FENOMENOLOGIA E DIREITO

HUSSERL

Volume 2, Número 2
Outubro 2009/Março 2010

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

Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região

PPGF UFRJ
Programa de Pós-Graduação em Filosofia

Escola da
Magistratura
Regional Federal
da 2ª Região

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

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

www.ifcs.ufrj.br/~sfjp/revista/

Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região

FENOMENOLOGIA E DIREITO

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 2, Número 2
Out.2009/Mar.2010

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. 2, n. 2 (out.2009/mar.2010). – Rio de Janeiro : TRF 2. Região, 2008 - v. ; 23cm

Semestral

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

ISSN 1982-8977

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

CDU: 340.12

Diretoria da EMARF

Diretora-Geral
Desembargadora Federal Maria Helena Cisne

Diretor da Revista
Desembargador Federal André Fontes

Diretor de Estágio
Desembargador Federal Guilherme Couto

Diretor de Relações Públicas
Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Pesquisa
Desembargador Federal Guilherme Calmon

EQUIPE DA EMARF

Jaderson Correa dos Passos - Assessor Executivo

Andréa Corrêa Nascimento
Carlos José dos Santos Delgado
Edith Alinda Balderrama Pinto
Élmiton Nobre Santos
Leila Andrade de Souza
Liana Mara Xavier de Assis
Maria de Fátima Esteves Bandeira de Mello
Maria Luiza Braga de Azevedo
Maria Suely Nunes do Nascimento
Diana Cordeiro Franco

Expediente

Conselho Editorial

Aquiles Côrtes Guimarães - *Presidente*

João Otávio de Noronha - *Ministro do STJ*

Alberto Nogueira
André Ricardo Cruz Fontes
Aylton Barbieri Durão
Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva
Fernando Augusto da Rocha Rodrigues
Gilvan Hansen
Guilherme Calmon Nogueira da Gama
Emanuel Carneiro Leão
Marcus Vinicius Machado
Maria Stella Faria de Amorim
Roberto Kant de Lima

Comissão editorial

Aquiles Côrtes Guimarães
Adriana Santos Imbrosio
Ana Claudia Torres da Silva Estrella
Eduardo Galvão de Andréa Ferreira
Marcia de Mendonça Machado Iglesias do Couto
Nathalie Barbosa de la Cadena

Editado por

Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região - EMARF

Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica

Leila Andrade de Souza

Foto da Capa

Edmund Husserl

Impressão

Tribunal Regional Federal da 2ª Região - SED/DIGRA

Tiragem

600 exemplares

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente:
Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Vice-Presidente:
Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Corregedor-Geral:
Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Membros:
Desembargador Federal PAULO FREITAS BARATA
Desembargadora Federal TANIA HEINE
Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA
Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS
Desembargador Federal CARREIRA ALVIM
Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE
Desembargador Federal CASTRO AGUIAR
Desembargador Federal ANTÔNIO CRUZ NETTO
Desembargador Federal FERNANDO MARQUES
Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFÁCIO COSTA
Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORRÊA
Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ
Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND
Desembargador Federal ANDRÉ FONTES
Desembargador Federal REIS FRIEDE
Desembargador Federal ABEL GOMES
Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES
Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO
Desembargadora Federal LILIANE RORIZ
Desembargadora Federal LANA REGUEIRA
Desembargadora Federal SALETE MACCALÓZ
Desembargador Federal GUILHERME COUTO
Desembargador Federal GUILHERME CALMON
Juiz Federal Convocado MARCELO PEREIRA DA SILVA
Juiz Federal Convocado ALUÍSIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 13

ATUALIDADE E PERMANÊNCIA DO DIREITO NATURAL 15
Aquiles Côrtes Guimarães

COMPONENTES DE UM PENSAMENTO FENOMENOLÓGICO DO DIREITO .. 31
André R. C. Fontes

REGRAS E PRINCÍPIOS NO DIREITO BRASILEIRO 57
Fernando Rodrigues

DIREITO E CETICISMO 81
Valter Duarte

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A SOLUÇÃO DOS CASOS TRÁGICOS 97
Eduardo Ribeiro Moreira

OS DIREITOS HUMANOS NA OBRA DE JOHN RAWLS 121
Marcus Vinicius Machado

O ESTADO SOB UMA PERSPECTIVA FENOMENOLÓGICA: UMA LEITURA DE EDITH STEIN 135
Rita de Cássia Vieira Gomes Romano

A MORTE COMO AUSÊNCIA DE VIDA: UMA TRAGÉDIA NA AFIRMAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE 157
Guilherme Krueger

A ORIGEM E O FUNDAMENTO DO FINALISMO NO DIREITO PENAL 167
Luiz Cláudio da Rocha

INTELIGÊNCIA, INTUIÇÃO E JUSTIÇA NA PERSPECTIVA BERGSONIANA 183
Fernando Cesar de Sarmento Marianno Cordeiro

APRESENTAÇÃO

Com exemplar regularidade vem ao público este segundo número do segundo volume dos Cadernos da Escola de Magistratura Regional Federal 2ª Região - EMARF intitulados Fenomenologia e Direito.

Atestando a relevância e o êxito da iniciativa dessa instituição do Poder Judiciário, o convênio de cooperação com o Programa de Pós-graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio de Janeiro por intermédio do Seminário de Filosofia Jurídica e Política para levar a bom termo esta publicação assinala a desejável e sempre reclamada interação dos entes estatais com a Academia. Sobretudo quando se trata do Judiciário, cujo alimento substancial é o pensamento e a reflexão na tarefa de composição dos conflitos humanos.

Os artigos aqui publicados refletem a riqueza dos diversos modos de **ver** o Direito no debate contemporâneo, todos eles voltados para um fio condutor em demanda de **fundamentos** que se manifestem como sustentáculos do próprio pensamento jurídico.

A abertura infinita da perspectiva fenomenológica proporciona a incursão nas diversas "regiões ontológicas", prescindindo de guias e pré-conceitos que desfiguram, a priori, a **coisa visada**, isto é, o ser dos objetos reais, formais ou ideais. E essa liberdade está abrigada no próprio título destes Cadernos enunciados como **Fenomenologia e Direito**.

O Conselho Editorial

Atualidade e Permanência do Direito Natural

Aquiles Côrtes Guimarães - Professor do Programa de Pós-graduação em Filosofia da UFRJ

1. A IDÉIA DE POSITIVIDADE E O ESQUECIMENTO DO FUNDAMENTO

O desprezo contemporâneo pelo direito natural se deve, em grande parte, não somente ao triunfo da idéia de positividade mas também ao esquecimento da crucial questão dos **fundamentos,** enquanto proveniência e enraizamento dos objetos que circundam o lugar do homem no mundo. A idéia de positividade abafou a pergunta por fundamento. Daí a tendência dos juristas a procurar os fundamentos nos textos legais e na jurisprudência para a validação dos seus argumentos. É óbvio que, neste sentido, o pragmatismo é indissociável da efetiva operatoriedade das normas postas em circulação no sistema de controle das relações jurídicas intersubjetivas. Mas é essa preocupação puramente técnica, oriunda da idéia de positividade, que aprofunda o obscurecimento dos sentidos do fundamento.

Tudo isso decorre do milenar processo de **objetificação** do mundo, desde que entrou em cena a função demiúrgica da razão (**logos**) na Grécia antiga, disseminando no mundo helênico o ímpeto de organização das coisas e dos seus modos de manifestar-se objetivamente. Roma antiga e a disciplina jurídica é o exemplo mais acentuado desse espírito de racionalidade objetiva, cuja influência atravessou os séculos e ainda continua presente na maior parte dos sistemas jurídicos ocidentais. Pode-se dizer que o **objetivismo** sempre se constituiu na preocupação dominante ao longo da construção da nossa civilização, mesmo disfarçado na milenar querela gnosiológica entre idealismo e realismo, na qual, a despeito de todos os argumentos metafísicos, a compreensibilidade recaiu sempre para o lado do objeto real. Na modernidade, o realismo empirista clássico, sobretudo de Locke e Hume, mais tarde coadjuvado pelo positivismo de Comte, se encarregou de obscurecer os argumentos idealistas, dando suporte ao objetivismo que sairá sempre triunfante, sobretudo no processo de construção da civilização industrial. Para os empiristas, princípio primeiro do conhecimento é a sensação primeira. Logo, o que funda o conhecimento é a experiência com o seu objeto, e ponto final. Com esse modo de pensar, a objetivização do mundo estaria garantida. Aí, estão as sementes do utilitarismo, do pragmatismo, do behaviorismo e da tantas outras tendências de pensamento ainda atuantes nos nossos dias.

No fundo, o que permeia tudo isso é a idéia e a experiência de **positividade**, tão necessária aos apelos da lida humana submersa no nevoeiro de incertezas. A positividade das coisas nos leva a uma certeza imediata, ainda que ingênua. Se tivéssemos a certeza de que toda promessa seria cumprida, todas as positividades expressas nos contratos seriam desnecessárias.

O que reforçou definitivamente a idéia geral de positividade foi o avanço promissor das ciências da natureza que redundou no

domínio tecnológico de quase todas as dimensões da existência humana na civilização planetária que vivenciamos nos nossos dias. Estamos caminhando aceleradamente para o auge de um mundo inteiramente idealizado pelas tecnociências a partir das suas potencialidades energéticas elevadas às últimas conseqüências. Aí se aliam e se interam dois objetos com positividades distintas: a idealização do mundo como um novo objeto, sem configuração visível (objeto ideal-técnico destituído de valor a ser realizado) e a realidade da natureza sobre a qual recai a idealização. A positividade da idealização técnica (invenção) está configurada na efetiva realização do objeto que, ao mesmo tempo, é cristalizado na positividade da natureza. Nesse curso de assimilação da crença na idéia de positividade, os intervalos da reflexão vão sendo ocupados por valores puramente materiais, expulsando do convívio humano a arte, a religião e até mesmo a filosofia como instância originária do espírito.

Mas vem de longe essa idéia de positividade sustentada nas técnociências. Foi Edmundo Husserl, nos anos trinta do século passado, quem denunciou com toda veemência o processo de idealização do mundo a partir do Renascimento. As denominadas ciências positivas que se desenvolvem a partir da matematização da natureza acabaram por lançar no esquecimento o mundo da vida (Lebenswelt), ocultando os seus verdadeiros sentidos. Daí sermos herdeiros próximos de uma tradição fabricadora do mundo, cujas conseqüências estamos vivenciando com a destruição da natureza e a virtualização da realidade. A idéia de positividade recebeu seu impulso decisivo no século XVII com a hipótese galilaica de que a natureza deveria ser lida como se estivesse escrita em caracteres matemáticos. Ou seja, a natureza é um conjunto de objetos numeráveis e deve ser subordinada à idealidade matemática com mensurações e cálculos. De uma física aristotélica das qualidades dos seres da natureza passamos a uma física moderna

das **quantidades**, com a predominância do interesse no infinitamente grande até o final do século XIX, e no infinitamente pequeno a partir do século XX, com o advento da microfísica. Tudo é calculável, ainda que somente por meios estatísticos, como ocorre na física nuclear.

O mais grave é que essa crença na idéia de **positividade realizativa** penetra também nas ciências do espírito a partir do século XIX, invadindo a psicologia, a sociologia, a antropologia, a história e a própria filosofia com o alentado projeto de uma "Filosofia positiva" elaborado por Augusto Comte que falece em 1857. O termo positivo é largamente substituído pelo termo científico. O conhecimento ou é científico e, portanto, positivo, ou é especulativo e, portanto, ilusório. Psicologia científica, sociologia científica, pedagogia científica, filosofia científica ... e vai por aí. Como se a região inteira das ciências do espírito estivesse subordinada à idéia de positividade dos fatos científicos. É óbvio que o Direito não poderia escapar da crença na positividade do seu fazer normativo, em meio a esse turbilhão de impulsos dirigidos ao objetismo mais radical. Toda a ânsia codificadora que pervade o século XIX desde o Código Civil francês de 1804 – denominado Código de Napoleão – está imersa nesse espírito de positividade, embora o termo positivismo jurídico venha encontrar sua consagração somente a partir do século XX. Acompanhar a modernidade significava e ainda significa abraçar o ideário das tecnociências como único meio de se atingir o pleno domínio do real. Com que finalidade, não importa. As tecnociências abrigam a teleologia em si mesmas, o progresso pelo progresso. E o resultado é a multiplicação infinita dos objetos (artefatos), a maioria dos quais se presta apenas para acelerar o processo de desarticulação da subjetividade humana, deixando longe o ideal iluminista de emancipação do homem.

Essa aliança histórica do homem com o **positum**, com tudo aquilo que é dominável, calculável e manipulável, fez com que ele

perdesse seus laços com as referências de sentidos transcendentes e se visse escravizado pelo objetivismo pragmatista cada vez mais vulgarizado pela técnica. Ou seja, a atividade do espírito, do pensamento e da criação artística perdem o seu lugar privilegiado em nome da dominação positiva e concreta do real, pouco importando os sentidos e a destinação das sociedades e da história. Nessa corrida, a humanidade caminha para reduzir-se a um imenso rebanho dominado pela técnica e domesticado pela mídia. Vilipendiada e destruída a vida do espírito, só restará ao homem o seu último refúgio que é a própria **consciência,** embora poucos se dêem conta desta evidência radical, talvez em razão do excesso de intoxicação causada pela idéia de positividade.

Em tudo isso temos que levar em conta o progressivo esquecimento dos **fundamentos** provocado pela banalização do mundo e da vida. Ora, **fundamento** é proveniência, enraizamento, **origem originante**. O esquecimento dos fundamentos provoca a perda do enraizamento da idéia de positividade, ficando esta como se fosse detentora de um valor em si mesma. Positividade aqui não implica o seu contrário formal que é a negatividade enquanto negação do agir (nec-actio). O contrário da positividade é a oposicionalidade inerente a todos os entes. Neste sentido, o que ocorre historicamente é o triunfo da positividade no seu suposto antagonismo com a oposicionalidade. Mas este fato não esclarece o fundamento. Dir-se-ia que os fundamentos da idéia de positividade residem nas denominadas ciências positivas que redundaram nas atuais tecnociências. Mas quais os fundamentos das tecnociências? Eis a questão mais urgente para o pensamento dos nossos dias, frente às incertezas que invadem a destinação humana.

Poderíamos afirmar que a oposicionalidade que se contrapõe à idéia de positividade reside na **natureza,** por que é a partir desta que o homem inventou e continua reinventando outras naturezas

artificiais como simulacros opostos à naturalidade da natureza originária. Ou seja, a positividade das tecnociências constitui um risco permanente para a sobrevivência da própria natureza da qual partiram suas invenções idealizantes, dando origem aos movimentos ambientalistas que podem ser considerados como atitudes românticas diante do poder destruidor da positividade técnica. Lembremos que o ideário romântico do século XIX foi pulverizado pelo avanço do positivismo cientificista. Esse é apenas um exemplo simplista que pode nos levar a uma reflexão mais aprofundada sobre o caráter de irreversibilidade do mundo e a responsabilidade da espécie humana.

O pensamento fenomenológico, desde os inícios do século XX, vem chamando a atenção para o esquecimento ou encobrimento dos sentidos do **mundo da vida** por parte das ciências, com ênfase no papel exercido pelas leis ideais do pensamento, sobretudo pela via da linguagem lógico-matemática. É esse encobrimento dos sentidos do mundo da vida que caracteriza a ausência de fundamentos para a idéia de positividade, tendo em vista a sua sustentação na operacionalidade produzida pela idealização científica e tecnológica a partir das linguagens formais e ideais. Não interessa às ciências a questão do ser e do valor, pois todo o seu envolvimento é reduzido aos entes do mundo enquanto objetos apreensíveis e manipuláveis para os efeitos de domínio. Portanto, a idéia de positividade flutua na superfície da operacionalidade dominadora das técnociências que, por sua vez, não se preocupam em investigar os seus próprios fundamentos. A pergunta sobre o que é a natureza não transita no universo da imaginação científica. Ela é substituída pela constante interrogação sobre como **funciona** a natureza. O lugar do ser é tomado pela **função**. O mesmo ocorre no campo do Direito. Qual é a relevância da pergunta sobre o que é o Direito para a maioria dos seus operadores? Nenhuma, além da

mera curiosidade. O interesse maior recai sobre a superfície da **funcionalidade técnica** dos sistemas jurídicos, em decorrência de uma formação com muito maior ênfase na positividade do treinamento do que na espontaneidade do pensamento. A órbita inteira da vida jurídica tende a girar muito mais em torno dos procedimentos do que em busca da substância jurídica que preserva o ideal de justiça.

Com tudo isso, a ascendência e vigência da idéia de positividade se fortalece na medida da perda dos seus vínculos com a originação fundante da sua própria necessidade e utilidade, afastando-se daquilo que constitui a idéia motivadora da cultura ocidental: a noção de **substância**, herança perene do legado aristotélico. A idéia de positividade assume o papel de instrumento de **domínio**, na plenitude do seu sentido, obviamente atingindo todas as esferas de organização da sociedade.

2. O QUE PERMANECE COMO DIREITO NATURAL

Permanecem a vida, a liberdade e o espírito ou consciência. Não que esses indicadores originários se imponham como revestidos de qualquer substância normativa de caráter atemporal, universal, eterna e imutável, mas em razão de serem a causa das causas e, portanto, a motivação passiva e ativa de tudo o que a cultura imaginou como Direito na nossa civilização. Antes que tudo é necessário ter bem presente que o enunciado "direito natural" implica a importante distinção entre os termos **Direito** e **Natural**. **Direito** pressupõe reconhecimento axiológico e positividade normativa, sem a qual ele não exerceria a sua função nuclear de garantia da **obrigatoriedade da coexistência**, tendo absolutamente como evidente para todos que o homem se manifesta no mundo, ontologicamente, como um **ser-com**. Daí a originação imediata da

tessitura das relações jurídicas e sociais como suportes da convivência humana. **Natural**, originariamente, é a vida, a liberdade e o espírito. A vida é a mais nobre expressão da natureza; a liberdade e o espírito ou consciência são as projeções da vida que tornam possível a realização da cultura e da história (Dilthey).

Não nos interessa aqui discutir a trajetória das várias concepções jusnaturalistas que se desenvolveram ao longo da nossa civilização desde a antiguidade gregra aos nossos dias, não só em razão da estreiteza do espaço, mas também pela intenção de realçar os princípios naturais acima apontados, sem os quais não haveria motivação para o florescimento do próprio Direito. Ora, no seu estado natural, a vida e, conseqüentemente, a liberdade e o espírito, não portam na sua constituição ontológica nenhuma norma pré-estabelecida como direito natural. A concepção do direito natural como um conjunto de leis universais, imutáveis e eternas decorrentes da própria natureza, no seu sentido genérico, não passa de um equívoco assimilado historicamente muito mais pela imaginação ideológica do que pelas evidências conceituais. Aliás, a própria idéia de **legalidade** na natureza, tão cara ao pensamento científico do século XIX açulado pelo positivismo, foi suplantada no século XX com o advento da física nuclear que traria à luz o caráter contingente e probabilístico das partículas integrantes do cosmo. Legalidade, certeza, precisão, causalidade e tantos outros dogmas da ciência clássica nos quais se sustentava o jusnaturalismo de índole racionalista desapareceram do cenário das ciências naturais dos nossos dias, dando lugar à infinita potencialidade criadora do espírito. Mas no que diz respeito ao direito natural, permanecem a substância e a essência, sem as quais o Direito não seria verdadeiramente inteligível e válido. O termo **substância** aqui é usado para designar aquilo que constitui o suporte dos entes, isto é, aquilo que subjaz a todo objeto como sustentáculo de ser, como raiz da sua manifestação e não como ser, pois este só nos é

revelado na intuição da essência. Por sua vez, o termo **essência** é empregado para designar aquilo que é invariante nos objetos, ou seja, a estrutura significativa que nos revela o que é tudo quanto dizemos que é. Portanto, quando afirmarmos a permanência da vida, da liberdade e do espírito como núcleo do direito natural estamos referenciando a **originação fundante** do próprio Direito, na sua exigência mais radical. Esses entes reais e ideais não emergem da natureza revestidos de normas imperativas que obrigassem necessariamente o direito positivo, seja no plano moral, seja no plano político. Eles surgem para o mundo jurídico como exigências naturais irrecusáveis, sob pena de serem inviabilizados desde as origens. A começar pela proteção à vida como exigência da própria natureza que precede todas as organizações jurídicas edificadas desde as primitivas civilizações. A necessidade de tutela da vida é um princípio autoevidente. Nenhum juízo universal negaria esse princípio na ordem transcendental e, muito menos, na concretude da vivência empírica. A liberdade, por sua vez, emana da vida e se manifesta como a sua dimensão mais radical. Portanto, a proteção à liberdade é também um princípio autoevidente, tanto na perspectiva **negativa**-liberdade sem qualquer restrição, a pessoa humana como causa dos seus próprios atos – quanto na perspectiva **positiva**, com os aparatos estatais para garantí-la. O espírito ou consciência é o coroamento desses três fatores germinais e perenes disso que milenarmente vem sendo colocado em pauta como direito natural, porque aqui se trata da vida do espírito ou da consciência que emana da vida biologicamente entendida. È também um princípio autoevidente por excelência, pois é dele que promanam todos os sentidos do próprio Direito nas suas infinitas significações. A proteção à vida da consciência decorre das demais aqui assinaladas porque só ela detém a faculdade de **evidenciar** a **dignidade humana** que sintetiza todo o direito natural, como de resto tudo aquilo que vagamente conhecemos como direitos humanos.

Por outro lado, a atualidade e permanência do direito natural esboçadas nestas linhas nos leva à imediata conclusão de que tudo isso pertence a um dado mais radical constituído pela **obrigatoriedade da coexistência**. É a existência humana como coexistência – esse é um dado ontológico – que nos revela a verdade do direito natural. Não bastaria ter vida, liberdade e consciência no complexo da personalidade humana se tudo isso não estivesse estruturado ontologicamente na coexistência.

O direito positivo nasce como uma exigência abrangente do **fato da coexistência** que subsume todas as determinações originantes da existência humana. E é aí que se evidencia com absoluta clareza o papel dos **princípios autoevidentes** que apontamos acima como paradigmas de compreensão da ordem normativa. Não fora a **obrigatoriedade da coexistência** e as relações jurídicas não teriam sido inventadas. Isso é tão óbvio quanto a nossa atitude natural e ingênua diante de um mundo cuja existência é incontestável. Mas o que não é óbvio é o complexo de conexões de essências que devemos extrair desse fato para esclarecer os seus sentidos e evidenciar as origens de todo direito e de toda justiça consubstanciadas nas exigências naturais da coexistência.

A essência do homem é a coexistência. Esta é a sua **invariância** como categoria imutável, universal e perene. Quando o direito natural clássico afirma a sua legitimidade a partir do suposto de que essas categorias correspondem às leis da natureza – leis imutáveis, universais e eternas – não está intuindo e percebendo os verdadeiros sentidos do direito natural, mas assumindo uma atitude ingênua frente à própria natureza, contra a qual se insurge exitosamente a fenomenologia husserliana no século passado. O direito natural não dispõe de qualquer conteúdo normativo nem impõe ao direito positivo o dever de atrelar-se às leis da natureza, embora seja óbvio que nenhum legislador com um mínimo de

sensatez expediria normas contrárias à natureza. O que existe no direito natural é um universo infinito de essências ou sentidos que devem ser reconhecidos como diretrizes da própria finalidade do direito positivo. Quando afirmamos que a essência do homem é a coexistência, no quadro geral das concepções ontológicas da pessoa humana no pensamento contemporâneo, queremos reconhecer que esta é uma **invariância** imutável, universal e perene que acompanhará a humanidade eternamente. Daí podermos dizer que se eterna for a humanidade, eterno será o direito natural, já que os fatos se historicizam, mas as essências permanecem. E o conhecimento verdadeiro será sempre o conhecimento de **essências** e não de **fatos**. A contingência dos fatos afasta qualquer garantia de um conhecimento apodítico (irrefutável) que só vamos encontrar no plano eidético, das essências.

Nesta perspectiva sumaríssimamente exposta dos motivos da atualidade e permanência do direito natural, resta sublinhar como síntese de todas as razões a **dignidade da pessoa humana**. Comecemos por enfatizar o fato de que toda irradiação do ideal de justiça está enraizada nessa evidência da pessoa humana. Quando o princípio de origem romana afirma como regra de ouro da justiça o "dar a cada um o que é seu" (suum cuique tribuere), não está se referindo somente à dimensão da justiça distributiva, o que seria elementar, mas sobretudo ao reconhecimento da dignidade do "outro". Atribuir a cada um o que é **seu** significa dar a cada um a sua dignidade e não somente os bens que lhe pertencem. A dignidade, integrando a estrutura ontológica da pessoa humana, com identidade única e irrepetível, dela não pode ser subtraída por nenhuma positividade normativa. Compreende-se bem, a partir daí, a distinção entre ser humano e conduta humana, já tão discutida historicamente. Mas quando acreditamos que Direito é **dever-ser**, levantamos inúmeras questões que permanecem sem respostas e acabam por nos conduzir à acomodação ao sistema jurídico na sua

feição positivista. O dever-ser é um valor. Mas a dignidade humana também é um valor que se exalça acima de todos os demais por ser o valor-fonte, na linguagem realeana.

A pessoa humana de que falamos aqui não envolve nenhuma abstração. Pessoa humana é o indivíduo concreto, na concretude da sua manifestação e não um ente abstrato, cuja universalidade fugiria ao alcance da objetividade da própria universalidade, como admite o pensamento fenomenológico husserliano na vigorosa crítica que empreende às soluções dadas ao conhecido "problema dos universais", afirmando a **espécie** no **indivíduo** concreto e universal, sem legitimar o nominalismo nos seus matizes variados. Essa discussão só interessa aqui para evidenciar o caráter absolutamente universal da dignidade humana como direito natural. A intuição eidética tem como referência a intuição do individual que nos leva à percepção da espécie nas intuições singularizadoras.

É a consciência humana que dá conta de tudo isso. Não a consciência no sentido antropológico, como fenômeno psíquico, mas como **intencionalidade** que se desdobra no fluxo da vivência em infinitos modos de intuição e como consciência pura ou transcendental, espaço de toda evidenciação possível. Ou seja, consciência é intencionalidade e autoreflexão, consciência de si mesma, para a fenomenologia, e não um fenômeno psíquico conforme tradicionalmente é ensinado às gerações. É intencionalidade porque todo objeto é um correlato da consciência. Todo objeto é objeto para a consciência e toda consciência é consciência para o objeto – consciência é consciência **de** algo. A consciência como autoreflexão é que possibilita na ordem transcendental a evidenciação das conexões de essências percebidas nos objetos particulares e singulares que configuram as suas verdades universais, imutáveis, ideais e atemporais. Transcendental é a ordem do "eu penso". Fora dessa ordem, dessa

atitude da subjetividade, dessa conversão à fenomenologia do conhecimento, as percepções empíricas se cristalizam nas legislações sobre fatos jurídicos e tecnocientíficos, ignorando os seus verdadeiros sentidos e significados. Isto nos faz lembrar algumas passagem da conhecida obra **Dos delitos e das penas** na qual Beccaria, em pleno século das Luzes, lamenta que a prática legal da tortura pressuponha que a fonte da verdade seja a dor. E lamenta ainda mais poder prever que a tortura dificilmente seria banida da convivência humana. E aí está a tortura até hoje. Beccaria pensou numa atmosfera de idolatria da razão como fundamento da liberdade, imaginando que os progressos dos seres racionais aliviariam a humanidade do peso da ignorância e da barbárie. Não foi o que ocorreu, porque deixou-se de levar em consideração o fato de que o foco iluminador da própria razão é a consciência que evidencia tanto a **racionalidade** quanto a **irracionalidade**.

Dentro da perspectiva aqui esboçada, podemos concluir que a atualidade e permanência do direito natural decorre da permanência e atualidade dos problemas que são co-naturais ao homem desde o seu aparecimento na história. Se considerarmos o direito natural como "lei natural", este nunca existiu. Mas se o considerarmos como "exigência," esta sempre existiu. Qual a diferença? É que o conceito de lei natural não atinge o homem na esfera do dever-ser de caráter intersubjetivo. O dever-ser é uma imposição cultural como garantia única da obrigatoriedade da coexistência. O denominado direito natural é uma exigência do indivíduo que nasce da sua estrutura ontológica e não da naturalidade das leis. O indivíduo só pode ser compreendido a partir dos entes reais e ideais que integram originariamente a sua estrutura ontológica, definindo o seu **ser**. Estes entes reais e ideais são a **vida** que sustenta o corpo, a **liberdade** que faz de cada um o autor e executor do seu projeto existencial e o **espírito** ou consciência, responsável pela evidenciação da dignidade como

exigência primeira que compreende todas as demais. O desaparecimento da preocupação com os sentidos dessas dimensões nucleares do indivíduo humano acarretará, ainda que lentamente, o desaparecimento da **ratio essendi** da ordem normativa, pois o que dela sempre esperamos como preservação da vida do espírito no processo cultural, tenderá a esvaecer na espantosa superficialidade com que são tratadas as questões de **fundamentos**.

No fundo, o que vige nos nossos dias é o desprezo pelos fundamentos. Não há uma pergunta – matriz que pudesse orientar as atenções para questões radicais, como desde os inícios ocorreu na filosofia grega em torno de "movimento e permanência"; ou na fecunda Idade Média com o problema da conciliação da razão com a fé; ou na modernidade, com os novos sentidos descobertos no homem, agora senhor da razão e do mundo. Hoje, as grandes questões do pensamento são fragmentadas num oceano de relativismo e vem se tornando difícil a reflexão sobre fundamentos, estando estes cada vez mais subordinados à idéia de positividade e de tecnicidade que melhor satisfazem às exigências imediatas do pragmatismo que domina o mundo da operacionalidade. É sempre com um visível receio que as elites intervenientes no debate espiritual do nosso tempo se referem a questões que demandam uma atitude especulativa, muitas das quais já com uma larga tradição de resultados obtidos, como se o espírito especulativo degradasse a atividade humana, no lugar de ser a sua mais nobre ocupação. A hipótese de um fundamento transcendente é logo descartada em razão de simples preconceito como se ela estivesse a priori comprometida com a imaginação religiosa. A fundamentação última é impensável até mesmo como hipótese. A negação antecede a reflexão.

Todas estas questões estão bem delineadas no pensamento fenomenológico e abertas a infinitos esclarecimentos e novas descobertas. Origem e fundamento é a **consciência** porque só ela

intenciona, percebe, intui e organiza a estrutura essencial do mundo da cultura. Fundamento último é a **consciência transcendental**, porque somente o eu penso, o eu puro ou consciência pura, tem absoluta independência para evidenciar todas as conexões de essências que possam sustentar o próprio fundamento. Fundamento é fundamento que se busca na dimensão humana. Compete ao homem descobrir os seus próprios fundamentos e construir a sua própria história. É isso que caracteriza, em última análise, toda a preocupação expressa por Edmund Husserl na última fase da sua existência com as densas páginas da **Krisis**. Tarefa do homem e da humanidade é a sua autoconstituição, sua autoevidenciação.

COMPONENTES DE UM PENSAMENTO FENOMENOLÓGICO DO DIREITO

André R. C. Fontes[1]

Fenomenologia e Direito: a aproximação dessas duas palavras não deixa, em uma primeira reflexão, de evocar, de maneira espontânea e independente de qualquer outra causa, mas, igualmente, de forma complexa e confusa, um certo número de problemas. A elucidação não é insignificante, nem marcada por sutileza, tanto do ponto de vista da indagação filosófica, como sob o prisma daquela considerada pelo Direito. Ela, por certo, pressupõe uma relação essencial: a que diz respeito à Filosofia do Direito.

O primeiro problema que a aproximação da *Fenomenologia* com o Direito provoca é, portanto, o da reflexão inicial entre a *Filosofia* e o Direito. Uma relação pode-se estabelecer entre *Filosofia* e Direito que, por certo, não se apresenta menos espontaneamente que a primeira reflexão suscitada entre a *Fenomenologia* e o Direito, e que está a exigir, ao menos incidentemente, a idéia de uma

[1] Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

Filosofia do Direito como um problema ou como questão, que, por sua vez, será conexa, porém, distinta ou diversa, daquela que se pretende desenvolver neste trabalho entre a *Fenomenologia e o Direito*.

Poderíamos ser tentados a reconhecer nesses pensamentos uma simples confluência entre a Filosofia e o Direito, pelo apego a tudo que se passa como se fosse uma realidade. Vê-se que a maneira como a Filosofia condiciona o conhecimento e assume seus próprios valores mais traduz verdadeiros ideais a realizar, do que a aprendizagem no real, das manifestações que o representa, e da redução da experiência vulgar. A Filosofia experimenta a especulação e volta as suas forças ao conhecimento e à compreensão de idéias diretoras, que possuem uma existência objetiva, sem se incorporar a essa realidade. Uma única realidade não deixa de ser ilusória se subtrairmos os seus mais indefinidos momentos ao que não existe em ato e em ator. Abismar-se no nada, não buscar *componentes* do Direito no *composto* do Direito será, por definição, cair no que não existe, na impressão de sonhar e de ler loucuras.

Continuaremos sempre dentro da Filosofia e de sua natureza irredutível, mas a Filosofia do Direito não é a substância da Filosofia, a sua parte central, e, sim, a sua síntese, uma parte especial. E se a Filosofia do Direito não tem personalidade própria, seus problemas fundamentais dependem, além do tipo de Filosofia geral de que se parte, do deslocamento dos temas e dos debates, que sempre alterarão o conteúdo das questões. Bem informada a composição do sentido sinfônico da Filosofia com o Direito, no empenho construtivo da Filosofia do Direito, encontraria ela um completo obstáculo: o desapego ao Direito e ao que subsiste na sua formação.

A principal particularidade da Filosofia do Direito, como ramo da Filosofia, reside no fato de o seu sistema de concepções visar às fundamentações filosóficos da criação e aplicação do Direito. A

Filosofia do Direito permitiu a análise da experiência dos povos e de seus processos de mutação. Ela ofereceu uma concepção sistemática e harmoniosa das noções sobre os problemas sociais mais importantes, mediante a elaboração de formas de pensamento que refletissem o conjunto de raízes teórico-cognitivas, destinadas à atuação do Direito. A par da cognição dos mais complexos estudos das leis fundamentais da sociedade e do pensamento humano, seu papel mais importante é determinado pela contribuição dos seus mais ilustres realizadores na formulação sintética de teorias e no desenvolvimento de componentes, que proporcionem uma resposta às necessidades de seu tempo. Aqueles estudiosos de Filosofia que se dedicaram ao Direito não se limitaram a interpretar o mundo de maneira diferente, como é o mais comum nas obras filosóficas em geral; mas de transformá-lo, especialmente pela forma de atuação justa das leis em sociedade.

A Filosofia surgiu há muito tempo e desenvolveu-se *pari passu* com o conhecimento humano. Por manifestações na Índia, na China, no Egito e nas variadas, esplendorosas e remotas civilizações, atingiu a Filosofia as suas formas clássicas na Grécia antiga. A Filosofia, em seu estádio embrionário, formou-se e desenvolveu-se no processo de entrelaçamento estreito e de luta com a religião, que proporcionava uma explicação fantástica da realidade circunvizinha. Inicialmente, no campo visual dos filósofos antigos encontravam-se os problemas apresentados pela religião, isto é, os relacionados à origem do mundo e do homem, do sentido da vida, da missão do homem e da Ética.

A doutrina filosófica da natureza foi a primeira base do conhecimento humano. Os filósofos da antiguidade, nomeadamente, Tales, Anaximandro, Heráclito, *et alii*, procuravam responder à seguinte questão: qual a origem de tudo o que existe e se compõe? À medida que se desenvolvia o conhecimento

humano, as ciências naturais e, mais tarde, também as sociais, o horizonte dos interesses da Filosofia ampliou-se. Já em épocas remotas, começou a formação dos seus diversos ramos, como, por exemplo, a ciência do ser (ontologia), a ciência da cognição (gnosiologia), a ciência do raciocínio científico (lógica), a ciência da moral (ética).

Na Renascença deu-se o impetuoso desenvolvimento da Mecânica, da Física, da Química, da Biologia, dentre outras, e a esfera de conhecimento filosófico passou a abranger idéias teóricas mais gerais sobre a natureza, a sociedade e o homem. Adquiriram um valor autônomo a Filosofia da história, mais tarde a Sociologia, a Estética e muitos outros ramos da Filosofia.

O termo *Filosofia* deriva das palavras gregas *philo,* que significa amor, e *sophia*, sapiência. Sob o ponto de vista lingüístico, entretanto, a *Filosofia* pode ser definida como o *amor pela sapiência* e, por conseguinte, o objeto da Filosofia é a própria *sapiência*. Registram alguns escritos que a origem do termo Filosofia remonta às interrogações do Rei de Samos a Pitágoras, no que ele teria respondido: "Sou filósofo". Conquanto não tenha sido ele reconhecido como o primeiro filósofo, título atribuído pela tradição clássica a Tales de Mileto, batizou o *amor pela sapiência* com o termo *Filosofia*. Vale aqui a observação de Aléxis de Tocqueville, de que mais difícil que elaborar uma idéia é dar-lhe um nome.

Se nos limitarmos, tão-somente, a essa definição geral de Filosofia como *sapiência ou amor pela sapiência*, podemos tirar a conclusão de que todos os seres humanos sentem um certo "amor pela sapiência". Cada indivíduo reúne, em si, um determinado conjunto de concepções sócio-políticas, éticas, religiosas e estéticas e pode meditar sobre a existência ou não de Deus, sobre a natureza da felicidade humana, exprimir a sua opinião sobre o regime político

em vigor no país em que vive, por exemplo. Contrariamente a essa sapiência vulgar, a Filosofia, como verdadeira disciplina científica, procura encontrar um sistema de conhecimento ordenado e logicamente coerente. O objeto de qualquer ciência é um determinado aspecto da realidade e as respectivas leis objetivas que o regem.

O raciocínio teórico é uma propriedade inata, mas o seu desenvolvimento e aperfeiçoamento são dependentes da Filosofia. Exemplo dessa forma inata é que o homem não dá atenção às técnicas de que se vale para solucionar problemas, a não ser que os métodos habituais venham a revelar-se insatisfatórios, face a questões novas. Lascar a pedra deve ter exigido menos raciocínio que a segunda etapa, de amarrá-la a um pedaço de pau para formar um machado. O restante nós já conhecemos, afinal, o homem é o único animal que se distingue dos demais pela palavra e linguagem articulada, ou seja, pela sua capacidade de manipular símbolos e por possuir cérebro desenvolvido, o que lhe permitiu ter memória, motivação, previsão e imaginação. Tudo isso integra, com base em exemplos memorizados, organização social complexa e arte.

