FENOMENOLOGIA E DIREITO

HUSSERL

Volume 13, Número 2
Outubro 2023/Março 2024

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

EMARF
Escola da Magistratura
Regional Federal 2ª Região

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

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

https://emarfrevista.trf2.jus.br/index.php/fenomenologiaedireito

FENOMENOLOGIA E DIREITO

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 13, Número 2
out.2023/mar.2024

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região : fenomenologia e direito / Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. – Vol. 13, n. 2 (out.2023/mar.2024). – Rio de Janeiro : TRF 2. Região, 2008 - v. ; 23cm

Semestral

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

ISSN 1984-5820 (eletrônico)

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

CDU: 340.12

Diretoria da EMARF
(2023-2025)

Diretor-Geral
Desembargador Federal Reis Friede

Diretor de Intercâmbio e Difusão
Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Cursos e Pesquisas
Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro

Diretor de Publicações
Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaeler

Diretora de Estágios
Desembargadora Federal Carmen Silvia Lima de Arruda

EQUIPE DA EMARF
Márcia Teixeira Cavalcanti - Assessora Executiva

Rio de Janeiro
Clarice de Souza Biancovilli
Flávia Dias de Paiva
Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer
Leila Andrade de Souza
Luciana de Mello Leitão
Luiz Carlos Lorenzo Peralba
Maria Suely Nunes do Nascimento
Marta Geovana Fernandes de Oliveira
Mauro Nilson Figueiredo dos Santos
Sergio Mendes Ferreira
Silvia Regina Assenheimer

Espírito Santo
Livia Peres Rangel
Alan Castro de Melo

Conselho Editorial

Membros Natos

Diretor-Geral da EMARF (2023-2025)

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

Diretor de Publicações da EMARF (2023-2025)

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

Membros Convidados

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

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente
Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Vice-Presidente
Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Corregedora Regional
Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO

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

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 13

UMA INTRODUÇÃO A FRANZ BRENTANO 15
André R.C. Fontes

NECESSIDADE DE SE PENSAR O DIREITO 45
Cleyson de Moraes Mello

CULTURA AGORISTA E RESSIGNIFICAÇÃO DO TEMPO NA RELAÇÃO CONSUMERISTA 61
Márcio Santoro Rocha

DIREITO FUNDAMENTAL AO MÍNIMO EXISTENCIAL E AS DIMENSÕES DA POBREZA E DESIGUALDADE: A EXTRATERRITORIALIDADE DO PADRÃO MACROECONÔMICO DO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL 79
Marco Falcão Critsinelis

O JUSPOSITIVISMO EM BENTHAM, AUSTIN, KELSEN, ROSS E HART 101
Reis Friede

APRESENTAÇÃO

O Caderno de Fenomenologia e Direito, em sua 26ª edição, apresenta ao seu público leitor mais um conjunto de trabalhos do pensamento filosófico e jurídico modernos e conta com a colaboração de estudiosos de diferentes instituições.

Com a ampliação do leque de opções de artigos e textos, mas mantendo os objetivos fundamentais de divulgar a fenomenologia, essa edição conta com cinco artigos que nos apresentam visões distintas sobre temas diversos. Como exemplos, citamos os artigos Uma introdução a Franz Brentano que apresenta uma síntese da vida e obra deste autor e das suas relações com a Fenomenologia e O Juspositivismo em Bentham, Austin, Kelsen, Ross e Hart, que discorre sobre as contribuições teóricas formuladas por estes autores para o Positivismo Jurídico.

Esperamos que os artigos deem as contribuições esperadas pelos leitores e aproveitamos para convidar os interessados em contribuir com o debate jurisfilosófico enviando seus artigos para o processo de submissão dos próximos volumes.

Desejamos uma boa leitura a todos.

Reis Friede
Desembargador Federal
Diretor-Geral da EMARF

UMA INTRODUÇÃO A FRANZ BRENTANO

André R.C. Fontes[1]

Resumo: O texto apresenta uma síntese da vida e obra de Fraz Brentano e das suas relações com a Fenomenologia.

Palavras-chave: Fenomenologia.Husserl. Bolzano.

Abstract: The text presents a synthesis of the life and work of Fraz Brentano and his relations with Phenomenology.

Keywords: Phenomenology. Husserl. Bolzano.

