciente só pode ser comprovada indiretamente, podendo explicar alguns fenômenos do nosso cérebro, como sonhos e atos falhos. A definição de inconsciente ainda é controversa e questionável na psicologia, conquanto seja objeto de importante área de pesquisa.

2. HENRI BERGSON E O CONHECIMENTO ABSOLUTO POR MEIO DA INTUIÇÃO

Muitos pensadores no transcorrer da história examinam o tema da intuição, desde Platão até Husserl, passando por Santo Agostinho, Descartes, Espinosa, Kant, Dilthey, Max Scheler e Bergson, mas, para os propósitos modestos e limitados deste ensaio, é o pensamento desse último que nos interessa, dada a profundidade e difusão de suas ideias.

As lições estão na *Introdução à Metafísica*, publicada em 1903, quando Henri Bergson coloca em xeque as formas de conhecimento dos objetos, mediante o entendimento de que o pensamento se prolonga no tempo. Segundo ele, os filósofos concordavam em distinguir duas maneiras diferentes de conhecer uma coisa. Na primeira, chamada de *conhecimento relativo*, ele “dá volta ao redor da coisa” pode ser tachado de analítico, mas o conhecimento verdadeiramente *absoluto* só é obtido através da intuição, que “entra na coisa” (BERGSON, 2006, p. 184).

Bergson sustenta que o intelecto é incapaz de penetrar na essência das coisas e só pode apreender a forma matemático-mecânica da realidade, não o seu conteúdo íntimo e o seu núcleo, de maneira que somente a intuição é capaz de penetrar esse íntimo conteúdo.

A intuição seria o instinto desinteressado e consciente de si mesmo, mediante o que se pode alcançar a realidade por dentro e penetrar no interior da vida, ou seja, mediante a intuição é possível entrar em contato com o núcleo e centro de todas as coisas.

Bergson entende que aquilo que é propriamente ele, aquilo que constitui a essência da coisa, não pode ser percebido por fora, “sendo, por definição, interior, nem tampouco ser expresso por símbolos, sendo incomensurável com qualquer outra coisa”. Nesse sentido, o absoluto é sinônimo de perfeição, “na medida em que ele é perfeitamente aquilo que ele é” (BERGSON, 2006, p. 186).

E prossegue:

Segue-se daí que um absoluto só poderia ser dado numa intuição, ao passo que o resto é da alçada da análise. Chamamos aqui de intuição a simpatia pela qual nos transportamos para o interior de um objeto para coincidir com aquilo que ele tem de único e, por conseguinte, de inexprimível. Pelo contrário, a análise é a operação que reconduz o objeto de elementos já conhecidos, isto é, elementos comuns a esse objeto e a outros. Analisar consiste portanto em exprimir uma coisa em função daquilo que não é ela (BERGSON, 2006, p. 187).

O conhecimento analítico opera sobre o *imóvel*, ao passo que a intuição se instala na *mobilidade ou na duração*, não no espaço, tratando-se de uma linha de demarcação bem nítida. “Reconhece-se o real, o vivido, o concreto, pelo fato de que ele é a própria variabilidade. Reconhece-se o elemento pelo fato de que ele é invariável” (BERGSON, 2006, p. 209).

Estabelecido isso, a intuição é o verdadeiro método de investigação filosófica, pois “toma como ponto de partida da sua filosofia a experiência interna de uma força produtiva espontânea e criadora, de uma força psíquica irredutível ao determinismo, ao mecanicismo e até mesmo ao finalismo” (RACHAMONTE, 2018).

Nas linhas seguintes tentaremos demonstrar que a intuição possui a mesma importância na tomada de uma decisão judicial em casos de difícil solução. Antes, porém, ainda carece tecer outras considerações as esferas prática e teórica do ser humano.

3. HESSEN, A INTUIÇÃO E AS ESFERAS PRÁTICA E TEÓRICA DO SER HUMANO

De Bergson passamos a Hessen. Esse último prelecionou que o admitir ou não admitir um conhecimento intuitivo paralelamente ao discursivo-racional depende, antes de tudo, do que se pense sobre a essência do homem, porquanto

quem vir no homem exclusiva ou preponderantemente um *ser teórico*, cuja principal função é o pensamento, só admitirá um conhecimento racional.

Quem, reversamente, puser o centro de gravidade do ser humano no *lado emocional e volitivo*, tenderá de antemão para reconhecer no homem, juntamente com a forma discursivo-racional do conhecimento, outros tipos de apreensão dos objetos.