As sociedades humanas apresentaram-se em forma de organização social tão grandemente diversificada, que uma das maneiras de pormos em ordem essa diversidade é mediante a utilização de um termo não muito preciso, o de civilização. Registramos neste texto a existência de manifestações filosóficas em antigas civilizações e fizemos expressa menção à Índia, China e Egito. Quanto mais estudarmos os povos antigos e o seu comportamento e progresso, encontraremos sempre elementos para separá-los e distingui-los de outros supostamente menos civilizados e, talvez, próximos do estado selvagem. Cada uma dessas civilizações apresentava uma cultura particular que, comparada em sucessivas etapas de complexidade, principalmente pela sabedoria acumulada, suplantava a si mesma e a outros povos,

que, muitas vezes, eram formados pelo acúmulo de informações por eles incorporadas. Os gregos clássicos sobressaíram em cultura, progresso e sabedoria, e nos legaram a Filosofia. Certamente, o fizeram embebidos pela matemática egípcia e a astronomia babilônica, mas, acima de tudo, é de se fixar como premissa, que não podem ser separados por qualidades, que os tornassem um único tipo, como se outras civilizações não pudessem legar ao mundo outra espécie de sabedoria. O cosmopolitismo romano, de viés grego-latino, ultrapassa a intenção e o conhecimento dos tempos atuais, e constitui a excelência de exemplo, ao lado do grego clássico, das grandes e originais transformações que o mundo sofreu, ao lado da Filosofia, especialmente pela mais importante contribuição da Roma antiga: o Direito.

Concedamos aos gregos a importância que eles têm. Tributemos-lhes toda estima, toda gratidão, toda a admiração que merecem. Foram os artífices do mundo moderno, deste mundo que quis que a inteligência reinasse sozinha e livre de tudo que não é da sua alçada, purgando o espírito das névoas e dos exercícios de acrobacia, introduzidos nele. Existe um mundo, entretanto, posterior aos gregos, que deles não se separa nitidamente como têm pensado alguns, e que diferente, na essência, não viu a hora de se desembaraçar, por completo, de seus acessórios para encontrar afirmação de si, na ordem terrestre que as gerações futuras preparavam.

Dos gregos decorrem a nossa ciência, os nossos métodos, as nossas técnicas, o nosso racionalismo, mas não é indiferente saber que não se explicará demais, não se alargará, imprudentemente, o domínio do conhecimento desse povo até atingirmos o seu alcance, e não se restituirá pouco a pouco ao homem o que julga pertencer a uns, sem o terrível risco de sucumbir à firmeza da fé e à crença dos acontecimentos. A ordem inteligível criada pelos gregos é tão bem separada dos outros povos, que parece impossível uni-la novamente,

uni-la em um mecanismo do mundo que estava tão bem montado e que podia funcionar sozinho; e tudo mais se torna desnecessário.

A grande originalidade grega consistiu na formulação da Filosofia, mas outros povos, outras civilizações investiram, atrevidamente, no mundo da Filosofia e obstinavam-se nessa quase impossível tarefa de reunir o inteligível e o sensível e fazer derivar esse último daquele, extraindo em torno das idéias alguns conceitos. Uma vasta síntese, que se mantinha em normas sensatas, descambou para sutilezas abstratas. Essas virtudes a história guarda, senão por sombras, os primeiros passos e as tentativas caídas em cheio pela dificuldade, mas que deve ser sublinhada, pela sua força e eficácia de encadeamento: a romanidade.

Nós somos, entretanto, os *heredes necessarii*, os herdeiros do Direito Romano (*Roma communis nostra patria est*). Não esteve nunca em nossas mãos poder impedir que o Direito Romano fosse um elemento básico na formação da moderna civilização ocidental. Por sermos os grandes herdeiros de uma contínua tradição, parte dessa herança espiritual (*a Romanitas*) dever ser, cuidadosamente, guardada e cultivada e, no possível, ver aparadas suas arestas.

Se a Grécia é o berço do período filosófico mais importante e característico, foi Roma que desempenhou igual papel para o Direito. E se o pensamento moderno é, ainda em nossos dias, influenciado, profundamente, pela Filosofia grega, a influência romana se faz notar na luz e no espírito dos homens e das nações. Mas tanto no Direito como no resto, a maneira prática e flexível como agiram e viviam os romanos não os impediu de produzir escritores com todos os matizes que a época comportava, e que, mesmo sem a destreza dos gregos, trabalharam no domínio também da Filosofia, desligados, é verdade, de qualquer escola ou profissão docente. Cícero, Sêneca, Marco Aurélio e, em particular, a

maior parte dos chamados céticos, debruçaram-se, sozinhos, no trabalho da Filosofia, que muito contribuiu para o triunfo e esplendor da Roma antiga, algo que ainda hoje não somos capazes de imaginar, mas se consultarmos os testemunhos da época nos surpreenderemos com o seu êxito.

Uma parêmia romana muito poderia exprimir a síntese inaugural do problema jurídico: *ubi societas ibi jus*. Onde está a sociedade, aí está o direito. Uma leitura atenta de um filósofo, tornaria possível extrair compreensão imediata. Por outro lado, outra máxima romana poderia ser lançada: *ex facto oritur jus* – do fato nasce o direito. Nos dois exemplos, a sociedade que se organiza assume a forma de Estado, formaliza a vontade dos indivíduos organizados por meio de leis, que fixam as condições e os limites dos comportamentos dentro do grupo. Um filósofo bem que poderia concluir que um Estado determinado é totalitário, que as leis resultam da vontade de apenas alguns ou de um homem, e que certos comportamentos não teriam fundo religioso. Mas, somente um saber especial de filósofo poderia tomar esse campo do conhecimento como algo constante e universal do Direito, por meio da Filosofia do Direito.

Ao desenvolver formulações teóricas sobre o Direito, o produto mais refinado da sua civilização, Roma demonstra a capacidade de um povo de forjar um conhecimento, de conjugá-lo com o que já havia extraído da Grécia e de lançar as bases de um processo infinito e inesgotável, no tempo e no espaço, em permanente transformação e desenvolvimento, capaz de formar idéias, premissas, princípios, postulados, que constituem novo objeto de cognição: a Filosofia do Direito.

Se fizéssemos uma análise direta sobre a transmissão da cultura grega e de sua Filosofia na formação do povo e na

construção dos pilares da civilização romana, teríamos que partir da síntese de quanto mais diretas forem as ligações, tanto mais simples elas são. De modo contrário, quanto mais complexa é uma ligação, tanto maior é o seu número de degraus intermediários, e tanto mais complexo se torna o conhecimento. Na relação Grécia-Roma, a ligação imediata se distingue por meio de uma análise de ligação mediata, como uma ligação mais simples para o objeto de estudo. Desde os primórdios da história mitológica romana, encontramos personagens gregos relacionados à fundação de Roma, como o grego Enéas e até mesmo Gaio, autor das *Institutas,* que receberam seu nome e foram paradigma das *Institutas* de Justiniano, cuja origem (Gaio significa *terra* em grego e, diversamente dos romanos, era conhecido por um só nome) mais provável seja a grega. Não é grego o Direito, mas a Grécia conheceu a justiça, que também foi conhecida por todos os povos organizados, do Ocidente ao Oriente e vice-versa. A Grécia conhecia tribunais e defensores, mas não conhecia o direito e advogados. A Grécia conhecia cidades-estado e não soube se manter além muros na ocasião em que Alexandre dominou o mundo conhecido. Roma, ao contrário, a partir de uma cidade dominou o mundo e o Direito foi a chave da mantença do seu poder por mais de doze séculos.

Outra chave da relação entre a Grécia e Roma foi a delegação romana encaminhada à Grécia antiga para buscar em seus costumes as leis fundamentais com as quais Roma forjou suas Leis das XII tábuas. Também na Grécia os romanos encontraram os personagens que permearam seus deuses (embora reduzidos, se comparados com a matriz grega) e buscaram nos costumes, literatura, pensamentos e tradições gregas as bases da maior contribuição romana: o Direito. Da Grécia foram extraídas as leis e a Filosofia, que fundaram o pensamento jurídico romano. Um exemplo do conjunto de filósofos romanos pode ser apontado na singular figura de Cícero, Marco Túlio Cícero, que contribuiu para a Filosofia

universal ao resgatar o texto *Da retórica* de Aristóteles e de lá, da Grécia, fundir o conhecimento filosófico ao jurídico. Cícero é, reconhecidamente, jurista e filósofo. A essência do pensamento jurídico formado em Roma era a razão filosófica grega. Como uma das figuras dominantes nas idéias forjadas em Roma, Cícero, em sua obra *Da Republica* (III, 22), sustentou que "*existe uma lei verdadeira, que é a reta razão, que está de acordo com natureza, difusa em todos os homens, imutável e imperecível, que nos chama imperiosamente a cumprir os nossos deveres e nos proíbe a fraude e dela nos afasta; cujos imperativos e proibições o homem honesto sempre observará, enquanto os perversos não os escutam. Qualquer alteração dessa lei seria sacrílega, e não é permitido revogar qualquer parte dela; não há possibilidade de procurar um Sextus Aelius para nos dar a exegese e a interpretação; esta lei não é uma para Roma e outra para Atenas; uma hoje, outra amanhã; mas é uma mesma e só lei imutável, eterna, e abraça, em todos os tempos, todas as nações.*" Seja-nos permitido acrescentar que Sextus Aelius Catus Paeto foi o cônsul republicano, conhecido pela sua interpretação das Leis das XII tábuas. Em Roma não se separava o Direito da Moral, mas se distinguia, de forma original, a Religião do Direito, por meio dos conceitos, respectivamente, do *fas* e do *jus*.

Os conceitos em Direito são obras originalmente derivadas do espírito mais culto dos jurisconsultos romanos, que, sem ignorar as percepções da realidade social, para as quais destinavam o produto mais refinado de seu pensamento, poderiam ser qualificados como os seus maiores e mais importantes legados, se se abstrair o Direito como um todo único. São bem conhecidas as percepções e a sensibilidade desses juristas às questões mais emergentes da sociedade que integravam, mas foi graças aos conceitos formados em Roma antiga, derivados de uma razão inerente, a mais prática das suas tradições, que ocorreram progressos notáveis e curiosos desenvolvimentos no campo do Direito.

Seguindo suas pegadas originais, começaram esses conceitos a trilhar os caminhos de uma nova perfeição e aportaram práticas surpreendentes, que somente muitos séculos depois revelaram novas formas da sua própria incapacidade. Essa formulação conceitual romana surpreende, mas não é despida de uma justificativa, até certo ponto histórica, mas acima de tudo prática, lastreada na cultura e na Filosofia gregas, incorporadas desde os primórdios pela civilização romana.

Partir de coisas simples e práticas para se chegar ao composto. Voltava-se à simplicidade e à realidade; nisso, aliás, que residiu a explicação do êxito de Roma em XII séculos. Roma foi capaz de entregar-se a si mesma e aos seus princípios mais elementares; e a aplicação elementar aos problemas que o mundo lhe propunha ou que ela própria formulava, para vê-los aclarar-se, imediatamente, para ver a verdade libertar-se das nuvens que a tinham envolvido. Era senão a marcha regular do bom-senso saneado e aperfeiçoado. E nisso consiste a verdadeira Filosofia romana. As maiores personalidades romanas a que nos referimos souberam desvencilhar a inteligência do espírito e dotá-la dos melhores princípios para o conhecimento; mas o fizeram de modo puramente individual.

Esse duplo aspecto, teórico e prático, da formação da Filosofia do Direito se explica não só pela singularidade da sua origem helênica e romana, mas, também, como conveniência para o início e para o desenvolvimento de uma série complexa de ordem de idéias. É que, a despeito do pensamento filosófico geral e da sua história, certos problemas fundamentais do Direito vararam séculos de incessantes discussões e não eram minimamente entendidos e sequer assentados em uma terminologia destinada ao seu equacionamento. Foi a exigência de uma apreciação, sob ângulos diversos ou por diferentes idéias de fatos que ocorriam e se sucediam na vida em

sociedade, que deslocou uma parte especial da Filosofia para a indagação da vida do homem e da sua convivência.

Os mais refinados produtos do pensamento jurídico romano são os conceitos. Práticos e objetivos, os romanos nos legaram as idéias fundamentais e, também, os nomes dessas idéias. Para encontramos as formas mais puras e elementares do pensamento jurídico romano, devemos partir do elemento conceitual. São os conceitos as noções essenciais, nas quais está assentado todo o legado romano. E a gênese desse pensamento conceitual remonta à Filosofia Clássica, nas origens dos conceitos. Platão, ao declarar a seus contemporâneos que deveriam dar as costas ao panorama da experiência sensível, e em vez disso, concentrarem-se nos objetos de *per se*, considerados como forma, logrou fornecer uma metodologia intelectual familiar, que seria o ponto de partir de seu pensamento e do qual se desdobraram os pensadores seguintes, no que sintetizou Alfred Whitehead que todas as tendências filosóficas são nada mais, nada menos, do que uma mera nota de rodapé à Filosofia de Platão.

Em toda sua história secular, a Filosofia se verá aliada a novas idéias e proposições, que se manifestam em todas as ocasiões, de modo a restaurar a unidade da Filosofia, mas, também, de suprir as necessidades extremas de uma fundamentação mais específica e de um estudo mais pormenorizado das transformações do Direito. Esse fenômeno de amalgamento entre o Direito e a Filosofia está condicionado a dois fatores: a afirmação de novas idéias filosóficas e os movimentos ocorridos nas sociedades organizadas. A rápida evolução das idéias filosóficas e a sua capacidade de estudar os novos processos desses movimentos bem demonstram tal assertiva. O êxito de tais conclusões permitiu aos grandes textos filosóficos elaborar uma doutrina do Direito, como ocorreu com Kant e com Hegel.

As premissas do aparecimento de reflexos filosóficos na construção do pensamento jurídico muitas vezes decorrem de interpretações filosóficas em outras acepções. Mas a vocação geral de alguns dos mais elementares pontos das teorias filosóficas abrangeu tanto as formas mais comuns desse reflexo da Filosofia no Direito, que se tornou uma noção particularmente essencial na prática do Direito.

Conquanto sejam formas racionais as que moldaram o que entendemos por *conceitos* e por *categorias* em Direito - mediante o pensamento original das fontes e dos jurisconsultos romanos, e, *consecutivum* aprimoramento, seja pelas práticas e costumes conduzidos ou não ao *status* normativo -, que os estudos atuais do Direito encontram, contrariamente ao racionalismo romano, desde os primeiros anos do tirocínio acadêmico, um método particular de construção, ordinariamente realizado a partir de oposições binárias, de forma a procurar diferenças e semelhanças de conceitos, distinguir e fazer generalizações de termos. São assim os *direitos* e *deveres*, o *objetivo* e o *subjetivo*, o *débito* e a *responsabilidade*, como exemplos notórios de tal afirmação.

Essa metodologia bipolar remonta ao sistema aritmético binário, elaborado por Leibntz (a díade, que funciona com dois signos, 0 e 1, representativos da idéia de estar "sem Deus", "com Deus"). Ela é utilizada pela Taxonomia botânica e pela zoológica como a sua chave de classificação das espécies, ou ainda, na moderna Lingüística, a partir do *contraste* inicial entre dois vocábulos, no qual se constrói o significado de uma única palavra, e isso se quisermos nos limitar apenas a alguns exemplos.

Compreender algo a partir de uma relação de sim-não para formar uma idéia nos reporta a outra noção, a de *estrutura*. E se se volta para imprimir a um instituto uma maneira de diferenciá-lo de

outro, embora o alcance considerável e sem que se baseie, exclusivamente, em dados comuns aos modelos estruturalistas, bem que poderíamos tomar essa técnica como exemplo de uma atitude estruturalista, reinante no conhecimento do Direito.

Dessa técnica usada pelo jurista extrai-se a manifesta intenção de buscar um mecanismo de utilidade prática, que, inegavelmente, possa contribuir no reconhecimento infalível dos institutos de Direito. Não que desconheçamos o valor de sua contribuição e o objetivo prático que a colima; mas ela gerou uma nova maneira de conduzir a inteligência, uma verdade fundada não mais na autoridade ou na opinião, mas na certeza de que são diferentes. Desenvolve essa técnica a primazia do que foi construído sobre uma inteligência melhor instruída, pela construção de conceitos, ao depositar no mero contraste a plena eficácia que lhe é atribuída.

Uma miríade de idéias filosóficas, em círculos, influenciou o Direito na busca da solução de problemas globais, que surgiram perante a humanidade. Tal como podemos nos convencer, é sumamente extenso e cada um deles é resultado da ação de causas e premissas específicas condicionadas, por uma parte, pelo âmbito concreto da atividade vital dos homens e, por outra, pelo meio socioeconômico concreto, no qual tal ou qual problema surge.

Simultaneamente às indagações sobre as várias formas de pensamento filosófico, aplicáveis ao Direito, apresenta-se uma clara interrogação: todos esses problemas são dotados de um caráter sistemático? Eles afetam os destinos de toda a humanidade? Existiriam fatores comuns que os geram ou conduzem a uma piora ou a aprofundamento?

As concepções filosóficas, que causaram grandes mudanças e que seguem, ainda, em curso nos acontecimentos, de modo a

influenciar a nossa época, podem ser resumidas em dois grupos: o Kantismo e o Empirismo. As idéias e representantes dessas duas grandes correntes de pensamento predominam ainda hoje no Direito, e são capazes de excluir a participação ativa de conhecimentos verdadeiros, que tentam penetrar na esfera de conduta dos homens e conduzi-los ao caminho do conhecimento jurídico, em bases firmes, que assegurem sua autenticidade.

A primeira idéia a desabar sobre o Direito, em premissas tais que o conhecimento jurídico ignore as essências que nos circundam e as leis que reflitam o homem em sua consciência, é o Kantismo. Sob as linhas de Immanuel Kant, a realidade passa a traduzir significativas verdades, mediante a determinação do conhecimento pela natureza do nosso aparelho sensorial cognitivo. Conquanto se iniciasse com a experiência, o conhecimento da realidade exigiria uma ordenação pela mente humana. Kant mostrou que poderíamos descobrir verdades significativas sobre a realidade, a partir da razão pura. Ao examinar as condições de possibilidade da nossa experiência, concebeu formas *a priori*, além de estabelecer categorias gerais do pensamento, que nos permitem organizar o material dos sentidos. Traçou as linhas gerais de um dever moral, chamado *imperativo categórico*, destinado aos nossos comportamentos. Transformou em centro o sujeito, de modo a que do seu próprio "eu" tudo a sua volta giraria, como ocorre com o sol e os planetas, que em torno dele orbitam.

Uma larga soma de idéias agregou-se às premissas Kantianas, e o Direito as reconheceu e as concebeu em novas figuras. Um exemplo dessa aplicação ao Direito pode ser encontrado na sua divisão dicotômica. Desde que Ulpiano estabeleceu a diferença entre o Direito Público e o Direito Privado, ao indicar que *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum; publicum jus est quod status rei romanae espectat; privatum quod ad singularum*

utilitatem, os juristas de todos os tempos têm tratado de melhorar tal critério de distinção, em muitas ocasiões, infrutiferamente.

A concepção romana de propriedade do *jus fruendi, utendi et abutendi*, que se vê superada pelo novo conceito de função social, em benefício da coletividade, seria outro exemplo no qual o *racionalismo* desenvolveu-se, de diferentes formas, no pensamento jurídico romano. A idéia de justiça, em um sentido jurídico-processual, em nossos tempos é lastreada na racionalidade romana, que constituiu a força motriz de inumeráveis definições. Desde a tradicional e clássica lição de Ulpiano, que a considerava como a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu (*Justitia est constans et perpetuam voluntas jus suum cuique tribuendi*) até a de um caráter revolucionário, que a define como o tratar os iguais como iguais e aos desiguais como desiguais, passando por aquelas outras que a consideram como o dar a cada um o que é seu.

Se retomássemos apenas a *summa divisio*, a distinção dicotômica do Direito em público e privado, a construção da tarefa do jurista de formar conceitos e categorias, bem como estabelecer formulações apriorísticas, encontrou nessa distinção, por exemplo, a maior ressonância nos adeptos do Direito Continental. É de curial sabença que, ao menos, 100 critérios de distinção são conhecidos e ela é, reiteramos, a *summa divisio* do Direito, nos países do sistema romano-germânico. A base moderna das concepções extraídas dessa divisão é de fundo kantiano, e encontra, em uma das suas variantes, a *Filosofia dos conceitos*, uma das suas grandes expressões. Outra manifestação kantiana surgiu nos trabalhos congregados no chamado *Pandectismo*, que tanta contribuição deu na formação das idéias fundamentais do Direito, como a noção de direito subjetivo, de relação jurídica e de pretensão.

O Kantismo deve sua configuração a um conceptualismo

radical: o sujeito dito transcendental cria o mundo que pretende compreender. Em um direito formulador de conceitos, esses se associam às categorias, que com elas não se confundem. O Kantismo é, *grosso modo*, a confluência de duas direções fundamentais do pensamento filosófico: o Racionalismo e o Empirismo. Os racionalistas são Descartes, Spinoza, Leibnitz e Wollf; e os empiristas são Bacon, Locke e Hume. Os dois movimentos, o Racionalista e o Empirista, para os quais Husserl lançaria sua crítica, eram estabelecidos em bases tais que, para o Racionalismo, o conhecimento seria produto de uma simples faculdade, a razão; já para o Empirismo, o conhecimento resultaria de uma outra faculdade, a sensibilidade.

Os movimentos que, de alguma forma, basearam-se em Kant dominaram o Século XIX, ao lado de um Empirismo, multiplicado e polimórfico, que passaria a posição de agrupamento intelectual contraposto ao que se tinha de novo, a partir de leituras kantianas. E, na passagem para o século XX, foi tragado pelas críticas de diversos movimentos que apareciam e eram contrários à de linha de pensamento e a outra que compreendia as duas posições mais potentes: o Empirismo. Ao seu lado, a ilusão empirista reinava e compartilhava. E o Direito não ficou de fora: em um plano sintético de compreensão, senão na mais estrita cognição em seu conjunto, a experiência de que se valem os juristas, *sub specie veritatis*, do ponto de vista da verdade, como formas e categorias de que se utilizam e se expressam em diferentes aspectos dos *fatos*, *fatos* em *processo* e em constante *desenvolvimento*; ao passo que os juristas de linha kantiana se elevam, suave e ritmicamente, na *razão*, conservando todo seu significado determinante, aos quais seguem aprofundando-se e enriquecendo-se.

O Empirismo jurídico pauta-se pelas experiências e realizações de uma sociedade. O Direito é concebido como um comportamento

de fato, que deve ser visto de acordo com sua conseqüência coativa. O Direito é a prática jurídica, pautada na experiência, expressada por meio de fatos e decisões. Como todo comportamento social, o Direito produzido judicialmente obedece a um processo de elaboração razoável de decisões, que combinam a realidade social, padrões operativos e a sua própria auto-limitação na discricionariedade de decidir. O lema dessa concepção filosófica é a máxima *ex facto oritus jus* – o Direito brota do fato.

Malgrado os estudos jurídicos no Brasil serem orientados no sistema romano-germânico, a formação de juristas nacionais inclui, igualmente, alguns influenciados pelo *Common Law*, como é exemplo o Ministro Amaro Cavalcanti, do Supremo Tribunal Federal, autor de obras clássicas, dentre as quais a *Responsabilidade Civil do Estado*, cuja graduação ocorreu nos Estados Unidos da América, no início do século passado. Conquanto sejam diversos em suas estruturas e cognição, os sistemas romano-germânicos e do *Common Law*, a influência desse último em nosso país se faz notar, em caráter frutífero, em geral pelo caminho universitário, como já exemplificado, mas, também, de forma complexa e dialética, pelas opiniões e representações diversas, algumas subjetivas e imprecisas, mediante as quais o jurista brasileiro desveste-se de sua formação tradicional e se mostra aberto aos mais encantadores argumentos dos juristas e sistemas do *Common Law*. E, com a força e beleza de suas novas descobertas, oferece-se, inevitavelmente, a expressá-las em seus pensamentos mais recônditos.

Certos de que os conceitos são de origem platônica e deles se valeram os romanos para a construção da ciência do Direito, é em Aristóteles que encontramos a formação das categorias. Coube à Escola Neo-kantiana, centenas de anos mais tarde, juntar o binômio conceito-categoria em Direito, idealizada pela Escola Logicista ou de Marburgo, que forjou as categorias fundamentais do Direito.

Essa corrente de pensamento talvez seja, modernamente, a que maior contribuição deu ao pensamento jurídico, na perspectiva kantiana, ao formular o que foi chamado de *categorias fundamentais do Direito*.

É nessa arena que surge a crítica de Edmund Husserl. Ela é resultado histórico de sua época e o desenvolvimento lógico de todo pensamento filosófico, que expressará as tendências para a virada do Século XX. Husserl sabia que o Empirismo não se justificava, seja porque convertera o universo a uma mera imagem, seja porque eram incapazes de compreender objetos ideais. A necessidade de resolver problemas globais, que nos seriam dados, sem decidir-se se esse dado é uma realidade ou uma aparência, pois haja o que houver a coisa estava aí, dada, também não permitia que a objetividade fosse reduzida e simplificada a uma pressuposição. Ou, melhor, não se podia ter em conta que a atitude dos homens a respeito do conhecimento fosse a de atribuir ao pensamento uma expressão tal, ao ponto de se reputar completo e auto-suficiente, e desse modo, permitir que as coisas do mundo pudessem ser explicadas, criadas e elaboradas como um mero produto do pensamento, exatamente como profetizava Kant.

Se tomássemos como exemplo a noção civil de solidariedade, disciplinada pelo Direito das Obrigações, e expressamente tratada em nosso Código Civil, e tomarmos mais especificamente a Teoria da Correalidade, desenvolvida por Ribbentrop (*Zur Lehre von den Correalobligationem*), segundo a qual a obrigação poderia consistir em apenas um vínculo entre os devedores, que seria passível de solução *sine benefício divisionis*, chegaríamos à conclusão de que tal teoria não tem qualquer significado para um empirista, pois ela era baseada no Direito Romano. E o Direito Romano, segundo um pensamento hoje dominante, *de fato* não conheceu a distinção entre solidariedade e correalidade. O kantismo perfeitamente a

imaginou, inspirando-se nas observações de alguns romanistas, sendo, essa teoria, a da correalidade, um produto do pensamento de Ribbentrop, que emprestou o prestígio de sua autoridade e a vulgarização de sua obra, mas que, longe de clarear a matéria da solidariedade, obscureceu-a, já que a *solutio* que pudesse realizar-se *pro parte* estaria a cindir a própria relação obrigacional solidária. O choque com a realidade que a concepção kantiana estabeleceu na teoria desenvolvida por Ribbentrop não prestou grande auxílio. Mas, ao contrário, serviu apenas para firmar-se entre a tormenta e as discussões, especialmente porque foi marcante o reflexo dessa teoria na literatura civilista.

Ao fazer abstração de qualquer interpretação idealista ou realista, a Fenomenologia husserliana suspenderia a existência do dado (correalidade) como um objeto real, a fim de examinar suas representações (o que chamaremos de redução eidética ou simplesmente *epoquê*) e a descreveria em sua essência, em um processamento gradual de esclarecimentos, que progrediria, de etapa em etapa, mediante a intuição - aquela que nos permite conhecer e ter idéias sobre as coisas em geral.

Por meio da redução eidética, encontraríamos em um primeiro momento uma forma de pôr "entre parêntesis" o dado sobre o qual incide nosso interesse de conhecer, mediante o exclusivo exame de suas representações, prescindindo-se da existência tanto do sujeito que quer conhecê-la (de conhecer a correalidade), quanto daquilo que se quer conhecer (a própria correalidade). Estudaríamos as apresentações da teoria considerada em si mesma, abstraindo-as da presença real em qualquer texto, romano ou atual, a fim de analisar a teoria unicamente a partir das formas presentes, enquanto meras representações, ou seja, como ela se apresentava.

Ao fenomenólogo não interessam as opiniões alheias, no instante

em que se quer compreender um dado qualquer. Ele investe contra as próprias coisas, pois nada mais resta do objeto, além do que é dado ao sujeito. Essa eliminação preparatória, realizada pela redução eidética, se faz mediante a suspensão, eliminação ou "pôr entre parênteses" o objeto estudado, para que a sua essência seja encontrada. Ao eliminarmos ou abstrairmos tudo mais sobre o quanto queremos que seja conhecido, poderemos, de fato, conhecer algo. Como ocorre com a observação de um biólogo diante de uma desconhecida bactéria que a ele se apresenta, para conhecimento e estudo, e que deve ser objeto de novas descobertas. Terá esse biólogo, mediante a descrição por etapas, tomar algo como centro, pondo de lado todas as fontes de informação sobre outras bactérias, de modo a considerar a essência pura do que é tomado pelas suas atenções. A classificação e o enquadramento desse microorganismo hipotético, após conhecer a sua essência pelo método fenomenológico, é momento diverso e posterior ao conhecimento primeiro que a Fenomenologia visa a resgatar.

Ao recebermos o instrumento de um contrato para análise, concentramos toda a atenção na mais pura consciência sobre aquele conteúdo do conhecimento. Esvaziamos tudo mais de qualquer objeto que vemos ou queremos (como seriam outros contratos, cujas cláusulas são diversas e que poderiam prejudicar nossa percepção daquele específico texto diante de nós). Despoja-se de tudo o que ouviu dizer ou leu a respeito dos contratos para, em algum momento, atingirmos o *eidos*, a sua essência. O resultado dessa tarefa (ou redução) é a descoberta do que intentamos, do que intenta nosso *eu*, em outras palavras, é a nossa intencionalidade. Essa intencionalidade é o traço distintivo do conhecimento e todas as suas manifestações. É dessa forma que a redução eidética se manifesta. *Epoquê* significa suspender o juízo, pois bem, é dessa forma que, em uma primeira leitura do instrumento do contrato, poderemos saber, de fato, do que estamos

tratando. Esse primeiro contato com o instrumento do contrato e suas cláusulas não afasta os outros momentos nos quais o contrato é analisado comparativamente, seja com os nossos conhecimentos a respeito dele, seja com os nossos conhecimentos a respeito de outras espécies de negócios jurídicos, que poderão dar suporte a uma análise por contrastes.

Os primeiros estudiosos da Fenomenologia ficaram muito impressionados com chamamento ao retorno das próprias coisas, no sentido de dar precedência a como as coisas (textos de lei, cláusulas contratuais, declarações verbais, dentre outros) se apresentam na experiência real sobre os ditames de uma qualquer teoria ou sistema de como elas devem ser. A preocupação da Fenomenologia foi a de tomar as coisas como elas são, sem conhecimentos outros que podem prejudicar o exame do conteúdo do que desejamos conhecer. Daquilo que se pode ver e alcançar diretamente, quando o pensador não se deixa deslumbrar-se por preconceitos, nem se desvia do objeto em si, que é o verdadeiramente dado.

O método utilizado pela Fenomenologia difere da argumentação dedutiva, indutiva ou dialética e, como é corrente nas vivências puras, descreve fatos que concernem à referência intencional da nossa consciência (pura) ao objeto intencional. Fazer uma análise da objetividade da consciência, pois a consciência é essencialmente consciência de algo, já que não existe a consciência de nada. É respeitarmos a idéia de que temos uma relação intencional com essa coisa, que queremos conhecer na sua essência. Quando várias consciências convergem para a mesma essência, e sobre ela estão de acordo quanto à análise fenomenológica, podemos ter um certo grau de certeza da objetividade do conhecimento por elas alcançado. A Fenomenologia prescinde da idéia de que algo tenha que existir para fitar a sua

existência, de modo que poderíamos falar sobre um crime que não tenha existência positiva no Brasil, de um tipo de contrato de compra e venda que seja proibido no País, como seria o de material nuclear entre particulares. O juízo do fenomenólogo deve basear-se na evidência, ou seja, nas experiências que decorrem da captação das coisas em si mesmas e como se apresentam, mesmo que não exista, mesmo que não tenha realidade, mesmo que não seja factível.

A filosofia de Husserl encontra suas principais prospectivas teóricas na idéia de ser uma ciência descritiva do quanto aparece à evidência imediata. Nesse sentido, ela combate todo tipo de reducionismo, isto é, a pretensão injustificada de negar âmbito determinado do dado, para reduzi-lo a outros que saberíamos mais originais: o psicologismo, especificamente, como uma forma de reducionismo, aquele segundo o qual as leis ideais da lógica vêm interpretadas como meras leis psicológicas, para libertar a reflexão sistemática do Empirismo inglês, que reduzia o conhecimento à experiência sensível. É preciso partir, então, daquilo que se encontra antes de todos os pontos de vista, pois a investigação fenomenológica observa as próprias coisas, tais como aparecem em uma primeira ordem ao sujeito, ou seja, na sua genuína maneira de ser e na forma como se lhe oferecerem, prescindindo dos filósofos e de suas teorias, tal como se revelam na sua pureza irrefutável, a impor-se pelo testemunho da verdade.

Para descobrir um novo fundamento para a ciência que apresentamos, a Fenomenologia afirma o desapego às concepções baseadas em postulados apriorísticos, de princípios ideais, eternos e absolutos para a gênese do conhecimento. O processo de atividade cognoscitiva dos homens não deve menosprezar apenas o que acaba por ser o próprio objeto fundante de todo conhecimento: a consciência. Nenhum fenômeno do mundo circundante escapa à consciência pura, pois é ela que capta, como

um puro centro de referência da intencionalidade, qual o objeto intencional é dado e, por outro lado, chegamos a um objeto que, depois da redução, não tem outra existência, senão a de ser dada intencionalmente a esse sujeito.

O dinamismo de nosso tempo carece de precedente na experiência jurídica. A torrente de interesses a serem tutelados pelo Direito demonstra a extraordinária profundidade e a variedade das transformações ocorridas em todas as esferas da vida humana. Produzem-se mudanças radicais e incessantes em um mapa político globalizado, acontecimentos que se desdobram com uma rapidez inusitada, as tensões e os conflitos entre as forças sociais adquirem cada vez mais um caráter agudo e conseqüente, e ao Direito se apresentam as mais diversas e inesperadas formas de proteção ou tutela.

As relações sociais são excepcionalmente complexas. Chocam-se teorias e opiniões das mais diversas e contraditórias. Em sua luta por reconhecimento, temos manifestações novas, como a exaltação da dignidade da pessoa humana e o seu conteúdo incógnito e polimórfico, a própria noção de personalidade e suas mutações, que a tornam renovada, a cada dia, os direitos fundamentais, os direitos humanos, os postulados e os princípios, e toda sorte de situações, como a Bioética e o Biodireito, que se submetem a todas as teorias, idéias, concepções, até as mais anacrônicas, conservadoras e medievais. Ao mesmo tempo pretendem, com certo grau de insistência, criar e inventar novas concepções e doutrinas com a aspiração do "espírito da época", de modelarem os problemas da vida contemporânea, mas cujas soluções remontam aos modelos empíricos e racionalistas.

Impõe-se fazer uma apreciação correta e exata de todas as teorias, e dar uma resposta veraz a todos esses complexos problemas da vida atual. A verdade é amarga e, com freqüência,

não distingue o ouro falso dos rótulos políticos da moda e das instituições políticas sensacionalistas. É, entretanto, a nossa época vocacionada para um grande salto na proteção de novos direitos, em cujo processo tem lugar um incessante relevo de teorias, que se põem de manifesto aos multiformes e complexos ideais, muitos novos, outros velhos, que surgem e sustentam hipóteses diversas, muitas vezes paradoxais, cuja veracidade é, com freqüência, muito difícil de estabelecer, ao menos por enquanto, de forma a que a verdade, como se diz vulgarmente, está oculta no *fundo do poço*.

Vê-se, que a necessidade de resolver os inúmeros problemas suscitados pelo Direito exige a união de forças cada vez mais distintas e mutáveis, com tendências muitas vezes contrapostas. Muitos passos foram dados e avanços realizados, em diversos níveis e etapas, não só destinados ao aperfeiçoamento das leis, mas, também, na incorporação, na aliança com movimentos filosóficos, a propósito dos quais se poderia alcançar, em essência, uma verdadeira transformação da sociedade e dos indivíduos. Na busca de uma complementação que tome em consideração condições e tendências, nos deparamos com situações que nem sempre nos permitem resolver as mais difíceis tarefas correlacionadas à criação e à atuação da regras de convivência. A intensificação do caráter jurídico nas sociedades organizadas incrementou a inter-relação de determinados segmentos, que testemunharam a adoção de frustrantes ações, nas mais variadas coletividades, que muitas vezes conduziram a situações que se mostraram inconsistentes ao longo do tempo; no entanto, os homens de cada geração ofereceram a solução de problemas, que não se encontraram suficientemente agudos para a incongruência de pensamentos correlatos, que emergissem de forma clara, límpida e nítida à superfície.

Foram necessárias condições objetivas que permitissem o desenvolvimento da mentalidade da razão e das sensações e que,

por sua vez, se tornassem incompatíveis com a continuação do sistema que a informava, para que surgisse, com clareza, a falta de consistência interna dessas posições, cuja adoção se reduzia, no fundo, a um emaranhado de elementos díspares, situados em planos incompatíveis e insuscetíveis de conduzir a qualquer teoria coerente. E, realmente, a tentativa de conciliar postulados, contraditórios entre si, conduziu, pode-se assim dizer, ao nascimento da Fenomenologia como Teoria do Direito.

REGRAS E PRINCÍPIOS NO DIREITO BRASILEIRO

Fernando Rodrigues - Professor do Programa de Pós-graduação em Filosofia da UFRJ

O presente texto busca tematizar a questão sobre se o Direito brasileiro, à luz da Constituição de 1988, deixa-se melhor compreender como consistindo de regras ou, além de regras, também de princípios. A relevância da questão está no fato de hoje em dia se fazer freqüentemente uma crítica a compreensões que vêem o Direito como consistindo apenas de regras.

Se a questão objeto do presente texto se referisse ao Direito americano ou inglês, o procedimento utilizado para respondê-la por parte de teóricos americanos ou ingleses consistiria, em geral, em atentar para as argumentações mobilizadas pelos operadores do direito e verificar se, além de regras, eles também se servem de princípios. Um exemplo desse tipo de estratégia pode ser identificado em R. Dworkin, quando ele tenta criticar a posição positivista. Segundo ele afirma em Modelo de Regras I[1], sua

[1] 1967, p. 22.

estratégia para determinar o conceito de Direito consiste em atentar para o modo como os operadores do Direito raciocinam ou discutem quando eles atribuem direitos ou obrigações às partes. Ele tenta determinar os tipos de padrões a que recorrem os operadores do Direito nessas atribuições, concentrando-se sobretudo nos chamados casos difíceis[2]. Com base nesse procedimento, o autor chega à conclusão de que fazem parte do Direito, não apenas regras, mas padrões de outros tipos, como as políticas (*policies*) e os princípios. Determina-se então o conceito de Direito a partir do que é mobilizado nas argumentações jurídicas

No caso brasileiro, é usual proceder-se a uma crítica ao positivismo. O apelo que teorias como a de R. Dworkin possui para os teóricos do Direito pátrio é visível nas discussões atuais. É comum a afirmação de que o direito não consiste apenas de regras e de que a concepção positivista está dando lugar a uma visão pós-positivista no Direito brasileiro. No entanto, o procedimento de que se servem os doutrinadores brasileiros para chegar a essas conclusões parece divergir do procedimento de que se utiliza, por exemplo, R. Dworkin, tal como é visível na citação acima. Não é na argumentação jurídica envolvida na prestação jurisdicional ou nas argumentações dos patronos das partes que eles buscam identificar a natureza do Direito. Servem-se, antes, ou bem de um conceito de Direito que estaria acima dos Direitos pátrios ou bem da própria Constituição de 1988, identificando nesse documento subsídios para defender sua posição de que o Direito brasileiro não consiste apenas de regras, não podendo, portanto, ser concebido de modo positivista.