1. ELEMENTOS PARA UMA LEITURA INTRODUTÓRIA E FRAGMENTADA

É improvável que tenha existido um pensador mais estimulante e intrigante em seu tempo que Franz Brentano.[2] Por seus feitos acadêmicos e por sua biografia incomum, não seria de todo impossível afirmar-se sobre ele o que um dia se falou sobre a vida de Napoleão: a história é verdadeiramente um argumento sem

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

[2] São do irmão de Brentano, Lujo, as seguintes obras:
* *Die Arbeitergilden der Gegenwart.* 2 Bde. (Leipzig 1871 und 1872) Duncker und Humblot. Nachdruck 2003 Elibron Classics.
* *Ethik und Volkswirtschaft in der Geschichte. November 1901.* (München 1901): Wolf.
* *Wie studiert man Nationalökonomie.* (München 1919): Reinhardt.
* *Der wirtschaftende Mensch in der Geschichte.* (Leipzig 1923): Meiner.
* *Konkrete Bedingungen der Volkswirtschaft.* (Leipzig 1924): Meiner. Neuauflage herausgegeben von Hans G. Nutzinger (Marburg 2003): Metropolis.
* *Das Wirtschaftsleben der antiken Welt.* (Jena 1929): Fischer.
* *Mein Leben im Kampf um die soziale Entwicklung Deutschlands.* (Jena 1931): Diederichs. Neuauflage herausgegeben von Richard Bräu und Hans G. Nutzinger (Marburg 2004): Metropolis.

fim.[3] Brentano foi um homem capaz de formar algumas das mentes mais férteis e prodigiosas de sua época, como Husserl e Freud,[4] de superar os mais injustos e perversos obstáculos criados por quem se beneficiou dos seus mais sinceros esforços, e também teve a aptidão de refutar todos os seus críticos que, aliás, colheram dele próprio as suas primeiras lições de filosofia. Brentano continua, ainda hoje, um enigma tanto estimulante, quanto elusivo. A elaboração de um estudo minucioso sobre sua obra e biografia, certamente representaria um dos maiores tributos que se poderia prestar à Filosofia contemporânea.[5] É incompreensível que nenhum dos seletos e competentes alunos de Brentano não lhe tenha prestado homenagem com uma exposição sistemática descritiva de sua obra, fato que, em certa medida, nos permitiria concluir que os trabalhos dos seus alunos não foram outra coisa, senão verdadeiros arrazoados críticos à sua obra.[6]

Brentano nasceu no ano de 1838, em Marienberg-sobre-o-Reno, e recebeu o nome de Franz Clemens Brentano.[7] Estudou Teologia em Munique e Würzburg, freqüentou o Liceu de Aschaffenburg e cursou Filosofia na Universidade de Munique, na Universidade de Würzburg, na Universidade de Münster, e, também, na Universidade de Berlim, na qual foi aluno de Trendelenburg.[8] Cultivou a paixão pelos problemas da existência humana, que tiveram a primazia da sua atenção, mas jamais abandonou o seu ostensivo interesse pelas questões matemáticas. Paralelamente a essa dedicação aos estudos científicos mais aprofundados, Brentano cedeu ao seu pendor religioso[9] e fez votos de frade dominicano. Manifestou forte interesse pela Filosofia grega, especialmente pela obra de Aristóteles, sobre a qual inicia uma série de pesquisas, que o acompanharam durante toda a sua atividade filosófica, embora também tenha dedicado particular atenção ao pensamento filosófico e teológico da Escolástica medieval, e, sobretudo, de Santo Tomás de Aquino, a quem é dedicou um ensaio de 1908. Ao que parece, os estudos de Aristóteles forjaram a personalidade incomum de Brentano e espraiaram-se por toda a sua obra, influenciada pelo preceito contido

[3] Chambler, David G. *Le campagne di Napoleone*. Trad. do inglês para o italiano de Maurizio Pagliano. Milão: Rizzoli, 1968. p. 17.

[4] Cf. Marialzira Perestrello, *A formação cultural de Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1996. p. 89.

[5] Não foram até hoje coligidas em uma única e completa edição as principais obras de Franz Brentano, o que mostra a falta de cuidado e de reverência na obra de um dos mais prodigiosos filósofos de todos os tempos.

[6] Liliana Albertazzi, *Introduzione a Brentano*, Roma-Bari: Laterza, 1999. p. 25.

[7] Uma evidente homenagem ao seu conhecido e próximo tio Clemens, conhecido escritor alemão de origem italiana. Cf. Adriano Bausola, *Conoscenza e moralità in Franz Brentano*, Milão: Vita e Pensiero, 1968. p. 15.

[8] Liliana Albertazzi, *Introduzione a Brentano*, Roma-Bari: Laterza, 1999. p. 20.