Ora, partindo-se da premissa de que "*a uma multidão de aspectos da realidade corresponde uma pluralidade de funções cognitivas*", conclui Hessen que a primeira concepção representa evidentemente um "exclusivismo" e procede a maior parte das vezes de uma atitude distanciada do mundo e da vida, como a que se costuma encontrar justamente entre os filósofos. Assim, os filósofos costumam conceber o homem como um "*ser predominantemente cognoscente*".

Mas, para Hessen:

Quem está, pelo contrário, em contacto com as realidades concretas da vida, cedo se convence de que o verdadeiro centro de gravidade do ser humano não reside nas forças intelectuais, mas nas emocionais e volitivas. Vê que o intelecto humano se acha incluído, de uma ponta à outra, na totalidade das forças do espírito humano e que, portanto, necessita e depende delas em sua função. Não é o intelecto, mas sim as forças emotivas e volitivas do homem que lhe parecem dominantes nesse jogo de forças a que chamamos vida (HESSEN, 1987, p. 136).

O referido autor faz distinção entre a atividade teórica e a atividade prática. Na esfera *teórica* a intuição não pode pretender ser um meio de conhecimento autônomo, com os mesmos direitos que o conhecimento racional-discursivo, pois a *razão* teria neste terreno a última palavra e toda a intuição teria de legitimar-se no tribunal da razão.

Mas a questão seria diferente na esfera *prática*, onde a intuição teria um significado autônomo, pois, como seres que pensam e querem, "a intuição é para nós o verdadeiro órgão do conhecimento" (HESSEN, 1987, p. 138).

A intuição, dessarte, juntamente com o conhecimento discursivo e mediato, vem a ser uma *modalidade de conhecimento, direto, imediato e interno de um objeto*.

4. CLASSIFICAÇÃO DA INTUIÇÃO

Servimo-nos aqui da classificação de intuição proposta por Johannes Hessen, para quem a intuição é dividida em sensível e espiritual. Esta, por seu turno, divide-se em formal e material.

Na intuição *sensível*, o sujeito apreende por meio dos sentidos, de forma imediata, dados da experiência externa ou interna. Tal intuição tem caráter particular na medida em que o sujeito capta as manifestações do mundo e representa os objetos entre si, individualmente (HESSSEN, 1987, p. 125).

Já, a intuição *espiritual* baseia-se na mente e consiste na imediata projeção do espírito sobre o objeto. Será ela *formal* quando se tratar de uma mera apreensão de relações e, por outro lado, será ela *material* quando não se tratar de mera apreensão de relações, mas sim se tratar do conhecimento de uma realidade “material” de um objeto ou um fato “supra-sensível”.

Hessen tacha a intuição espiritual material de intuição em sentido próprio e rigoroso, mas que pode ser de índole diversa, pois fundada tal diversidade na *estrutura psíquica do homem*: a inteligência, o sentido e a vontade que são direções ou tendências da vida psíquica humana. Nesse sentido, distingue três tipos de intuição: **racional, volitiva e emocional**. De sua sorte, os objetos apresentados teriam também três aspectos: **essência, existência e valor**. Sendo assim, Hessen faz coincidir a intuição de essência (racional), a de existência (volitiva) e a de valor (emocional). Nos três casos há uma apreensão imediata de um objeto.

Noutro passo, Luiz Antonio Rizzatto Nunes teceu críticas a essa classificação da intuição, quando prelecionou, *in verbis*:

Quanto às classificações que apresentam a intuição dividida em sensível, espiritual formal e material e esta em racional, emocional e volitiva, todas pecam por atribuírem ao sujeito a possibilidade de captar o mundo material na percepção (a sensível), numa essência (a racional), num valor (a emocional), ou na existência (a volitiva), todas num objeto, num signo ou símbolo, colocado ao sujeito, como se eles fossem dados exteriores à consciência e que por um esforço misterioso o sujeito pudesse, saindo dela mesma – mas por intuição – captar-lhes o conteúdo intrínseco (NUNES, 1997, p. 176-177).

Segundo Rizzatto Nunes, a intuição é um método tanto para a descoberta mística quanto para a científica e filosófica (NUNES, 1997, item 11.3). E apresentou classificação própria, falando em intuição de duração, de que decorrem a intuição de reconhecimento atento, intuição de resistência e intuição heurística.

No concernente à *intuição de duração*, ocorre na duração e se opera no instantâneo. “Tudo ocorre em um *continuum* que para o indivíduo compõe um todo sintético e instantâneo, fluido e vivo, extremamente vivo” (NUNES, 1997, p. 167).