[2] O que se chama de caso difícil (*hard case*) é aquela situação que precisa ser decidida pelo magistrado, mas para a qual não parece haver uma regra jurídica que a solucione. A expressão é usada no contexto anglo-saxão, no entanto, muitas vezes para designar situações para as quais os magistrados dispõem de regras jurídicas bem determinadas, embora a aplicação dessas regras pareça levar a resultados inaceitáveis, o que faz com que vários magistrados afastem, para a decisão do conflito, essa regra, aplicando um outro padrão.

Dado que a Constituição Federal de 1988 faz uso recorrente do termo princípio e que ela é o documento mais eminente do ordenamento jurídico a que os demais documentos legais devem submeter-se, poder-se-ia pensar, já de início, que a Constituição determina que o Direito brasileiro consista não apenas de regras, mas também de princípios. Sendo assim, dever-se-ia dizer que, pela própria determinação constitucional, o Direito brasileiro tenderia a afastar-se de uma posição positivista.

No presente trabalho não será analisado o argumento segundo o qual haveria uma noção de Direito para além dos Direitos pátrios, noção esta que serviria para se dizer em que consiste o Direito, podendo ademais validar ou criticar os Direitos existentes. Será, antes, investigado até que ponto a Constituição de 1988 poderá servir para nos dar uma resposta à questão acima formulada, a saber: se o Direito brasileiro deve melhor ser compreendido como consistindo de regras ou como compreendendo, além de regras, também de princípios.

Para responder a essa questão geral serão dados os seguintes passos. Em primeiro lugar, considerar-se-á o uso feito pelo constituinte da palavra princípio. Essa questão se faz relevante porque parece que o constituinte não utilizou esse termo de modo unívoco no texto constitucional. Desse modo, deverão ser destacadas algumas ocorrências de uso do termo para se analisar o sentido em que o termo princípio está sendo utilizado em cada caso. Nesse contexto, serão também, de passagem, abordadas algumas ocorrências do termo regra presentes na Constituição. Esse primeiro passo consiste sobretudo em elencar algumas instâncias de uso da palavra princípio, ou, conforme o caso, da palavra regra, e mostrar o sentido dessas palavras nas ocorrências sob análise.

Um segundo passo consistirá em saber qual exatamente a diferença entre regra e princípio. Se a discussão sobre a qual versa

a questão central consiste em saber se, à luz da Constituição, o Direito brasileiro deve ser considerado como consistindo ou apenas de regras ou, além de regras, também de princípios, é preciso que se tenha claro o que se está entendendo neste estudo por regra e por princípio. A determinação desses dois conceitos será feita com base em R. Dworkin. Dois critérios clássicos para essa distinção entre regras e princípios serão, para tanto, mobilizados. Será aqui considerado o modo como esse pensador considera a distinção entre princípio e regra, já que na literatura usual sobre o tema é freqüente a recorrência a seus textos.

Enfim, deve ser dado um terceiro passo. Voltando-se ao texto constitucional, perguntar-se-á, então, se o sentido do termo princípio tal como presente na Constituição pode ser aproximado do uso que a palavra possui no debate corrente em que posições teóricas antagônicas afirmam, por um lado, que o Direito se determina por meras regras e, por outro, que também princípios têm de ser mobilizados ao se analisar o que é o Direito. Essa investigação sobre se o que se entende por princípio no texto constitucional mostrará que, pelo menos em parte, o constituinte não compreendia a noção de princípio nos mesmos moldes em que alguns autores anglo-saxões a entendem. Esse passo é importante para que se obtenha clareza conceitual ao se traçarem distinções semânticas, evitando, desse modo, confusões conceituais.

A relevância da presente investigação está no fato de, por um lado, a questão central mencionada acima ser freqüentemente abordada pela doutrina brasileira, sobretudo pelos constitucionalistas, os quais, não raro, lançam mão, para analisar o problema, de teóricos como R. Dworkin. Por outro lado, no entanto, os teóricos pátrios não se perguntam de que modo o termo princípio está sendo utilizado pela doutrina anglo-saxã e pelo constituinte brasileiro. Ao se deixar de lado tal questão, pode-se chegar a

equívocos, pois a utilização da palavra princípio talvez não esteja sendo usada de modo não unívoco nos diversos contextos.

I

O texto constitucional menciona reiteradamente a palavra "princípio"[3]. O Direito brasileiro, à luz da Constituição, consistiria não apenas de regras positivadas, mas também de princípios cuja aplicação a casos concretos parece exigir um tipo de raciocínio diferente da aplicação de meras regras. A questão que aqui se coloca é em que esses princípios consistem, o que o constituinte tem em vista quando se refere a princípios.

Deve-se começar por chamar a atenção para duas características. Em primeiro lugar, os princípios que compõem o Direito brasileiro são explicitados no texto constitucional. Quando o aplicador do Direito a casos concretos interpretar esses casos à luz de princípios, ele, em geral, estará referindo-se a princípios que se encontram positivados no texto constitucional, e não a princípios que estariam para além das normas positivadas do Direito. Ainda que esses princípios possam vir a fazer parte da estrutura moral da sociedade brasileira, quando a eles se recorre no âmbito jurídico, a justificativa para deles se utilizar está, antes, no fato de eles pertencerem explicitamente ao Direito brasileiro positivado. Não se pode, desse modo, pelos menos com relação aos princípios constitucionais identificáveis na Constituição, dizer que eles estão para além do Direito positivado. Eles são, antes, elementos componentes do Direito brasileiro positivado.

[3] Para mencionar apenas as três primeiras ocorrências: o Título I chama-se "Dos Princípios Fundamentais"; o art. 4º serve-se do termo para elencar os princípios pelos quais o Brasil pauta suas relações com outros Estados; no § 2º do art 5º volta a ocorrer a mesma expressão: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados".

A segunda observação diz respeito ao fato de algumas vezes a palavra princípio ser utilizada no sentido que, usualmente, seria cabível à palavra regra. Qualquer palavra, mesmo aquelas que têm um uso técnico, pode ser utilizada em diferentes acepções. Não existe um uso correto de uma dada expressão, não se podendo, portanto, criticar, alguém por usar a mesma palavra em diversos sentidos. É, no entanto, essencial que, quando vier a ocorrer a diversidade de significados de um mesmo termo, tanto aquele que emprega o termo quanto o receptor a quem o discurso em que ocorre o termo é endereçado tenham sempre clareza do sentido em que ele é usado. O problema aqui não é a diversidade de usos, mas a falta de consciência de que essa diversidade está presente.

Ambas as observações ficarão mais claras no que se segue.

Não raro o constituinte qualifica princípio como "estabelecido", "adotado" ou "indicado" quer pela própria Constituição, quer pela União, quer por Constituições Estaduais: art. 5º, § 2º: "princípios por ela [sc. pela Constituição] adotados"; art. 21, XXI: "[Compete à União] estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação"; art. 29, *caput*: "atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição"; art. 32, *caput*: "atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição"; art. 34, IV: "[O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:] IV - o Tribunal de Justiça der provimento à representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial".

O fato de os princípios serem estabelecidos, adotados ou indicados na Constituição mostra que, quaisquer que sejam os princípios, eles são explicitados no texto constitucional. Se se quiser saber se um dado princípio faz parte do Direito Brasileiro, ou melhor,

se é respaldado pela Constituição de 1988, parece ser suficiente recorrer ao próprio texto constitucional. Aqui parece já se encontrarem algumas diferenças entre, por exemplo, o Direito norte-americano e o Direito brasileiro. Para se determinar se certos princípios pertencem ou não ao Direito norte-americano, não parece ser suficiente recorrer ao texto constitucional. No que concerne ao caso brasileiro, o próprio texto constitucional é, se não sempre, pelo menos em muitos casos, suficiente para se decidir se um dado princípio faz parte ou não do Direito brasileiro.

Desse modo, não há dúvidas de que (1) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, (2) a autodeterminação dos povos, (3) o fato de toda atividade nuclear em território nacional somente ser admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional, para citar apenas alguns exemplos, são princípios do Direito brasileiro, já que estão explícitos no texto constitucional.

A Constituição brasileira, ao contrário, por exemplo, da americana, é extremamente analítica, sendo detalhada em excesso, segundo alguns doutrinadores observavam de modo crítico. Contém, além dos princípios que estruturam o Estado brasileiro e dos direitos individuais, várias outras normas que não têm cunho constitucional. Um exemplo desse tipo de norma, mencionado recorrentemente nos livros sobre Direito Constitucional é o §2º do art. 242, que determina que o Colégio Pedro II será mantido na órbita federal. Com o detalhamento presente no texto constitucional não é de se espantar que haja vários princípios explicitados, positivados, na Constituição. Ao invés de dizer que esses princípios são positivados, no entanto, é dito que são "estabelecidos", "adotados" ou "indicados".

Alem de utilizar várias vezes a palavra princípio, a Constituição brasileira refere-se, algumas vezes, ao termo "regra". O art. 29, II, e

o art. 32, § 2º, referem-se às regras presentes no art. 77, o qual traz determinações sobre a eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República. A palavra princípio, contudo, possui, comparativamente, um número muito maior de ocorrências. Deve-se, no entanto, observar que alguns usos do termo princípio feitos pelo constituinte parecem indicar que o termo mais adequado para o caso seria regra e não princípio. Observem-se alguns exemplos.

O art. 127, § 1º, estabelece como princípios do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Igualmente o Capítulo I do Título VII ("Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica") determina princípios pelos quais tem de se pautar a atividade econômica, dentre os quais estão: a soberania nacional; a propriedade privada; a função social da propriedade; a livre concorrência; a defesa do consumidor; a defesa do meio ambiente. Nesses casos, parece que se está usando o termo princípio em seu uso próprio. É comum falar de princípio da indivisibilidade, de princípio da independência funcional, de princípio da soberania nacional. Em todos esses casos, parece adequada a escolha do termo princípio. Os princípios a que se referem esses dispositivos constitucionais parecem exprimir certos valores aceitos pelo constituinte como devendo estar presentes na estruturação do Ministério Público ou no desempenho da atividade econômica.

A adequação da palavra princípio parece, no entanto, ser questionável em outras instâncias. O *caput* do art. 93 refere-se a princípios que devem ser obedecidos pela Lei Complementar que disponha sobre o Estatuto da Magistratura. Dentre esses princípios estão o fato de o ingresso na carreira da magistratura ser feito mediante concurso público de provas e títulos; o fato de o acesso aos tribunais de segundo grau fazer-se por antigüidade e merecimento; o fato de o juiz titular dever residir na respectiva

comarca. Também a Seção I do Capítulo I do Título VI (Dos Princípios Gerais) estabelece os princípios gerais do sistema tributário nacional. Os artigos que estão no interior dessa seção (de 145 a 149-A) determinam algumas condições de competência e de procedimento para a instituição de tributos. Tanto no caso do art. 93 quanto no dos arts. 145-149-A, o que se tem são, na verdade, regras bem definidas a serem preenchidas. Por que razão o constituinte chama essas regras de princípios? Parece que o termo princípio está sendo usado nesses casos de modo impróprio. Não se trata aqui de uma norma que incorpora um valor, mas sim de uma determinação que deve ser cumprida quando o agente público realiza determinados atos.

É determinável de modo claro, sem que dúvidas pairem, se se cumprem ou não os requisitos estabelecidos pelo art. 93, *caput*, e pelos arts. 145-149-A. O raciocínio empregado para se determinar se, nesses casos, houve ou não o cumprimento do disposto pela Constituição é simples e direto. Já no caso dos princípios que estabelecem a propriedade privada, a função social da propriedade; a livre concorrência; a defesa do consumidor; a defesa do meio ambiente, a situação parece ser diferente. Trata-se aqui não tanto de regras bem precisas de tal modo que, em todos os casos concretos, se possa dizer, sem hesitações, se uma determinada prática está ou não em acordo com esses princípios. Pode haver dúvidas se determinadas decisões ou determinados cursos de ação estão ou não em conformidade com os objetivos e os valores incorporados por esses princípios. O raciocínio mobilizado para se aplicarem esses princípios a casos concretos parece ser bem mais complicado do que ocorre no caso dos artigos 93, *caput*, e 145-149.

Mas em que consistiria exatamente a diferença entre um e outro caso? A distinção conceitual entre regras e princípios servirá para responder a essa questão.

Para que se tenha clareza sobre o sentido em que os termos princípio e regra estão sendo utilizados pelo constituinte e para que se possa avaliar a propriedade ou falta de propriedade do uso da palavra "princípio" em algumas de suas ocorrências no texto constitucional, faz-se necessária uma precisão sobre esses termos. Conforme já foi observado acima, não se quer dizer com isso que uma palavra traga em si o seu sentido correto. O que, no entanto, é indispensável é que se tenha clareza sobre o seu sentido. Para tentar obter uma precisão sobre os termos remeter-se-á à distinção entre regras e princípios presente em alguns textos de R. Dworkin. Como contraponto ao texto de R. Dworkin, será utilizado o texto de H.L.A. Hart, a que Dworkin freqüentemente se refere para mencionar uma posição que bem analisa a noção de regra, apesar de determinar incompletamente, na visão de Dworkin, em que consistiria o Direito.

II

Desde os anos 60 do século passado, discute-se sobre os conceitos que melhor descrevem o que se chama de Direito. Para alguns, a noção de regra seria suficiente para determinar o Direito; para outros, além das regras, seria necessário lançar mão também de princípios. Essa discussão possui, no mundo anglo-saxão, dois protagonistas: H. L. A. Hart e R. Dworkin. O primeiro defende a posição segundo a qual o Direito nas sociedades modernas deixa-se determinar por dois tipos de regra; o segundo mantém que, além de regras, princípios também fariam parte do que se considera como Direito[4]. Ambos pretendem elucidar o Direito voltando-se para o modo como o cidadão se depara com o Direito e para o

[4] Os textos *O Conceito de Direito*, de H. L. A. Hart, e "Modelo de Regras I", de R. Dworkin, podem ser tomados como um dos pontos de partida dessa discussão.

procedimento envolvido na prestação jurisdicional por parte dos magistrados, ainda que R. Dworkin pareça estar mais interessado na determinação do Direito a partir do modo como o magistrado estaria considerando casos concretos. Considerando o Direito a partir dessas situações práticas, surgiu a pergunta sobre se ele pode ser determinado a partir de meras regras ou se é necessário que se lance mão também de princípios para poder determiná-lo.

Em seu artigo Modelo de Regras I, Dworkin mantém que os operadores do direito, nas argumentações jurídicas, servem-se, além de regras, também de princípios e políticas (*policies*)[5]. Mas o que exatamente o autor entende nesse contexto por regras, princípios e políticas? O que, à primeira vista, parece claro no texto de Dworkin é que as regras são padrões de avaliação jurídica baseados em alguma fonte que uma dada comunidade considera como sendo o critério para se decidir o que pertence e o que não pertence ao Direito. Os princípios são padrões deontológicos baseados em certos valores morais assumidos pela comunidade. Esses padrões não são admitidos pela comunidade por preencherem os critérios que admitem uma norma como sendo jurídica. As políticas, enfim, são padrões conseqüencialistas a que se recorre para decidir quando se levam em conta as conseqüências que podem ser produzidas por uma conseqüência jurídica. No que se segue, não serão investigados as políticas, já que elas não dizem respeito à questão geral deste estudo. Concentrar-se-á aqui, antes, nos conceitos de regra e de princípio.

Dworkin menciona duas características distintivas entre regras e princípios. Uma primeira marca que serve para contrastar regras e princípios consiste no fato de regras serem aplicáveis a casos concretos "na maneira do tudo ou nada" (*in an all-or-nothing fashion*), enquanto princípios podem ser aplicados de modo gradual

[5] Ibid., p. 22.

a casos concretos. Essa diferença é chamada, por Dworkin, de diferença lógica[6]. A segunda marca distintiva, decorrente da primeira, diz respeito ao fato de que, ao contrário das regras, os princípios terem um peso, uma relevância[7]. Esse duplo critério distintivo será descrito em maior detalhe a seguir. Para Dworkin, o modelo juspositivista de compreensão dos sistemas jurídicos considera que nos sistemas jurídicos dos Estados modernos são utilizadas, para a decisão de casos com base no Direito, apenas regras. É contra essa posição que Dworkin pretende voltar-se, mostrando que, além das regras, são freqüentemente aplicados princípios na aplicação do Direito a casos concretos.

O fato de regras e princípios diferenciarem-se a partir dessas duas características faz com que o raciocínio mobilizado em um caso e em outro seja bem diferente. No caso das regras, pode-se facilmente determinar a verdade ou, conforme o caso, a falsidade de uma proposição do tipo "Determinar que João pague tributo de R$ 300,00 é Direito". Basta para tanto observar se João realizou o fato gerador e se não existem condições extintivas, interruptivas ou suspensivas aplicáveis ao caso. Ou bem João preenche os requisitos que lhe obrigam a pagar o tributo, ou bem não os preenchem. Não há muito o que se raciocinar nesse caso. Já no caso de uma proposição do tipo "Determinar a paralisação e derrubada de uma dada usina nuclear é Direito", não é tão fácil determinar a verdade ou a falsidade da mesma. Até que pondo princípios relativos ao meio ambiente falariam a favor do determinado pela referida proposição e até que ponto, por exemplo, princípios voltados para a emancipação nacional falariam contra, não é algo que se poder determinar de modo simples. Há que se mobilizar um outro tipo de raciocínio, um raciocínio que lance mão de um procedimento interpretativo que estaria ausente do primeiro caso.

[6] Ibid., p. 24s.
[7] Ibid., p. 26s.

Com relação às regras, o exemplo mais conhecido da descrição do Direito com base apenas em regras encontra-se em H.L.A. Hart, em sua obra *O Conceito de Direito*. O autor considera que o Direito pode ser descrito a partir de dois tipos de regras[8]. As de primeiro e as de segundo grau. As primeiras estabelecem direitos e obrigações a serem atribuídos aos indivíduos quando eles se encontram em uma dada relação jurídica. As segundas surgem para responder a alguns problemas que surgem quando da aplicação das primeiras.

Um primeiro problema surge pelo fato de que em muitas situações não se tem clareza sobre se uma dada norma pertence ou não ao sistema jurídico de uma comunidade. Essa incerteza poderia levar a uma situação de insegurança[9]. Em uma certa comunidade poder-se-ia ter dúvida sobre se uma dada regra que determina que se levante o chapéu para as autoridades estabelecidas nessa comunidade é ou não uma regra que pertença ao Direito dessa comunidade. Para alguns membros, ela faria parte do sistema jurídico adotado; para outros, ela não pertenceria a esse sistema. Como decidir? É para resolver esse tipo de problema e evitar a insegurança jurídica que as sociedades modernas, na visão de H.L.A. Hart, possuem um outro tipo de regra, uma regra de reconhecimento[10].

Um segundo problema diz respeito ao fato de que muitas vezes é necessário serem introduzidas mudanças no sistema jurídico, sem que se possa esperar que as regras sigam um longo processo de mudança que se prolonga no tempo para serem alteradas[11]. Caso só houvesse regras de primeiro grau e essas demorassem muito a se modificar ao longo do tempo, deixar-se-ia

[8] A explicitação de que o Direito consiste da união de regras primárias e regras secundárias é feita no capítulo V de seu livro.
[9] Ibid., p. 92.
[10] Ibid., p. 94.
[11] Ibid., p. 92.

de atender às novas necessidades que surgem com o tempo. Para resolver esse problema, são estabelecidas regras de segundo grau que determinam como as regras de primeiro grau devem ser alteradas para fazer face às novas situações que surgem com o passar do tempo[12].

Um outro tipo de problema concerne à eficácia das regras de primeiro grau[13]. A mera pressão social não é, nas sociedades modernas, um fator de motivação que leva as pessoas a agir em acordo com aquelas regras. Se algumas autoridades não detivessem algum poder para fazer com que as regras de primeiro grau fossem seguidas, elas careceriam de eficácia. Daí a existência de regras de segundo grau cuja função é conceder a alguns membros da sociedade o poder de fazer valer as regras de primeiro grau[14].

Para as discussões sobre se o Direito se determina por regras apenas ou também por princípios, é essencial que se investiga a primeira regra de segundo grau mencionada acima, a saber: a regra de reconhecimento. É ela que vai determinar se algo é ou não Direito.

A regra de reconhecimento é o critério pelo qual se determina se uma norma pertence ou não a um dado sistema jurídico. Na literatura secundária sobre teoria jurídica, diz-se que essa regra exprime a fonte do Direito. Graças à fonte, pode-se determinar se, dada uma certa norma, ela pertence ou não a um sistema jurídico. Em muitos casos, no entanto, quando se trata de decidir, com base no Direito, um caso concreto, não se encontra nenhuma norma que, tendo passado pelo teste da fonte, sirva para decidir esse caso. Trata-se de uma situação em que o magistrado teria, na visão dos juspositivistas, de lançar mão de um poder discricionário, i.e. ele decidiria o caso sem seguir nenhuma regra do sistema jurídico, pois

[12] Ibid., p. 95.
[13] Ibid., p. 93.
[14] Ibid., p. 96.

nenhuma regra que fosse aceita pela regra de reconhecimento poderia decidir o caso sob análise.

Esse modo de descrição do sistema jurídico não exclui, de antemão, que critérios morais sejam mobilizados pelo Direito. É possível que a regra de reconhecimento determine que os critérios pelos quais serão aceitas as regras de primeiro grau são critérios morais. No entanto, não é pelo fato de as regras serem morais que elas pertencem ao sistema jurídico, mas pelo fato de a regra de reconhecimento ter estabelecido o caráter moral de uma regra como critério. O que conta, em última instância, é sempre a regra de reconhecimento. O teóricos jurídicos que aceitarem que a norma de reconhecimento possa abarcar critérios morais na determinação do que é Direito são chamados de positivistas inclusivistas.

Diante dessa descrição do Direito como consistindo de regras, Dworkin chama a atenção para o fato de que, não raro, os magistrados decidem não com base em regras, mas com base em algum outro tipo de padrão, que ele chama de princípio. Não são regras que passaram pelo teste da regra de reconhecimento que, em todos os casos trazidos ao Judiciário, seriam aplicadas para a solução desses casos. Há casos para os quais não se dispõe de uma tal regra. Há casos, ainda, que, embora possam ser decididos com base na aplicação de regras do Direito, são decididos com base em outros padrões, sendo que, para esses casos, havia alguma regra do sistema que permitiria a decisão. Nessa situação, a decisão com base nos chamados princípios é oposta à decisão que seria dada caso o magistrado lançasse mão de regras. Dworkin dá alguns exemplos de cortes americanas para validar sua posição. Trata-se aqui de casos chamados difíceis.

A argumentação de Dworkin parece muitas vezes pautar-se pelos casos difíceis. A expressão "casos difíceis" (*hard cases*) parece,

às vezes, designar casos para os quais não há nenhuma norma jurídica aplicável. Por outro lado, nos exemplos dados por Dworkin desse tipo de caso, trata-se, antes, de casos em que, apesar de haver uma regra do sistema que permitiria a solução do mesmo, o magistrado, levando em consideração critérios outros que não apenas a aplicação da norma jurídica, descarta esta última e segue os outros critérios, em geral critérios morais. Deve-se observar que nem sempre são critérios morais os padrões utilizados; não raro critérios de caráter mais conseqüencialista podem também ser empregados, como no caso de negar-se provimento a um recurso contra a Fazenda Federal pelo fato de, caso o recurso tivesse o provimento pleiteado, a União acabaria tendo problemas sérios para o equilíbrio de suas finanças.

A conseqüência, para uma determinação do Direito, é que não se pode mais descrevê-lo com base apenas em regras respaldadas por uma fonte. Além das regras, pertencem ao Direito princípios, de cunho em geral moral. Além nisso, não haveria, de acordo com Dworkin, situações em que o Direito estabelecido não se aplicaria. Quando não houver regras aplicáveis a uma situação concreta, há sem dúvida princípios que permitirão resolver o caso em questão. Sendo assim, não há espaço para o poder discricionário do magistrado. Este está sempre vinculado, quer a regras, quer a princípios. A decisão sem recorrer a regras está baseada em princípios, os, por sua vez, também vinculam o raciocínio do magistrado.

A descrição do Direito como abarcando regras e princípios consiste em que, ao decidirem casos concretos, os magistrados lançam mão não apenas de regras que se aplicam do modo "tudo ou nada", mas de princípios que podem ser aplicados de modo gradual a uma dada situação. Será a importância e o peso que esses princípios relativamente a uma dada situação que fará com que eles sejam aplicados de modo mais ou menos completo. É necessário que se

sopesem os princípios relativamente a um caso concreto, aplicando o mais adequado, sem que, contudo, se deixe um outro princípio que também poderia decidir o caso em tela totalmente de lado.

Retomando a definição inicial, pode-se dizer que princípios são padrões mobilizados nas decisões jurídicas que não passaram por um teste de uma regra de reconhecimento, que não foram abalizados por uma fonte. Eles pertencem, antes, à moral de uma sociedade. Ainda assim, eles pertencem ao Direito. Além disso, os princípios, ao contrário das regras, podem aplicar-se de modo gradual a um caso concreto. Enfim, a aplicação de princípios a casos concretos dá-se pela consideração da relevância que possuem para esses casos.

Como descrever o raciocínio envolvido na aplicação dos princípios é uma das questões relevantes da descrição de raciocínios práticos. A isso Dworkin dedica-se em vários textos em que mostra como o juiz raciocina ao aplicar o Direito.

O próximo passo, a seguir, consistirá em verificar até que ponto o uso do termo princípio na Constituição coincide com essa noção de princípio.

III

As discussões do item anterior mostraram que os princípios, além de aplicarem-se de modo gradual e de terem um peso, o que os diferencia das regras, não estão em geral positivados, já que a eles não se aplica a regra de reconhecimento. Se eles pertencem ao sistema jurídico de uma comunidade, não é pelo fato de terem passado pelo critério da regra de reconhecimento. Isto é: ao contrário do que pensam os positivistas, não é a partir da regra de

segundo grau que todas as normas jurídicas passam a pertencer a um dado sistema jurídico.

Se se pergunta, agora, o que corresponderia à regra de segundo grau no Direito brasileiro, poder-se-ia responder que, pelo menos após a Constituição de 1988, funcionam como critérios de determinação do Direito pátrio, em primeiro lugar, a recepcionalidade daquelas normas que, anteriores à Constituição, foram, no entanto, aceitas por esta, pois não entravam em choque conteudístico com o que prevê a Constituição; além disso, são também, em segundo lugar, critérios de determinação de normas jurídicas, em nosso Direito, os procedimentos determinados pela Constituição para que leis sejam produzidas (as regras do processo legislativo) e os dispositivos constitucionais que impedem que certos conteúdos sejam objetos de tratamento por normas jurídicas (as cláusulas pétreas). Esses dois critérios, o da recepcionalidade de normas anteriores e o critério para a produção de normas novas, formariam as regras de reconhecimento do Direito brasileiro. Eles não servem apenas para a determinação das leis, ordinárias ou complementares, que formariam o ordenamento jurídico pátrio, mas também para a decidir, com relação aos demais atos normativos, se eles integram ou não o Direito pátrio. Os diplomas legais que passam por esses dois critérios, isto é: que passam pela regra de reconhecimento do Direito pátrio, constituiriam as regras de primeiro grau do Direito brasileiro.

A questão que se deve colocar agora é se, além dos critérios estabelecidos pela regra de reconhecimento, ou regra de segundo grau, existem outros padrões de que os magistrados lançam mão ao realizarem a prestação jurisdicional. Esse foi exatamente o procedimento de que se serviu Dworkin quando, na polêmica com Hart, determinou que Direito não pode consistir apenas de regras.

No caso brasileiro, a situação parece ser um pouco diferente da situação americana, pelo fato, já acima mencionado, de que a própria Constituição recorrentemente estabelece princípios como sendo os padrões a que se deve, em certas situações, recorrer. Por ser a Constituição de 88 analítica, ela positivou várias normas que chamou de princípios. Princípios nesse caso não seriam regras que não pertenceriam de modo positivado ao sistema jurídico. Eles estão, ao contrário, positivados no documento jurídico mais eminente do país, que é a Constituição. Além disso, mesmo antes da Constituição de 88, já encontravam-se, no ordenamento jurídico brasileiro, regras (de segundo grau) que determinam que se recorressem a princípios quando da prestação jurisdicional, caso esta não dispusesse de normas positivadas para fornecer uma decisão a um caso levado ao Poder Judiciário. Essas regras estão presentes no art. 4º do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil) e no art. 126 da Lei 5.869/1973 (Código de Processo Civil). Em ambos os dispositivos, determina-se que, no caso de a lei ser omissa ou, o que equivale ao mesmo, no caso de não haver normas legais, o juiz recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. No mesmo sentido, pode-se ainda mencionar o art. 335 do Código de Processo Civil, que determina que o juiz, em falta de normas jurídicas particulares, deixar-se-á guiar por regras de experiência comum e regras de experiência técnica. Para a discussão deste trabalho, o que importa do art. 4º da LICC e do art. 126 do CPC é que, em ambos os casos, é a norma jurídica que determina a aplicação dos princípios. Desse modo, já mesmo antes de 1988, princípios compunham o Direito brasileiro.

Retornando-se à questão inicial se, no caso do Direito brasileiro, este determina-se com base em apenas regras ou também com base em princípios, parece que existe aqui a situação peculiar de que certas regras que dizem em que consiste o Direito (isto é: certas regras de segundo grau) exigem que princípios sejam aplicados.

A partir dessas considerações, se se considera que, ao contrário das regras, os princípios não seriam positivados, pertencendo, antes, à estrutura moral de uma sociedade, sem que essa estrutura seja reconhecida como jurídica, não se pode dizer que no Direito brasileiro estão presentes princípios. No entanto, a própria Constituição determina que se apliquem princípios.

Mas há um outro fator que melhor determina o que são princípios, contrapondo-os a regras. Trata-se dos dois critérios já mencionados: a aplicação dos princípios a casos concretos é gradual; e os princípios têm um peso de importância. Com relação a essas distinções não importa se o princípio está ou não positivado em diplomas jurídicos.

Se se segue o disposto no texto constitucional, depara-se com vários dispositivos que têm de ser aplicados de modo gradual, sendo que essa aplicação deve levar em consideração o peso que os princípios têm, i.e. a relevância que possuem para aquela situação determinada. Muitas vezes, ao se considerar um dado caso concreto, podem-se a ele aplicar dois (ou até mais) princípios. Nessas situações, pode-se (e deve-se) tentar aplicar um princípio sem que se exclua totalmente a aplicação de outro(s). Um exemplo clássico é o caso de certas manifestações religiosas que, por exprimirem-se de modo sonoramente alto, acabam por violar o direito de descanso de pessoas que habitam nos arredores do local onde a manifestação se realiza. Uma análise apressada desse caso poderia sugerir que ou bem se deve permitir a manifestação religiosa, em cumprimento do art. 5º, VI, da Constituição, ou bem deve resguardar o direito de vizinhança, previsto no art. 1277 da Lei 10.406 (Código Civil), que garante que se faça cessar interferência prejudicial ao sossego provocada pela utilização de propriedade vizinha. Dado que o direito ao sossego pode ser visto como pertencente à dignidade da pessoa humana, pode dizer que

também ele tem sede constitucional. Desse modo, entre ferir um direito, o direito à livre manifestação religiosa, e ferir outro direito, o direito à uma vida digna, parece que o melhor procedimento seria não o de fazer valer um a despeito do outro, mas sim o de tentar fazer valer os dois, mas de modo gradual. Essa solução poderia equivaler, no caso do exemplo mencionado, a se restringir a manifestação religiosa a horários condizentes com o descanso dos habitantes nas vizinhanças dessa manifestação. Haveria uma aplicação gradual dos princípios e uma consideração da importância, do peso, que eles possuem.

Vê-se, então, que princípios, tal como definidos a partir dos critérios acima indicados por R. Dworkin, compõem o Direito brasileiro. O problema é que, no caso brasileiro, são regras jurídicas que determinam que esses princípios sejam aplicados. Parece que aqui, ao contrário do que ocorre no caso americano, as próprias regras de segundo grau determinariam a aplicação de princípios pelos magistrados. Há positivistas jurídicos que admitem que regras morais façam parte do sistema jurídico de um país, desde que haja uma regra de segundo grau que assim determine. Eles são chamados de positivistas inclusivistas[15]. Sua definição de Direito pautar-se-ia por uma regra de segundo grau ou regra de reconhecimento (ou mesmo, como às vezes se formula, por uma fonte); no entanto, essa regra admite que o Direito consista também de normas morais. Se se considera que princípios compõem o Direito brasileiro porque regras jurídicas determinam nesse sentido, então poder-se-ia, a partir de uma posição positivista inclusivista, dizer que o Direito brasileiro determina-se, originalmente, apenas por regras de reconhecimento, havendo, no entanto, regras de reconhecimento que determinam a aplicação de princípios.

[15] O conceito é usado por W. J. Waluchow em *Inclusive Legal Positivism.*

IV

Como considerações finais, será indicado o que se pode dizer acerca do poder discricionário do magistrado se se considera que o Direito brasileiro, sobretudo o sistema jurídico posterior à Constituição de 1988, inclui além de regras, também princípios, embora o que determine a aplicação de princípios seja, ele próprio, uma regra.

Conforme dito acima, a existência da discricionariedade do magistrado defendida pelos positivistas jurídicos com base em dois elementos: em primeiro lugar, o Direito não é completo, havendo situações jurídicas que exigem um posicionamento, uma solução, por parte do Estado, para as quais, no entanto, não há norma legal para tanto; em segundo lugar, cabe ao Estado, decidir mesmo esses para os quais não há norma aplicável. Isso faria com que o magistrado tivesse de lançar mão de um poder discricionário para decidir.

R. Dworkin afirma a inexistência da incompletude do Direito pelo fato de, sempre, haver algum princípio que possa ser mobilizado para a solução de casos concretos. Em certas situações ocorreria que, mesmo havendo regras para a solução de certos casos , essas seriam afastadas em nome de princípios.

Se se admite que a melhor maneira de se descrever a estrutura do Direito brasileiro seria com base em uma posição positivista inclusivista, então pode-se dizer, em conformidade com a posição dworkiana, que, dado que princípios compõem o Direito brasileiro, sempre haverá um modo jurídico para a solução de casos trazidos ao Judiciário. Isso levaria a que não se pudesse falar de poder discricionário propriamente dito, no sentido de que o juiz decidiria com base em critérios outros que não os jurídicos. Entretanto, a inexistência da discricionariedade não significa que se deixou de assumir uma posição positivista para a descrição do Direito, mas,

antes, que se admitiu que são apenas regras de reconhecimento que determinam o que é o Direito e que uma dessas regras dispõe que princípios sejam mobilizados na prestação jurisdicional. O sistema jurídico brasileiro, descrito a partir da perspectiva positivista inclusivista, incluiria princípios jurídicos e eliminaria (ou minimizaria), desse modo, o papel do poder discricionário dos juízes.

REFERÊNCIAS:

DWORKIN, R. (1967): "The Model of Rules I", in: *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres 1987

DWORKIN, R. (1986): *Law's Empire*, Belknap Press, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1993

HART, H. L. A. (1961): *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1994[2]

MacCORMICK, N.: (1981): *H. L. A. Hart*, Stanford University Press, Stanford 1981

DIREITO E CETICISMO

Valter Duarte - Professor de Ciência Política da UERJ e da UFRJ

Convidado, desafiado talvez, a escrever um artigo sobre Direito e ceticismo, imaginei um apelo a juízes, desembargadores e ministros para que se afastassem do que, ao se dizerem conhecedores, teriam sido obrigados a julgar, considerando, por conta de alguma metrética insofismável e indiscutível, que seriam eqüipolentes os direitos, as ações e os argumentos das partes contrárias e nenhum objetivo seria mais aceitável do que chegar a certo estado de tranqüilidade.

Não me pareceu possível outra reação, imaginando que aceitassem esse apelo, que não fosse a de pensar em todos os magistrados parando de julgar em todos os tempos e em todos os lugares, simultaneamente determinando, na relatividade geral dos eventos de caráter social, que todas as partes envolvidas em querelas judiciais fossem autorizadas a tomar em particular seus próprios rumos, pois a eles, magistrados, nada caberia fazer, uma vez que justiça seria realidade pronta e estabelecida, condição única de prescindirem de instituí-la como Justiça e de deixarem sem objeto as suas funções. Valeria a partir daí, devido a essa universal jurisprudência, a popular *Lei de Murici: cada um que trate de si*.

Porém, algum equívoco haveria nessa hipótese de suspensão do juízo por parte dos magistrados, os responsáveis pela Justiça onde estivessem. Isso porque nem mesmo quem um dia idealizou uma ordem geral de relações sociais harmoniosa e equilibrada, por justa prática em si mesma de modo independente de qualquer instituição que tivesse esse fim, pensou em prescindir dessa instituição. Recorde-se, pois, Adam Smith, indisfarçável parente dos céticos, que imaginou essa ordem harmoniosa e equilibrada e a desenvolveu em tese, construindo o seu *sistema de mercado* como amplo conjunto de justas relações de troca no qual não caberia intervenções governamentais. Apesar disso, no livro V de *A Riqueza das Nações*, deixou claramente indicada a necessidade de Justiça ao referir-se a gastos com seu estabelecimento e administração como dever do soberano para *proteger cada membro da sociedade da injustiça e da opressão de todos os outros membros da mesma*[1].

Também equivocada seria a pretensão de não envolvimento dos homens em relações sociais, explícita na imaginada determinação judicial para as partes tomarem seus próprios rumos. Sua impossibilidade estaria no simples fato de que, por mais extremo que seja o individualismo em uma sociedade, os homens não têm vidas sociais paralelas, no sentido mesmo de viverem equidistantes em suas ações e, por isso, jamais se relacionarem, sem dúvida, sem jamais se encontrarem nessa única hipótese de prescindirem de Justiça, uma vez que esta não diz respeito a homens isolados, a homens em ausência total de relação com outros. Se estão em sociedade, mesmo no caso dos camponeses franceses sacos de batatas referidos por Marx[2], alguma ligação terão entre si, ainda que indireta, ou com alguma ordem instituída.