[9] Textos bibliográficos atuais mostram que Freud oscilou nas suas convicções não-religiosas após ouvir Brentano nas suas preleções universitárias. Cf. *A Formação cultural de Freud*. *Op. Cit.*

na célebre frase do filósofo grego: "Somos o que refletidamente fazemos. A excelência não é, portanto, um feito e sim um hábito." [10]

Brentano obteve a *habilitação* em Filosofia através da apresentação de um estudo sobre Scheling, em Würzburg. Nesse trabalho, apresentou Brentano uma crítica enérgica às ciências especulativas e defendeu o valor das ciências exatas.[11] Brentano lecionou Teologia católica e, posteriormente, Filosofia em Würzburg por seis anos. E foi nesse período que ele sofreu o maior revés de sua vida espiritual, que se deu pela proclamação, pela Igreja Católica Apostólica Romana, no Concílio Vaticano I, em 1870, do dogma da infalibilidade papal, contra o qual ele, alguns anos antes, havia manifestado-se em uma anotação para a conferência episcopal alemã, por encomenda de uma autoridade eclesiástica: Dom Ketteler.[12]

Conquanto tenha sido oferecida a Brentano a oportunidade de refletir sobre os dogmas do catolicismo que pudessem não ser compatíveis com a sua impostação filosófica - cada vez mais orientada para a consideração dos procedimentos racionais e científicos, como o único modo de solucionar os problemas fundamentais de toda compreensão humana – ele decide, em 1873, abandonar o sacerdócio e, mais tarde, a Igreja Católica. Nessa mesma ocasião, Brentano também deixa a cadeira de Filosofia, conferida um ano antes, a fim de evitar que suas convicções criassem embaraços ao ambiente católico da Universidade de Würzburg.[13]

Em 1874, Brentano assume a cátedra da prestigiosa Universidade de Viena, na qual permanece por vinte e um anos. Em Viena, não só foi produzida a maior parte de sua obra como, também, foi nessa capital que conheceu discípulos ilustres, dentre os quais se destacam Edmund Husserl e Alexius Meinong.[14] No

[10] André Marc, S. J. *El ser y el espiritu*, trad. De Antonio Puigcerver, Madri: Gredos, 1962. p. 13.

[11] Angela Marocco, *Brentano Le prove dell'esistenza di Dio*, Roma: Edizioni Studium, 1998. p. 93.

[12] Esse personagem pouco citado é a figura central dos conflitos de Brentano com a Igreja Católica. Cf. Liliana Albertazzi, *Introduzione a Brentano*, Roma Bari: Laterza, 1999. p. 9.

[13] Michele Lenoci, *in* Sofia Vanni Rovighi. *História da filosofia contemporânea*. trad. de Ana Pareschi Capovita, São Paulo: Loyola, 1999. p. 345.

[14] Os estudantes de Brentano desdobraram-se aparentemente da seguinte forma: o aluno Carl Stumpf (Würzburg 1866-1870) ensinou a Aron Gurwitsch e se transformou na cabeça da chamada Escola de Berlim com Wetheimer, Kurt Koffka e Wolfgang Köhler; Husserl fundou o movimento fenomenológico de Munique com Joahnnes Daubert e Adolf Reinach e a fenomenologia existencial com Heidegger, Jean-Paul Sartre e Maurice Merleau-Ponty; Meinong era o cabeça da Escola de Graz que influenciou Stephan Witasek, Alois Höfler, e Bertrand Russell; Christian von Ehrenfels apresenta a noção de Gestalt e a psicologia da Gestalt; Kazimierz Twardowski foi professor de Tadeus Kotarbinski e tornou-se o pai da Lógica polonesa e patrono da Escola de Lwóv-Varsóvia de Lógica dos quais se sobressaíram Lukasiewicz, Kazimierz Adjukiewicz e Alfred Tarski; Marty e seu discípulo Karl Bühler desenvolveu detalhada teoria dos atos do discurso e autores como Bertrand Rusell, Roderick Chisholm, George Edward Moore, Gilbert Ryle e John Searle propagaram a influência de Brentano à Filosofia Analítica através de suas pesquisas, edições e publicações. Cf. Rovighi, *op. cit*. p. 354. Cf. ainda Wolfgang Köhler, *Psicologia da gestalt*. 2 ed. trad. de David Jardim. Belo Horizonte:

mesmo ano, Brentano publicou as duas primeiras partes da obra *A psicologia do ponto de vista empírico*.[15] Inicialmente, Brentano causou certa desconfiança entre os alunos pela forma como desenvolvia a sua filosofia; entretanto, todos mostraram-se impressionados com suas idéias. Em Viena, Brentano encontrou inspiração para redigir *Sobre a origem do conhecimento moral*,[16] *Sobre o futuro da filosofia*,[17] *As quatro fases da filosofia e a sua atual condição*,[18] e, também, foi nessa cidade que ele se casou. Por conta de uma peculiar lei austríaca, relativa ao casamento de ex-clérigos, teve que deixar o cargo de professor efetivo e prosseguir como *Privatdozent*.[19]