Com efeito, para Rizzatto Nunes,

Ela mostra a ligação do espírito ao corpo. Mostra, também, pela ligação do presente ao passado – ou em ouro termos do passado imediato ao passado – e deste se atualizando no momento presente que invade o futuro, o movimento de progresso que é permanente no indivíduo. Ela, conseguinte operar lembranças por similitude e contiguidade na memória e dentro da duração –isto é, fora do tempo e do espaço – e sem os limites dados ao corpo nos objetos que o cercam – tempo sucessivo e espaço simultâneo –, pode preparar virtualmente, ações que só esperam o meio adequado e a oportunidade de se atualizarem na consciência, e que uma vez encontrados, permitem que ela surja na consciência como uma luz repentina, como um sentimento difuso de resistência ou como presença/reconhecimento interno (NUNES, 1997, p. 172).

Trata-se de uma intuição repleta do ser que intui, dando-se na duração, no movimento contínuo de progresso, o qual se desenvolve do passado na direção do futuro, numa série de estados múltiplos que se prolongam uns nos outros. Trata-se, no dizer de Bergson, da *intuição fundamental*.

Em prosseguimento, a *intuição de reconhecimento atento*, ou *de presença-reconhecimento*, é praticamente sinônimo da intuição de duração, apenas com uma nota distintiva: a atenção. Constitui-se naquele em que, estando presente a consciência, se dá com a atualização de imagens-lembranças, trazendo no curso do progresso o passado ao presente, com vistas ao futuro.

Todavia, com o reconhecimento atento, enquanto intuição, entra na consciência para apontar determinada e específica circunstância que o espírito quer realçar. Para Rizzatto Nunes,

a intuição de duração é necessária sempre, como esforço primordial de qualquer intuição; a intuição de reconhecimento atento é, além

daquela, um novo esforço em torno de algo específico, como se a intuição de duração fosse uma base líquida em que na superfície a outra caminhasse – aliás, juntamente com os outros dois tipos. Pertenceriam ao mesmo líquido, fruto de um mesmo episódio: a duração – mas, a de reconhecimento atento seria um episódio especialmente separado (NUNES, 1997, p. 174).

Neste contexto, intuição e consciência quase que se confundem, pois a consciência mostra-se capaz de simultaneamente captar elementos mais diversos, os quais de outra forma só poderiam ser tomados e apresentados com muito esforço, após certo tempo.

Já, a *intuição de resistência* é o sentimento difuso da própria resistência, uma atitude negativa perante uma ação nascente, vindo do exterior à noção percepção, o que é melhor explicado nas próprias palavras de Rizzatto Nunes:

Seu funcionamento se dá da seguinte forma. Nossa percepção imediata aciona em nossa memória algumas (ou alguma) lembranças-imagens, que se atualizam em nossos aparelhos sensório-motores, gerando em nosso corpo uma atitude, digamos assim, negativa, uma atitude de resistência à ação nascente ou realizada (que é praticada, por isso, com um certo peso, necessitando de um esforço maior do que o regular), em relação àquilo que vindo do exterior em direção à nossa percepção, clamava certa ação (NUNES, 1997, p. 177).

A consequência da intuição de *resistência* é a paralisia na atitude que resiste ou, por outro lado, na geração de uma preocupação consciente a qual leva a uma investigação com o desiderato de resolver o problema posto.

Por fim, a *intuição heurística* caracteriza-se pela descoberta repentina e há três condições para que a tenhamos. A uma, é mister que a nossa memória tenha as lembranças relevantes, a fim de que o esforço do espírito possa escolhê-las, seja por semelhança, seja por contiguidade, dando a possibilidade para que haja sua atualização na consciência. A duas, que tenhamos (ou tenhamos tido), um problema atual, que incomode e que estimula a percepção, nosso corpo, nossa ação presente ou virtualmente preparada, o pensamento, de alguma maneira a uma tensão na consciência, pressionando nossa memória. E por fim, que a memória, fruto da tensão ocorrida, se contraia pelas várias lembranças puras e num processo de seleção por semelhança e contiguidade, elaborem a combinatória a qual - circulando de forma virtual pelas lembranças-imagens que

seriam passíveis de se atualizarem - engendrem uma solução para o problema (NUNES, 1997, p. 178-181).

O que podemos inferir é que a *intuição de reconhecimento atento* está basicamente voltada para a ação presente, de modo que, por conta do progresso da duração, caminha no devir para o futuro imediato. A *intuição de resistência* é uma ação voltada para o passado, onde o espírito diante de uma situação apresentada pela percepção, resista ao que entra nessas vias. E por fim, a *intuição heurística* é verdadeiramente pura criação do espírito num dado momento presente da consciência, pois surge de uma só vez.

5. A DECISÃO JUDICIAL DOS CASOS CONTROVERSOS

À vista do exposto, cremos ser possível identificar um papel relevante dessas várias modalidades de intuição quando do raciocínio elaborado pelo juiz na apreciação dos casos controversos, de difícil solução, também denominados *hard cases*.