---

[1] Smith, Adam. *The Wealth of Nations*. Edited by Edwin Cannan. Chicago: The University of Chicago Press, 1976, v. 2, pg. 231.

[2] Marx, Karl. *O Dezoito Brumário de Louis Bonaparte*. In: Marx e Engels: obras escolhidas. São Paulo: Edições Sociais, v. 3, pg . 277.

Com efeito, tanto a necessidade de Justiça numa ordem harmoniosa e equilibrada quanto a impossibilidade do paralelismo social implicam a existência de um princípio de justiça, mesmo que seja sob a máxima extremista *só fazer aos outros aquilo que queres que te façam* que regulou a Common Law desde os primeiros tempos do individualismo inglês. Mas é preciso dizer: dessa máxima, como de qualquer princípio de justiça, decorre necessariamente que as partes tenham algum direito, e que este seja comum, pois em caso de uma não possuí-lo ou de serem diferentes os direitos torna-se impossível instituir Direito e Justiça. Como não podem existir senão em coexistência: impossível Justiça sem Direito; impossível Direito sem necessidade de Justiça. No caso de suspensão de juízo não haveria Justiça. Sem Justiça não haveria razão de pensar em Direito. Daí a conclusão: impossível, completamente fora de propósito, falar em ceticismo jurídico. Não cabe o desafio cético a Direito ou a Justiça. E mesmo que se fale do ceticismo moderno, que se define pela dúvida[3], a máxima jurídica *in dubio pro reo* tem em si uma decisão, jamais a suspensão do juízo, jamais o afastamento da questão e o recolhimento para a tranqüilidade.

Não há dúvida de que dessas sentenças se pode dizer que têm caracteres dogmáticos e podem prestar-se ao desprezo cético. Elas abusam de falar em necessidade, em relações necessárias. Mas é aí que se tornam pertinentes algumas perguntas relativas a elas: afinal, podem, referindo-se a Direito e Justiça, serem formuladas de outro modo? Que outras relações teriam Direito e Justiça que não seriam relações necessárias? Como negar que a idéia de necessidade, de relação necessária, seja pura produção intelectual, puro pensamento, um fenômeno em si jamais derivado de

[3] *Uma das principais mudanças em relação ao ceticismo antigo, encontrada em sua versão moderna, consiste na centralidade da dúvida, atribuída, sobretudo, a Descartes, mas já encontrada em autores anteriores a ele*. (Marcondes, Danilo. Ceticismo, Filosofia Cética e Linguagem. In: Silva Filho, W. J. (org) O Ceticismo e a possibilidade da Filosofia. Ijuí: Ed. Unijuí, pg. 149.

fenômenos exteriores, diferente do que aparece aos sentidos e pode ser levado à consciência? E como negar que as idéias de direito e de justiça, prévias às suas instituições, tenham a mesma natureza?

Sem dúvida, são perguntas que completam com as considerações anteriores um quadro de indicações da incompatibilidade do ceticismo em relação a Direito e a Justiça. Porém, a reações e a perguntas como essas, bem como a conclusões de que atitudes céticas a nada levariam, céticos e adeptos do ceticismo já opuseram que o princípio de não intervenção que propõem não impede que as coisas existam, que tenham ordem e até que a Filosofia continue possível entre outras práticas e instituições dos homens, entre as quais o Direito e a Justiça. Pretensioso, sem dúvida, embora indicativo de que sentiram-se questionados e foram levados a dar satisfações ou, talvez, sem tomarem consciência, sentiram-se motivados para polemizar, embora esta pareça ser a intenção menos desejável para qualquer cético. Afinal, embora desafiem, não aceitam confrontos, disputas intelectuais, nada que lhes impeça a tranqüilidade, a paz, ou não serão céticos.

Para ser justo, Direito e Justiça, em princípio, talvez não sejam objetos diretos do ceticismo, talvez não sejam as razões do afastamento cético, que estariam nos seus fundamentos, pretendam-se eles filosóficos ou científicos, aqueles sobre os quais recai a suspensão do juízo ou a dúvida. Isso porque, em rigor, se alguma coisa provocou o ceticismo foi o ideal de verdade, de verdade adequação, o ideal de *dizer do que é que é e do que não é que não é*, tão presente e imperativo na história do conhecimento filosófico ou científico e que se quer radicalmente diferente daquela que pode ser chamada de *verdade vulgar*, em rigor, a verdade dos homens comuns, ordinários.

Com efeito, o ideal de realizá-lo tem raízes filosóficas, mas o desafio de realizá-lo foi proposto pelos céticos. O dogma dele derivado, não o dogma de caráter religioso, especialmente quando em polêmica contra outras idéias de pretensões dogmáticas, foi o que recebeu em troca a suspensão do juízo dos céticos. Daí porque sem existir procedimento que tenha a intenção do verdadeiro e do falso não há procedência para o ceticismo. Por isso, quando aceitamos as seguintes palavras de Oscar Wilde *o falso e o verdadeiro são meramente formas de existência* intelectual[4], e aqui são aceitas na mais ampla extensão, concluímos que o ceticismo desafia a muito mais do que uma simples intenção ou ideal: ele desafia o próprio pensamento naquilo que de mais puro possa pretender de si.

Suspender o juízo, se é que isso significa abster-se de proclamar tanto o falso quanto o verdadeiro, é afastar-se da própria vida intelectual, em especial da vida filosófica; é suspender o juízo em relação a ela. Se assim for, e na realidade assim tem sido formulado o desafio cético, falar, como os adeptos do ceticismo têm feito em livros e artigos recentes, em coisas como mundos possíveis ou possibilidade de prática filosófica, implica consideração do *falso* e do *verdadeiro*, implica retorno à vida intelectual nos termos nos quais o ceticismo a rejeita. E talvez por isso o ceticismo hoje seja de uma variedade a toda prova, com nuanças e posições mitigadas que tanto podem esconder o caráter extremista do pirronismo quanto fazê-lo passar por procedimento filosófico, passar por este que é a razão do seu afastamento.

Nesse ponto deve-se chamar a atenção para um problema criado pelo próprio ceticismo no decorrer da sua existência: a alegação de seus adeptos de serem muitos os ceticismos. Se são

[4] Wilde, Oscar. *De Profundis*. In: The Complete Works of Oscar Wilde. New York: Barnes & Noble, pg. 912.

muitos os ceticismos – pirrônico, acadêmico, fideísta, mitigado, antigo, moderno, moral, religioso, tradicional, terapêutico e, talvez, tantos outros -, por qual optar? Ou por que não suspender o juízo em relação a todos eles?

Mas aqui não há meio-termo ou variações: vale para o ceticismo, por seus próprios princípios, ou fins, assim o obrigando a assumir as próprias palavras, aquilo que Weber destacou em relação aos que aderem ao Evangelho ou ao materialismo histórico: *é tudo ou nada*[5]. A suspensão do juízo não autoriza direito ao conhecimento nos valores criados por filósofos ou cientistas. Se autoriza nos valores criados pelos chamados homens ordinários, que cesse o dialógo, pois as linguagens filosóficas, científicas e ordinárias são completamente diferentes. Trata-se, então, de questão de escolher o conhecimento ao qual se fará a adesão, se é que o ceticismo, apesar da suspensão do juízo ou da dúvida, admite o conhecimento.

Isso porque o que está em jogo é acima de tudo a existência intelectual como coisa própria, como realidade própria. A adesão ao fenômeno alegada pelos céticos recusa o caráter próprio do pensamento, e é aí que as coisas têm de ser decididas sem direito à suspensão do juízo, sem possibilidade de suspensão do juízo, sem chance de dúvidas: sim ou não ao pensamento como fenômeno autônomo e ao conhecimento. O ceticismo, embora fale que suspendeu o juízo, não compreendeu que disse não. Afinal, quando fala em fenômenos, em experiência fenomênica, no que lhe aparece, não cita o pensamento como fenômeno, mas como algo que, por procurar a essência das coisas, pode corromper a aceitação do fenômeno, a aceitação daquilo que aparece, segundo o qual diz orientar-se tomando-o como critério de ação.

[5] Weber, Max. *A Política como Vocação*. in: Ensaios de Sociologia, tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar editores, 3ª edição, 1974, pgs. 143 e 149.

À parte a provável intenção dos primeiros céticos de resistir às tentativas de controle social por meio do saber filosófico, o que ainda hoje é relevante, o ceticismo, apesar do seu desafio, não terá produzido nada de epistemologicamente significativo nem qualquer alternativa em termos de conhecimento e educação. Isso porque, com exagero, condenou o conhecimento a um único ideal e ao seu improvável fim, a verdade absoluta, ignorando que esse ideal não está em relação necessária com o procedimento filosófico ou em qualquer atividade intelectual que tenha o nome de ciência. O ideal de verdade absoluta tem raízes e razões políticas e a sua esmagadora importância não pode ser levada a ponto de que se desconheça que o conhecimento continua passando por muitos e variados caminhos nos quais em muitos os dogmas não conseguem sequer entrar.

O ataque cético aos dogmáticos, ou talvez a fuga em sentido contrário daquele que pratique o dogmatismo com pretensões de controle social, também não pode afastar a hipótese de que o dogma pode muito bem ter sido o resultado de um ideal de pacificação e de justiça entre os homens por meio de razões neutras e acima de todos tal como a tantas vezes suposta e desejada *ordem natural das coisas*, claramente destacada por Bacon na sentença *a natureza só é dominada pela obediência*[6], embora aqui se tenha em vista sobretudo a obediência a Deus.

Dogmas e *ordem natural das coisas* foram exaustivamente procurados na história para serem fundamentos neutros para as questões humanas. Se foram usados pelos homens para reivindicarem comando e dominarem e oprimirem uns aos outros, o problema daí decorrente não pode significar por princípio qualquer condenação a saberes filosóficos ou científicos como se

[6] *For nature is only subdued by submission*. (Bacon, Francis. *Novum Organum*. in: Great Books. Londres: Encyclopædia Britannica, v.30, pg. 107.

fossem necessariamente dogmáticos e como se os dogmas significassem necessariamente patologias a serem isoladas ou erradicadas da vida humana em geral. Os dogmas, embora não digam respeito exatamente a um suposto estado natural da consciência humana, o dogmatismo, como Augusto Comte propôs, só podem ser produtos puros da mente humana. Daí porque condená-los em princípio como fazem os céticos corresponde a condenar significativa parte dos ideais do próprio pensamento, parte do que este tem de pureza e parte de seus ideais de neutralidade e pacificação.

Decerto que não podemos cobrar dos céticos o que não propõem: avaliações epistemológicas - aqui entendidas como relativas à origem, à ordem interna e aos valores dos conhecimentos -, ou avaliações sobre as relações entre conhecimento e educação. Mas é exatamente a falta dessas avaliações devido ao afastamento cético que parece indicar não caber aos desafiados senão afastar-se do ceticismo, se é que se descobriu que saber não é ato de reprodução e sim ato de criação, assim como se descobriu que não é da natureza humana que devemos esperar os fatores integrativos das sociedades, e sim dos valores criados pelos homens, que não podem ser julgados eqüipolentes simplesmente porque podem ser racionalmente defendidos, fundamentados. Se forem valores, são diferenciais e é isso que pretendem ser para doutrinas e para seus fundamentos. Igualá-los somente porque concorrem entre si na pretensão de serem o dogma vencedor corresponde a reduzir as disputas filosóficas a um confronto inconciliável de solipsismos.

Desde que o procedimento filosófico floresceu, a Filosofia tem sido por excelência o fenômeno do pensamento, ou o pensamento como fenômeno. Não pelo fato de raciocinar no sentido que hoje damos a esse verbo, mas pela criação de irrealidades que não têm imagens conhecidas ou possíveis, nem

experiência prévia, causas, transitividade ou possibilidade de demonstração. Unidade, unidade de contrários, ilimitado, indeterminado, átomo (simples) e tantas outras criações desse caráter, em rigor, não sendo referências a fenômenos em si, não sendo referências a realidades em si, revelaram o pensamento como realidade própria e lhe deram condições de ultrapassar a animalidade humana, somente muito mais complexa que as demais em racionalidade.

Essas irrealidades, no entanto, significaram para os filósofos desafios de realização. E essa realização só podia encontrar destino no próprio pensamento, transformando-o em qualidade de modo a torná-lo, o pensamento filosófico, incomparável com outras formas de pensar; dessa forma transformando aqueles homens em sábios, não do saber ciência e sim do saber sabor com todo seu poder de transformação. Sim, porque não se pode esquecer que a criação do substantivo *filósofo* e do verbo *filosofar* precedeu a palavra *filosofia*. Correspondeu à indicação da relação entre um novo procedimento intelectual e o aparecimento de um homem de diferente qualidade, do sábio, daquele que saboreava não com um dos cinco sentidos, o paladar, e sim a transformação de uma realidade em si mesmo que sentia existir para além dos sentidos, fosse sobrenatural ou não: a alma. Por isso, para essa transformação sentida como um saborear do encontro ou da transformação dessa realidade metafísica, vale dizer, como Bachelard, que *compreender é o próprio ato de transformar-se do espírito*[7].

Daí porque seja difícil acreditar ou ao menos supor que a Filosofia seria possível se alguns homens não tivessem passado por essa experiência, se dela não tivessem tomado consciência e não tivessem tido o ideal de encontrar o pensamento puro, ou puras

[7] Bachelard, Gaston. *Le rationalisme appliqué*. Paris: PUF, pg. 215.

produções do pensamento, bem como não tivessem de fato produzido o que terá lhes confirmado essa possibilidade. Sem exagero, a Filosofia deu ao pensamento condições que não se encontram na vida comum, nos homens comuns, ordinários, para que se rompesse com essa condição. Repetindo e acrescentando: se foi usada como fundamento de doutrinas voltadas para controlar esses homens, não foi devido às suas origens, ao seu caráter; e terá sido certamente por fatores exógenos.

O principal equívoco dos céticos parece estar no fato de terem julgado a Filosofia apenas pela transitividade que por vezes lhe impuseram na vida política. Isso porque a Filosofia foi criada como um valor em si mesmo, foi descoberta como um valor em si mesmo e era entendida como um valor em si mesmo quando foi usada como fundamento do que não era filosófico. Mas não se pode deduzir da autoridade derivada de sua prática, do reconhecimento dado aos filósofos, a intenção de controle social em suas origens nem nas suas mais puras formulações. Tampouco se pode negar a procedência de buscar a sua prática com todo o reconhecimento e aceitação que possuía para fundamentar e esclarecer ideais desejados para a vida política, como fez Platão exaustivamente.

Mas é preciso voltar para o confronto entre Direito e ceticismo, do qual essas considerações parecem se afastar. Afinal, divergentes, têm um ponto em comum: sem dogma, não entendemos que haja razão para a existência do ceticismo, seja ele qual for. Porém, sem dogma, sem uma dogmática jurídica, também não entendemos razão para a existência do Direito, seja ele qual for. E dissemos seja ele qual for tanto para ceticismo quanto para Direito porque todos os ceticismos e todos os Direitos têm em comum a necessidade de dogmas para existirem, ainda que diferentes quanto à qualidade da relação necessária de cada um deles com os dogmas ou com as disputas dogmáticas.

E há de se destacar outro ponto comum com tratamento divergente: a vida intelectual em sociedade. Nesse ponto é clara a opção do ceticismo pelo não domínio intelectual da vida prática ao combater o uso do conhecimento como meio de controle social. Está implícita no ceticismo a opção pelo uso não valorativo da inteligência humana no quotidiano dos homens ordinários. Sem dúvida, isso caracteriza um moralismo de intenções libertárias de grande compatibilidade com o individualismo britânico, cuja maior ambição, amplamente tentada por vários autores em uma série de obras, foi a de encontrar um modo deontológico de viver em sociedades, entendendo-se isso como condição de vida social de pura e total conveniência individual desobrigada de qualquer coisa em relação aos demais. Em rigor, embora toda sofisticação com que foi pensada e apresentada, a *Lei de Murici*.

Ao contrário, no Direito está a pretensão de encontrar fórmulas intelectuais para reger a vida social. Não abre mão o Direito da formação de acordo com as leis jurídicas; não abre mão da formação moral, que não se limita ao conhecimento dos deveres socialmente estabelecidos e requer adesão a eles e o desejo de cumpri-los; não abre mão da educação para conhecer as leis. Porém, se o Direito tem na relação sentimental com a Justiça o seu maior valor, no sentido de ter com a Justiça mais do que relação necessária e sim a sua escolha afetiva, não há de ser Direito tirânico, no significado dado por Kafka ao procedimento paterno[8]. Tem de ser Direito voltado não para o que é dado, não para o que aparece, e sim para aquilo que o pensamento descobriu e procurou esclarecer por problematização da vida, da vida em sociedade em especial. Isso porque, se se quiser que Direito tenha relação necessária com Justiça, é preciso encontrá-lo para além do que aparece; é preciso encontrá-lo numa realidade transcendental. Por isso podem ser

[8] *Tu representavas para mim todo o mistério que possuem todos os tiranos, cuja razão se funda em sua pessoa e não no pensamento.* (Kafka, *Franz. Carta a Meu Pai*.)

muitos, embora possam ter um significado único em todos eles como marca do puro pensamento.

Para esclarecimento dessa reflexão, vamos a Montesquieu, à sua obra *Do Espírito das Leis*. A princípio, encontramos um autor que pode até ser apontado como cético por algum desprevenido adepto do ceticismo. Sua opção por estudar as leis jurídicas como elas eram, na diversidade em que existiam nos diversos povos, e não como deviam ser, supondo esta segunda opção uma razão jurídica única e imperativa sobre toda diversidade social do mundo, bem pode parecer a adesão cética ao fenômeno, ao que aparece, no caso, uma aceitação cética dos costumes dos povos, da vida dos homens ordinários dos diversos povos. Parece mesmo de pleno acordo com as palavras, por exemplo, do cético e professor Oswaldo Porchat Pereira, quando diz: *O que nos aparece se nos impõe com necessidade, a ele não podemos senão assentir, é absolutamente inquestionável em seu aparecer. Que as coisas nos apareçam como aparecem independe de nossa deliberação ou escolha, não se prende a uma decisão da nossa vontade*[9] e, mais adiante, que *A visão do mundo de um cético se conforma obviamente, como a visão do mundo de qualquer homem, à sua experiência passada e à sua formação cultural*[10].

Porém, a opção de Montesquieu pela diversidade das leis, fundamentando a seu modo o direito de autodeterminação dos povos, se não foi devida ao não assentimento a algum dogma formulado por alguma razão jurídica única com a qual se pretendesse dominar todos os povos, também não foi devida a se conformar com as experiências passadas e com a cultura dos diversos povos como coisa pronta e estabelecida.

[9] Pereira, O. P. *Sobre o que aparece*. In: Stein. E e Boni. L. A. (org). Dialética e Liberdade. Petrópolis: Vozes, 1993, pg. 463.
[10] Pereira, O. P. obra citada. pg. 479.

Acrescente-se que não foi também nenhuma suspensão do juízo diante de diversas razões jurídicas dogmáticas. Em rigor, todas eram diferentemente dogmáticas como devem ser para que os céticos suspendam o juízo e não decidam em relação a elas. Só que para Montesquieu isso não era um problema que pedisse decisão por uma das diversas dogmáticas jurídicas. Se o argumento cético para não decidir e afastar-se da *diaphonía* em busca da tranqüilidade e da paz é baseado na suposta eqüipolência dos argumentos das doutrinas filosóficas, Montesquieu decidiu em favor de todas as ordens jurídicas, aceitou-as todas, por serem em si equipolentes. Portanto, nem razão jurídica única, nem conformidade com a experiência prévia ou com a formação cultural dos povos, tampouco afastamento diante daquela diversidade.

Não há dúvida de que se fosse baseado nas aparências essa aceitação da diversidade jurídica teria tudo para ser tomada como mais uma manifestação de ceticismo. Acontece, todavia, que Montesquieu confiou que toda aquela diversidade tivesse alguma coisa essencial comum a todos os povos. A partir disso, tudo muda em relação a qualquer suposto ceticismo. Com efeito, quando definiu que *leis, em seu sentido mais amplo, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas*[11], Montesquieu estendeu para realidades sociais aquilo que Newton ambicionara ter descoberto em relação a todo o universo simplesmente porque essa noção de leis era produto puro do pensamento que Newton julgara ter extraído da realidade ao desta se afastar para pensá-la.

Em Newton, a lei da atração universal falava de relações necessárias entre os corpos, limitando sua validade à realidade corpórea. Montesquieu pretendeu estendê-la usando na sua definição de leis não a palavra *corpos*, como devia ser se a limitasse

[11] Montesquieu. *De L'Esprit de Lois*. Paris: Ernest Flammarion Editeur, 1933, p. 7.

à concepção newtoniana, mas a palavra *coisas*. Com isso, levou para as incorpóreas realidades sociais a possibilidade de serem pensadas como possuidoras de relações necessárias entre si. Desse modo, deu às leis jurídicas possibilidades de serem pensadas como possuidoras de relações necessárias com os costumes dos povos e, assim, de terem diferentes dogmáticas jurídicas, todas elas obedecendo a esse princípio absolutamente intelectual.

Retorne-se, então, a falar da importância do dogma, não de um ou de outro e sim daquilo que todos os dogmas diferentes, divergentes ou conflitantes possam ter de comum entre si, como ideal ou resultado do pensamento em total independência em relação ao que cada um possa significar ou pretender em particular. Considere-se que só alguma coisa insofismável e indiscutível pode ser referência neutra, imparcial para as partes em relações entre si. Se for exterior a elas, como algo natural que lhes chega igualmente, pode muito bem ser aceita pelos céticos, haja vista, entre outros equivalentes, o seguinte trecho do professor Porchat: *o pirronismo antigo ressaltava quatro aspectos que caracterizam nossa prática quotidiana conforme ao fenômeno: em primeiro lugar, seguimos, por assim dizer, a orientação da natureza*[12]. No entanto, se for uma criação do pensamento, pelo menos em tese, a todos os pensamentos, provavelmente será objeto da suspensão do juízo, ainda que se possa demonstrar tão neutra quanto a realidade exterior, como foi a descoberta do conceito, daquele *o mesmo* no pensamento de cada homem que a maiêutica de Sócrates deu à luz, à autoconsciência.

O dogma, ainda que se multiplique em muitos até opostos, é da essência do pensamento. Não é realidade exterior a ele. Por isso é realidade que em si não significa nada. Porém, nada poderia

[12] Pereira, O. P. obra citada. pg. 475-6.

significar direito ou justiça, e muito menos instituí-las como Direito ou Justiça, se não pudesse ser definido de maneira dogmática nas diversas disposições jurídicas dos diferentes povos. Foi o que Montesquieu indicou existir com a sua dogmática definição de leis inspirada em Newton mas certamente muito mais pela descoberta de que na diversidade das leis dos diversos povos havia alguma coisa comum a todas e própria somente do pensamento, o que vem a ser absolutamente coerente com o fato de as leis jurídicas, estejam onde estiverem, serem expressões intelectuais que pacificam a interpretação dessa diversidade. Isso porque, em rigor, na diversidade das leis havia uma essência. A definição de leis foi a forma de apresentá-la e ao próprio pensamento como realidade transcendental.

Enfim, deixando em suspenso muitas outras considerações, deve-se esclarecer que aqui não se pretendeu refutar o ceticismo, até porque nele nada há para ser refutado. Tudo indica que é questão de abandoná-lo ou não. Em rigor, fez-se ligeira especulação a respeito de alguma importância que o ceticismo pudesse ter para Direito e Justiça. Concluiu-se que não tem nenhuma. Nem mesmo a condenação em princípio aos dogmas parece pertinente no que diz respeito a essas instituições. Em rigor, nem ao dogma em si como ser do pensamento o ceticismo aparenta dizer alguma coisa que mereça ser objeto de reflexão. A suspensão do juízo tem a ver com certo uso que se faz do pensamento, com certa transitividade que se dá ao dogma, não com o pensamento puro como fenômeno espiritual. E a dúvida é um direito intelectual que em nada invalida o pensamento. A opção, então, é por abandoná-lo, confirmando e estendendo conclusão do início deste texto com a seguinte sentença: para Direito e Justiça, bem como para o pensamento puro, o ceticismo é improcedente.

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A SOLUÇÃO DOS CASOS TRÁGICOS

Eduardo Ribeiro Moreira - Professor de Direito Constitucional da UFRJ

1 – CASOS DIFÍCEIS E A RESPOSTA CERTA

A constante presença dos direitos fundamentais no Direito contemporâneo traz justiça e humanidade às relações sociais, fundadas no Estado Democrático. A busca pela efetividade dos direitos fundamentais, que encontram muitos obstáculos na situação fática brasileira, é uma finalidade que muitos querem alcançar. No momento de legitimação dos direitos fundamentais – que inclusive em dada situação histórica pode ser uma atividade pré-constitucional –, muitas são as opções a serem tomadas. O contexto integrado reúne elementos de economia, política, costumes sociais, religião e influência estrangeira em constante manifestação. Algumas vezes, a tensão é mais intensa, como no momento constituinte, quiçá revolucionário.

O direito, hoje em dia conforma a estrutura do Estado pela filtragem constitucional. Sem dúvida, o fator que conferiu grande

legitimidade a essa leitura da Constituição brasileira foi a importância atribuída aos direitos fundamentais. Se o diálogo do Direito com essas forças de poder – economia, política, costumes sociais, religião e influência estrangeira – é um plexo de possibilidades no momento macrosistêmico, em que já se destaca a orientação pela legitimação dos direitos fundamentais, em outro momento, o da aplicação do Direito, as possibilidades de vanguarda se estabelecem em torno dos direitos fundamentais.

Na fase de aplicação, o Direito procura sobressair-se – e, por que não, harmonizar, sempre que possível, todos os interesses e forças de poder –, conferindo uma decisão na qual a justiça aparece como razão e finalidade. A justiça e os conteúdos dela decorrentes projetam-se no espectro do Estado de Direito pelo preenchimento do núcleo dos direitos fundamentais, pois sua abertura tutela a democracia pela diversidade principiológica; forma-se o diálogo plural dos códigos intersubjetivos contemporâneos, os direitos fundamentais.

A tese de que não há resposta correta a ser encontrada, capaz de satisfazer os direitos humanos fundamentais, é incabível em um estado de direito que enaltece e reforça a argumentação, instrumento de convencimento das teses existentes. O oposto, isto é, que existam muitas respostas certas, fundadas no poder discricionário dos juízes para decidir os casos[1], também é destituído de racionalidade prática, como demonstra a teoria da argumentação jurídica.

Ronald Dworkin, fugindo dos dois paradigmas acima apontados, e preocupado com o momento de aplicação judicial, defende a tese de que, nos casos difíceis, somente é possível alcançar *uma* resposta certa. Em muitos casos, na verdade, na maioria

[1] A defesa de que os juízes tinham poder discricionário para decidir casos, principalmente nos casos difíceis, em que a lei não oferece resposta, foi uma situação que já vigorou no século passado, como ensina Dworkin. Cf. Ronald Dworkin, Levando os Direitos à Sério, p. 430.

dos casos – fáceis e médios –, só caberá uma única resposta certa. Mas tal situação inverte-se nos casos difíceis, em que uma defesa extremada e radical de se admitir uma única resposta certa pode ser autoritária e de difícil legitimação democrática.

> *"não parece que se possa falar* sempre *de uma única resposta correta para cada caso jurídico."* [2]

Veja-se que Atienza usa a palavra *sempre* justamente para alertar que existirão casos em que caberá mais de uma resposta certa. Como demonstrou Alexy, com a ponderação, mais de uma resposta correta pode ser alcançada, principalmente nos casos em que se chega a realizar a proporcionalidade estrita. Entre as respostas possíveis, haverá a melhor para alguns. O próprio Dworkin reconhece:

> *"Alguns leitores não se deixarão convencer. É certamente impossível que, num caso verdadeiramente difícil, uma das partes esteja simplesmente certa e a outra simplesmente errada."*[3]

Completando Dworkin, não é impossível que se façam confusões e que haja só uma resposta certa em um caso verdadeiramente difícil, entretanto, não será sempre assim. Existirão casos em que as diferenças são tênues e, entre a decisão tomada, justificativas distintas apontam o caminho certo. Um bom exemplo hipotético e teórico é o caso do Supremo Tribunal Federal julgar procedente uma ação direta de inconstitucionalidade por 7 x 4: com a tese 1, votada por quatro Ministros que consideram a lei em questão constitucional; a tese 2 em que outros três Ministros consideram a lei inconstitucional, por violar a isonomia e a liberdade de expressão, e a tese 3 em que os quatro Ministros restantes consideram a lei inconstitucional por violação exclusivamente ao princípio da isonomia. As teses 2 e 3 são vencedoras (corretas),

[2] Cf. Manuel Atienza, El Sentido Del Derecho, p. 267.
[3] Cf. Ronald Dworkin, Levando os Direitos à Sério, p. 446.

afastam a lei inconstitucional do ordenamento, por ser incompatível com a Constituição. O problema ganha em complexidade se imaginarmos que a tese vencedora – a inconstitucionalidade por violação à isonomia constitucional – foi tomada por justificativas e metodologias distintas entre si. Tal diversidade que considera a tradição e a formação do intérprete, argumentativamente justificada, por ser entendida como quatro manifestações da resposta certa – ou sete numa visão que só se importa com a maioria.

A repercussão social da decisão, na doutrina e na mídia, poderá refutar ou aceitar a decisão, que é exatamente a formação ou não do consenso. Por pouco, outro fundamento – o da inconstitucionalidade, que também pode atingir a liberdade de expressão – não foi vencedor (faltou um voto), o que é decisivo para a justificação interna da decisão. Para os partidários da argumentação jurídica as suas teorias deverão estar presentes na decisão, ainda mais em se tratando de Tribunal Constitucional, o qual realizará a defesa da Constituição racionalmente justificada.

2 – CLASSIFICAÇÃO DOS CASOS JURÍDICOS

O momento de aplicação trabalha a decidibilidade dos casos. É realmente impressionante que o estudo do Direito e sua Teoria Geral não tenham se detido, por muito tempo, em uma classificação da dificuldade dos casos jurídicos, que deve, no meu entender, ser atrelada a sua repercussão, pois, assim, saber-se-ia a importância da apreciação daquele caso pelos mais altos Tribunais do país[4].

Uma classificação dessa natureza material-filosófica deriva de

[4] Esse fato é recorrente nos EUA, nas menos de 100 vezes que a Suprema Corte se manifesta por lá. O método secularmente aplicado, o stare decisis, não tem elementos de uma teoria da argumentação forte, por isso nao deve ser repetido por aquí.

uma pré-compreensão da teoria da argumentação jurídica. Um caso fácil, rotineiro, é o mais presente nos julgamentos, envolve a repetição dos fatos e leis a eles aplicáveis. Em regra a matéria já está pacificamente decidida em outros casos análogos e há repetição das petições e das decisões, sobretudo da matéria de direito. Nesses casos fáceis, o trabalho do juiz parte de uma base e está de acordo com a jurisprudência dos Tribunais superiores, sua jurisdição se resume a repetir as leis e a jurisprudência dominante, segundo sua própria convicção. Esse momento em que o juiz repete a lei ou jurisprudência, por convicção própria, é encontrado nos casos fáceis, um dos tipos dos casos possíveis. Vários fatores levam a tal reprodução desarrazoada, entre outros, a própria repetição das petições iniciais e contestações genéricas, produzidas pela advocacia de massa e multiplicada pela evolução da informática. Mas não convém aqui analisar esse aspecto de menor dificuldade – os casos fáceis –, nos quais previamente já se sabe o desfecho e, portanto, não há expectativa geral em torno dos mesmos.

Os casos médios dependem de um exercício de fundamentação, comparação e opção. A jurisprudência pode estar dividida pela aplicação de duas teses infraconstitucionais, como, por exemplo: trata-se de solidário ou subsidiário o dever alimentar, dos avós, para com seus netos? E, ainda, tal dever alimentar se concedido, é na medida da necessidade/possibilidade ou é apenas no dever de subsistência do menor? Essas questões, típicas dos casos médios, não necessitam de invocação de princípios constitucionais em conflito para a sua solução, e, conseqüentemente, se resolve o caso por subsunção, e não por ponderação. [5] Pode ser que a jurisprudência

[5] O que não quer dizer que não haja interpretação constitucional, ainda que indireta – verificação de compatibilidade da lei aplicada e orientada pelo alcance constitucional. Argumentativamente as partes poderão invocar a dignidade humana, a proteção a criança, o respeito ao idoso, todos temas constitucionais, mas não é tal exercício constitucional o de maior dificuldade dentre a nossa proposta de classificação de casos.

esteja dividida, pode apenas uma das partes utilizar-se de um direito fundamental legítimo.

A maioria dos casos, das leis e do direito da fase de aplicação cuidam dos casos fáceis e dos casos médios. Os casos difíceis são observados quando a controvérsia posta oferece argumentativamente, para os dois lados, que invocam legitimamente – isto é, sem falácias – princípios constitucionais em conflito, mais de uma resposta possível. Isso é presente nos casos difíceis, e a técnica da ponderação é essencial para encontrar a melhor resposta, dentre as oferecidas. Estes casos merecem máxima atenção, não dada pelo positivismo exclusivo, porque eles, os princípios, representam os valores prevalentes em conflito – conflito das opções da sociedade.[6] Os casos difíceis têm maior ou menor repercussão direta, mas têm repercussão indireta quando decidem os valores prevalecentes na democracia. São para estes casos difíceis que os elementos renovados do neoconstitucionalismo foram elaborados e divulgados[7].

Para a grande maioria dos autores pós-positivistas e/ou neoconstitucionalistas o Direito oferece mais de uma resposta correta, o que leva à conclusão de que nos caso difíceis sempre é possível fazer justiça de acordo com o Direito. Sobre essa afirmação, Atienza diz que não é nada realista, pois não tem sido enfrentada com contornos práticos; e que, muitas vezes, a solução correta, que faz justiça ao caso, não é a solução que o direito positivo oferece, e, nesse momento, o intérprete tem plena consciência disso. A argumentação, segundo Atienza, nos casos de confronto entre Direito e justiça, pode implicar elemento trágico, definido como:

[6] Cf. Manuel Atienza, el Sentido Del Derecho, p. 30.

[7] O Neoconstitucionalismo aparece como uma proposta maior que redefine o papel jurídico (como teoria do direito), político (como filosofia política do estado) e filosófico do direito (como filosofia do direito aplicada), mas *uma* das suas maiores funções práticas é dar meios adequados para solucionar os casos difíceis e trágicos.

> *"Um caso pode ser considerado trágico quando, com relação a ele, não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral (cf, Atienza, 1989a). A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas sim um dilema."*[8]

Com esse trecho, Atienza encerra seu mais famoso livro entre os autores brasileiros, tema que volta a desenvolver mais tarde. Partindo do que vimos sobre o neoconstitucionalismo e argumentação jurídica, a nossa compreensão é similar com conclusão, porém distinta. O confronto entre o Direito e a Moral é menos intenso, quando se adota o neoconstitucionalismo como teoria e Filosofia do Direito, pois é a base dela a pretensão de correção, justamente pela conexão necessária entre o Direito e a Moral.

Atienza, em defesa de sua tese, explica que os casos trágicos partem do confronto entre o *direito positivo*[9] e a moral, que é enfrentado *somente* com o suporte da teoria da argumentação jurídica, para resolver o dilema. Como superar esse dilema?

> *"Que seriam aqueles que não podem resolver-se respeitando tanto o Direito estabelecido como os princípios da justiça; ou dito em forma quizá mais simples: nem sempre é possível fazer justiça por meio do Direito"* [10]

A argumentação jurídica vista isoladamente como Teoria do Direito é tão incapaz de oferecer respostas adequadas aos casos trágicos como é o positivismo jurídico incapaz de dar respostas aos

[8] Cf. Manuel Atienza, As razões do Direito, p. 226.
[9] Quando, por exemplo, explica: "Pode muito bem ocorrer o caso de que o jurista – o juiz – tenha de resolver uma questão e argumentar a favor de uma decisão que ele julga correta, embora, ao mesmo tempo, tenha plena consciência de que essa não é a solução a que o direito positivo leva", Atienza considera um confronto que parte das limitações do Direito positivo. Isso acontece porque a Teoria Geral é a própria argumentação jurídica que não usa os elementos e ferramentas do Neoconstitucionalismo. Cf. Maunel Atienza, As Razões do Direito, p. 226.
[10] Cf. Manuel Atienza, el Sentido del Derecho, p. 267.

casos difíceis. A argumentação deve ser estudada como principal elemento, a grande ferramenta do neoconstitucionalismo, e não dissociada das demais vantagens do sistema jurídico filosófico-constitucional. Atienza se refere à argumentação jurídica como estrutura do Direito, isto é, como Teoria de Direito, que fica evidenciado na sua tese "O Direito como Argumentação". Insistimos na inclusão da argumentação jurídica como principal elemento do neoconstitucionalismo e que pode ser estudada, ainda que separada como metodologia do direito do estado constitucional.

Advirta-se que essa não é uma disputa real, pois não existe oposição entre o neoconstitucionalismo e a argumentação jurídica, como realmente existe entre neconstitucionalismo e positivismo. Esse é apenas um dever de complementaridade, sem auto-suficiência.

Negar a característica de dilema *insolúvel* e *inconciliável dos casos trágicos*[11] não afasta a importância dos mesmos. Como já dissemos, examinar o grau de dificuldade dos casos é importante na fase de aplicação do direito, pois, permite uma visão apropriada de quais técnicas se utilizarão – ponderação ou subsunção, por exemplo – e quem será afetado pela decisão. Por isso, entendemos, que os casos trágicos podem ser identificados quando presentes os seguintes requisitos cumulados:

1) forem legitimamente alegados direitos fundamentais em conflito;

2) houver repercussão geral na decisão;

[11] Embora possa haver confronto real entre Direito vs. justiça, o arsenal teórico com a adoção do neoconstitucionalismo é capaz de solucionar a lide sem sacrifício de um dos dois. O mandamento redigido por Eduardo Couture – dos mandamentos do advogado – "Teu dever é lutar pelo Direito, mas no dia em que encontrar o Direito em conflito com a justiça, luta pela justiça" não é necessário, pois, se ele tiver as ferramentas certas.

3) as respostas possíveis atingirem uma ordem de influência maior proposta em confronto com o Direito, como a ordem econômica, a ordem religiosa, a ordem política ou a ordem costumeira.