O papel da intuição está na descoberta, no conhecimento, na solução do enigma contido no caso aberto, onde não há solução considerada correta de antemão. Nesse ponto, a metáfora da “moldura” remete ao positivista Hans Kelsen⁸, para quem a interpretação do juiz será a “autêntica”⁹ e dirá o sentido da norma a ser aplicado e tido como válido no ordenamento jurídico (KELSEN, 1976, p. 463).

Dentre todos os significados possíveis daquela norma, dentro metáfora da “moldura”, dirá o juiz qual o que deve ser aplicado no caso concreto, sempre atento à (metáfora da) pirâmide, num sistema escalonado de normas, que tem em seu pico a Constituição.

Dentro da moldura possível, na busca da solução, a atividade intelectual

⁸ Kelsen e Hessen, diferentemente de Bergson (um crítico de Kant), podem ser considerados neokantianos. Sobre o “Neo-Kantianism”, conferir o texto disponível na *Internet Encyclopedia of Philosophy*: <https://iep.utm.edu/neo-kant/>. Acesso em 13.5.20921. A atribuição de pertencimento dos filósofos referidos neste ensaio a uma ou outra “escola” não prejudica, assim entendemos, a coerência de um estudo da intuição, ao menos enquanto instrumento à busca do conhecimento, numa decisão judicial, acerca do caso concreto.

⁹ Diferentemente de Kelsen, certa doutrina considera como interpretação “autêntica” aquela levada a efeito pelo legislador. “Autêntica”, afirma ele, “é a oriunda do próprio órgão fautor da lei, levada a efeito mediante a confecção de diplomas interpretativos, que, como é sabido, valem lei nova” (FRANÇA, 1988, p. 24).

do juiz trabalhará certamente com o conhecimento analítico, talvez em conjunto com a intuição, num processo que se dá num ambiente ornamentado com valores morais, concepções políticas e aspectos econômicos¹⁰.

A rigor, é preciso primeiramente identificar se o juiz é mesmo capaz de conhecer o objeto (a controvérsia estabelecida num processo judicial) por meio da intuição. Para Bergson, nem todos têm tal capacidade e nem sempre a intuição será acionada (BERGSON, 2006, p. 218 e ss.).

A intuição, como concebida por Bergson, demanda tempo, sobretudo a de duração. A capacidade do juiz de “ultrapassar o âmbito cognitivo, para acessar camadas pouco acessíveis da psique, mobilizando a vontade, iluminando o inconsciente, liberando a memória” (RACHAMONTE, 2018), no cotidiano judicante, pode ser limitadíssima.

Para lidar com a pletera de causas, o juiz via de regra exerce a cognição pelo conhecimento analítico, mormente nos casos fáceis e repetitivos.

Mas nos casos controvertidos, o papel da intuição pode ocorrer de ser essencial para o julgador lograr alcançar resultados sólidos em nível de conhecimento mesmo do objeto.

O processo judicial é um objeto ideal, extraído de fatos concretos, idealizado na mente do observador. Não se trata de um objeto físico, como uma balança ou um martelo, coisas que se tornaram símbolos da justiça.

Também a norma jurídica é um objeto ideal, de modo que os fatos levados para dentro do processo serão interpretados pelo juiz à luz das normas vigentes em determinado ordenamento jurídico.

Segundo as lições de Bergson referidas alhures, o ato de decidir um conflito concreto (conhecer) implicará primeiramente apreender espiritualmente um objeto (norma jurídica, extraída da interpretação do texto da lei, à luz dos fatos subjacentes ao caso, em determinada época histórica) e, como esta apreensão representa uma pluralidade de actos, a consciência do sujeito cognoscente (juiz) necessita de *dar voltas em torno do seu objeto*, para o apreender realmente.

¹⁰ Sobre a possibilidade de sempre haver mais de uma única solução correta aos casos levados a julgamento, notadamente aos casos controversos ou de difícil solução, cf. GRAU, 2021, item 45, denominado “A interpretação é uma prudência: a inviabilidade de uma única solução correta”.

Para apreender o objeto (relação jurídica plasmada num conflito de interesses) e descobrir a verdade, formal ou substancial, que exsurge do caso concreto, deverá o julgador considerar complexos fatores e variantes, como fatos, regras, valores, passado, presente e futuro.

Só a intuição, lembrando Bergson, é capaz de entrar no conteúdo íntimo e no núcleo da realidade, mas, insistimos nisso, nada garante que a intuição, enquanto método de conhecimento, seja alcançada ou exercitada durante os julgamentos pelo magistrado.

O empreendimento intelectual de “entrar na coisa” pode consistir num evento raro na atividade judicante, sujeita a toda sorte de erros de percepção e de interpretação.