Quando esses três requisitos estiverem presentes, as bases e os elementos do neoconstitucionalismo devem ser utilizados na tentativa de harmonizar, ou, se não for possível, resolver da forma menos traumática, com maior argumentação racional, os casos trágicos. Nesses casos trágicos, que chegarem a esse ponto, o resultado deverá buscar a preservação da Constituição, sempre que a harmonização não for alcançável, principalmente porque é função dos juristas, buscar a defesa e concretização da Constituição, como manifestação maior do Estado Democrático, já que as demais ordens – 1. economia; 2. política; 3. costumes sociais; 4. religião e 5. influência estrangeira – já foram sabidamente influentes no momento macrossistêmico, em especial se fizeram presentes no momento legislativo e sempre se renovam com as bancadas, os lobbys, a representação plural das minorias

3 – A SOLUÇÃO DOS CASOS TRÁGICOS

Quer-se agora trabalhar o Direito posto em confronto com as demais ordens, uma por uma, para perceber a presença e a existência de casos trágicos. Os casos mais antigos não desenvolveram uma resposta com base na teoria dos direitos fundamentais, mas essa é pressuposta para a nossa análise dos casos atuais.

I) No Brasil, podemos citar o voto do Ministro Relator Celso Mello, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.010/DF, em exame da lei que contrariava a política orçamentária do texto constitucional. A defesa ao argumentar pela constitucionalidade

da lei invocou, no caso concreto, as razões do estado e a sobrevivência das finanças públicas. O Ministro Relator se insurgiu mediante tal argumentação:

> *"Razões de Estado não podem ser invocadas para legitimar o desrespeito à supremacia da Constituição da República. A invocação das razões de Estado – além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas – representadas, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica da ordem constitucional. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundamentadas em razões de pragmatismo governamental. A relação de poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de relevância estabelecido na própria Carta Política." (voto proferido pelo Ministro Relator Celso Mello, ADI nº 2.010/DF)*

A repercussão, em face de medidas econômicas e financeiras que adotaram semelhante discurso, foi sentida, e essa decisão pode ser entendida como uma vitória do Direito sobre os argumentos da economia, na verdade, mais precisamente, em face dos ditames da economia e do interesse público secundário que levaram à

aprovação da lei financeira inconstitucional. Qualquer caso envolvendo direito e economia não pode esquecer que o ponto definido na constituição como o principal são os valores sociais do trabalho presente na livre iniciativa.

Em outro exemplo histórico, ocorrido nos Estados Unidos no início da década de trinta, a Suprema Corte anulou as políticas públicas econômico-sociais, do chamado pacote do New Deal, gerando verdadeiro confronto entre o Presidente Roosevelt e o Poder Judiciário. Neste caso, a Suprema Corte com seu ativismo judicial foi contrária às políticas econômico-sociais, que negavam pressupostos liberais, contidos desde a formação do Estado norte-americano; o que se faz ver que o ativismo judicial, desacompanhado de uma Filosofia do Direito que busca a moral, de forma consistente, pode reproduzir efeitos indesejados. O Presidente dos Estados Unidos, para resolver o impasse, apresentou projeto de emenda à Constituição para aumentar o número de Ministros (justices) da Suprema Corte[12] e, assim, alcançaria a maioria necessária para declarar as políticas econômicas do seu governo constitucionais e legítimas. A reação a tal tentativa de interferência no papel do Poder Judiciário foi fulminante. A popularidade do presidente Roosevelt nunca ficou tão baixa e não faltou quem o chamasse de ditador. O projeto de emenda à Constituição foi retirado e os planos econômicos e sociais foram adaptados, para que, após uma composição, fossem os mesmos aprovados. Pode-se

[12] Veja-se que, nos primeiros anos de mudança da composição da Jurisdição Constitucional Argentina, com um aumento considerável de Ministros, pôde-se constatar desequilíbrio político institucional, que, inobstante as reclamações públicas, ocorreu quando a Argentina aumentou a composição de seu Tribunal Constitucional de cinco para nove Ministros, ou seja, quase o dobro. "Este erro institucional debilitou, fortemente, a imagem da sociedade sobre a justiça em geral e da Corte Suprema em particular, portanto, a realidade confirmaria as suspeitas: aparece no Tribunal o que passará a se chamar ' a maioria automática', um grupo de cinco juízes que responderam com rapidez aos requerimentos do Presidente Menen."
Cf. Maria Cenicacelaya, a Dos Décadas de la Recuperación Democrática em Argentina, p. 171.
A critica contumaz da autora refere-se aos Ministros nomeados com a reforma da composição da Corte Suprema Argentina, o que demonstra que o inevitável perigo, rondou a Suprema Corte dos Estados Unidos e, conseqüentemente, suas instituições democráticas, acabou se confirmando na Argentina.

dizer que houve uma vitória do Direito sobre a pressão governamental econômica, e a tentativa de mudança do Poder Judiciário restou fracassada.

II) Um exemplo de decisão que contrariou a ordem política de um dado momento histórico, justificada na promoção do direito e da justiça, foi realizada pela Suprema Corte Argentina, que, após a volta da ordem democrática, decidiu, em dezembro de 1983, afastar a lei de anistia promulgada no final do período militar. A lei 22.964, que concedia anistia em favor dos militares que praticaram atos de abuso de poder e, em alguns casos, crimes contra a dignidade da pessoa humana, foi revogada pela lei 23.040. A norma revogada declarava extintas as ações penais possíveis em face dos delitos cometidos com motivação ou finalidade de combate às atividades subversivas, qualquer que tenha sido o bem jurídico lesionado, liberdade, vida ou dignidade humana. É mais uma prova histórica de se tratar combatentes do regime, ditos subversivos ou terroristas com menos direitos humanos do que as pessoas comuns, o que, em última análise, significa dizer que essa é uma forma discursiva de reviver o "direito das gentes", da sua pior manifestação, declarando "tipos de pessoas".

A lei revogadora da absurda anistia teve, em 1986, sua constitucionalidade confirmada pela Suprema Corte da Argentina, que ainda declarou, expressamente, todos os efeitos da lei de anistia nulos![13] A reforma democrática continuou e culminou com a reforma constitucional de 1994.[14]

[13] Cf. Maria Cenicacelaya, A dos Décadas de La Recuperacíon Democrática em Argentina, p. 172-176.
[14] Em 1994, várias medidas foram tomadas para realinhar a Argentina na tutela e na defesa dos direitos fundamentais. Além de adotar remédios jurídicos eficazes, como o habeas data, que combate a negativa de informações até de empresa privada no pólo passivo, e o recurso de amparo, que protege e repara, indistintamente, direito fundamental posto em perigo, cuidou de conferir máxima proteção à ordem internacional. Disciplinou, taxativamente, todos os tratados internacionais de direitos humanos, no inciso 22 do art. 75, o que expressou o entendimento de quais são os direitos humanos internacionalmente protegidos pela Argentina, para, ao final do artigo, reconhecer que

A vontade política foi derrubada pela reunião das forças democráticas, iniciativa do Executivo, aprovação do Poder Legislativo e confirmação pelo Poder Judiciário, todas pautadas pela ordem democrática – disse-se, no caso, expressar a verdadeira vontade da população. A argumentação de justificação interna foi motivada nos direitos fundamentais das vítimas de tortura.

No caso argentino, os direitos fundamentais representaram a vontade da democracia, enquanto a vontade política – perdão aos atos praticados pelas autoridades militares –, revestida de poder e autoridade, era totalmente anti-democrática e um escudo à ditadura. Os direitos fundamentais guiados pela dignidade da pessoa humana (principio estruturante) e pela proibição da tortura fundamentaram a derrubada da lei da anistia e da supremacia do poder público; foi a vitória do Direito guiado pela justiça em face do poder político.

III) O confronto entre o Direito e os costumes sociais, pensado nas perspectivas nacionais, isto é, naquilo que a nossa Constituição assegura, de acordo com o interesse e o nível de participação social, pode ser vislumbrado no famoso julgamento do Supremo Tribunal Federal, no caso conhecido como o da farra do boi. A prática da farra do boi foi secularmente construída e praticada na Região Sul do Brasil. No caso concreto, foi defendida a sua manutenção pelo Estado de Santa Catarina. É, na verdade, um caso de Direito Público,

---

todos têm, desde sua vigência, "hierarquia constitucional, não derrogando quaisquer artigos da primeira parte desta Constituição e devem entender-se complementários aos direitos e garantias por ela reconhecidos. Somente podem ser denunciados, em seu caso, pelo Poder Executivo nacional, com prévia aprovação de dois terços do total dos membros de cada Câmara (inciso 22, artigo 75 Constituição Argentina)."

A matéria ficou resolvida por lá, desde o começo, de forma mais clara do que no Brasil. O parâmetro estrangeiro talvez tenha influenciado o Congresso Nacional brasileiro, ao promulgar, na qualidade de poder reformador da Constituição, a Emenda à Constituição nº 45, que corrigiu a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, dando reconhecimento expresso e prioritário aos direitos humanos advindos de tratados internacionais. Outros problemas com a nossa alteração constituição vieram à baila.

que confronta o direito à defesa dos animais, argüido pela Associação de Proteção dos Animais vs. o direito à manutenção do costume dos praticantes da farra.

A Associação Protetora dos Animais, com sede no Rio de Janeiro, ajuizou uma ação civil pública, que chegou ao STF, em face dos maus-tratos aos animais, fundamentando o pedido no artigo 225 VII da Constituição da República, que veda tal prática e que fora violado com a farra do boi. O caso tornou-se interessante quando a defesa do Estado de Santa Catarina alegou que a atividade deveria ser mantida, tendo em vista se tratar de prática cultural que deve ser preservada pelo Estado, fundamentado nos termos do 1º§ do artigo 215 da Constituição Federal (Recurso extraordinário nº 153.531.8-SC[15]).

a) Além da prática cultural à que o Estado de Santa Catarina se refere, expressamente, ela pode ser combinada com o artigo 5º II, já que ninguém será obrigado a deixar de fazer algo senão em virtude da lei; e não havia lei sequer regulando tal prática;

b) já a argumentação da Associação Protetora de Animais encontra respaldo em outra norma constitucional (art. 225, inciso VII), esta proibitiva, e também pode ser maximizada em favor dos animais que sofreram maus-tratos, pois não é moral nem protegida pelo direito uma prática que não alcança nenhuma finalidade positiva, como seria o boi para a alimentação ou para corte, isto é, com finalidade determinada. Em suma, o sofrimento deve ser moralmente combatido, ainda que de animal;

[15] Ementa: Costume – Manifestação Cultural – Estimulo – Razoabilidade – Preservação da fauna e flora – Animais – Crueldade – A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do art. 225 da CF, no que veda prática que acabe por submeter os animais a crueldade – Procedimento discrepante da norma constitucional denominado "farra do boi".

c) a solução tomada foi pela prevalência da norma proibitiva, ou seja, a que veda os maus-tratos, pois a norma que visa a manutenção das manifestações culturais é argumentativa e abrangente, ao contrário da norma que veda expressamente, inadmitindo dilatações. A interpretação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal avaliou a ponderação de interesses, fez sua construção baseada em exemplo típico da argumentação jurídica e, por fim, condenou o Estado de Santa Catarina a uma nova prestação, no seu poder de polícia *uti universi,* ao dispor sobre a vedação da continuidade de tal ato e impondo a obrigação da polícia local de impedir tal atividade, a saber: a farra do boi.

O folclore, tradicionalmente realizado no sábado de aleluia, em Santa Catarina, foi proibido pela evidência das práticas cruéis e violentas. Ao coibir tal prática, o Supremo Tribunal Federal interferiu em costume local, que poderia ser comparado às touradas espanholas e portuguesas. O sentido prevalecente foi o de priorizar a educação da população por instrumento da justiça e proteger a norma constitucional proibitiva às práticas cruéis com animais, artigo 225, VII, da Constituição Federal.

Essa solução provocou polêmica pelos argumentos encontrados no processo e, principalmente, pelos defensores da reserva cultural, símbolo dos costumes sociais brasileiros, fulminados pela interpretação dos princípios jurídicos. Não nos parece que os costumes sociais devam prevalecer quando forem alegados direitos fundamentais, já que a precípua função do Direito é de organização social, e uma sociedade que ainda pretende evoluir para alcançar uma consciência constitucional – embora a evolução seja um conceito aberto – não pode esperar que a tomada de decisão coletiva seja naturalmente encontrada pelo consenso social. É da razão da teoria apostar na correção realizada pelo Poder Judiciário, que ganha fôlego e meios de imposição na fase de

aplicação do direito. Foi uma vitória do Direito face às práticas sociais costumeiras contrárias aos animais protegidos pela Constituição Federal, em especial pela firmação da cidadania social, princípio estruturante da Constituição Brasileira.

IV) No exame dos casos trágicos que ostentam o confronto entre Direito e religião[16], não há melhor exame do que o recente questionamento entre o direito de gestantes grávidas de fetos sem cérebro (anencéfalos) de realizarem aborto. A sustentação que recebe apoio científico é diversa da doutrina sobre o aborto em geral, já que nos casos de anencefália o feto não sobrevive por mais de dois dias.

Um primeiro exame sobre a matéria foi feito no plano difuso, caso em que a mãe que resolveu legalmente interromper a gravidez de feto sem cérebro ajuizou mandado de segurança com este fim. O Ministério Público de primeiro grau de jurisdição opinou desfavoravelmente, mas o juiz monocrático concedeu a segurança. Os autos subiram para o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, onde a procuradoria de justiça se manifestou pela concessão da segurança, medida que foi seguida pela desembargadora relatora Maria Raimunda de Azevedo, MS nº 2003.078.0030. A decisão considerou que a saúde psíquica da gestante estava comprometida, pelo fato de ela ter uma gestação sem expectativa de vida do feto, com base nos laudos médicos os quais comprovavam tratar-se de feto em formação anencéfalo. O bem jurídico protegido foi a dignidade da gestante, que prevaleceu, no caso concreto, contra a segurança das relações jurídicas. A segurança da relação jurídica estaria expressa nos entendimentos sobre a vida que não poderia ter seus padrões redefinidos por decisão judicial. Tal argumento

[16] Para uma posição que considera a concepção da Igreja e das organizações religiosas como influente na sociedade dos intérpretes da Constituição, ver Peter Häberle, Hermenêutica Constitucional, a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, p. 15.

não foi levado adiante, por se considerar que o feto não apresentava chances de vida 48 horas após o parto. Laudos médicos juntados ao processo confirmavam a tese da anencefalia. O voto da desembargadora assim definiu a questão:

> *"... quer através do reconhecimento do estado de necessidade com aplicação de inexibilidade de outra conduta, são mecanismos que vêm sendo utilizados pelo Estado através do Poder Judiciário, para reconhecer o direito de mães em situações idênticas, consoante se vê precedentes jurisprudenciais a que foram remetidas as fundamentações da impetrante (fls. 05/13) a par do direito comparado tendente e sensível a situação de aflição da mulher nas hipóteses em que se verifiquem processos patológicos reveladores de anomalias ou má formações do nascituro, que determinem um grave perigo para a saúde física ou psíquica da gestante."*

A partir do teor da concessão da referida segurança, autorizativa do aborto de feto anencéfalo, pode-se pensar que as demais orientações jurisprudenciais seguiriam tal entendimento.

Mas não foi simples assim. A Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde (CNTS) ajuizou a ação de descumprimento de preceito fundamental nº 54 perante o Supremo Tribunal Federal, que sofreu diversas pressões de todos os lados da sociedade, até da Confederação Nacional dos Bispos Brasileiros, contrária à autorização e que pretendeu ser admitida na ADPF a título de *amicus curie*. O Ministro Marco Aurélio negou a pretensão da Confederação Nacional dos Bispos Brasileiros. Já a pertinência temática e a legitimidade ativa da Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde foi aceita, sem questionamentos. O Ministério Público Federal mostrou-se contrário à medida, por meio do Procurador Geral da República, que, com apoio da doutrina de Rui Medeiros, defendeu a impossibilidade da interpretação conforme a Constituição equiparar o Supremo Tribunal Federal ao legislador da matéria e

que o pedido da ação agrediria a separação de poderes. Esse fundamento da posição, contida no parecer da ilustre Procuradoria Geral da República, não se desenvolve de acordo com os preceitos defendidos pelo neoconstitucionalismo.

Diante da deformação cerebral irreversível, o Ministro Marco Aurélio concedeu a liminar para reconhecer Direito Constitucional às gestantes que decidam realizar operação terapêutica – não entendida como aborto – no parto antecipado dos fetos anencéfalos. A decisão foi concedida nos autos da ADPF nº 54, todavia logo foi julgada prejudicada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal que revogou a decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio. Até hoje, com pedido de voto de vista à matéria, a referida ADPF não teve julgamento final e a associação dos bispos acabou sendo admitida na qualidade de *amicus curie*.

Deve-se destacar que o pedido da ADPF tem fundamento na interpretação conforme a Constituição, para que o Supremo Tribunal Federal se pronuncie sobre a inconstitucionalidade das normas do Código Penal, por não reconhecerem expressamente o direito à gestante, portadora de feto anencéfalo de submeter-se ao tratamento clínico abortivo (terapêutico). A situação da gestante, obrigada a ter um filho sem cérebro, que se sabe que vai morrer, chegou a ser comparada à tortura[17]. O pedido baseia-se na omissão do Código Penal, que ao ser editado em 1941, não previu a hipótese assinalada como exceção ao crime de aborto – o que não é culpa do legislador penal, já que não existiam tais exames médicos à época –, atingindo a dignidade da pessoa humana e a saúde psíquica da gestante.

[17] Cf. Oscar Vieira, Direitos Fundamentais, uma leitura da jurisprudência do STF, p. 91,: "Impor a mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, imposta violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana. A potencial ameaça à integridade física e os danos à integridade moral e psicológicas, na hipótese, são evidentes. A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica."

Como se percebe, o caso trágico coloca-se, pois:

a) Do lado das gestantes invoca-se o direito fundamental da dignidade da pessoa humana e da saúde psíquica da mesma. A decorrência da proibição do aborto, nesses casos, poderia importar em equiparação aos efeitos da tortura à gestante, situação vedada e combatida na Constituição;

b) Do lado da proteção do feto invoca-se o direito à vida e à segurança jurídica, consoante o entendimento que o Supremo Tribunal Federal não pode criar nova hipótese autorizativa de aborto não prevista como exceção ao crime de aborto, previsto nos artigos 128 e 129 do Código Penal. Defende-se também a manutenção do modelo clássico da separação dos poderes em que o papel do Tribunal Constitucional é o de fiscalizar e resguardar a Constituição sem produzir invasão na competência legislativa;

c) O confronto sem dúvida causou grande repercussão na sociedade brasileira, nos meios de comunicação e na atenção do público em geral quanto à decisão sobre a matéria;

d) O confronto entre o direito e a religião pode ser sentido quando tais argumentos se misturam nos votos, pareceres e opiniões externadas – vistas como exemplos da tradição do intérprete presente na decisão jurídica – e a Confederação de Bispos, na qualidade de *amicus curie*. Dependendo do resultado final do julgamento da ADPF nº 54, os mandamentos da igreja (Religião) poderão ser contrariados pela decisão proferida pelo Poder Judiciário (Direito);

e) O dilema presente nesse caso trágico; resolve-se melhor com os postulados neoconstitucionalistas, que, segundo a interpretação constitucional, alcançam novos parâmetros e hipóteses não previstas em lei, mas decorrentes do que se pode

extrair dos princípios da Constituição, em especial do princípio da dignidade humana da gestante, outro princípio estruturante.

V) A pressão internacional pode ser sentida em um processo isolado, como no julgamento de um processo de extradição em que autoridades diplomáticas estrangeiras exerçam pressão sobre o governo brasileiro[18]. Tal pedido de extradição foi negado por existirem práticas punitivas na China não admitidas no ordenamento jurídico brasileiro e o interessante é a tentativa da embaixada chinesa em omitir esse fato. Deve-se destacar que a soberania nacional, outro principio estruturante, restou vitoriosa.

Todavia, merece mais atenção outro caso em que a pressão dos interesses internacionais confronta o Direito. Esta situação pode ser observada no âmbito da política internacional, seja entre Estados estrangeiros, seja entre jurisdição internacional e Estado estrangeiro. Em outubro de 2006[19], o governo francês aprovou projeto de lei tornando crime negar o genocídio sofrido por armênios, praticado por uma série de ações do império Turco–Otomano. A aprovação da lei impõe uma situação fática, como inegável a qualquer pessoa em território francês – a de que a Turquia teria, em 1915, massacrado um milhão e meio de armênios, na Primeira Guerra Mundial, violando os tratados internacionais de então. A lei, em destaque, prevê pena de um ano de prisão e 45 mil euros de multa para quem negar os fatos praticados contra os armênios em 1915. Já existia precedente de outra lei francesa que proibia negar o genocídio nazista[20], com imposição da mesma pena e multa. As pressões

[18] A título exemplificativo, STF, Extradição 633-9 – Requerente: República Popular da China, Ministro relator Celso de Mello.

[19] Todas as informações ora relatadas sobre a relação entre França–Turquia foram extraídas do periódico New York Times, nas edições publicadas nos dias 16 e 17 de outubro de 2006.

[20] Veja-se que se trata de restrição ao direito fundamental de livre liberdade de expressão, em detrimento de outro direito fundamental, o da proibição da prática de racismo, que é considerado crime imprescritível – no caso, fazemos uma analogia ao teor dos direitos fundamentais dispostos na Constituição brasileira. Esse é um exemplo de ponderação legislativa válida e de opção jurídica

estrangeiras a serem levadas ou não em consideração pelo governo e a aplicação da nova lei francesa por parte dos Tribunais, mais sentidas são as da Comissão Européia de Direitos Humanos, que, na pessoa da porta voz Krisztina Nagy, aceitou a possibilidade de reconciliação entre os dois governos. A situação se tornou delicada, do ponto de vista das jurisdições internacionais, como a Comissão Européia de Direitos Humanos, pela pretensão real da Turquia em se tornar país membros da União Européia. Como se não bastassem as variantes, o Parlamento da Turquia anunciou projeto de lei que torna ilegal negar que a França foi responsável pelo genocídio na Argélia entre 1830 e 1962, período colonial francês.

Caso, por exemplo, a lei turca de retaliação venha a ser promulgada, pode a Comissão Européia de Direitos Humanos dar tratamento às queixas, em casos concretos, de formas diversas para os dois países? Pode o Tribunal Constitucional da Turquia, julgar a constitucionalidade da lei turca sem considerar o contexto político internacional implicado? A complexidade das questões não pode mais ser resolvida no âmbito exclusivamente interno, e a pressão de influências estrangeiras – por vezes argumentativamente justificável – deve considerar as compatibilidades entre o neoconstitucionalismo e o papel do Poder Judiciário, com as relevantes questões de direito internacional público. Por esse motivo, defendemos que a filosofia política, que embasa a teoria do estado (neo)constitucional, deve ser compatibilizadora e ter cuidados de cuidar de assuntos diversos, pois eles possuem temas e pontos de ligação em comum, como: a aposta em um nacionalismo revisado; ou em um patriotismo constitucional; ou,

realizada na fase de legitimação dos direitos fundamentais. A primeira situação a ser regulada por lei na França – prisão e multa para quem negar o genocídio nazista cometido contra a população judaica levada aos campos de concentração – pode ser considerada um parâmetro de Direito comparado para reafirmar o acerto da denegação do habeas corpus nº 82.4244-RS, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que manteve a condenação do editor e autor de livro que nega o holocausto, por crime de racismo.

como a proteção internacional e incondicionada dos direitos humanos é trabalhada pela ordem interna; ou como a influência das jurisdições internacionais, é confirmada pelos Estados-nações.

4 – CRITÉRIOS CONSTITUCIONAIS PARA A SOLUÇÃO DOS CASOS TRÁGICOS

A argumentação jurídica a serviço da Filosofia do Direito preenche os direitos fundamentais, mas aquela não resolve sozinha todos os enfrentamentos destes. Assim como o positivismo jurídico não encontrou resposta adequada para os casos difíceis, a argumentação jurídica sozinha não consegue resolver os casos trágicos. É necessário ser teoria e filosofia do Direito, simultaneamente, para responder aos confrontos limítrofes entre Direito e Justiça. Não subsiste dilema insolúvel. *Os casos trágicos são entendidos como aqueles em que haja, além de conflito entre direitos fundamentais alegados pelas partes, repercussão geral e confronto de uma ordem correspondente, como a ordem econômica, a ordem internacional, a ordem política nacional do governo e a ordem religiosa*. Ignorar essas manifestações no julgamento e na elaboração do direito é desconhecer as tradições do intérprete e sua pré-compreensão – essa uma grande finalidade do reconhecimento das categorias de hermenêutica: otimizar o Direito partindo dessa constatação (tradição do intérprete). Adicionamos, ainda, um elemento aos casos trágicos: a sua repercussão socialmente sentida. Os casos que merecem destaque são aqueles que encontram dificuldades jurídicas (conflito de direitos fundamentais) somadas a questões metajurídicas manifestadas (confronto entre as ordens do poder) e que causam repercussão na sociedade e nos participantes do discurso comunicativo. A teoria do discurso cuida de uma parte do problema

– ela pretende resolver a repercussão democrática e os procedimentos adotados no agir comunicativo –, também percebido na argumentação jurídica – que, embora detecte, esbarra nos casos trágicos, pois os mesmos ficam sem solução adequada e convincente –, e até o pós-positivismo jurídico se limita – ao se pré-condicionar em torno da ponderação de interesses. Os casos trágicos ficam trabalhados bem mais de acordo pelo neoconstitucionalismo total, que adota a argumentação e a ponderação para resolver o conflito de direitos fundamentais; trabalha uma filosofia do direito que reúne o direito e a moral, que são verdadeiras pautas para o conflito de ordens do poder, além de fazer usos de elementos considerados primordiais do constitucionalismo do século XXI (neoconstitucionalismo), a saber: os princípios estruturantes de uma nação, verdadeiras balisas que antecedem topograficamente os direitos fundamentais – no caso brasileiro a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a soberania nacional, o pluralismo político e os valores sociais do trabalho a serem observados pela livre iniciativa.

A utilização dos princípios estruturantes ainda mais abertas dependem da argumentação para terem força normativa concretizadora. Com isto o ciclo se fecha e a argumentação volta a resolver também os casos trágicos, só que não mais sozinha, porque prescinde dos demais elementos neoconstitucionalistas.

Com todas essas ferramentas os casos trágicos ganham no cenário jurídico a proporção que lhes deve ser cabida, e os juristas antenados respondem argumentativamente a esses anseios em toda vez que eles surgirem; só que agora encontramo-nos melhor equipados para argumentar!

OS DIREITOS HUMANOS NA OBRA DE JOHN RAWLS

Marcus Vinicius Machado - Advogado. Doutor em Filosofia pela UFRJ

Os Estados Unidos da segunda metade dos anos sessenta, marcados pela contestação da primeira geração jovem nascida no Pós-guerra, pela Campanha dos Direitos Civis dos negros e pela crítica à Guerra do Vietnã, inspiraram o debate acerca da elaboração de teorias da justiça de cunho moral. Sem relação estrita com as formulações clássicas do Liberalismo ou do Republicanismo, mas sob a influência do Pragmatismo que tem tido papel expressivo no pensamento norte-americano, caracterizado pela identidade entre reflexão e política, e valorização das idéias pelos efeitos que produzem na realidade social, tais teorias geralmente não tinham pretensões universais ou abstratas. Algumas ficaram restritas ao ambiente acadêmico e outras tiveram como objetivo de aplicação, a sociedade nacional. Sem questionar os princípios liberais de garantia dos direitos individuais e da economia de mercado, sempre estiveram empenhadas, a partir da melhor organização destes preceitos, em instituir um princípio de justiça como eqüidade, de

sorte a reduzir as desigualdades sociais e raciais, assim como a promover a conciliação entre os indivíduos e seus valores contraditórios como a liberdade e a igualdade.

O debate sobre as teorias da justiça foi estimulado pelos liberais, denominação aparentemente confusa, pois nos Estados Unidos designa as posições similares a dos socialistas na Europa Ocidental, em oposição aos conservadores, que advogam as idéias ortodoxas de liberdades políticas e econômicas. A ascensão dos socialistas aos governos europeus propiciou a difusão das obras dos pensadores norte-americanos no continente. Também contribuíram para a divulgação, o debate sobre os rumos dos modelos de Welfare State, tanto capitalista quanto comunista, ambos em crise e a exigir reformas a partir dos anos setenta.

Os filósofos da justiça, pela ótica do Pragmatismo, consideram que não há valores absolutos ou *a priori*, porque estes devem sempre ser originários da conciliação dos interesses dos indivíduos. Também afirmam que os princípios da justiça que definem o direito não têm relação com valores morais dependentes de qualquer doutrina religiosa ou filosófica que qualifiquem os seres humanos como pessoas morais. Entretanto, sustentam que há valores que, ainda que partilhados como princípios morais ou democrático-liberais, como a liberdade, a dignidade, a igualdade de oportunidades e a autoridade dos direitos, são fundamentais para a construção de qualquer teoria da justiça. A defesa de tais princípios se tornou o alvo central dos críticos, que imputam a estes autores a incapacidade de teorizar além dos limites das democracias liberais ocidentais, e também o equívoco de estarem a edificar valores morais e políticos tal como se fossem filosofias jurídicas.

Envolvidos nos debates acerca da construção de uma nova ordem jurídico-econômica internacional, e também da premência

e possibilidade de organização de um sistema internacional de direitos humanos, os teóricos da justiça aproveitaram suas formulações, de alcance interno e limitado às sociedades ocidentais liberais, e as adaptaram a estes objetivos, com a pretensão de alcançarem caráter abstrato e universalista. Esta foi a metodologia de John Rawls.

John Rawls (1931-2002) edificou uma doutrina de direitos humanos a partir da sua teoria de justiça, que acreditou que, com adaptações, pudesse ser dotada de uma abstração com vistas à universalização. Por isso, dispôs os fundamentos do seu conceito de direitos humanos nas obras *Teoria da Justiça* (1971), com as reformulações realizadas em *Justiça como Eqüidade* (1985), *A Idéia de um Consenso por Justaposição* (1987) e *Liberalismo Político* (1993), mais tarde reunidas sob o título *Justiça como Eqüidade - Uma Reformulação* (2002), como resultado de uma série de conferências que realizou na década de oitenta, mas inacabado devido ao seu falecimento. A partir destes fundamentos, Rawls enunciou sua visão de direitos humanos em *O Direito dos Povos* (1999), cuja reformulação também se dispusera a apresentar como a última parte dos escritos de 2002, pretensão que restou irrealizada.

O objetivo de Rawls foi determinar princípios de justiça capazes de superar todos os juízos valorativos ponderados pelos indivíduos, como posição social, religião, origem étnica ou sexo, que aponta como os responsáveis pelas convicções humanas que inviabilizam a construção de uma sociedade eqüitativa, na qual as grandes desigualdades possam ser superadas, sem a violação dos direitos liberais individuais de liberdade de expressão e igualdade de oportunidades, sem imposição de igualdade de resultados.

Em *Uma Teoria da Justiça*, Rawls não se propôs a definir especificamente os fundamentos de um ordenamento jurídico

internacional no campo das relações internacionais ou dos direitos humanos. Quando definiu o alcance do princípio da justiça como eqüidade em *Uma Teoria da Justiça*, reconheceu que as condições para o direito internacional talvez exigissem outros princípios. A partir desta conclusão, se disse satisfeito por formular uma concepção razoável de justiça para uma determinada sociedade isolada de outras[1]. Entretanto, ainda em *Uma Teoria da Justiça*, no item 58 do capítulo VI, quando tratou de certos atos de guerra, já mencionou a possibilidade de estender a teoria da justiça ao direito internacional[2], de forma que a base moral desta fosse a doutrina contratualista, com os Estados subrogados na posição dos indivíduos na interpretação da *posição original*.

No que se refere aos direitos humanos, em *As Liberdades Básicas e sua Prioridade* (1982), quando examinou as liberdades básicas que dispôs no primeiro princípio de sua teoria de justiça, destacou que estas são liberdades efetivas, e não genéricas, em concordância com as tradicionais, dispostas em diversas cartas e declarações de direitos humanos[3]. Em outras palavras, reconheceu como direitos humanos aqueles dispostos como os de matriz liberal. Em *O Campo do Político e o Consenso por Justaposição* (1989), admitiu que em *Uma Teoria da Justiça* não estendeu sua teoria de justiça como eqüidade ao sistema internacional, mas firmou a certeza de que apresenta cunho universal satisfatório, e não relativista ou historicista. Também reafirmou a importância dos direitos humanos, que entendeu já respeitados nos regimes constitucionais justos, e que também deviam sê-los por todos os povos dignos de confiança como parceiros em uma confederação ou associação, sob pena do descumprimento redundar em cerceamentos aos Estados[4].

---

[1] RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. S. Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 9.
[2] Ibid., p. 418.
[3] RAWLS, John. As Liberdades Básicas e sua Prioridade. In: _____. **Justiça e Democracia**. S. Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 146.
[4] RAWLS, John. O Campo do Político e o Consenso por Justaposição. In: _____. **Justiça e Democracia**. S. Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 365-367.

Em *O Direito dos Povos*, Rawls delineou o que entendeu como *standards* para regulamentar uma sociedade dos povos nos moldes de uma *foedus pacificum* kantiana[5]. A sua linha básica de raciocínio foi estender as idéias políticas liberais de direito e justiça ao direito dos povos, termo que preferiu por ser mais abrangente que nações, ou seja, utilizar princípios já praticados nas sociedades liberais ao nível interno, como padrão para organizar a sociedade mundial de povos fundada em um direito internacional razoavelmente justo. Logo, para que um Estado seja reconhecido como membro *bona fide* de uma sociedade de povos razoável, deve atender a critérios de comportamento já presentes e praticados em uma sociedade de povos liberais.

A fundamentação que propôs em *O Direito dos Povos* foi a mesma que desenvolveu em sua teoria de justiça, isto é, a definição de princípios e regras de prioridade a partir de uma *posição original*, conjugados aos princípios de *razão pública*, *consenso sobreposto* e *pluralismo razoável*[6], de modo a estender a idéia geral de um contrato social a uma sociedade de povos diversificada, que classificou em cinco categorias - os povos bem-ordenados, divididos em liberais e hierárquicos decentes; povos desordenados ou Estados fora-da-lei; as sociedades oneradas por condições desfavoráveis e as absolutistas benevolentes[7].

Como princípios tradicionais de justiça a viger entre povos livres e democráticos, que discorreu em um total de oito, destacou o de que os povos devem honrar os direitos humanos, identificados como direitos à vida, entendidos como aos meios de subsistência e segurança; à liberdade; à propriedade pessoal e à igualdade

[5] RAWLS, John. **O Direito dos Povos**. S. Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 12, 46.
[6] Ibid., p. 15-16, 25.
[7] Ibid., p. 4-5.

formal, disposta pelas regras de justiça natural, isto é, casos similares tratados de forma similar[8].

Rawls admitiu a opção pelos princípios liberais para regulamentar a conduta dos povos em uma sociedade mundial, mas justificou adequado porque estendeu o contrato às sociedades hierárquicas decentes, através do princípio do *consenso sobreposto*, de sorte a constituir uma *razão pública* mais abrangente, caracterizada por um *pluralismo razoável*, diferente do pluralismo puro e simples. No seu sistema, as sociedades decentes têm o dever de assistir às sociedades oneradas e trazê-las, tal como os Estados fora-da-lei, para a sociedade dos povos bem-ordenados[9].

Rawls classificou os direitos humanos em *O Direito dos Povos* como uma classe especial de direitos urgentes que desempenha um papel especial em um direito dos povos razoável, que estabelece um padrão necessário para a decência das instituições políticas e sociais, a ponto de limitar o direito nacional de sociedades com boa reputação em uma sociedade de povos razoavelmente justos. Como classe especial, os direitos humanos são dotados de três propriedades: têm seu cumprimento como condição necessária de decência das instituições políticas de uma sociedade e da sua ordem jurídica; seu cumprimento é suficiente para excluir a intervenção justificada e coercitiva de outros povos, por meio de sanções diplomáticas e econômicas, ou por força militar; e estabelecem um limite para o pluralismo entre os povos. A sua classificação é especial a ponto de forçar a relativização e requalificação do quarto princípio pelo qual os povos se sujeitam ao dever de não-intervenção, no que se refere ao trato com as sociedades de povos desordenados, os Estados fora-da-lei, nos quais as violações de direitos humanos são endêmicas. Segundo Rawls,

[8]RAWLS, John. **O Direito dos Povos**. S. Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 47-48, 85.
[9] Ibid., p. 139.

um Estado fora-da-lei que viola os direitos humanos deve ser sujeito a sanções coercitivas e até mesmo intervenções[10]. A condição especial, a seu ver, está em sintonia com os poderes de soberania concebidos desde a Segunda Guerra Mundial, pelos quais a autonomia interna pode ser limitada, e a guerra pode ser justificada como forma de intervenção para proteger os direitos humanos.

Contra a crítica de estar a lançar um modelo utópico ou idealista de caráter formalista, inconciliável com as relações internacionais, acentuadamente marcadas pelo *realismo*, Rawls rebateu com o conceito de *utopia realista*[11]. Segundo ele, o seu conceito oferece uma resposta à teoria *realista*[12], que sempre adapta os princípios às condições políticas, porque ele oferece aos princípios, no caso os princípios liberais de justiça razoável, as suas condições de aplicabilidade. No que chamou de *utopia realista*, que destacou estar de acordo com os escritos tardios de Kant, as injustiças políticas desaparecerão e todos os povos poderão pertencer, como membros de boa reputação, a uma sociedade dos povos razoável, porque restarão instituições básicas justas, implantadas por povos liberais e decentes que honram os direitos dos povos[13].

Toda a obra *O Direito dos Povos* é um escorço de princípios, elaborado em meio aos debates acerca do futuro das relações internacionais após o fim da Guerra Fria. Escrito a partir de reflexões e conferências realizadas no fim dos anos oitenta e anos noventa, carrega a perspectiva de elaboração de uma nova ordem internacional mais homogênea a assente com o fim da bipolaridade. A confiança decidida no modelo das democracias ocidentais liberais para uma nova sociedade internacional também foi tendência em

[10] RAWLS, John. **O Direito dos Povos**. S. Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 47-48, 103-105.
[11] Ibid., p. 15-30.
[12] Ibid., p. 59-62
[13] Ibid., p. 166.

ascensão, até a frustração com a proliferação dos radicalismos religiosos que culminaram nos acontecimentos que abriram o século XXI. Foram comuns na época argumentações precipitadas, triunfalistas ou idealistas.

A *utopia realista* de Rawls se baseia na implantação de regimes constitucionais liberais razoáveis em um número suficiente de Estados para resultar em uma Sociedade de Povos viável, porque, na sua visão, os governos democráticos ocidentais, modelos, com políticas liberais razoavelmente justas, através de conquistas históricas e da experiência da imigração, já desenvolveram políticas internas e instituições capazes de satisfazer os interesses e necessidades culturais de grupos sociais diversificados, e assim abranger as múltiplas situações a serem produzidas em uma associação mundial de Estados. Desta forma, as experiências de cooperação justa e imparcial entre vários grupos internos, ou seja, o modelo de contrato a partir de uma *posição original* no plano interno, pode ser transmitido a outros povos. Além disso, os povos liberais têm seus interesses fundamentais permitidos pelas suas concepções de direito e justiça, preservam a segurança dos cidadãos, as liberdades e instituições políticas da sociedade civil, asseguram justiça razoável a todos os cidadãos e podem viver com os outros povos, sustentando a justiça e preservando a paz[14].

As mudanças que Rawls promoveu em sua tese original, com a introdução e aprofundamento de conceitos como *consenso sobreposto*, *razão pública*, *utopia realista* e *pluralismo razoável*, que considerou suficientes para dotá-la de princípios não-dogmáticos de liberdade e igualdade, e habilitá-la à aplicação universal, demonstraram sua disposição de sempre dialogar com os críticos, mas não foram suficientes para arrefecê-los. A idéia de *consenso*

[14] RAWLS, John. **O Direito dos Povos**. S. Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 32-33, 38.

sobreposto reforçou o caráter idealista de matriz kantiana porque o fundamentou em uma suposta *psicologia moral* razoável, baseada na virtude humana de formar uma concepção de bem, de adquirir confiança nos contratos e de cumprir os seus deveres de cidadania. Além disso, introduziu conceitos dependentes de noções vagas ou ideológicas do que seja *razoável*, que aplicados ao direito internacional e aos direitos humanos se multiplicaram em termos como *ordenados*, *bem-ordenados*, *decentes*, *fora-da-lei*, *de boa reputação*, que segundo o próprio autor, não receberam qualificação precisa[15]. Deixados aos críticos, leitores e até mesmo autores influenciados por seu pensamento, foram considerados de alcance limitado às categorias, de cunho liberal, da filosofia moral e da política.

No seu esforço de conciliar individualismo e holismo em uma modalidade de Welfare State, se expôs às críticas das concepções de todos os matizes. A cada ajuste que realizou em sua teoria, agravou ainda mais as contradições. Quando no seu princípio de justiça reconheceu a importância do capital e da desigualdade, desde que limitados em benefício dos desprovidos, foi acusado de utilitarista, embora tenha dedicado parte da sua obra à crítica desta escola. Imediatamente também recebeu críticas acerbas de correntes radicais antípodas - os libertarianos e os marxistas. Dos libertarianos como Robert Nozick (1938-2002)[16], porque consideram que as únicas liberdades a serem garantidas pelo Estado são as negativas, capazes de evitar tanto o caos anárquico como políticas sociais demagógicas, corporativas ou sinceramente bem-intencionadas, mas ineficazes e dispendiosas aos contribuintes, por ser impossível ao Estado captar e atender aos anseios dos indivíduos, face às multiplicidade e mutabilidade das demandas sociais.

[15] RAWLS, John. **O Direito dos Povos**. S. Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 113.
[16] NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991. p. 201-255.

Para os marxistas, o individualismo e o contratualismo morais rawlsianos se resumem à ideologia burguesa. Rawls aludiu como defesa que os princípios morais que advoga estão presentes no Liberalismo, mas não são dele exclusivos. Justificou a escolha por serem princípios que respeitam a razoabilidade e a decência exigidas e oferecidas aos homens. Quanto ao fato de ter arrolado a propriedade privada como um dos direitos humanos, em estreita concordância com a visão liberal, lembrou que o fez no aspecto pessoal, algo garantido até nos Estados comunistas, mas excluiu da proteção de sua primeira regra de prioridade, a propriedade dos meios de produção e a liberdade contratual defendida pela doutrina do *laissez-faire*[17]. Sem renunciar ao cânone liberal, contra os marxistas temperou sua fundamentação com argumentos aristotélicos e princípios morais kantianos. Alegou que defendeu a propriedade não com base em Locke, mas em Aristóteles, no que este pensador a enaltecia como resultado de um hedonismo natural benéfico à comunidade, porque leva em conta a natureza dos homens de sentirem prazer em possuir algo, suficiente o bastante para compor um direito em um sistema social justo.

John Rawls expôs o que entende por *princípio aristotélico* e *hedonismo natural*, respectivamente, nos itens 65 e 84 de *Uma Teoria da Justiça*[18]. No item 84 - *o hedonismo como um método de escolha*, utilizou a argumentação kantiana de que o direito, entretanto, deve ter prioridade sobre o bem, e que o prazer não pode ser um fim na determinação das escolhas na perspectiva da sociedade. A solução conciliatória entre os interesses egoístas e o interesse social residiria na *unidade do eu*, que expôs no item 85[19], resultante do contrato a partir da *posição original* do *véu de ignorância*, que obrigaria os indivíduos a agirem como *pessimistas racionais*.

[17] RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. S. Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 66.
[18] Ibid., p. 467-479, 617-623.
[19] Ibid., p. 623-630.

Os filósofos comunitaristas como Michael Sandel (n.1953)[20], Alasdair MacIntyre (n.1929)[21], Charles Taylor (n.1931)[22] e Michael Walzer (n.1935)[23], argumentam que uma sociedade composta por uma diversidade de tradições morais unidas por um contrato e fundada em princípios de justiça processual não é de fato uma sociedade. Primeiro alegam que a moralidade é algo enraizado nas práticas particulares das comunidades, daí ser impossível a sua revelação e consenso através de princípios universais abstratos, descobertos pela razão. Entendem também que as bases da moral não se encontram na filosofia, mas na política. Por fim, rejeitam a idéia de que a liberdade é o primeiro princípio dos indivíduos e a justiça a primeira virtude das instituições, muito menos a justiça liberal que Rawls arbitra como parâmetro coerente, razoável para usar a sua linguagem, para governar a sociedade. Ao contrário de uma sociedade regulada por normas de conduta individual, propugnam uma governança voltada para o bem comum, não como uma felicidade que se imponha a todos, mas que cada indivíduo a persiga e busque concretizá-la no seio da comunidade, pois fora dela o bem não se estabelece nem a justiça se realiza.

Também provieram críticas de pensadores liberais influenciados pelo próprio Rawls, como é o caso de Ronald Dworkin (n. 1931). Adepto, assim como Rawls, da corrente axiológica dos direitos humanos, vistos como direitos morais, porém mais voltado para a restauração da relação íntima entre argumentação moral e jurídica, e à procura de bases racionais para o direito na prática cotidiana, Dworkin contesta o modelo contratualista rawlsiano e aprofunda a reflexão a respeito da tensão entre os princípios de igualdade e liberdade[24].

[20] SANDEL, Michael. **O Liberalismo e os Limites da Justiça**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2005.
[21] MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** S. Paulo: Loyola, 1991.
[22] TAYLOR, Charles. **La Ética de la Autenticidade**. Barcelona, Paidós/ICE/UAB, 1994.
[23] WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**. S. Paulo: Martins Fontes, 2003.
[24] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. S. Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 409-427.

Dworkin concorda com Rawls na crítica ao Utilitarismo, no que ele tem de frustrante e contraditório em sua promessa igualitária original, pois por deixar os indivíduos totalmente livres para escolherem segundo seus interesses particulares, sem a predeterminação de valores morais, o simples advento da escolha pela maioria pode consagrar preferências e gostos ofensivos. Para evitar que o parâmetro de bem-estar e vida feliz seja apenas o de escolha da maioria tal como o Utilitarismo oferece e assegurar efetivamente o mesmo respeito a cada indivíduo, Dworkin propõe a incorporação de um conjunto de direitos ao ordenamento jurídico que denomina *trunfos*, capazes de se impor às reivindicações majoritárias, que podem ter tanto motivações justas e altruístas, como moralistas e racistas a violarem os direitos de uma minoria. Entre o Positivismo e o Jusnaturalismo, classifica estes *trunfos*, direitos fundamentais ou direitos humanos, como direitos naturais de tradição *grotiana*, que ao contrário de abstratos, entende serem direitos reais porque já incorporados às declarações e constituições históricas, a exemplo da norte-americana[25]. Por isto, considera ilógico construir uma teoria de justiça a partir de um contrato hipotético originado de uma posição original, se já se dispõe da Constituição, inclusive a demonstrar que o princípio fundamental de justiça e da democracia é a igualdade de direitos, que nomeia de direito à igual consideração e respeito, sem a qual não há liberdade.

A tese de Rawls é idealista à medida que solicita ao indivíduo que, quando chamado a participar das deliberações de governo, na hora do voto, abandone todas as suas convicções políticas, religiosas ou éticas que pratica na vida cotidiana, e escolha a partir de uma moral neutra, autônoma e virtuosa, tendente à unanimidade. Por esta perspectiva, Rawls reduziu o seu contrato social a um nível exemplar, com propriedades simples e diretas -

[25] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. S. Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 273-274.

analogia com a melhor maneira de se cortar um bolo e a certeza de que os homens sempre seguem o princípio do *dilema do prisioneiro*, optam pela alternativa *maximin* e agem como *pessimistas racionais*. Entretanto, na vida cotidiana, sobre as escolhas individuais recai uma cadeia mais complexa e direta de variáveis, impossíveis de definição *a priori*. O contrato a partir da *posição original* do *véu de ignorância*, ao excluir todas estas variáveis, ou resulta na irracionalidade ou se refugia no idealismo kantiano, que Rawls sempre se esforçou em negar, de construção de uma comunidade ética a partir da doutrina do imperativo categórico[26].

Wayne Morrison destaca que Rawls em sua exemplificação apresentou os princípios de justiça do *pessimista racional*, mas indaga por que não usar o do jogador. Argumenta que por trás do *véu de ignorância*, desprovidos de qualquer psicologia moral, os indivíduos poderiam votar por uma sociedade com grandes desigualdades, porque tal como o jogador, acreditariam que nela teriam boas chances de serem vencedores[27].

Segundo Paul Ricoeur (1913-2005), Rawls, com sua teoria de dupla base - puramente procedimental de escolha racional e deontológica no sentido kantiano, tentou resolver o que Kant não conseguiu - efetuar a passagem da autonomia do indivíduo para a sociedade construída com base nesta autonomia; estabelecer um laço entre autonomia e contrato social. Ricoeur aponta que Rawls quis ganhar em dois tabuleiros, o que torna difícil a aplicação de sua teoria, pela contradição que reside na necessidade de conciliar os inconciliáveis - a liberdade com a obediência, a autonomia com o contrato[28]. A única forma de aderir ao contrato sem renunciar à liberdade seria a universalização das próprias máximas. Como Kant

[26] RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. S. Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 291-292.
[27] MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**. S. Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 474.
[28] RICOEUR, Paul. **O Justo ou a Essência da Justiça**. Lisboa: Piaget, 1997. p. 83.

não conciliou, mandou que se respeitasse o governante[29]. Rawls, por sua vez, acreditou que conciliou com a teoria da *posição original* e a sua *psicologia moral*[30].

No plano da comunidade internacional de Estados, sua teoria dos direitos humanos foi rechaçada sob a crítica de que definiu como pretensão universal dos homens, reivindicações típicas das sociedades liberais ocidentais a partir do século XVIII, que salvo alguns princípios genéricos, nunca foram valorizadas de forma consensual pelos vários grupos humanos, etnias e culturas.

Com o fim da bipolaridade e do comunismo, a defesa dos direitos humanos contra governos despóticos leigos, a partir de argumentos como os de Rawls, alcançou uma projeção maior do que na década de oitenta do século passado. Em contrapartida, os conflitos étnicos e religiosos, mais freqüentes a partir da década de noventa do século XX, reforçaram as argumentações multiculturalistas contra as teorias rawlsianas. A tese do *pluralismo razoável* a partir da perspectiva liberal continuou a receber contestação generalizada dos Estados confessionais, que invocam o multiculturalismo sem reservas para definir seus conceitos de direitos individuais e suas relações internacionais.

[29] Ibid., p. 62-63.
[30] RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. S. Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 12-13.

O Estado sob uma perspectiva fenomenológica: Uma leitura de Edith Stein

Rita de Cássia Vieira Gomes Romano - Bacharel e Mestre em Direito

Secretum meum mihi[1]
Edith Stein

I – A PROPOSTA DE E. STEIN EM *EINE UNTERSUCHUNG ÜBER DEN STAAT*

Em 1925, a jovem assistente de Edmund Husserl, em Göttingen, publicou, no *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologie Forschung*, uma investigação sobre o Estado[2]. Para Stein, o conceito dado pela doutrina empírica[3], em suas abordagens

[1] Resposta de Stein, lembrando *Is 24, 16*, àqueles que a questionavam sobre seu processo de conversão do judaísmo ao cristianismo, em 1921-2, por influência dos colegas do círculo de Göttingen: Max Scheler, Adolf e Anna Reinach, Hans Theodor Conrad e Hedwig Conrad-Martius, *in Three Women in Dark Times: Edith Stein, Hannah Arendt, Simone Weil*, Sylvie Courtine-Denamy, Cornell University Press, London, 2000, p. 41.

[2] Père Bertrand de Margerie, S. J., *Edith Stein et L'etat*, p. 129.

[3] Na doutrina histórica-política, que tem como expoente Carl Schmidt, o enfoque reside na vida do Estado formada a partir de dois elementos, o objetivo ou externo, e o subjetivo, ou interno; na doutrina jurídica, a aqui pode ser citado Kelsen, o enfoque está nas normas legais derivadas do

histórica-política e jurídica – e, neste passo, recorda a definição de Jellinek, qual seja, a de que *"[O] Estado é uma multidão de homens estabelecidos numa parte limitada da superfície terrestre, dotado do poder de exercer uma autoridade, por meio da qual são vinculados"*[4] –, é problemático e necessita ser provado.

O que, para outros, não demandava indagações, torna-se um manancial de questionamentos à filósofa, que irá *ricominciare da capo*, ou seja, partir da hipótese de que nada pensado existe a respeito, colocando o mundo entre parênteses, a fim de que se possa, numa metodologia do conhecimento fenomenológica, mediante a redução eidética, colher intuitiva e imediatamente as características estruturais do Estado, encontrando sua íntima essência sem se valer de um saber já constituído.

Stein dedicará seu estudo às questões sobre a essência do Estado, qual a sua missão, gênese e dissolução, bem como quais as suas relações com os valores, trazendo à tona a problemática do Estado Ético. O que instigava sua curiosidade intelectual, revela, era a existência de um *"senso de solidariedade social insolitamente forte, de um sentimento de solidariedade com toda a humanidade e também com a comunidade mais próxima"*[5].

Entende-se, pois, porque a autora não fará menção, explicitamente, a conteúdos do gênero *"a denominação Estado (do latim 'status' = estar firme), significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, aparece pela primeira vez em 'O Príncipe', de Maquiavel, escrito em 1513"*[6], nem fará uma

Estado e direcionadas para o governo das instituições e a relação entre os processos estatais reais e os normativos, E. Stein, in *Una ricercca sullo stato*, tr. it. Angela Ales Bello, Cittá Nuova, Roma, 1999, p. 102.

[4] *Idem*, p. 103.

[5] E. Stein, *Storia di uma famiglia ebrea. Lineamenti autobiografici: l'infanzia e gli anni giovanili,* tr. it. Bárbara Venturi, Città Nuova, Roma, 1992, p. 173.

[6] Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, Saraiva, 17ª ed, 1993, p. 43.

análise detida sobre as teorias até então elaboradas, senão somente no intuito de relacioná-las aos elementos estruturais da entidade estatal, em se fazendo tal menção necessária, elementos estes como a soberania, o povo, o território e a finalidade (entendida, hoje, por bem comum[7]). Sua pesquisa, pobre para alguns, embora se estabeleça somente numa especulação teórica, não pretende alçar o patamar de ser, ela própria, uma teoria: é apenas uma nova perspectiva.

II – O MÉTODO DE CONHECIMENTO FENOMENOLÓGICO

Nos fins do século XIX, a ciência psicológica gozava de grande prestígio nos espaços acadêmicos, e tendia a converter-se na chave da explicação da Teoria do Conhecimento e da Lógica, retirando essas disciplinas do âmbito filosófico. O psicologismo, por assim dizer, consistia numa particularidade do naturalismo, o qual preconizava ser a gnoseologia somente uma descrição do comportamento do indivíduo na atividade do conhecer[8].

Husserl, discípulo de Franz Brentano, foi um dos filósofos que, à época, reagiu contra essa concepção, elaborando a *Logische Untersuchungen*, em seis tomos, e a *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*,

[7] Tal expressão em momento algum foi utilizada por Stein, que denominava a finalidade do Estado somente de missão, explicitando suas características, que, em verdade, muito se assemelham ao conceito de bem comum do povo.

[8] *"A tendência do naturalismo, do qual o psicologismo é um caso particular, consiste em resolver a questão anulando a dualidade ou a diferença entre sujeito e objeto, e afirmando que a única realidade é a Natureza. Em linhas gerais, as conseqüências do naturalismo podem ser reduzidas às seguintes: tudo é objeto natural ou físico; a consciência é uma expressão vaga que se costuma atribuir a eventos físicos-fisiológicos ocorridos no cérebro e no sistema nervoso; o conhecimento é apenas efeito da ação causal exercida pelos objetos físicos exteriores sobre os mecanismos nervosos e cerebrais; os conceitos e leis científicos são generalizações abstratas que servem para o homem pensar mais economicamente a multiplicidade dos objetos exteriores; os conceitos de sujeito, objeto, coisa, princípio, causa, efeito etc. só tem sentido quando reduzidos a entidades empíricas observáveis; e, finalmente,* ***a teoria do conhecimento é uma psicologia, isto é, uma descrição do comportamento do sujeito na atividade de conhecer****"*, grifos nossos, *in Husserl*, Os Pensadores, p. VIII, Nova Cultural, 1988.

publicadas, respectivamente, em 1900-1 e em 1913, com a finalidade de devolver a objetividade ao conhecimento científico, preocupando-se com a própria possibilidade da ciência, ou seja, de como o sujeito cognoscente poderia alcançar, com certeza e evidência, uma realidade cuja existência lhe era exterior à sua[9]. O pensamento husserliano é, assim, permeado pela idéia de que o conhecimento científico deve ser universal e necessário; dessa forma, toda espécie de subjetivismo deve ser rechaçada, se se quer ter e fazer ciência. Sua tarefa, nas obras mencionadas, foi a de proceder à diferenciação daquilo que o naturalismo havia identificado: o psíquico e o físico. O primeiro, para Husserl, não significaria um conjunto de mecanismos nervosos e cerebrais; mas sim, uma *região* ou um *fenômeno*. O elemento físico, por sua vez, consistiria em coisas e fatos externos, governados por relações causais e mecânicas[10].

Husserl explica que o *fenômeno* é a consciência, enquanto *fluxo temporal de vivências* e cuja peculiaridade é a imanência e a capacidade de outorgar significado às coisas exteriores. A consciência pode ser dita empírica, quando direcionada ao estudo das ciências empíricas; mas é, sobretudo em sua estrutura específica, uma condição *a priori* da possibilidade do conhecimento, sendo por tal razão igualmente reconhecida como Consciência Transcendental[11].

A fenomenologia pode, pois, ser conceituada como *"a ciência dos fenômenos cognoscitivos como fenômenos (*Erscheinungen*), manifestações, atos da consciência em que se tornam conscientes, passiva ou ativamente, estas e aquelas objetalidades: e, por outro lado, ciência destas objetalidades enquanto a si mesmas se exibem*

[9] *Idem* n. 8, p. VIII.
[10] *Ibidem*, p. VIII.
[11] *Ibidem*, p. VIII.

deste modo"[12]. Em outras palavras, é *"a descrição da estrutura específica do fenômeno (fluxo imanente de vivências que constitui a consciência) e a descrição da estrutura da consciência enquanto 'constituinte', isto é, como condição 'a priori' da possibilidade do conhecimento"*, na medida em que a consciência constitui significações e que conhecer é simplesmente apreender[13].

Nessa linha de raciocínio, Husserl apresenta a estrutura da consciência enquanto **intencionalidade** (*intentione* – tender a, dirigir-se para)[14]. Toda consciência é "consciência de" alguma coisa. Ademais, a consciência não é uma substância (alma), mas uma **atividade**, composta por atos que se subdividem em *noesis* e *noemas*. Aqueles seriam os atos de percepção, imaginação, especulação, volição, paixão, podendo ser *noesis ativas* (constituição de significações ou **ideação**) ou *noesis passivas* (apreensão no nível empírico ou **percepção**). *Noemas*, por sua vez, são as objetalidades (os objetos de conhecimento). O erro do psicologismo estava, justamente, em confundir *noesis* e *noemas*[15].

A **intencionalidade** da consciência pode ser polarizada em múltiplas essências, desde a **percepção** até a **ideação**. Nesse *iter*, por assim dizer, torna-se possível distinguir diferentes *regiões do ser*, que são, na verdade, *certos modos do objeto visado pela consciência*[16]. Exemplificando, pode-se pensar num cubo sob diferentes aspectos: em termos de volume, em termos geométricos *et cetera*. Cada uma dessas perspectivas constitui uma **região de**

---

[12] Vivianne Geraldes Ferreira. *A fenomenologia do direito e o pensamento de Adolph Reinach*, *in* Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 97, 2002, p. 577. Cit., Husserl esclarece ser necessária *"a philosophy that – in contrast to the secondary productivity of renaissance philosophies – seeks by radically clarifying the sense and the motifs of philosophical problems must find whatever solutions is genuinely scientific"* (p. 577).

[13] *Idem* n. 11, p. VIII.

[14] *Ibidem*, p. IX.

[15] *Ibidem*, p. X.

[16] *Ibidem*, p. X.

ser. Compete, pois, à fenomenologia, achar a essência a partir das diferentes **regiões ônticas** (on = ser). Daí porque é dita, também, **ontologia regional**, por tratar do ser enquanto estruturado com sentido diferente conforme seja visado pela consciência[17]. Região do ser, região ôntica e região eidética (eidos = essência) são, pois, expressões sinônimas.

O *iter* percepção-ideação, presente em todo ato de conhecer, demanda uma operação denominada por Husserl de *redução fenomenológica* ou *epoquê*, para que se possa passar pelas diferentes regiões eidéticas. Essa operação, em linguagem figurada utilizada correntemente, consiste no "**pôr entre parênteses a tese do mundo**"[18].

A *redução fenomenológica* possui dois momentos, quais sejam: (i) a **redução eidética** e (ii) a redução transcendental.

Em (i), busca-se a essência, o significado ideal e não-empírico dos elementos empíricos. Em (ii), visa-se à essência da própria consciência, enquanto constituidora das essências ideais. O conceito, portanto, é a superação da infinidade das perspectivas transcendentes da coisa, pela unidade imanente do significado[19].

Destarte, a exemplo de Adolph Reinach, que em sua obra *Zur Phänomenologie des Rechts: die apriorischen Grundlagen des bürgenlichen Rechts* não visava a formular uma teoria da promessa, mas antes, a evidenciar os elementos estruturais desta, como a criação de pretensões e obrigações[20], Stein, seguindo o pensamento husserliano, e sob a influência de Reinach, principalmente nos

[17] *Ibidem*, p. X.
[18] *Ibidem*, p. XI.
[19] *Ibidem*, p. XI.
[20] Vivianne Geraldes Ferreira. *A fenomenologia do direito e o pensamento de Adolph Reinach*, *in* Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 97, 2002, p. 583.

capítulos destinados aos estudo das relações entre o Estado e o Direito, irá *"(...) procedere a una 'riduzione eidetica' (...) e (...) rintracciare in essi um núcleo essenziale invariante che ne costituisce la struttura ultima e intima"*[21]. O fio condutor de sua análise está na referência à pessoa e à sua liberdade, bem como na inserção em uma dimensão comunitária que, distinta da estrutura jurídica do Estado, é o que lhe confere solidez e durabilidade.

III – A ESTRUTURA ÔNTICA DO ESTADO

> *"Lo Stato in quanto tale (...) mantiene una sua configurazione autonoma, può essere indagato in se stesso mettendone in evidenza la struttura fondamentale della* ***libertà*** *e* ***sovranità****, come una personalità, ma è una personalità di cui fanno parte altre persone ciò che accade esistenzialmente fra loro non può essere indifferente per la sua sopravvivenza, anche se non intacca la sua natura. Pertanto lo Stato, in quanto entità giuridicamente configurata, ha sue caractteristiche precise, ma non è un'entità onninglobante assoluta, che divora i suoi membri e ne determina la vita etica e religiosa"*
>
> *Angela Ales Bello*[22]

III.1 – A comunidade estatal e a soberania

Iniciando pelo tema da comunidade estatal, Stein verifica que o traço comum **perceptível** na objetalidade 'estado', é o de ser esta uma *forma de associação*. O fenômeno observado consiste em que os sujeitos vivem nela e desenvolvem em seu interior determinadas funções. É a *associação entre os sujeitos* que Stein analisará em primeiro lugar: pode ser esta uma característica exaustiva do Estado enquanto tal?

[21] *Idem* n. 3, p.12.
[22] *Ibidem*, p.14.

Em sua obra *Beiträge zur philosophischen Begründung der Psychologie und der Geisteswissenschaften*, ao tratar do *Individuum und Geimenschaft*[23], Stein analisa os variados tipos de vida comunitária: massa, comunidade e sociedade.

Por *massa*, Stein entende ser o tipo de associação mais elementar e sua característica está no fato de que os indivíduos que a formam se influenciam reciprocamente, sem se darem conta de tal influência, sem viverem em modo comunitário o seu comportamento, o qual somente pode se apresentar uniformemente graças àquela influência recíproca. A *massa* possui o caráter da **temporalidade**, uma vez que se configura somente quando os indivíduos se encontram **atualmente em contato**, e se fragmenta tão-só este cesse. Não subsiste nenhuma organização nem modo associativo separado dos indivíduos. Nesse sentido, a massa não pode ser a forma típica de convivência no Estado[24]. Tal não exclui, porém, a idéia de que os indivíduos possam se apresentar – como muitas vezes ocorre – em *massa* no interior da entidade estatal. A questão é que a *massa* não pode ser sua base, também porque o conceito de Estado é freqüentemente relacionado ao de pessoa, e não há, na *massa*, nenhuma função espiritual.

Já a *comunidade*, tem um fundamento especificamente espiritual. Sua característica principal reside no fato de que os indivíduos vivem *"gli uni con gli altri"*, ou seja, ninguém é absorvido no seu próprio viver momentâneo – como ocorre na *massa*; ao contrário, esclarece Stein, cada um compartilha sua vida com o outro, sentindo-se membro de uma *comunidade* que, por sua vez, é sujeito de uma vida própria. Há, ainda, uma organização, no sentido de distribuição de funções fixas, assumidas por diversos indivíduos[25].

[23] *Ibidem*, p. 19.
[24] *Ibidem*, p. 21.
[25] *Ibidem*, p. 21.

Por tais motivos, parece ser uma hipótese plausível a ocupar o fundamento da entidade estatal.

Falta, enfim analisar a *sociedade*: o que a diferenciaria da *comunidade*? Enquanto esta é uma coexistência irrefletida, a sociedade é uma *variante racional da comunidade*. Em que sentido? Explica-se: a *sociedade* emerge na vida comunitária mediante atos claramente consabidos. Desse modo, a *comunidade* surge, a *sociedade* é fundada; a forma da *comunidade* se constitui, a da *sociedade* é produzida[26].

Indagando-se sobre qual deveria embasar a organização estatal, Stein explica não ser esta uma resposta *aut-aut*. Claramente, para os adeptos da teoria contratualista, a resposta seria a *sociedade*. Stein mostra-se contrária a esta teoria, por afirmar que o Estado somente surge mediante a conclusão de um ato arbitrário. Esclarece que é preciso refutá-la ao entender que o Estado, geneticamente, deva sua origem a um contrato; ao ensinar que os indivíduos, reconhecendo-o, privam-se de um direito que possuíam externa e anteriormente à entidade estatal, proveniente da natureza; e que o Estado se constituiu somente por força da privação completa dos indivíduos (de entender-se não em sentido histórico, mas em linha de princípio), inexistindo qualquer direito natural[27]. Afirma, ainda, que essa teoria ignora os fenômenos havidos nos impérios romano e germânico: de fato, o vencedor, graças a sua superioridade, incorporava o vencido, e passavam a ser um "Estado", sem qualquer ato formal de submissão ou uma formal apreensão do poder[28]. Considera, contudo, como núcleo válido da teoria contratualista, o fato de que todo ato livre de uma comunidade ou de uma entidade, em qualquer forma em que se configure,

[26] *Ibidem*, p. 21.
[27] *Ibidem*, p. 57.
[28] *Ibidem*, p. 22.

depende da sanção de todos aqueles que dela fazem parte[29]; ou seja, que tais atos arbitrários possuem um significado para a fundação do Estado somente quando se tem em conta a relação comunitária pré-existente e se limita a tão-só sancioná-la.

A resposta que Stein dará à questão é a de que é a comunidade, e não a sociedade, o fundamento do Estado. Neste, os indivíduos podem viver sem se relacionar reciprocamente somente se a entidade estatal for considerada não como forma de vida comunitária, mas como uma superestrutura, em termos hegelianos[30].

Adotando, então, o conceito de *comunidade*, o próximo passo de Stein será analisar as relações entre as diversas comunidades, verificando que podem ser de três tipos: coordenação, supra-ordenação e subordinação. A comunidade mais simples perceptível é a família e o círculo de amigos. Estas podem ser inseridas em comunidades mais amplas, como a tribo e o povo. Tal inserção não abala o caráter específico dessas comunidades. No outro pólo, encontra-se a comunidade que engloba a todos os indivíduos e às comunidades menores. Sob a linha que liga esses dois pólos, encontra-se a **comunidade estatal**[31]. Esta compreende as outras comunidades e está, ao mesmo tempo, assimilada, compreendida pelas comunidades menores que engloba. Há uma interação no sentido de consciência de pertinência a algo.

A *comunidade estatal* goza de uma particularidade que não se encontra nas demais comunidades: é o que Aristóteles denominava de *autarchie* (autosuficiência): *"de um conjunto de pessoas ligadas numa comunidade de vida, para formar um todo autosuficiente"*[32]. Corresponderia, por assim dizer, à moderna noção de **soberania**, sem,

[29] *Ibidem*, p. 57.
[30] *Ibidem*, p. 23.
[31] *Ibidem*, p. 24.
[32] *Ibidem*, p. 25.

logicamente, pretender substituí-la, por não serem dois conceitos intercambiáveis. O Estado deve ser *padrone di se stesso*[33], residindo a soberania no **ato de legislar plenamente autônomo**. Se pensássemos que as comunidades menores, partes do Estado, pudesse legislar a seu bel prazer, este estaria dissolvido internamente, e ter-se-ia instaurada a anarquia. Um Estado pode, perfeitamente, autolimitar-se na soberania, como ocorre freqüentemente por conta das relações na esfera do Direito Internacional.

Stein critica a afirmação recorrente de que a essência do Estado é o poder. Esta é justa se por poder se entende a capacidade de salvaguardar a autonomia legislativa do Estado. Para a autora, o poder deve representar a totalidade estatal e suas diversas funções, sendo indiferente para a integralidade do Estado as mãos que o toquem (se as de uma só pessoa, se as de um grupo, se as do povo). De fato, conclui que *autoridade* e *iniciativa legal* são termos intrinsecamente correlatos.

Em síntese, a existência de um Estado depende de que este se constitua autonomamente. Por soberania, a qual pertence somente à comunidade estatal, entende-se a **peculiaridade** do poder do Estado, consistente no possuir o direito exclusivo de dispor na sua esfera de autoridade e no poder de autolimitar o direito em favor de outros poderes. A **soberania** é a **essência** do Estado, e não mero atributo do poder (para Stein, é um *non sense* um Estado que não seja soberano), e a **comunidade estatal**, seu **fundamento**.

III.2 – A COMUNIDADE ESTATAL E A COMUNIDADE DO POVO

Da equivalência estabelecida entre **Estado** e **soberania**,

[33] *Ibidem*, p. 25.

deriva a separação entre **comunidade estatal** e **comunidade do povo**, geralmente tidas por sinônimas.

Qual a razão?! Simples: a comunidade do povo pode continuar a subsistir, ainda que a soberania – e, portanto, o Estado – diminua ou desapareça. A comunidade estatal só existe enquanto houver soberania.

Resta, pois, a questão: é possível um Estado que não esteja fundado numa comunidade do povo?

É possível um estado que não esteja ligado a um povo unitário: o Estado Nacional é somente mais uma espécie de Estado, sendo plausível que diferentes comunidades de povo sejam reunidas em uma só entidade estatal. Questão árdua para Stein é saber se o Estado exige uma **comunidade do povo.**

Aristóteles já dispunha que a *philia*, mais que a justiça, tem unido os Estados, e que a só justiça – sem a *philia* – não consegue atingir esse escopo. O significado de *philia*, para Stein, é flutuante, sendo melhor especificado pelo de *einfühlung*[34]. O que caracteriza, pois, uma comunidade do povo, é a existência de uma *consciência comunitária* (semelhante à idéia de consciência coletiva, trabalhada por Emile Durkheim).

Stein verifica que a estrutura ôntica do 'estado' exige somente um âmbito de pessoas pertencentes à entidade estatal e uma relação determinada dessas pessoas com a totalidade do Estado.

[34] Stein doutorou-se, aos 27 anos, com a tese sobre o problema da empatia (*Zum Problem der Einfühlung*), publicada em 1917. Por empatia, *"una genere di atti, nei quali si coglie l'esperienza vissuta altrui*". Indica a soma de atos percebidos ou um ato cognoscitivo. Este conceito advém da *"teoria dell'imitazione (*Nachahmungtheorie), *elaborata da Theodor Lipps, in me si realizza 'l'esperienza della vita psichica estranea', mediante la quale imito ("non esteriormente, ma interiormente") l'azione di un altro o la sua reazione". In* Reinhard KÖRNER. *L'empatia nel senso di Edith Stein.*

Não é na estrutura do 'estado', porém, mas na da 'pessoa', que se compreende como uma entidade estatal concreta se constitui sobre a base de uma comunidade pré-existente. Conclui, portanto, de início, que **não** é necessária à comunidade estatal ser uma comunidade do povo.

O povo, explica ela, distingue-se da família e do círculo de amigos pelo aspecto óbvio da quantidade e pelo conseqüente fato de que, naquelas comunidades, os **indivíduos** são bem **determinados** e constituem seu **fundamento**: há contato das plenitudes de personalidades individuais de uns com os outros. Na comunidade do povo, tal contato e determinação é impossível, razão pela qual a insuficiência das relações pessoais entre todos os membros deva ser compensada por uma troca contínua de solidariedade entre os componentes que compartilham o mesmo espaço e tempo[35]. Caracteriza, igualmente, o povo, traços étnicos e um espírito, uma cultura própria. Todo *cosmos* cultural refere-se sempre a um centro de gravidade, qual seja, a comunidade criativa. É a comunidade do povo, por essência, a criadora da cultura.

Encontra-se, pois, na **autonomia cultural**, característica peculiar à **comunidade do povo**, um reflexo extraordinário da **soberania** como elemento específico do **Estado**.

Eis aí a guinada de pensamento de Stein: uma personalidade, com característica criativa, exige uma **organização** que **assegure** uma vida conduzida autonomamente. Por tal razão, muda seu posicionamento para afirmar que o Estado, como formação social que se organiza sobre a plenitude do próprio poder, requer uma força criativa que prescreva conteúdos e direção à sua capacidade organizativa, conferindo-lhe uma regra interna. É pensável um Estado

[35] *Idem* n.33, p. 35.

sem comunidade do povo: mas tal acarretaria numa **falta de justificação interna**; sua estrutura seria vaga e efêmera, por carecer de um centro gravitacional consistente nessa força criativa[36].

III.3 – AS RELAÇÕES "INDIVÍDUO E POVO" E "INDIVÍDUO E ESTADO"

Stein distingue os indivíduos, no interior da totalidade do Estado, que exercem uma função pública, de representação da entidade estatal. Explica que, neles, a consciência de pertinência ao Estado, a dedicação à sua totalidade e a responsabilidade por sua existência, são idéias mais vivas do que na grande massa de cidadãos. São denominados por ela de *sustentadores*. Stein alerta, contudo, para o fato de que não deve o Estado absorver o indivíduo em sua inteireza, com toda a sua existência pessoal: deve, antes, deixar-lhe um amplo espaço para seu viver de indivíduo. A entidade estatal não exige ser considerada o mais alto bem daqueles que o servem e representam seus importantes órgãos vitais. Nesse sentido, Stein refuta o conteúdo da *razão de estado*, consubstanciado na máxima de que *"salus rei publicae suprema lex"*[37], ao afirmar que *"il politico può essere anche convinto, come il santo, che la salvezza dell'anima valga di più del bene dello Stato"*[38].

Pode ocorrer, lamenta, que alguns indivíduos revistam uma função pública sem serem sustentadores da vida do Estado: quanto maior for este fenômeno, menos estará segura e garantida a

---

[36] Stein diferencia a Nação do conceito de Povo na medida em que, naquela, a consciência comunitária é cultivada, enquanto nesta se a possui, sem, contudo, evidenciá-la. Explica não ser necessária a nacionalidade como fundamento do Estado, mas somente a comunidade do povo.

[37] *"[Q]uando é necessário deliberar sobre a saúde da pátria, não se deve deixar de agir por considerações de justiça ou injustiça, humanidade ou crueldade, glória ou ignomínia. Deve-se seguir o caminho que leva à salvação do Estado e à manutenção de sua liberdade, rejeitando-se tudo o mais"*(III, 41), Maquiavel, *in Discursos: Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*, citado por Norberto Bobbio, *in Elogio da serenidade,* ed. Unesp, 1998, p.72.

[38] *Idem* n. 35, p. 44.

entidade estatal. Onde as funções e instituições públicas são tornadas presas de interesses privados, estão quebrados os liames vitais do Estado. Tais degenerações seriam evitadas conforme a forma de Estado adotada? Não, só seriam diferentes. Nesse passo, Stein recorda a doutrina platônico-aristotélica, citando a monarquia absoluta, e sua degeneração respectiva em despotismo; a aristocracia, e sua deturpação em oligarquia; a democracia, com a sua ruína na demagogia. Nenhuma dessas formas, afirma, pode ser considerada a melhor. A forma democrática, contudo, é a que garante a existência do Estado em mais hipóteses; pondera, todavia, que a responsabilidade colocada na comunidade é tão grande que resulta praticamente impossível realizá-la, degenerando-se muitas vezes...