De qualquer forma, não é tarefa precípua do juiz rastrear a qualificação mesma de seu processo de apreensão do objeto, mas sim decidir o caso concreto e produzir a norma. Não é função primordial do juiz discriminar quando age com “razão” e quando age com “intuição”¹¹ – embora nada o impeça de assim o fazer – mesmo porque, sobre ser essa uma tarefa mais voltada ao doutrinador (ou intérprete não-autêntico, no dizer de Kelsen), a “razão” e a “intuição” haverão de coexistir, por não serem excludentes quando da apreensão do objeto.

Entendemos, porém, que a tomada de decisão abrange ainda outros elementos.

Num primeiro momento, na solução dos casos controversos, o intérprete (juiz) não poderá se furtar a buscar no método analítico a busca da melhor interpretação que o caso concreto requer.

É dando voltas em torno do objeto que se permite um estado mental (ambientação), no contexto da qual alguma das formas de intuição pode ou não exsurgir.

Num segundo momento, a intuição pode atuar, seja de qual espécie for, conquanto enxerguemos maior dificuldade de ocorrência da *intuição de duração*.

¹¹ Escreveu Luiz Antonio Rizzatto Nunes, sobre a *intuição de reconhecimento atento*: “(...) nós captamos o tempo todo, no consciente, simultaneamente uma série de dados externos advindos do espaço e que penetram por nossa percepção – sons, imagens, cheiros, cores, formas etc; uma série de imagens presentes que se interligam, interpenetram, se apresentam à consciência; pensamentos que colocamos em marcha, ações em geral que praticamos etc (...) Nós não nos damos conta dessa multidão simultânea de acontecimentos porque, voltados que somos para as ações úteis, deixamos que essas percepções se dissipem tão logo recebidas (...)” (NUNES, 1997, p. 175).

Quanto à emoção, tomada aqui como decorrente do sentimento do julgador sobre concepções políticas, morais e econômicas, entendemos que também exercerá papel importante, mas não na identificação do texto legal aplicável ao caso difícil, e sim na escolha do resultado do julgamento, ou seja, na decisão.

Descabe inserir as concepções ideológicas do julgador exclusivamente no campo da razão, porquanto a preferência por um ou outro viés pode decorrer de fatores exteriores à lógica e à ciência. São os sentimentos – decorrentes de emoções surgidas por força dos fatos e normas identificados no processo judicial – que carregam os elementos aptos levar o ser humano a fazer escolhas, inclusive dessa natureza.

Estabelecido isso, concluímos que o conhecimento mais profundo acerca do objeto (processo judicial, fatos, normas jurídicas) depende da intuição, mas o juiz nem sempre trabalhará com ela.

Insistimos: para solução dos casos difíceis, é mister lembrar a lição de Hessen, no sentido de que não é o intelecto, mas sim as forças emotivas e volitivas do homem que lhe parecem dominantes nesse jogo de forças a que chamamos vida.

Digno de nota que o juiz não tem a liberdade do filósofo, que “*não está preso a nada*”. O julgador tem um norte que é a Constituição e tem balizas, que são as leis infraconstitucionais.

Retornando ao *hard case* apresentado no início deste ensaio, num mundo ideal, em que o juiz disponha de todo o tempo necessário à sua atividade intuitiva, ao menos as *intuições de duração* e *de resistência* haverão de operar na atividade intelectual do juiz, observada nesse caso a classificação de Rizzatto Nunes.

Outrossim, conforme a classificação de Hessen, a *intuição espiritual material emocional* apresenta-se como valiosa contribuição ao conhecimento da causa, com potencial de gerar reflexos nítidos no momento seguinte, o da ação (decisão).

A valoração dos interesses envolvidos no caso controverso proposto no início deste ensaio, envolve análise retrospectiva da relação jurídica mantida entre autor e o Estado, além de algum prognóstico sobre os efeitos do resultado do julgamento na vida da pessoa que alega viver em necessidade social.

Nesse ponto, há de se enfatizar a distinção entre o processo intelectual por meio do qual o juiz (sujeito) identifica a solução técnica correta para o caso (conhecimento), dentre as possíveis de enquadramento na “moldura”, e nesse ponto a intuição pode exercer papel fundamental; outra coisa é decidir (ação) ou não conforme tal descoberta intuitiva, isso porque o juiz pode, ainda assim, optar por uma decisão baseada em sentimentos morais, políticos, econômicos ou mesmo religiosos.

Creemos que o ato final de decisão é baseado num sentimento decorrente da emoção extraída do conhecimento do objeto (processo, fatos e normas) à luz das convicções morais, políticas e econômicas do juiz, não numa atividade puramente intelectual ou intuitiva, estando claro que não será possível dissociá-los numa tomada de decisão.