Questionando-se sobre a existência de relação entre indivíduo-povo e indivíduo-Estado, Stein suprime o termo idêntico e afirma que o liame é o mesmo visto anteriormente entre Estado e comunidade do povo. Traz como exemplo **Frederico, o Grande**. A antiga Prússia era um Estado que se fundava sobre um povo prussiano, e o sentimento de responsabilidade estatal do seu mais eminente sustentador, Frederico, o Grande, não era embasado em nenhum sentimento nacional. **Stein critica essa figura.** Afirma que ela pode, de fato, existir e, quando ocorre, pode **parecer** normal e sã. Mas isso, sublinha, causa desgosto, por ser algo completamente artificial. Trata-se de um Estado que compreende indivíduos sem haver um povo, podendo ser comparado a **uma máquina que exige vida humana para ser posta em movimento e para ser mantida em funcionamento, mas que não é em si mesma viva e permanece indiferente em face à vida, sobre a qual se arroga direitos**[39]. O Estado não tem atividade psíquica ou *psique*: por isso espanta o fato de que alguém exprima devoção diante dele. Primeiro, ama-se o povo e somente de modo derivado, o Estado.

[39] *Ibidem*, p. 47.

IV – ESTADO E DIREITO

A soberania, vista, agora, sob o enfoque da relação Estado e Direito, demanda a distinção realizada já por A. Reinach, entre **direito puro** e **direito vigente**. O direito puro, longe de ser o direito natural, seria aquela "pura relação de direito" (lembrando, de certa forma, a teoria pura de Kelsen), independente de todo arbítrio, sendo o mesmo em todos os tempos e em todas as culturas; perene, e não vem à existência em um certo tempo ou lugar. Já o direito vigente entra em vigor através de atos arbitrários e pode ter múltiplas expressões. Direito puro e direito vigente, se referidos a um mesmo conteúdo comportam-se como *essência* e *fato*.

Todo direito pretende dar normas de comportamento às pessoas, é isso que Stein verifica na objetalidade 'direito'. A validade do direito significa que esta pretensão é reconhecida: a validade é sempre uma situação temporal, com início e fim. Para haver direito vigente (a realização do direito puro), é necessário existir esse âmbito de validade. É necessário, portanto, a fim de que esse escopo seja atingido, que uma pessoa *faça* vigente o direito e que haja um âmbito de pessoas aos quais isso seja orientado e por meio do reconhecimento de quais direitos entram vigor. *Fazer viger* o direito significa legislar. Por isso, o primeiro direito que deve ser estabelecido e reconhecido, de modo que outros possam entrar em vigor, é o direito de legislar. Este é atribuído ao Estado, sendo seus atos legislativos ou disposições ou comandos.

Onde está o Estado, lá se encontra uma esfera completamente nova que faz sentir sua eficácia na vida dos indivíduos e sua pertença a essa comunidade, esfera na qual, contudo, essa vida não penetra autonomamente. O Estado tem necessidade de uma pessoa ou de um órgão constituído por pessoas para se fazer perceber e de um âmbito de pessoas para ser percebido e posto em ser.

A atividade do Estado, contudo, não se exaure no mero legislar (disposições legais e comandos), mas no **exercício do poder**. Cabe-lhe, pois, igualmente, a jurisprudência e a administração da justiça, numa clara reminiscência da teoria dos pesos e contra-freios entre os poderes. Uma característica dos atos estatais é serem dotados de eficácia social. Para Stein, Estado e Direito nascem juntos: onde está o Estado, ali se acha presente um direito positivo, ainda que não tenha sido emanada nenhuma disposição legal.

Feita esta breve exposição, compreende-se a soberania, nessa perspectiva relacional Direito e Estado, não só como *conditio sine qua non*, mas *conditio per quam* do Estado. Acrescente-se que a soberania, como auto-constituição de uma entidade comunitária, e a liberdade da pessoa são inseparavelmente conexas. Somente um organismo que compreende em si pessoas livres pode-se fazer soberano[40].

V – O ESTADO DO PONTO DE VISTA DOS VALORES

A indagação sobre o 'estado' não estaria exaurida sem a análise a respeito dos valores.

Stein afirma que não está prescrito à entidade estatal, em conformidade com seu sentido estrutural, que se coloque ao serviço da lei moral, que deva ser, portanto, um Estado Ético: é uma questão relativa a que o *"*ethos *del popolo"* penetre no conteúdo dos atos do Estado. A filósofa esclarece que *"infatti governare contro tale atteggiamento spirituale significa tagliare lê radici della sua esistenza. Allorché la política si allontana da ciò che prescrive il senso dello Stato – cioè si fonda su atti pseudostatali – in essa si manifesta solo l'inclinazione predominante nei rappresenti dello*

[40] *Ibidem*, p. 70.

Stato. Esercitando in influsso su essa, anche chi sta fuori dello Stato può asservilo ai suoi scopi, e questo può essere tanto de Dio qanto Satana"[41].

Uma doutrina do Estado pode estabelecer que os valores não devem ser indicados pela idéia de estado, mas não pode excluí-los desta.

Um juízo positivo ou negativo somente pode se dar sobre a base da justificação do Estado. Não se pode proceder a tal operação se não se conhece os valores do Estado e de que modo estes se relacionam com outros valores, com os quais pode entrar em conflito.

A entidade estatal pode ou deve ser portadora de valores? Respeita à entidade estatal, enquanto estrutura ôntica, um valor?

Numa primeira análise, verifica-se que todas as teorias do Estado que o derivaram do indivíduo, fizeram-no com base na idéia de que isso favorecia seu desenvolvimento mais do que se vivesse isolado, ou em uma comunidade não organizada estatalmente. Há, aqui, um valor, qual seja, o de estado necessário à vida. Assume, pois, um valor vital, sendo uma instituição útil. Para o Estado concretamente existente, é possível, pois, ser portador de um valor, o qual reside em sua estrutura ôntica.

No estudo da díade Estado e Justiça, a questão configura-se de forma diferente: a realização dos valores cabe particularmente ao Estado? A justiça, para Edith Stein, consiste na realização do direito puro, o qual, como visto, nada mais significa do que as relações perenes, imutáveis e apriorísticas. Não é missão do Estado realizar a justiça: *L'idea di giustizia è legata al diritto puro, dove il diritto puro è in vigore, là 'regna la giustizia'(...) lo Stato non è condicio sine qua non della realizzazione della giustizia"* [42]. De fato, para Stein, os valores do ordenamento não se misturam com os

[41] *Ibidem*, p.100.
[42] *Ibidem*, p.139/140.

de justiça. Referem-se, antes, ao desenvolvimento da vida comunitária, a cujo serviço se encontram. À comunidade estatal e à comunidade do povo, como personalidade produtora de cultura, diz respeito um valor próprio. **O Estado que se apresenta, com o seu ordenamento jurídico, ao serviço da vida comunitária, não produz estes valores, mas contribui para realizá-los; ao Estado não lhe respeita um valor próprio, ao invés: somente um valor derivado**[43].

Os valores éticos são valores pessoais, afirma Stein. Estão no âmbito da pessoa e de seu comportamento. Humildade e orgulho, amor e ódio, admiração e desprezo não possuem nenhum significado, sós, para o Direito. A objetalidade 'lei' não tem análogo no mundo ético. A moral não pode ser instituída como o direito: ela surge do *habitus* (*mores, mos*) espiritual de uma comunidade de pessoas. Se as disposições legais contrariam a moral dominante, Stein diz que se pode observar uma mutação de comportamentos morais.

Termina, enfim, preconizando que o Estado deve, enquanto possível realizar valores ou colaborar na realização destes. O valor "que o direito vigente seja um direito justo" não o é portador o Estado, mas a comunidade nele inserida. A comunidade estatal pode, sim, ser portadora de valores éticos (que são os valores das pessoas singulares). A missão de se tornar, a comunidade, que constitui o âmbito de sua autoridade, uma comunidade ética, pode obrigá-lo a contrapor-se à moral dominante, mediante as disposições legais[44].

Stein ainda tece críticas aos pensamentos de Fichte e Hegel. O primeiro é refutado no tocante aos conflitos éticos e na liberdade do Estado. A autora afirma que o direito não é a condição para a moralidade: pode, de fato, remover obstáculos éticos, mas a moral se realiza independentemente das disposições legais, uma vez que

[43] *Ibidem*, p. 141.
[44] *Ibidem*, p.153.

reside precipuamente no âmbito da comunidade do povo. Quanto ao segundo, no tocante ao Espírito absoluto e objetivo, e à história, Stein coloca que a relação comunidade/ história/Estado deve ser vista partindo-se da história como desenvolvimento da vida espiritual, na qual se veio delineando a cultura. Pensando-se que o povo é a "personalidade criadora da cultura", e que aí reside a exigência de uma organização estatal, a especulação sobre o escopo do Estado e o conteúdo da história perdem sentido num **contexto individualístico**, como o hegeliano[45].

Interessante observar que, se o declínio da soberania leva ao esfacelamento estatal, a perda da autonomia cultural estabelece a ruína do povo.

Enfim, a abordagem dos valores religiosos segue a mesma linha de raciocínio no sentido de que cabe ao Estado proteger e assegurar os valores da comunidade, sejam estes quais forem. Do ponto de vista da Igreja Católica, por exemplo, prevalecem as palavras de Cristo, no sentido de dar a César o que é de César. O Estado não pode interferir na esfera da liberdade individual: é-lhe indiferente escolhas desse jaez, no sentido de que um indivíduo, expõe Stein, pode ser santo ou deixar de sê-lo. Entende-se, em outras palavras, que é da estrutura ôntica estatal ser laico, leigo: não deve impor uma religião oficial da comunidade, mas deve albergar a todas[46].

VI – CONCLUSÃO

estar (estado) firme sobre

anos (soberano) com-unidade (povo) comum

em superfície térrea-área (território)

numa super face de pessoas

[45] *Ibidem*, p. 158.
[46] *Ibidem*, p. 167.

Impressiona sobremaneira o fato de que a obra ora comentada tenha sido escrita em 1925, por uma jovem filósofa, judia e recém-convertida ao catolicismo, numa época em que se respirava ainda ares patriarcais e poucas eram as mulheres no âmbito universitário. Assombra saber que, nem uma década após, tenha descalçado seus pés, abandonando as conferências, para tomar o hábito, entre as paredes do Carmelo, fazendo-se mais uma Teresa. Aterroriza, porém, o conhecimento de que, anos após, mais precisamente em 1942, tenha sido vítima de um Estado tão distante da estrutura ôntica por ela percebida e ideada. Edith Stein, ou Ir. Theresa Benedicta da Cruz, foi morta numa Câmara de Gás, em Auschiwitz. Mártir, canonizada recentemente, foi eleita, juntamente com Santa Catarina de Sena e Santa Brígida, patronas do continente europeu. Tais lembranças, descontextualizadas possivelmente, podem, por sua vez, convidar a um "parar para pensar", como dizia Arendt, na objetalidade do 'estado', no sentido de que nem todo saber é teórico demais que não venha a lançar uma luz no empírico que a todos cerca.

Stein concebeu o Estado, em sua pobre doutrina rica em originalidade, em seu raciocínio claro, sem rebuscamentos – excetos os meandros próprios da metodologia fenomenológica – num segundo plano, como um coadjuvante da **comunidade do povo**. Esta, sim, é o centro gravitacional, que atrai todas as objetalidades correlatas ao Direito para si. O Estado está em função permanente da comunidade do povo: se a soberania é sua essência, é para conservar a comunidade da influência e ingerência dos outros Estados e desenvolvê-la no objetivo de **comunidade ética**. Stein parece ter chegado a um conceito "puro" de Estado, em termos kelsenianos: a entidade estatal não tem valores; estes são da comunidade, de modo derivado e, de forma direta, do indivíduo.

Pode-se falar que compõem a estrutura ôntica do Estado a soberania (essência), a comunidade do povo (fundamento) e a

autonomia cultural. Obviamente, o território é um dado importante, mas Stein não lhe dá primordial atenção. Relaciona-o com aspectos quantitativos populacionais, mas não o tem como fator determinante. Para Stein, haveria Estado sem território? Sim, muito provavelmente. Se pensarmos nos problemas semitas relativos a este tema, compreende-se a genialidade do fundamento estatal residir sobre a dita "comunidade do povo". Stein dá respaldo a uma idéia de bem comum, ao tratar da autonomia cultural e do profundo sentido de solidariedade que surge na comunidade do povo para suprir a insuficiência de não estarem, nela, as pessoas em contato entre todos. Embora seu escrito tenha idas e vindas constantes, a dar a impressão de que nenhum conceito restará determinado, evidencia-se nitidamente o método fenomenológico de sobreposição das distintas percepções de uma objetalidade, as quais constituirão o material à ideação, ato posterior nesse *iter* gnoseológico.

Enfim, Stein torna o Estado um adjetivo.

BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade*. São Paulo: Unesp, 1998.

COURTINE-DENAMY, Sylvie. *Three Women in Dark Times: Edith Stein, Hannah Arendt, Simone Weil*. Cornell University Press, London, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 17ª ed, 1993.

FERREIRA, Vivianne Geraldes. *A fenomenologia do direito e o pensamento de Adolph Reinach, in* Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 97, 2002.

HUSSERL. *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

MARGERIE, Père Bertrand de S. J., *Edith Stein et L'etat*.

STEIN, Edith, *Una ricercca sullo stato*, tr. it. Angela Ales Bello, Cittá Nuova, Roma, 1999.

_____, *Storia di uma famiglia ebrea. Lineamenti autobiografici: l'infanzia e gli anni giovanili,* tr. it. Bárbara Venturi, Città Nuova, Roma, 1992.

A Morte como ausência de Vida: Uma Tragédia na afirmação do direito à saude

Guilherme Krueger - Advogado. Mestrando em Filosofia pela UFRJ

DESEMBRULHANDO UM PARADOXO

Vida e Morte. É difícil imaginar que outra questão toque, afete mais ao magistrado no exercício de seu poder do que essa questão, quando posta ao alcance de sua caneta. E ele se apresenta a cada lide envolvendo o custeio médico-hospitalar.

A valoração da vida como fundamento de uma escolha por parte do magistrado em uma prestação jurisdicional, sobretudo quando se efetiva o cumprimento de sua ordem, é compreensivelmente percebida como um compasso entre o poder, o ser e o querer. Evidencia a existência legitimada do magistrado.

Paradoxalmente, qual é o juiz que, diante da sucessão de processos em sua mesa, envolvendo pessoas e o sistema público

de saúde e a suplementar, não viveu uma sensação de impotência, diante de conflitos que se repetem sem dar qualquer vislumbre de sua superação e que apenas são testemunhas de sua crônica? É incômoda a impressão de que na saúde há sempre um jogo e um mico – uma conta impagável pendurada - no ombro de um de seus atores: pacientes, médicos, gestores públicos, hospitais, operadoras de planos de saúde, empresários, fornecedores de medicamentos, materiais e equipamentos. Por mais que o magistrado se esforce em buscar justiça, o mico não sai do jogo de jeito nenhum... só faz mudar de ombro. Talvez em nenhum outro momento ele perceba melhor com seu estômago a maquinação - a catástrofe sem alarme: um problema da técnica que não pode ser resolvido tecnicamente. E murmure... só Deus pode nos salvar.

De que paradoxo estou falando ? Este: na medida em que o domínio tecnológico aumenta, cada vez mais o poder humano sobre a morte, as doenças, a dor, os transtornos e os traumas, a preservação do elemento humano na economia da saúde fica cada vez menos viável, se objetivada no mesmo nível das expectativas criadas. Pense nos médicos... já reparou que a maneira que encontram para olharem você, é examinando resultados impressos em papel ? Eles tramam contra suas doenças, traumas e dores. E você desaprende a morte.

INSACIEDADE VISTA COMO ESPERANÇA: UMA QUESTÃO FENOMENOLÓGICA

A saúde carrega uma polissemia. E não pode deixar, na sociedade contemporânea, de se encontrar um significado utilitarista para ela. A Conferência Mundial de Promoção da Saúde, promovida pela Organização Mundial da Saúde, da qual resultou a

Carta de Ottawa, em 1986, conceituou saúde como fonte de riqueza de uma sociedade.

Essa visada utilitarista é verdadeira: existe uma permanente tensão entre a intensidade aparentemente inesgotável do capital tecnológico na medicina aliado ao custo progressivo da química farmacêutica e a limitada capacidade da população em absorver os impactos econômicos desse processo num mercado que se mostra tendente à imperfeição (aparecimento de oligopólios e oligopsônios). A sua expressão dramática é dada no contexto de singular valoração da saúde e inelasticidade de sua demanda vital e urgente.

Há aí uma evidência de que a questão é econômica. Mas, um olhar que não esquece o que a vida e morte são, percebe que o problema não é só científico. Pois a própria medida assim posta para a saúde é uma maquinação. Com uma abordagem fenomenológica, posso voltar a minha atenção para essa questão: esse jogo de demanda inesgotável diante da limitada capacidade de sua realização revela a tensão emergente de uma expectativa constantemente criada pela própria oferta de novas tecnologias, que é percebida como esperança de vida, como a negação da morte; e de bem estar, como a negação da dor. No que se apresenta então como esperança, se manifesta uma insaciedade de vida e bem-estar. É a partir deste ponto que pretendo abordar o problema.

O QUE É MAQUINAÇÃO ?

A maquinação (*machenschaft)* é um dos muitos conceitos propostos por Heidegger em sua obra Contribuições para a Filosofia (*Beiträge zur Philosophie*) que dão expressão à sua idéia de tradição metafísica, que chamará de *primeiro começo*, a partir de uma fenomenologia que não mais se apresenta como visão dos objetos,

tal como proposto por Husserl, mas como interrogação pelo texto do ser, que se dissimula (retrai) no aparecimento do dado.

Com a palavra maquinação, Heidegger vai apresentar uma trajetória reinterpretada da tradição metafísica e vai denunciar não exatamente o deixar de lado a indagação em prol da ação, isto é, o esquecimento de se perguntar pelo que é o que se apresenta a nós no mundo para se focar na manipulação desse dado em função do que se quer. Heidegger quer denunciar o esquecimento desse esquecimento: o que as coisas são deixando de ser um mistério, um principiar. O que as coisas são passando a ter respostas determinadas pelos fins pragmáticos a que são submetidas, isto é, pelo que se quer delas. Com esse esquecimento do esquecimento, o ser humano se deixa encarcerar em sua própria constituição como objeto natural – um animal, ainda que racional: um ser entre outros seres no mundo, e assim também submetido à sua própria vontade de poder. É a prisão em seus próprios projetos, vistos como sonhos; em seus cálculos, vistos como realidade decifrada.

Maquinação é uma enfermidade endêmica do proceder humano: uma culminação do desvirtuamento do *telos* a partir do *primeiro princípio*. No repúdio ao assombro no fazer em favor da previsão de um fim sempre posto além e fora dele, a técnica exerce um fascínio, que nada mais é do que a ditadura da vontade de poder. Mas aonde essa vontade de poder que não tem medida e nem paradeiro vai necessariamente encontrar um limite? Na morte.

Mas, deixemos a morte para mais adiante. Ainda é interessante falar do desvirtuamento do *telos* . *Telos* é finitude. É, por exemplo, o descanso de Deus no sétimo dia. A virtude do *telos* no Gênese se revela no esgotamento das possibilidades da criação

– quando Deus vê que sua obra é boa. A ênfase nessa Revelação não é no que Deus podia, mas o que Ele conseguiu fazer. O *fim virtuoso* é a saciedade no próprio conseguimento. O desvirtuamento do *fim* é esse proceder do homem, como se Deus tivesse trabalhado na criação em seis dias *para poder* descansar no sétimo. E, ao chegar no sétimo dia, Deus já não descansaria, pois, insaciado, talvez estivesse pensando em um novo projeto para seu poder: quem sabe, um universo paralelo...

Na maquinação, Heidegger vai encontrar uma cumulação da tradição metafísica a partir da causalidade sistemática na física de Aristóteles, que supõe um agir que não interfere no ser do agente e este preexiste... ele é o pressuposto do agir. Maquinação então é a absolutização da estrutura (um ente que governa o devir), em que é suprimida toda a relevância do fazer (meio) face ao que é feito (fim).

Maquinação é a radicalização da objetividade (agente-paciente), em que o sujeito resta diluído na transubjetividade: uma objetificação do espírito, como queda da última dimensão selvagem da personalidade. Maquinação é o radical esquecimento da gratuidade da vida e do viver aqui e agora e, nesse presente, perguntar pelo o sentido de ser no mundo, pois o sentido é sempre proposto para além. É lá na aposentadoria que se encontra o sentido objetivo de se trabalhar trinta e cinco anos... É nas futuras provas para magistratura que se encontra o sentido objetivo de se estudar filosofia. Enfim, maquinação é a radical condenação do homem a ganhar o pão com o suor do rosto, conquanto fica esquecida a possibilidade de um outro sentido na Revelação: o acabamento da condição humana aquém de Deus e além do mundo. Maquinação é reduzir toda a condição humana ao sentido trágico do mito de Sísifo, em que só há morte no cume da montanha.

A MORTE NO DIREITO

Não vou me ater à vida, porque não falta material escrito sobre isso no Direito. Eu lhe convido a pensar a morte.

A morte é um fato. Não há alguém mais ou menos morto do que outro. Ela não nos é indiferente. A morte então suporta valores.

Mas, em contraste com a vida, porque nos é tão difícil perceber valores na morte? Porque, em nosso esquecimento do ser da morte, assumimos para nós, enquanto operamos no Direito: ou se está morto, ou se está vivo. A morte é a ausência de vida. A morte não é presente. O que há é a interrupção da vida. Sendo ausência, nenhum valor aí aparece, mas só na vida.

É assim que, no Direito, nada se diz da morte nas questões referentes à saúde. Aqui se encontra a raiz axiológica de suas dificuldades no atual estado das artes. A saúde, como valor, está suportada pela vida, pois nela aparece, se realiza, se manifesta. Assim, torna-se uma questão jurídica de vida. Bem, isso, não contesto. Mas, essa visada, se para aí, leva o Direito a desviar-se do mundo da vida, pois aí a saúde é uma questão não só de vida, mas também de morte. Se Direito é coexistência, o justo pondera valores. E, se não conseguimos perceber valores na morte, não há como fazer justiça, quando tratamos da saúde.

Volto à questão ontológica que se apresenta: necessariamente a morte é ausência de vida? Não. É morrendo que se vive, oram os católicos. É um mistério.

A coexistência entre vida e morte no ser humano é negada, a partir de uma antropologia biocêntrica: espírito é intelecto. Mas, a antropologia pode reconhecer na pessoa uma outra dualidade de ser: vida e espírito. Essa dualidade é particularmente evidenciada

na sublimação, mediante o qual se manifestam valores espirituais. A relação entre vida e espírito é uma relação de poder e liberdade. O espírito só *pode*, quando sustentada pela vida; mas a vida só se *libera*, sob o descanso do espírito.

Vida humana, por sua vez, é orgânica e psíquica. E, na psique, manifestam-se a subjetividade e a consciência: o ser humano, como animal racional, é só um indivíduo só. Mas, a comunhão de ideais entre seres humanos é possível. Nessa possibilidade se manifesta a humanidade em contraste à animalidade. A comunhão se dá na dimensão do espírito. O espírito é intersubjetivo, supra-individual, e com ele se dá objetividade e materialidade dos ideais. O espírito é a abertura do ser humano que torna qualquer outro ser humano, que não eu, não um qualquer ser outro do mundo, mas um outro eu – um ser lançado, imerso no mundo e dele preenchido, mas que com ele nunca se confunde. De modo que humanidade é pura possibilidade de ser para além da vida. Neste contexto, perde sentido uma contraposição entre a vida e a morte.

MAQUINAÇÃO NO DIREITO À SAÚDE.

Uma hermenêutica filosófica é atual para o direito positivado à saúde. Ilustro essa afirmação com o voto do Min. Gilmar Mendes no ADI-MC 1923-5/DF, que questionou a constitucionalidade da Lei 9.637/98 (qualificação de organizações sociais e os contratos de gestão direcionados ao exercício de atividade referentes à saúde):

> *"Nesse ponto, gostaria de lembrar, também com base nas lições de Günther Teubner, que a lei inova sim, mas inova em consonância com o direito privado moderno, no qual o contrato deve ser compreendido não como uma relação entre pessoas, mas entre textos, entre discursos jurídicos, econômicos, tecnológicos etc. Eis as palavras do mestre alemão:*

> *'Quiçá devêssemos ouvir o conselho do talvez maior especialista da reconstrução do direito privado, Jacques Derrida, que nos oferece a seguinte formula epigramática: "o laço da obrigação ou a relação de obrigação não existe entre aquele que da e aquele que recebe, mas entre dois textos (entre dois* produtos *ou* criações*)". Essas* ipsissima verba *são novas versões da teoria do contrato relacional (*relational contracting*), que entende o contrato não mais como um mero consenso entre duas partes, mas sim como uma relação social complexa. De fato, gostaria de defender a tese de que o direito contratual deve ser reconstruído de forma relacional, mas não apenas no sentido comunitário, hoje predominante, da palavra, como uma relação cooperativa, simpática, calorosa de inter-humanismo no mercado, mas sim como uma relação fria e impessoal de intertextualidade. Gostaria de desenvolver um argumento estritamente antiindividualista, estritamente antieconômico para as muitas autonomias do direito privado, pelo qual o contrato não aparece mais como transação meramente econômica entre dois agentes, mas como espaço de compatibilidade entre vários projetos discursivos - entre dois mundos contratuais. Ao mesmo tempo, gostaria de desenvolver o argumento normativo de que os direitos de discursos que aparecem nesses contratos como meros fenômenos sociais, apenas de forma rudimentar e sem contornos fixos, necessitam de institucionalização jurídica, Dito de forma mais genérica: gostaria de colocar esses argumentos no contexto maior de um direto privado contemporâneo, que necessita de transformação em um direito constitucional de sistemas de regulação global."*
>
> *(TEUBNER, Günter. Mundos contratuais: o Direito na fragmentação de regimes de* private governance. *In:* Direito, sistema e policontextualidade. *Trad. De Jürgen Volker Dittberner. Piracicaba : Unimep; 2005, p. 271-272)*

Há nesse voto, um indicativo de que, diante dos problemas crônicos referentes ao direito à saúde, não é adequada a contenção das possibilidades de interpretação da Constituição Federal a

pensamentos modelares que já dão evidentes sinais de limitação em dar respostas aos seus desafios. Pensar o impossível é o que se pretende com a *desconstrução* proposta no voto.

Por outro lado e no que interessa ao presente artigo, convido os operadores do Direito a atentarem um pouco mais para o excesso de vontade de poder, mesmo quando travestido de esperança em relação à vida e ao bem-estar. Eles não têm direito de relativizar o que a morte é, quando estão na Igreja e quando estão no Tribunal, de modo a fragmentarem a razão discursiva a respeito da vida entre esses dois espaços. É claro que há atitudes distintas e mais adequadas a cada um desses espaços, mas justamente em virtude dessa adequação, não se pode esquecer o esquecimento do que há de fenomenológico na morte.

A morte, como sonhos interrompidos, vem a ser maquinação. Isso, quando manifesta uma insaciedade de vida. Isto é, quando se consideram os sonhos vãos, se já impossível o poder de realizá-los: *a frustração de uma expectativa de vida*. Ora, a morte esgota as possibilidades de sonhar, porque esta é uma vivência na dimensão da psique. Portanto, sonhar é uma atividade vital. É sempre realizada aqui e agora. Impor a um sonho, como seu *fim necessário*, a realização de seu objeto, isto é, algo proposto para além e para fora do ato de sonhar, é repetir para nós a condenação ao desterro, como filhos de Eva. É enxergar a tragédia na própria possibilidade de morrer. É a morte aparecer no Direito como algo a ser evitado por todas as possibilidades de afirmação de justiça humana, em face ao direito à saúde. Entretanto (que ironia), a tragédia repousa sobre uma relação com a morte... como essa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BELLO, Ângela Ales. *Fenomenologia e ciências humanas: psicologia, história e religião.* São Paulo: EDUSC, 2004

DARTIGUES, André. O que é a fenomenologia? São Paulo : Centauro, 2005.

E MEDEIROS, Túlio Tibério Quirino. O niilismo como lógica do Ocidente. *Revista Ítaca*. nº 12 Rio de Janeiro : PPGF-UFRJ, 2009

HEIDEGGER, Martin . *Aportes A La Filosofia.* Buenos Aires : Biblos, 1993.

HESSEN, Johannes, *Filosofia dos Valores.* 5a ed. Coimbra : Armênio Amado,1980

MENDES, Gilmar Ferreira *et al. Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2007.

ONATE, Alberto Marcos. *Entre eu e si ou a questão do humano na filosofia de Nietzsche*. Rio de Janeiro : 7 Letras, 2003.

SAFRANSKY, Rudiger. *Heidegger, um filosofo da Alemanha entre o bem e o mal*. São Paulo : Geração, 2005

SCHELER, Max. *A posição do homem no cosmos*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2003

_____. *Ética.*. Tomo I. Buenos Aires : Revista de Occidente Argentina, 1948

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Antropologia filosófica* Tomo II. São Paulo : Loyola, 1992

A ORIGEM E O FUNDAMENTO DO FINALISMO NO DIREITO PENAL

Luiz Cláudio da Rocha - Advogado. Doutorando em Filosofia pela UFRJ

INTRODUÇÃO

A palavra "finalismo" quando empregada no universo jurídico remete o ato de investigação do pesquisador diretamente ao âmbito do Direito Penal. Todavia, muitos doutrinadores confundem a origem do termo "finalismo". São recorrentes os equívocos que conduzem o pesquisador do direito a relacionar a teoria finalista do Direito Penal com o finalismo aristotélico, como se o ***telos*** de Aristóteles se evidenciasse na intenção conscientemente dirigida a uma determinada conduta e fosse só isso.

O presente artigo tem como meta esmiuçar a significação do finalismo aristotélico e com isso demonstrar que ao contrário do que se acredita ser a origem da teoria finalista da ação, o seu fundamento não está em Aristóteles e sim na fenomenologia de Husserl. Portanto, a teoria finalista de cunho jurídico e criação germânica surgida no século XX, foi formulada fundamentalmente

com as noções de intencionalidade da consciência, *noesis*, *noema*, redução transcendental, essência e não com noções tais como: causas material, formal, eficiente e final, todas de origem aristotélica.

Outro objetivo do artigo é fazer com que a reflexão filosófica seja encarada como um veículo colocado à disposição do pesquisador na tentativa de entender os fundamentos de determinados postulados jurídicos, uma vez que a ausência de procura por fundamentos tem se revelado a verdadeira crise pela qual passa toda humanidade contemporânea. Cada vez mais interessado na utilidade do aprendizado, o homem vem desprezando o verdadeiro significado do que é o valor, quando o certo seria o desprezo pelo útil e efêmero e o cultivo do que é valoroso e essencial.

Assim, iniciaremos a abordagem esmiuçando o significado do finalismo aristotélico, passando posteriormente a verificação do surgimento da teoria finalista da ação e, consequentemente, a demonstração de que a mesma se funda na fenomenologia.

AS BASES DO FINALISMO ARISTOTÉLICO

O finalismo aristotélico está relacionado com o seguinte enunciado: **os objetos materiais mudam e suas mudanças são causadas**. O que desejo demonstrar com isso é que o finalismo aristotélico assenta suas bases na doutrina das quatro causas. Primeiramente façamos uma breve exposição dessa doutrina, traçando as acepções utilizadas por Aristóteles para o entendimento do que seja causa.

Em Aristóteles temos algumas acepções do termo causa. Na primeira, uma coisa será chamada causa, se for um constituinte a

partir do qual alguma coisa vem a existir (por exemplo, o bronze da estátua, a prata do cálice e seus gêneros). Em outra acepção, se for a forma e o padrão, isto é, a fórmula de sua essência, e os gêneros desta (por exemplo, o 2:1, e em geral o número da oitava), e as partes presentes no relato. Em outra ainda, se for a fonte do primeiro princípio da mudança ou do repouso (por exemplo, o homem que delibera é uma causa, o pai da criança é causa desta e em geral aquele que faz aquilo que está sendo feito e o que produz a mudança daquilo que está mudando). E finalmente, mais uma acepção se tem, quando a causa é uma espécie de meta, isto é, aquilo em busca de quê se vai, o *telos* (por exemplo: a saúde da atividade física – Por que ele está se exercitando? – dizemos: "A fim de ser saudável", e ao assim nos pronunciar julgamos ter enunciado a causa).

Analisemos agora as acepções separadamente. Considere-se o primeiro exemplo: "o bronze da estátua". Aristóteles não está dizendo que o bronze explica a estátua, ou seja sua causa, uma vez que isso não faz sentido. O que Aristóteles está querendo dizer é que perguntar por uma causa é buscar "o por causa de quê": é perguntar por que alguma coisa é o caso. Uma pergunta "por quê?" Requer uma resposta "porque"; assim, as frases explicativas que citam causas, sempre podem ser expressas na forma "X porque Y". Sempre que procuramos uma causa, perguntamos por que isto é aquilo, por que X é Y. Em outras palavras, o fato que estamos tentando explicar pode ser expresso numa frase simples de sujeito e predicado: S é P. A pergunta que fazemos é: por que S é P? E a resposta pode ser dada na forma S é P porque Y. Isso demonstra que as frases explicativas nos permitem ver que a noção de explicação de Aristóteles está integrada com sua lógica.

O primeiro tipo de causa é a "material", no caso do bronze da estátua temos: "a estátua é X porque a estátua é feita de bronze

e as coisas de bronze são X". Isto significa dizer que podemos inserir no lugar de X as seguintes qualidades e propriedades: maleável, marrom, pesado, coberto de acetato de cobre etc. no lugar de X. O termo médio, "feito de bronze", exprime a causa de a estátua ser, por exemplo, maleável; e como o bronze é o material constituinte da estátua, a causa aqui é causa material.

O segundo tipo de causa se refere a forma e o padrão e é chamada de causa "formal". Tal causa pode ser descrita através do seguinte enunciado: **O que é e por que é são a mesma coisa**. Para melhor compreensão consideremos o seguinte exemplo: O que é um eclipse? Privação da luz da lua devido a seu ocultamento pela terra. Por que existe um eclipse ou por que a lua é eclipsada? Porque a luz a deixa quando a terra a oculta. A lua é eclipsada porque é privada de luz ao ser ocultada e as coisas privadas de luz ao ser ocultada são eclipsadas. Aqui, percebemos o termo médio, "privada de luz por ser ocultada", explicando porque o eclipse ocorre ao mesmo tempo que enuncia a forma ou a essência de um eclipse – diz o que de fato um eclipse é.

O terceiro tipo de causa é a denominada causa "eficiente" e sem dúvida, das quatro causas, é a que mais se aproxima da noção que hoje associamos à idéia de causação. Assim, os exemplos parecem sugerir que as causas eficientes são distintas dos objetos sobre os quais operam (o pai é distinto do filho, ao passo que o bronze não é distinto da estátua) e que as causas precedem seus efeitos (o homem que delibera o faz antes de agir, enquanto o ocultamento não acontece antes do eclipse). No entanto, Aristóteles sustenta que as causas eficientes nem sempre precedem seus efeitos, ou seja, trata a simultaneidade de causa e efeito como a norma. O exemplo "o pai da criança" poderia ser expandido da seguinte forma: "a criança tem nariz chato porque a criança tem um pai de nariz chato e criança com pais de nariz chato têm nariz

chato". Aqui a causa, ter um pai de nariz chato, não precede o efeito. De outra forma a causa também pode ser antecedente. Tomemos o exemplo seguinte: "por que a guerra persa se abateu sobre os atenienses? Qual foi a causa de os atenienses serem objeto de uma guerra? Porque eles atacaram Sardes com os eritreus; porque isso iniciou a mudança". Com isso Aristóteles demonstra que não há necessidade de que uma causa eficiente seja precedente ao seu efeito.

A quarta causa se refere ao enunciado: "**aquilo em busca de quê**", ou seja, a "meta". Essa causa ficou conhecida como causa "final". A maneira correta de exprimir causas finais é, como indica o exemplo de Aristóteles, o uso do conectivo "a fim de": "ele está fazendo ginástica a fim de ser saudável". As causas finais são estranhas e de várias maneiras. Em primeiro lugar, não são facilmente expressas em termos de "o por causa de quê" – "a fim de quê" não se traduz facilmente por "porque". Em segundo, elas só parecem apropriadas para um número muito pequeno de casos, isto é, ações intencionais humanas (porque "a fim de" exprime uma intenção e só ações humanas são intencionais), no entanto, isso fica só na aparência. Em terceiro lugar, elas parecem pós-datar seus efeitos (a saúde, alegadamente causada pela atividade física, vem depois da atividade). Em quarto lugar, elas podem ser efetivas sem sequer existir (a saúde pode fazer o homem caminhar e, no entanto, nunca existir – ele pode estar demasiado dissipado para um dia ficar saudável ou pode ser atropelado por um ônibus no curso de suas perambulações).

Aristóteles não compreende que as causas finais sejam apropriadas somente ao comportamento intencional; pelo contrário, a principal seara em que as causas finais exercem seus efeitos é a natureza – o mundo animal e vegetal. Outra perplexidade é que Aristóteles reconhece explicitamente que as causas finais se

seguem a seus efeitos, e reconhece implicitamente casos em que uma causa final é efetiva, mas ineficiente, conforme demonstrado acima.

A causa "final" não é uma causa diferente, é um modo diferente de se fazer referência à natureza. Aristóteles conclui sua discussão a respeito da causa final dizendo: "É, portanto, evidente que a natureza é uma causa, uma causa que opera em vista de um propósito". (Física, II.8,199b32-3). No mundo de Aristóteles, a forma não existe apenas e tão-somente como um estado realizado; existe também como uma luta na direção desse estado. Essa luta é uma entidade ontológica básica: é uma força irredutível no organismo jovem, dirigida para uma luta bem sucedida. Dado que uma luta não é meramente expressão de um estado material atual, não podemos dar sentido a lutas a menos que saibamos na direção de que estão sendo travadas. Precisamos nos referir à forma como causa final a fim de tornar inteligível o conjunto das atividades de desenvolvimento – a forma enquanto potencialidade. Segundo Aristóteles, a razão que se tem para se citar a forma em seu estado final e realizado, está em que é somente em referência a essa forma que se pode entender o comportamento teleológico.

Pelo que ficou delineado já se percebe o equívoco em atribuir a origem do finalismo do Direito Penal ao aristotelismo. O sentido do *telos* aristotélico é o de realização da forma, ou melhor, é a capacidade de todo organismo de tender para aquilo que é, de realizar-se. Dito isso, passo ao enfoque fenomenológico procurando demonstrar que a teoria finalista da ação surge justamente da noção de intencionalidade construída por E. Husserl.

FENOMENOLOGIA, DIREITO E FINALISMO

A Teoria Finalista da Ação, sobre a qual fizemos menção linhas

atrás, que tem em Welzel o seu criador, foi cunhada com fundamento nas idéias filosóficas de Honigswald e, principalmente, Nikolai Hartmann. Portanto, de base fenomenológica com viés fortemente marcado por uma ontologia crítica influenciada pela ética material dos valores. Hartmann (1882-1950) nasceu em Riga e morreu em Göttingen na Alemanha. Estudou em São Petersburgo e depois em Marburgo onde defendeu tese e doutorou-se em 1909, sob a orientação de Hermann Cohen e de Paul Nartop. Torna-se professor em 1920 e obtém a sucessão de Nartop em Marburgo em 1923. Em seguida, ensina em Colônia (1925) em colaboração com Max Scheler, onde desenvolveu apreço pela doutrina dos valores.