O conhecimento do permite ao juiz identificar uma solução possível para o caso concreto, à vista da atividade intelectual (intuitiva e/ou racional), mas ele pode, ao final das contas, decidir numa outra direção, mercê da preponderância do sentimento e da emoção.

Se se pensar ainda no peso do inconsciente em termos freudianos, então o momento da ação (decisão) será pautado por elementos ainda mais complexos, extraídos da vivência do julgador desde sua infância.

Tais elementos inconscientes não raramente sobrepõem-se aos papéis exercidos pelas emoções e sentimentos, e exercerão função importante no momento da tomada de decisão.

6. UM PARÊNTESE NECESSÁRIO: O DIREITO JUSTO CONFORME O CRITÉRIO PESSOAL DE CADA JUIZ?

Optamos por abrir um parêntese neste trabalho porque, por incrível que possa parecer, há os que acreditam que o juiz encontra a *justiça* no caso concreto independentemente das normas que teoricamente incidem aos fatos em julgamento. Nessa linha de pensamento, o julgador primeiramente escolhe a solução justa, para somente após encontrar a fundamentação de sua opção.

Desnecessário registrar o quanto de arbítrio que tal concepção carrega, o que se mostra inadmissível num Estado Democrático de Direito.

A imprevisibilidade das decisões é incompatível com a segurança jurídica e inservíveis aos propósitos de uma sociedade livre, que viva num sistema capitalista de produção (Grau, 2021, *passim*).

O arbítrio judicial, decorrente de toda sorte de ativismos, mostra-se contrária a uma concepção positivista de legalidade e democracia.

Nada obstante, esse – o pensamento de que o juiz primeiro encontra a solução justa, para depois fundamentá-la na pletora de textos jurídicos disponíveis no ordenamento jurídico – foi exatamente o que foi declarado numa entrevista pelo Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, e que talvez reflita a ideologia silencioso de muitos outros juízes propensos a determinado ativismo judicial.

Eis as palavras do próprio Ministro, produzidas em entrevista ao site jurídico Conjur, publicada em 06.7.2010¹²:

Sou um operador do Direito, percebendo-o como a reger a vida em sociedade, tomando as leis como confeccionadas para os homens, e não o inverso.

(...)

Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio.

Se a revelação proceder, esse tipo de julgador, após encontrar sua decisão para o caso concreto, escolherá, dentro do ordenamento jurídico, quais as normas aplicáveis¹³. Agirá com discricionariedade? Utilizará de motivos morais? Nada disso mais importa, porquanto a amálgama interpretativa prescindir de sua decomposição em elementos jurídicos e extrajurídicos.

Note-se que as afirmações do Ministro Marco Aurélio vão além de eventuais considerações acerca de alguma dicotomia entre positivismo e regras de solução de conflitos por ponderação.

¹² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>. Acesso em 25.3.2021.

¹³ Esse processo mental decisório referido pelo Ministro Marco Aurélio, assim pensamos, não se aplicaria aos casos fáceis e aos casos repetitivos, em que a jurisprudência já uniformizou – por meio dos instrumentos processuais disponíveis, a saber, o julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial repetitivos (arts. 1036 e ss., Código de Processo Civil - CPC), Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (arts. 976 e ss., CPC), Incidente de Assunção de Competência (arts. 947 e ss., CPC).

Lícito é extrair desse paradigma de pensamento que, despeito de seu menoscabo ao princípio da legalidade e do Estado Democrático de Direito (artigos 1º, 5º, *caput* e inciso I, e 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988), a emoção e o sentimento exercerão um papel ainda mais relevante, se comparada a juízes positivistas *quantum satis*.

Esse problema é amplamente estudado (GRAU, 2021, *passim*). Para Grau, só é admissível a discricionariedade quanto atinente a irrelevantes jurídicos, questão nem sempre compreendida por julgadores e pela doutrina. As situações mais criticadas, que levariam ao arbítrio judicial, seriam a ponderação de princípios, que geraria resultados imprevisíveis e fugiriam da legalidade, e os recursos à proporcionalidade e à razoabilidade, que conduziriam à *equidade* (em dissonância com a legalidade) em situações não autorizadas pelo ordenamento jurídico.

Enfim, esse parêntese, portanto, foi aberto e aqui fechado exatamente porque compreendermos as emoções e sentimentos como decisivos à escolha dos juízes, mesmo os considerados positivistas, no momento de resolverem os casos concretos, sobretudo os de difícil solução.

CONCLUSÕES

À vista do exposto, inferimos que a intuição influenciará a obtenção do conhecimento apto à solução dos casos controversos. A intuição, paralelamente ao conhecimento analítico, permite ao juiz a compreensão do fenômeno, garantindo-lhe a possibilidade de alcançar uma decisão.