Em 1921 Hartmann rompe de maneira decisiva e até mesmo provocante com o projeto de uma teoria do conhecimento acalentado por seus mestres de Marburgo. Isto porque, para Hartmann, o idealismo, mesmo transcendental, despreza o estado de receptividade essencial no qual se encontra a representação humana; segundo ele, todo conhecimento é conhecimento de alguma coisa que existe antes do homem, dada no mundo e que não é produzida por ele. Hartmann tenta explicar esse dado, mas sem aderir à teoria husserliana, na qual censura o fato de reduzir o em-si ao para-min.

Para Hartmann a fenomenologia era necessária, mas só a título propedêutico, pois em ultima instância, ela nos leva a aporias insolúveis: como ver, por exemplo, os nexos entre um sujeito cognoscente (que não produz os objetos) e um objeto conhecido (que não se reduz a simples fenômeno)? A tarefa que incumbe à metafísica moderna é, pois, desvendar da maneira mais clara e completa esses "enigmas" numa aporética dos problemas que constitua para sempre "o destino do Homem".

O fato é que mesmo diante desse impasse Hartmann não

deixa de produzir uma ontologia positiva que evite as armadilhas da metafísica para reatar com o projeto fundamental da filosofia, que é pensar o ser enquanto ser. É esse desiderato que Hartmann se propõe realizar nas quatro grandes obras da maturidade (de 1935 a 1950). Em vez de dar uma resposta artificialmente unitária, ele propõe orientar-se para uma ontologia pluralista: "**as categorias são múltiplas; cada campo fenomênico tem as suas próprias categorias, que não podem ser permutadas**", escreve ele em sua obra *Systematitische Selbstdarstellung* (*Kleinere Schiften*, 1, p. i). Em *Aufbau der Realen Welt* (1940), distingue quatro estados do ser (*Seinsschichten*) que estruturam o mundo real (por oposição ao mundo ideal da matemática, da lógica e da ética): o inorgânico, o orgânico, o psíquico e o espiritual; nenhum deles pode pretender exclusividade ou prioridade sobre os outros, nem que seja a título de fundamento ou explicação. Para Hartmann, essa pluralidade permite eliminar a objeção transcendental ou idealista, ou seja, as categorias não desvendam as condições da objetividade, mas dizem respeito diretamente à realidade.

Hartmann já havia percebido que a ação está constituída pela direção do "suceder real", pelo desejo do agente, por interposição de componentes determinantes. A ação é uma atividade final humana. Partindo disso, Welzel afirma que a ação humana é o exercício da atividade finalista. É, portanto, um acontecimento finalista e não causal. A finalidade baseia-se em que o homem, consciente dos efeitos causais do acontecimento, pode prever as conseqüências de sua conduta, propondo, dessa forma, objetivos distintos de índole. Conhecendo a teoria da causa e efeito, tem condições de dirigir sua atividade no sentido de produzir determinados efeitos. A causalidade, pelo contrário, não se encontra ordenada dessa maneira. Ela é cega, enquanto a finalidade é vidente.

Não é demasiado lembrar que é dessa forma de consciência

do ato intencional, dado que ter consciência é ter consciência de algo, que se estabelece a diferença de um homicídio e um fato da natureza como uma tempestade; de um furto de um relógio, da aquisição do relógio em uma loja. É certo que o finalismo não se preocupa apenas com as condutas dolosas, ou seja, apenas com o conteúdo da vontade, mas também com a culpa. O direito não deseja apenas que o homem não realize condutas dolosas, mas, que imprima em todas as suas atividades uma direção finalista capaz de impedir que produzam resultados lesivos. As ações que, produzindo um resultado causal, são devidas à inobservância do mínimo de direção finalista no sentido de impedir a produção de uma determinada conseqüência, ingressam no rol dos delitos culposos.

O finalismo percebeu bem essa dinâmica e operou uma modificação no tipo, fazendo com que o dolo que integrava a culpabilidade rumasse para a conduta. Em determinado momento da evolução dogmática do Direito Penal, a doutrina entendia que a antijuridicidade era exclusivamente objetiva, não dependendo da vontade do sujeito. Essa idéia vingou até que foram descobertos os chamados elementos subjetivos do injusto, expressão adotada por aqueles que apreciavam a ilicitude concretizada no tipo. Como dizia Aníbal Bruno, partidário da ilicitude objetiva, a repulsa a uma concepção subjetiva da antijuridicidade não importa em negar a existência do que alguns chamam "elementos subjetivos do injusto típico", em negar que uma ação possa ser contrária ou conforme ao direito segundo a atitude subjetiva do agente.

Welzel observando o posicionamento acima, entendeu que não somente a intenção como também o dolo integraria a ação, fazendo assim, parte do tipo. Se nos crimes com elementos subjetivos do injusto o dolo pertence à ação e ao tipo penal, por que nos outros crimes, sem esses elementos, pertenceria a culpabilidade? Diante disso, segundo o finalismo, o dolo foi incluído

na conduta e no tipo penal. Como dizia Maurach, só depois de saber, mediante um exame dos processos psicológicos da mente do sujeito que quis matar a vítima, será possível afirmar que houve um tipo de homicídio doloso.

É certo que o homem é impulsionado e motivado a agir de uma forma ou de outra, dependendo do motivo que o impulsiona. Podemos dizer que o homem é impelido a comer quando tem fome. Se impulsionado a saciar o desejo de matar a sede, a conduta esperada é que beba o líquido necessário. Quando a ação é fruto de uma tomada de decisão consciente e compatível com a observação das regras sociais, estamos diante de uma motivação que nos dá a direção. É evidente que o desejo de satisfazer a uma necessidade vital como a ingestão do alimento necessário à própria subsistência, não pode ser comparado com o desejo relacionado com um ato intencional reflexivo ou mesmo a intencionalidade produtora de cultura. Quando o homem satisfaz uma das suas necessidades básicas, se aproxima, no aspecto comportamental, a outros mamíferos que agem por instinto. Quando produz cultura, se destaca por ser o único capaz de se relacionar dentro de uma temporalidade.

Do exposto, verifica-se que a intencionalidade é a marca que irá determinar o valor tão caro à sociedade que demandará proteção jurídica. Desse modo o Direito se efetiva como uma idealização de instrumentos de disciplina social, servindo de controle e possibilitando a convivência social. Daí a necessidade do Direito se aproximar o máximo possível da realidade. Aproximando-se o máximo do vivido histórico-social.

Onde entra a fenomenologia nesse ramo de produção cultural? Entra exatamente na medida em que o Direito, um ramo do saber, quer sobre fatos do mundo, quer da vida histórico-social,

se evidencia como uma ciência eidética que se ergue como disciplina axiológica que tem como primazia ir ao fundamento do comportamento humano, buscando a essência do jurídico no atuar do homem. O Direito é fruto da experiência do convívio em sociedade. É o fenômeno jurídico que interessa ao fenomenólogo, pois ao observá-lo ele busca extrair sua essência. A busca pela essência permite ao observador chegar ao que é fundamental no fato observado e com isso a como se processam os conflitos de interesses. A descrição dos fenômenos jurídicos como parte de um universo de sentidos exige uma intensa atividade de redução para que se possa extrair o fundamento da prática delituosa. Como se dá esse processo? Para dar essa resposta é preciso uma compreensão de como se dá a intecionalidade da consciência.

A transgressão é normatizada através do enquadramento da conduta do homem a um tipo descrito na lei, ou melhor, por intermédio de um comando que o legislador põe em destaque e que é o que existe de mais fundamental para sociedade em termos de preservação. A tipicidade é a correspondência entre o fato praticado pelo agente transgressor e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora. Dado o caráter fragmentário do Direito Penal, que consagra apenas o que é fundamental tipificar, sob pena de invasão na liberdade dos indivíduos, só aqueles comportamentos considerados graves é que são enquadrados no comando incriminador.

O *tatbestand* do direito alemão que foi objeto de estudo para a criação da tipicidade do nosso direito, corresponde à descrição abstrata que expressa os elementos da conduta lesiva. O tipo legal não se confunde com o fato concreto. Este é praticado pelo sujeito a par de várias circunstâncias, de natureza subjetiva e objetiva, ocasionais ou preparadas, variáveis segundo as condições determinadoras do comportamento. Então uma pergunta se

evidencia: o que leva uma sociedade, por intermédio de seus legisladores, a valorar uma conduta tipificando-a e desprezar outra, considerando-a atípica? Responderia um fenomenólogo sem pestanejar: **a intencionalidade**. A intencionalidade, responsável pela descrição das essências, doa sentido à vida jurídica, que nada mais é do que a conduta humana nas suas relações intersubjetivas.

É nesse passo que o conceito de mundo da vida (*Lebenswelt*) de Husserl ganha conotação, uma vez que as relações intersubjetivas se processam no vivido. Antes mesmo de qualquer tipificação, já encontramos na sociedade a necessidade de observação de condutas que ferem o pacto social, pois o homem, da mesma forma que é capaz das atitudes mais nobres é também responsável pelos feitos mais hediondos. O Direito é, sem duvida nenhuma, um componente do mundo da vida e qualquer tentativa de entendê-lo só é possível doando sentidos à conduta humana. Só assim é que o observador poderá penetrar nos conflitos de interesses que são objetos de elaboração normativa, extraindo deles a essência.

Quais os sentidos da obrigatoriedade jurídica? Essa resposta só poderá ser dada com o desvendar dos sentidos da própria obrigatoriedade, que passa pela tentativa de coexistência social. É de fundamental importância lembrar que na Grécia antiga a palavra lei (*nomos*), era derivada de *nemein*, que significa distribuir, possuir (o que foi distribuído), e habitar. Havia uma combinação de lei com muro (morada), que fica evidenciado em um fragmento de Heráclito: *machestai chre ton demon hyper tou nomou hokosper techos* (o povo deve lutar pela lei como por um muro), ou seja, a lei deve ser defendida como se defende a própria morada. Já para os romanos a palavra *lex* tinha um significado totalmente diferente; indicava uma relação formal entre as pessoas, enfoque bem mais próximo do nosso.

O grego fazia distinção entre a vida privada e a pública; na

privada não se tinha a noção de lei, tendo em vista que representava a satisfação das necessidades básicas. O chefe de família tinha o direito de agir como bem entendesse para obter o que fosse necessário para o suprimento de suas necessidades. Era onde o homem se equiparava ao animal. Na pública era onde se estabelecia a igualdade dos cidadãos, onde o homem adquiria sua humanidade, onde se resolviam os problemas da *polis* e onde se fazia necessário o muro; daí a noção de lei grega como o sustentáculo para a proteção da própria *polis*.

Como ficou dito, os romanos que criaram o direito privado, deram à lei uma noção de proteção totalmente diferente, relacionada aos interesses particulares. As relações intersubjetivas necessitavam de um Pretor que era encarregado de aplicar a lei ao caso concreto, foi quando surgiu a noção de lei reguladora dos interesses particulares como forma de manutenção das relações entre os cidadãos. Percebemos de imediato que o enfoque de lei em Roma diferia essencialmente do empregado no mundo grego.

Os exemplos descritos acima deixam claro que a coexistência social e sua obrigatoriedade, quando indagada em sua essência e, portanto, dos efeitos jurídicos que emanam do atuar humano, só pode ser compreendida a partir da consciência e da intencionalidade da qual se manifesta. Vale dizer que o Direito tem como fundamento a própria consciência humana que o intenciona. Observa-se que o que intencionava o grego, no relato acima, era bem diferente do que intencionava o romano.

O Direto, portanto, é fruto da criação do espírito e seu objeto surge da uma intencionalidade valorativa que vai se cristalizar na norma jurídica codificada. Quando se fala em fenomenologia do Direito, o que se quer demonstrar é que o fenômeno investigado é fruto da atividade intencional da consciência que descreve o ser

do jurídico como uma estrutura de essências ou sentidos que caracterizam originalmente seu objeto.

É nessa dimensão que o vivido ganha contornos de significativa importância na obra de Husserl. O vivido, *Erlebnis*[1], em alemão, representa tudo aquilo de que se tece a nossa consciência enquanto nela escoa uma vida. O que Husserl chama de *fluxo de vividos* não é simplesmente o fato de que temos um teatro íntimo, representações e pensamentos. É, antes, o fato de que uma vida primordial da consciência não cessa de se manifestar por vividos atados uns aos outros em um fluxo.

A noção de fluxo dos vividos é primeiramente impessoal e coletiva, ela visa à riqueza fluente do viver da consciência, antes da relação de si a si do pensamento, ou da orientação deste em direção a um mundo ou a resultados. É por intermédio do fluxo, que segundo o próprio Husserl é temporalidade, ou seja, o fluxo é tempo e o tempo é fluxo, que o Direito não se oculta na temporalidade, mas sim se revela. Compreender como emerge para nós o sentido temporal dos conteúdos de nossa experiência, como coisas temporalmente distendidas começam a valer em nós, é que nos dará a exata noção do significado das palavras presente, futuro e passado.

A apreensão do Direito não se faz da mesma maneira que a apreensão do mundo das coisas naturais. O homem vive no mundo das coisas naturais, orientado para um acabar-se no tempo, tudo que lhe é dado no mundo natural é perecível. O Direito, no entanto,

[1] Angela Ales Bello ensina que no idioma português e espanhol esta experiência se diz vivência, ao passo que na língua italiana não há um termo apropriado para a tradução. De fato as traduções italianas muitas vezes, no lugar de dizer "aquilo que estamos vivendo" (*quello che stiamo vivendo*), que é uma expressão muito cumprida, transforma essa preposição e usa o termo vivido que porém tem um significado passivo e também passado (refere-se ao algo que já vivi). Esta tradução de fato, objetivamente, não é apropriada, pois induz a idéia de que se trata de algo passado e algo passivo. É um termo muito ambíguo, ao passo que a palavra *erlebnis*, em alemão, significa exatamente aquilo que nós estamos vivendo. No idioma inglês é impossível traduzir o termo e utiliza-se uma expressão pouco apropriada: *life experince* (experiência vivencial).

quer valer para sempre e só pode ser dado ao homem sobre a base de um comportamento que transcenda o âmbito do vivido constituído pela consciência natural do tempo e que tenda a uma radical *destemporalização*. Os institutos e normas jurídicas têm caráter contingente e variam de acordo com as relações econômicas e políticas. Já os princípios jurídicos essenciais, visados pela fenomenologia, estão lastreados em valores supremos que no dizer de Max Scheler habitam o reino material de valores. É preciso intuí-los.

A fenomenologia é base da busca das essências ideais através da colocação entre parênteses da realidade fenomênica, o que de certa forma representa suspender o juízo que se faz do mundo, visando afastar a interferência mundana na observação. Existem objetos intencionais da consciência e intencionais no sentido de que a consciência tende para eles e que constituem meras realidades psicológicas ou entidades empíricas. O objetivo do enfoque fenomenológico no Direito já ficou delineado linhas atrás: é estabelecer o fundamento da legalidade na observação da essência como conhecimento direto, no dizer de Husserl, intuição eidética. Sobre a intuição das essências, fundam-se as proposições necessárias e universais que não se reduzem às meras generalizações da experiência.

CONCLUSÃO

O que fica evidenciado por intermédio do finalismo é a conclusão de que somente após a análise do conteúdo da vontade é que posso afirmar que houve determinado tipo penal. O dolo funciona como elemento subjetivo do tipo. A figura típica possui duas partes: uma subjetiva, de cunho final, e outra objetiva de natureza causal, dirigida por aquela. É de se ressaltar que o fato de se convencionar incriminar ou se tipificar uma conduta é a

exteriorização do próprio conhecimento humano, da organização humana e do desenvolvimento efetivo do mundo, necessários à convivência.

As regras sociais possuem valor do ponto de vista da convivência humana, pois toda cultura produz suas regras sociais. Toda regra social é estabelecida e cunhada dentro de um relacionamento intersubjetivo. O Direito deve ser compreendido a partir da existência pessoal do homem, entendida a totalidade dos dados jurídicos como formas de comportamento do homem e como uma maneira de *estar-no-mundo*. A existência humana é um estar no mundo e é nesse mundo em que vive o homem que encontramos também o Direito. É fundamentalmente a intencionalidade da consciência a responsável pelo atuar do homem no mundo e se assim o é, toda conduta dirigida para transgressão não deixa de ter como fundamento esta mesma intencionalidade.

Desta forma, fica demonstrado que o fundamento da teoria finalista da ação longe de se constituir no finalismo aristotélico se funda na fenomenologia Husserliana.

INTELIGÊNCIA, INTUIÇÃO E JUSTIÇA NA PERSPECTIVA BERGSONIANA

Fernando Cesar de Sarmento Marianno Cordeiro - Doutorando em Filosofia pela UFRJ

Bergson em *As duas fontes da moral e da religião* tece, por meio de perspicaz construção teórica, algumas considerações sobre noções morais até chegar à noção de justiça – considerada por ele como a mais instrutiva de todas as noções morais. Tradicionalmente, é forte a influência de conceitos e noções de Filosofia no Direito, bem como é marcante a presença de questões ligadas à justiça, ao justo e à lei, na Filosofia. No entanto, se esta Filosofia é puramente inteligente e racional, se ela ignora a intuição, tudo o que ela faz é contribuir para aumentar certa crise do Direito, que se inicia com a própria formação universitária. A universidade é o ambiente natural dos conceitos jurídicos inteligentes que obscurecem a intuição e, consequentemente, turvam a própria realidade. É também o lugar onde o conhecimento transmitido pelos mestres é adquirido e assumido pelos alunos como se fosse autêntico. Entretanto, ele muitas vezes não passa de um saber de segunda mão. Tal conhecimento relativo é um discurso que desse modo se perpetua.

A inteligência com sua linguagem e seus conceitos passa a se reproduzir incessantemente. Disto para a verborragia é um pequeno passo. Bergson descreve um fenômeno daí decorrente: *flatus vocis*. E ele costuma afirmar que quando o homem não é *faber* ele é *loquax*. Mas afirma também que a saída para isto está na intuição. É evidente que isto vale para todos os campos do saber, e não só para o Direito. Sendo assim, cabe investigar de que modo os conceitos jurídicos são criados e aplicados pela inteligência, e avaliar em que medida as próprias leis e os processos, que são os instrumentos de sondagem do real pelos magistrados, acabam por obscurecê-lo.

No livro acima citado, Bergson procura por uma ação moral livre e, para ele, essa ação não pode ter nada o que ver com a obrigação. Segundo Bergson, há uma obrigação só – a *pressão*. Bergson já está se referindo à obrigação kantiana que é fruto do *imperativo categórico* e da vontade determinada por uma razão autônoma. Assim, ele entra direto na obrigação *por dever*, a obrigação do *imperativo categórico*. Enquanto Kant afirma que a obrigação *por dever* é uma prática envolta em tanto sacrifício pessoal, Bergson afirma que ela, na verdade, é exercida com pouca dificuldade pelo homem, pois o homem necessita dessa própria *pressão* para ser social. E, para se manter, a sociedade necessita dessa *coesão* dada pela *pressão*. Por outro lado, há a *aspiração*. Assim, compõem-se a dualidade "pressão e aspiração".

A aspiração difere da pressão ou obrigação. Logo, se há a obrigação de obedecer, ela é antes de tudo moral. A justiça deriva desta obrigação moral de obedecer. Quanto à aspiração, ela é uma outra fonte da moral, uma outra fonte da justiça e que originará algo diferente de uma moral de deveres. E todo o livro *As duas fontes da moral e da religião* é um esforço de Bergson no sentido de esclarecer o porquê desta diferença. Este esforço aparece

também em outras obras, ainda que mais no sentido da forma do que da matéria: *Introdução à metafísica*, *O pensamento e o movente, Evolução criadora* e *Matéria e memória*.

Em *As duas fontes da moral e da religião*, este filósofo francês divide o real em "fechado" e "aberto". E se há uma outra justiça que não derive de uma moral de deveres, de uma "moral fechada", ela certamente deriva de uma "moral aberta". É bom frisar que não se passa por acréscimo do fechado ao aberto. A inteligência e a razão constroem um mundo, uma civilização e uma cultura humana, deliberadamente. Assim elas criam um mundo racional fechado, e a intuição é a única chave que pode abri-lo. A intuição é o esforço filosófico, ou, a única força capaz de abrir o que foi fechado pela inteligência. A aspiração está para a intuição assim como a pressão está para a inteligência, e no campo moral – de onde surge a justiça – a aspiração abre e a pressão fecha. A aspiração pode acontecer de modo espontâneo, caso contrário, Bergson recomenda a intuição como método filosófico, como aquilo que é capaz de obter do real a visão sem intermediários, aquilo que impede a presença da inteligência até certo momento.

Os conceitos jurídicos, as leis e os códigos representam o fechado, e o juiz está inserido neste mundo fechado. E quanto mais ele se fizer valer da inteligência, mais ele se fechará neste mundo. A aspiração abre esse mundo para ele – ele não perde tal mundo de vista, pois é seu objeto de estudo, mas essa aspiração faz com que ele veja não só os conceitos, as letras e as leis – ou seja, o que está escrito, mas também o que está vivo. Na prática, o magistrado tem que aproximar o escrito do vivo. E muitas vezes, o escrito não dá conta do vivo.

Tome-se como exemplo o evangelho: Em determinado momento Jesus encontra-se atuando num sábado. Então, como já

é sabido, ele é questionado por isto. – Não estaria ele infringindo as *sagradas escrituras*? Em linhas bem gerais, a resposta é que qualquer pastor tiraria uma ovelha sua que tivesse caído em um buraco no sábado. Este é um exemplo desta outra moral, uma ação livre, não comprometida com a necessidade e com a obrigação de se optar por uma *escritura* em vez de uma evidência que "salta aos olhos". Entretanto, foi a aspiração que criou a evidência. Antes da aspiração, era evidente apenas que o sábado deveria "ser guardado". Com a aspiração, a ação moral se fez livre. A aspiração tira o homem da inércia e na medida em que ele se apruma adquire intuições imprevisíveis. Sua ação modifica o destino e surpreende as previsões. A aspiração se dá a partir de um chamado que é atendido. E só atende a este chamado moral e pessoal quem se reveste de uma peculiar capacidade de ver o mundo – a intuição. A intuição está no início e no fim do processo. A esta altura de *As duas fontes da moral e da religião*, pode parecer, mas Bergson ainda não está inserindo nenhum conteúdo místico na sua filosofia. Ele está apenas ressaltando que a moral kantiana está ligada ao impessoal e ao formal, enquanto que a moral aberta começa com a intuição que faz ouvir um chamado pessoal. E essa moral aberta continua quando há a imitação de um herói pessoal qualquer. Diante da dúvida no agir, o homem pensa em um herói e pergunta: – Como ele agiria nesta situação? Entretanto, a pergunta tem como resposta a certeza de qual seria essa ação. Essa aspiração moral tem algo semelhante à emoção. Todavia, a emoção é tida como uma espécie de desequilíbrio onde a razão já não mais prevalece. Neste caso, se a razão não prevalece é porque foi subjugada por um ímpeto de ação, por um elã que não tem dúvidas quanto à sua ação. Trata-se de uma força de ação moral que supera a escolha fria e racional, mas não se trata de emoção. Historicamente este chamado tem suas origens no profetismo judeu, onde algumas vezes era o próprio Jeová quem

chamava. Para Bergson, entretanto, não importa quem chama, mas quem ouve o chamado. Trata-se de filosofia e de intuição.

A moral fechada só estará assegurada se estiver escrita. E as *sagradas escrituras* são aquilo que organiza e fecha a religião definitivamente. São também a base de uma moral feita de obrigações referentes a tais escrituras e que fecham a sociedade cada vez mais. E como se isso não bastasse, os códigos jurídicos, ainda hoje, são entendidos e valorizados como se fossem as próprias sagradas escrituras. A aspiração é o que leva o homem a se importar mais com o vivo do que com a letra e com a escrita, entretanto a aspiração não aparecerá a menos que a intuição desligue o homem da ação baseada em conceitos inteligentes, racionais, úteis e práticos.

Segundo Bergson a inteligência age fechando, e só a intuição abre os becos sem saída criados pela inteligência: "Com efeito, o que é a inteligência? A maneira humana de pensar. Ela nos foi dada, como o instinto à abelha, para dirigir nossa conduta." (Bergson, 1989, p. 264). Assim, a inteligência constrói um real fechado por conceitos que são os próprios tijolos das leis. Já se tornou um hábito ir ao real com estes conceitos e esta ida nem sempre é bem-sucedida. Lidar com estes conceitos criados pela própria inteligência é um hábito profundamente arraigado na consciência humana e "Renunciar a certos hábitos de pensar e mesmo de perceber já é difícil." (Bergson, 1999, p. 216). Todavia, é possível se livrar destes habituais conceitos com a intuição. Portanto, Bergson elucida não só como surgem os conceitos, mas como eles permanecem e obscurecem a visão da realidade. Há uma predominante maneira de pensar um fato qualquer em função da vida social. Tal é o modo inteligente que é carregado para todos os campos do saber. Contudo: "O que chamamos ordinariamente um *fato* não é a realidade tal como apareceria a uma intuição imediata, mas uma adaptação do real aos interesses da prática e às exigências da vida

social." (Ibidem, p. 213-214). Assim, é com a mente repleta de conceitos que o magistrado vai às coisas, pois no seu gabinete ele se fecha em conceitos.

O objeto da justiça se oculta diante da inteligência e se revela à intuição. E o método intuitivo não o perde de vista. E é fácil perde-lo de vista porque ele nem sempre é escrito, não está fechado por letras e leis, e não está enclausurado num código. As leis estão repletas de conceitos e os conceitos são fabricados pela inteligência. A inteligência aborda o real em função da utilidade e da praticidade. Para isso é que ela cria conceitos. E para isso é que ela acumula conceitos.

Portanto, muito embora o dever de julgar do juiz seja absoluto, ele não pode se eximir de decidir as questões que lhe são submetidas pelas partes, mesmo se a lei for omissa. Sabe-se que a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942) determina que, nos casos de omissão da lei, o juiz deve decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito (art. 4º). Além disso, o Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973) reforça a regra ao impor a obrigatoriedade de sentenciar do magistrado, ainda que ocorram as hipóteses de lacuna ou obscuridade da lei. Assim, quem aplica a lei é o juiz, entretanto, é sabido também que ele tem que decidir de acordo com as provas dos autos. É velho o ditado: "O que não está nos autos não está no mundo" (*quod non est in actis non est in mundo*). E quando aprecia a prova ele é livre para decidir e indicar as razões que lhe levaram a esta ou aquela decisão. Todavia, a intuição do juiz jamais se limitará à superfície do real, ou seja, aos autos. E, decidir livremente, significa aí que sua convicção se funda na sua própria intuição que, obviamente, vai além dos autos. Caso contrário, sua decisão não será verdadeiramente livre, mas inteligente, racional e superficial. O método da intuição é um esforço filosófico para se obter do real aquilo que a aspiração obtém de modo espontâneo.

A apreensão do real só será verdadeira se houver uma ida ao fundo desse próprio real, fundo que é uma instância situada além das próprias questões jurídicas, e de onde elas próprias se originaram. Deste modo, as questões jurídicas juntamente com suas respostas, tornam-se muito evidentes, mesmo que não estejam evidentes nos próprios autos. Pela via da intuição, o juiz adentra a realidade viva que está além do que é apenas processual. Para se apossar dessa intuição que invade o real para além dos autos, o juiz deve começar por "sentir palpitar a alma" da própria sociedade fechada, com sua moral fechada, pois isto é o que ele tem de material mais imediato. Se pela intuição se conhece o real de modo imediato, é bom que se frise que o que este real dá de imediato ao juiz é sua superfície. Esta superfície é limitada, fechada e, entretanto, ele não deve ater-se a ela, aos limites das leis, aos autos e a toda superfície processual, sob pena dessa superfície jamais se abrir revelando sua alma viva. Note-se aí a diferença de postura: tanto com a inteligência quanto com a intuição o real será apresentado ao magistrado naquilo que ele tem de superficial. De saída, a distância entre o Judiciário e o jurisdicionado será a mesma – mas somente até o momento em que a intuição entra em cena. E então, o fechado se abre e a realidade se alarga para além das meras questões processuais – que formam uma delicadíssima trama, um emaranhado de fios entrelaçados aos quais não se pode apegar, a menos que se tenha em mente que todo processo não passa de um instrumento de produção do Direito. Este instrumento deve ser utilizado pelo juiz. Com a intuição, o processo se manterá apenas como um instrumento de abordagem do real. Com a inteligência, esse instrumento ganha tanta importância, e se torna tão confuso e complicado, que acaba por ser tomado como se fosse a própria realidade. Isto se dá porque a intuição sabe discernir os falsos problemas ou os problemas inexistentes, dos verdadeiros problemas. Ela sabe diferenciar entre uma coisa e outra o que é

prioritário e o que é preciosismo, pois ela vai ao próprio fundo do real e vê as coisas desde a raiz. E isto é bem diferente de utilidade e praticidade. Isto é uma visão imediata.

Bergson é conhecido como o filósofo da intuição. A intuição é uma visão imediata e, portanto, direta da realidade, enquanto que o pensamento inteligente e racional trabalha com o material colhido da realidade pela percepção – ou seja, indiretamente. A percepção é a visão estreita da realidade e a intuição é a visão alargada. A inteligência depende da percepção. A percepção vai ao mundo e colhe material para a inteligência. A intuição, por sua vez, vai ela própria diretamente a um mundo muito mais vasto e profundo. Por isso, segundo Bergson, existem duas maneiras de se conhecer um objeto ou uma coisa:

> *"A primeira implica que rodeemos a coisa; a segunda, que entremos nela. A primeira depende do ponto de vista em que nos colocamos e dos símbolos pelos quais nos exprimimos. A segunda não se prende a nenhum ponto de vista e não se apóia em nenhum símbolo. Acerca da primeira maneira de conhecer, diremos que ela se detém no* relativo*; quanto à segunda, onde ela é possível, diremos que ela atinge o* absoluto*." (Bergson, 1989, p. 133).*

A primeira é a maneira da inteligência e a segunda a da intuição. A inteligência conhece dominando o objeto e a intuição usa da simpatia. A intuição obtém resultados mais satisfatórios porque os objetos que estão no mundo – nesta realidade movente a que Bergson chama duração – têm vida própria. Eles são o "vivo" e nem sempre estão dispostos a serem imobilizados numa escritura – sagrada ou não. Assim, o conhecimento legítimo é aquele que, em vez de imobilizar imediatamente o objeto com a letra da lei, procura apenas conhecer o objeto. Aqui já foi mencionado, mas não custa repetir que o objeto é um objeto em si antes mesmo de ser um objeto de estudo jurídico. A intuição trata o objeto assim,

sem qualificá-lo, mas antes permitindo a ele que se manifeste com todas as suas qualidades. Tal simpatia e camaradagem com o objeto só são obtidos pela intuição. E desta forma, o próprio objeto se revela como é – de modo absoluto. Por sua vez, a inteligência destaca a parte "que interessa" do objeto. Entretanto, as suposições da inteligência no sentido de presumir o que seja o útil ou o interessante, já descartam de saída o todo do objeto, bem como o seu habitat ou o seu contexto. Com a intuição, o objeto vem de bom grado apresentar-se tal qual é realmente, e com a inteligência ele já vem em partes – a inteligência traz as partes que ela julga serem úteis.

A intuição é capaz de "buscar a experiência em sua fonte, ou melhor, acima dessa *virada* decisiva em que ela, infletindo-se no sentido de sua utilidade, torna-se propriamente experiência humana." (Bergson, 1999, p. 215). Além disso: "Ela representa a atenção que o espírito presta a si mesmo, por acréscimo, enquanto se fixa na matéria, seu objeto. Esta atenção suplementar pode ser metodicamente cultivada e desenvolvida." (Bergson, 1989, p. 264-265). A inteligência não se dá conta disso. A inteligência é o auge da utilidade e da praticidade da ação humana, e ela conta para isso com a sua razão técnica, fabricadora, científica e imobilizadora. Mas a inteligência não sabe disso, pois ela não é auto-reflexiva. Ela é útil e prática, e ela fornece respostas rápidas aos problemas. Todavia, às vezes, os problemas não deveriam nem ser colocados. E ela insiste em colocar problemas e fabricar rapidamente conceitos como respostas. E o grande problema criado pela inteligência é o de obter uma justiça a partir de uma realidade superficial e quantitativa que permite comparações entre iguais. Entretanto, tal justiça será sempre relativa, pois uma justiça que se pretenda absoluta já sabe que os homens não são iguais. A intuição quer esta justiça absoluta, pois ela sabe que na realidade como duração são evidentes a

diferença e a qualidade. Então, se a justiça quer ser absoluta ela tem que ir à duração, ao próprio absoluto.

Portanto, dos objetos que surgem aos olhos da inteligência, ela não lhes pode conhecer a origem, ou seja, o fundo absoluto que lhes provê, onde suas diferentes qualidades são tão evidentes. Assim, ela se detém, inevitavelmente, no relativo: "*É relativo o conhecimento simbólico por conceitos preexistentes que vai do fixo ao movente, mas não o conhecimento intuitivo que se instala no movente e adota a própria vida das coisas*. Esta intuição atinge um absoluto." (Ibid., p. 153).

A importância disso reside no fato de que a inteligência é fabricadora de conceitos. E um conceito é um corte na duração, no real. Se este corte for (bem) feito na duração ele será preciso, pois será feito nas articulações da duração. A intuição é que poderá revelar à inteligência onde cortar sem deformar o real. Assim, a inteligência recebe da intuição a visão integral do real sem cortes, mas com todas as suas articulações bem pontilhadas e delimitadas. Em outras palavras, a inteligência em vez de sair cortando o real, deve esperar até que a intuição lhe forneça a visão precisa do objeto na duração. Mas para que isso aconteça, a inteligência não pode se manifestar até que a intuição pare de atuar. É necessário que a inteligência fique quieta. Esta é a essência do método, este é o grande esforço a ser feito. É preciso tal esforço para que cesse toda a atividade inteligente, útil e prática, bem como sua necessidade de a todo o momento se remeter aos substantivos, adjetivos, verbos, conceitos jurídicos e leis, ou seja, é preciso que cesse toda a linguagem. A intuição pede silêncio para trabalhar e para ir fundo na duração, na qual sujeito e objeto coincidem. Assim, permanece apenas a intuição da duração, ou seja, a "visão direta do espírito pelo espírito" (Ibid., p. 234) e o "conhecimento que é contato e mesmo coincidência" (Idem). Bergson confronta a intuição com a

análise inteligente e as define:

> *"Chamamos aqui intuição a* simpatia *pela qual nos transportamos para o interior de um objeto para coincidir com o que ele tem de único e, conseqüentemente, de inexprimível. Ao contrário, a análise é a operação que reduz o objeto a elementos já conhecidos, isto é, comum a este objeto e a outros. Analisar consiste, pois, em exprimir uma coisa em função do que não é ela." (Ibid., p. 134-135).*

E Bergson vai além: "Nunca repetiríamos suficientemente: da intuição podemos passar à análise, mas não da análise à intuição." (Ibid, p. 146). Somente assim a análise inteligente pode proceder sem erro, pois cada corte da análise é um conceito, e a inteligência assim, filiada à intuição, só cortará onde a intuição tiver apontado. Os conceitos, então, serão precisos. Qualquer conceito será preciso, inclusive o conceito jurídico. É célebre a reclamação de Bergson de que falta precisão à filosofia, pois seus conceitos ou são por demais abstratos e fazem com que um objeto vivo pertença a vários conceitos ao mesmo tempo, ou, sejam conceitos largos demais, como se vestissem o objeto de modo muito deselegante. O objeto pertence à realidade que é viva e movente e que exige do sujeito cognoscente "um esforço absolutamente novo para cada novo objeto que estuda" (Ibid., p. 143). A intuição é este esforço que "talha para o objeto um conceito apropriado somente ao objeto, conceito de que se pode dificilmente dizer que seja ainda um conceito, pois somente se aplica a uma única coisa" (Id.). Portanto, Bergson persegue um conhecimento que só se obtém com a intuição e com o "conhecer por conhecer" (Ibid., p. 144). Por outro lado, a inteligência é dotada de uma razão fabricadora de conceitos que limita o seu alcance da realidade, assim a inteligência acredita que a superfície já é o fundo da realidade, a própria duração, pois ela só quer saber do objeto se ele "é *isto* ou *aquilo*, em qual dos gêneros conhecidos ele entra, que espécie de ação ou de atitude

ele deveria nos sugerir" (Id.). Isto é o contrário da ação livre que é própria da aspiração e da intuição.

Tal é o interesse da inteligência em conhecer, e esta é a fonte de enganos tanto na criação quanto na aplicação dos conceitos jurídicos. A inteligência vai ao real, ou seja, ela sai à procura do justo, armada com conceitos já fabricados por ela mesma. Ela lança sua rede de conceitos jurídicos sobre os objetos que estão no mundo. Ou então ela trata os objetos vivos como se de antemão já fossem objetos jurídicos. Todavia, esses objetos estão no mundo para serem vividos e experimentados tanto naquilo que eles têm em comum com todos os outros objetos (e é apenas neste típico caso de generalização que a inteligência se sai bem) quanto naquilo que eles têm de singular e de diferente, aquela qualidade intrínseca fundamental que revela do objeto aquilo que só ele tem, ou aquilo que só ele é.

Para tanto, o que Bergson recomenda é que se vá "das coisas aos conceitos" (Id.). É este o método da intuição, o caminho pelo qual se entra na alma da justiça. Esta outra proposta de conhecimento é bem sucedida, segundo Bergson, porque "se propõe apegar-se o mais possível ao original mesmo, aprofundar-lhe a vida e, por uma espécie de *auscultação espiritual,* sentir palpitar sua alma" (Ibid., p. 143). Só assim a intuição pode vislumbrar a justiça como "afirmação pura e simples do direito inviolável, e da incomensurabilidade da pessoa com todos os valores" (Bergson, 1978, p. 59).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERGSON, Henri-Louis. *As Duas fontes da moral e da religião.* Tradução de Nathanael Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

_____. "Introdução à metafísica", in *Cartas, conferências e outros escritos*. Tradução de Franklin Leopoldo e Silva. 3ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1989. p. 131-159. (Os pensadores).

_____. "O pensamento e o movente", in *Cartas, conferências e outros escritos*. Tradução de Franklin Leopoldo e Silva. 3ª ed. São Paulo:

Nova Cultural, 1989. p. 219-271. (Os pensadores).

_____. *Matéria e memória.* Tradução de Paulo Neves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Impressão e Acabamento

DIGRA • SED
Divisão de Produção Gráfica e Editorial
TRF 2ª Região