Entretanto, são os sentimentos, decorrentes de emoções e sentimentos, emaranhados ou sobrepostos por elementos advindos do inconsciente, que levarão à escolha final do juiz, sobre acolher ou não a pretensão do postulante apresentada em face do réu, num caso de difícil solução.

Usando a metáfora da moldura kelseniana vazia, o juiz preenche seu teor de acordo com suas convicções supostamente adequadas à Constituição e às leis, mas na escolha de quais normas preponderam e na escolha dos significados possíveis dessas normas, acreditamos que são os sentimentos e as emoções, *pari-passu* com o inconsciente, que ditarão qual ação tomar.

No *hard case* referido no início deste trabalho, acerca da apuração da miserabilidade como requisito para a concessão do benefício assistencial, o(a) julgador(a) terá ao menos duas opções: a) acolher a pretensão da parte autora, com base na interpretação gramatical do art. 20, § 3º, da Lei n.º 8.742/93; b) considerar que, pela interpretação sistemática, a responsabilidade do sustento da pessoa vulnerável é da sociedade, por meio da família, com fulcro no art. 229 da constituição.

No primeiro caso, o julgador opta por prestigiar a máxima eficácia do direito fundamental social. No segundo, escolhe priorizar o *princípio da subsidiariedade*, segundo o qual cabe ao Estado intervir somente quanto a sociedade, por ela própria, não conseguir lidar com determinados problemas¹⁴.

Cabe o registro de que é vedado ao julgador interpretar o direito “em tiras”¹⁵, desconsiderando outra regra que, juntamente com o art. 203, V, igualmente consta da própria constituição, a saber: a regra do art. 229¹⁶, que estabelece o dever familiar de auxílio mútuo.

A interpretação isolada de determinado texto, em suas formas gramatical e lógica, deve ser complementada pela análise do todo, ou seja, do sistema. Então optamos, enquanto doutrina, pela segunda possibilidade, mas isso não significa que possa ser considerada correta, por qualquer ponto de vista.

Seja qual for a opção do juiz, não será a intuição que permeará a escolha pela proteção social superior ou pela subsidiariedade.

Foge dos limites deste ensaio saber se é possível haver duas soluções corretas para o caso controverso. Dworkin, claramente, ao menos nos termos do Direito norte-americano e do inglês, entende que somente uma decisão deve ser considerada correta (DWORKIN, 2019, p. 215-216).

Eros Roberto Grau, por outro lado, para quem o direito é uma prudência,

¹⁴ Nesse diapasão, a Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região, que aprovou o seguinte enunciado: *Súmula n. 23 - O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil.*

¹⁵ Uma vez mais nos socorremos das lições de Eros Roberto Grau, quando critica, em várias ocasiões, o vício de se interpretar o direito “em tiras”. Com isso, o professor ressalta a necessidade de se interpretar o texto de modo não isolado, cabendo a análise do ordenamento jurídico de modo integrado e sistemático (GRAU, 2021, 86/87).

¹⁶ “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

não uma ciência, enxerga a impossibilidade de se obter uma “interpretação verdadeira”¹⁷.

Não se pode desconsiderar ainda as falhas na percepção ou as limitações humanas no conhecimento, que podem se dar em qualquer decisão judicial, não apenas nos casos de difícil solução. Na hipótese apresentada, pode dar-se de o intérprete olvidar a presença de outras normas no sistema jurídico, como a contida no texto do art. 229 da constituição.

A fundamentação da decisão, de acordo com as regras do art. 489 do Código de Processo Civil, será uma última etapa, após as fases de conhecimento do objeto e decisão, quando o juiz (sujeito) expõe os textos que vê adequados a motivar a sua escolha (ação) dentre as possíveis no caso concreto.

Curioso apontar, nesses derradeiros apontamentos, que o Brasil é o único país do mundo em que o direito positivo prevê a “ponderação de regras” (STRECK, 2020, p. 261), no art. 489, § 2º, do CPC/2015¹⁸.

Na colisão entre normas – no caso controverso em análise, colisão entre os artigos 203, V e 229 da Constituição Federal de 1988 – deverá o juiz justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada.

Entendemos, enfim, que prevalece na atividade mental do juiz nos casos controversos não propriamente o lado racional ou intuitivo, mas uma escolha lastreada em sentimento, fruto de uma emoção – extraídos por fontes conscientes e inconscientes – a respeito do valor da norma (proteção social ou subsidiariedade) aplicável ao caso concreto.¹⁹

Limitado, portanto, nesse universo normativo onde vigora via de regra mais de uma possibilidade de interpretação, o papel de todas as modalidades de intuição, e reiteramos que sua presença, quando ocorre, dá-se no momento do conhecimento do objeto, não se apresentando como determinante para a tomada de decisão.

¹⁷ Cf. nota 9.

¹⁸ Com a seguinte redação: “§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.”

¹⁹ Pode-se enquadrar a subsidiariedade como um *argumento de política*, na teoria de Dworkin, ao passo que a proteção social subsume-se a um *argumento de princípio*, ambos tidos como possibilidades na solução dos casos controversos (DWORKIN, 1975, p. 1059).

Interessantes são as observações de Yuval Harari a respeito da importância dos sentimentos das pessoas, ao lado da racionalidade e do livre arbítrio, como elementos essenciais numa democracia, ao menos para justificar a existência de uma autoridade política. Conquanto não usual em sede de “considerações finais”, optamos por apresentar uma citação do referido autor:

Se a democracia fosse questão de tomadas de decisão racionais, não haveria nenhum motivo para dar a todas as pessoas direitos iguais em seus votos – ou talvez nem sequer o direito de votar. Existe ampla evidência de que algumas pessoas são muito mais informadas e racionais que outras, principalmente quando se trata de questões econômicas e políticas específicas (HARARI, 2018, p. 54).

À guisa de último registro, as conclusões desse texto não devem suscitar apreensões de jurisdicionados ou doutrinadores do direito. Sentimentos são um elemento fundamental no convívio social e nas atividades de agentes políticos. Quando se fala em democracia, não se pode esperar que prevaleça a racionalidade na tomada de decisões do próprio povo (HARARI, 2018, capítulo 3).

Não há motivo para se esperar algo diverso do juiz, que não praticará arbítrio se seus sentimentos, triunfantes no processo de conhecimento do objeto, em detrimento de uma escolha puramente racional, respeitarem os limites do ordenamento jurídico, notadamente quando no julgamento de controversos casos em torno de direitos fundamentais sociais.

REFERÊNCIAS

- BERGSON, Henri. Introdução à Metafísica. In: O pensamento e o movente. Ensaios e conferências. Tradução de Bento Prado Neto. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Último acesso em 18.10.2023.
- BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Último acesso em 18.10.2023.
- BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/jurisprudencia-1>. Último acesso em 18.10.2023.

- CALABREZ, Pedro. O que são emoções e sentimentos? 2017. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=SUAQeBKIQk0>. Acesso em 30.3.2021
- COELHO, Jonas Gonçalves. Bergson: intuição e método intuitivo. *Trans/Form/Ação*, São Paulo, 21/22: 151-164, 1998/1999.
- CONJUR. Marco Aurélio vê sua homenagem como “estímulo”. <https://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>. Acesso em 25.3.2021.
- CORREIA, Murilo Duarte Costa. Resenha. BERGSON, Henri. Introdução à metafísica. In: O pensamento e o movente. Ensaios e conferências. Tradução de Bento Prado Neto. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 183-234. CAPTURA CRÍPTICA: direito, política e atualidade. Florianópolis, v. 2, n. 1, jan./jun. 2009.
- DAMÁSIO, António. E o cérebro criou o homem. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- _____. “Hard Cases”. *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6 (Apr., 1975), pp. 1057-1109.
- GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). São Paulo, Malheiros, 2021.
- HARARI, Yuval. 21 lições para o século 21. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- HESSEN, Johannes. Teoria do Conhecimento. Tradução: António Correia. Coimbra: Arménio Amado, 1987.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução: João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1976.
- MARCOS, Maria José. A intuição na interdisciplinaridade. Disponível em: <https://www.ieef.org.br/artigos-filosoficos-cientificos/>. Acesso em 27.3.2021.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. A Intuição e o Direito. Belo Horizonte: Editora Livraria Del Rey, 1997.
- _____. Manual de Filosofia do Direito, São Paulo, Saraiva Jur, 2018.
- RACHAMONTE, Catarina. Henri Bergson: entre intuição filosófica e experiência mística. Publicada em 23.10.2018. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/henri-bergson-entre-intuicao-filosofica-e-experiencia-mistica/>. Acesso em 30.3.2021.
- STRECK, Lenio. Dicionário de Hermenêutica, Belo Horizonte: Letramento, 2020.
- RIBEIRO, Eduardo Soares. Bergson e a intuição como método na filosofia. *Kínesis*, Vol. V, nº 09, Julho 2013, p. 94-108.





Av. Rio Branco, 243 - Anexo I - 14º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ
☎ (0xx21) 3218-8648 ♦ 3218-8646 ♦ 3218-8642 ♦ 3218-8645
<http://emarf.trf2.jus.br/site/>