Brentano deixou a Áustria em 1895 e seguiu para a Itália, onde morou por muitos anos em três cidades: Roma, Palermo e Florença.[20] Na Itália, ele também conviveu com personalidades conhecidas, cientistas e filósofos, como Enriquez, Vailati, De Sarlo e Amato Projeto.[21] Nesse período Brentano reeditou, em parte, a *Psicologia* e publica as *Pesquisas de psicologia da sensação*, além de dois estudos sobre Aristóteles (1911). [22] No final de sua vida, a cegueira o obrigou a diminuir o seu ritmo de trabalho e não lhe restou outra alternativa, senão ditar as suas reflexões para um dos seus alunos as suas considerações filosóficas. Por ocasião do primeiro grande conflito mundial, que contou com a participação da Itália, Brentano mudou-se para Zurique, onde veio a falecer em 1917.[23]

2. AS IDÉIAS DE BRENTANO

Brentano é considerado mestre da racionalidade analítica.[24] Propôs uma nova concepção filosófica, que foi definida como *proto-analítica*, pautada por instâncias

Itatiaia, 1980. Cf. Kazimierz Ajdukiewicz, *Problemas e teorias da filosofia*. trad. da ed. Inglesa por Pablo Rúben Mariconda e Regina Correa Rocha. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1979. *passim*.

[15] Cf. a trad. Italiana de Givanni Gurisattti, Bari: Laterza, 1997.

[16] Cf. a trad. Francesa de Marc de Launay e Jean-Calude Gens, Paris: Gallimard, 2003.

[17] Liliana Albertazzi, *Introduzione a Brentano*, Roma Bari: Laterza, 1999. p. 13.

[18] *Idem.*

[19] Lenoci, *História da filosofia*, *op. cit.*

[20] Liliana Albertazzi, *Introduzione a Brentano*, Roma-Bari: Laterza, 1999. p. 9.

[21] Michele Lenoci, *História da Filosofia, op. cit.*

[22] Os dois primeiros em 1907, sendo que para os seguintes cf. a trad. italiana *La psicologia de Aristóteles, com particular riguardo alla sua dottrina nel moûs poietikós*, feita por S. Besoli (Bolonha: Pitagora, 18989) e *Sui Multipli significati dell'esser secundo Aristóteles*, trad. de Stefano Tognoli (Milão: Vita e Pensiero, 1995).

[23] Lenoci, *História da filosofia, op. cit.*

[24] Numa recensão não-assinada sobre a *Introdução às ciências do espírito*, Wilhelm Dilthey, que foi pioneiro na tradição continental, denuncia Brentano a "obscuridade" das argumentações diltheyanas, a falta de "precisão lógica",os muitos "erros" do texto. Cf. Franca D'Agostini. *Analitici e continentali – Guida alla filosofia degli ultimi trent'anni*. Milão: Cortina, 1997. p. 21.

de clareza e objetividade, inspirada no senso anti-idealista, refratária à construção sistemática e inclinada a um trabalho minucioso, sobre problemáticas circunscritas.[25]

Brentano favoreceu a difusão do empirismo inglês e dos positivistas Mill e Spencer no ambiente filosófico austríaco e, sobretudo, inaugurou as reflexões lógicas e psicológicas das quais tiveram origem tanto a fenomenologia, quanto o empirismo lógico, e daí, sucessivamente, a filosofia analítica.[26]

O filósofo dedicou a sua vida à pesquisa científica e, também, ao magistério, desde 1866, ano de sua habilitação à docência na Universidade de Würsburg. Brentano produziu um grande número de manuscritos que ainda permanecem intactos. Suas obras publicadas são poucas se comparadas a toda a sua produção, fato que se deve certamente ao deseinteresse de Brentano em publicar livros. Como se verifica do testemunho dos seus alunos, o que mais lhe preocupava era a transmissão de sua doutrina aos discentes, e seu maior orgulho estava na constatação de que as suas aulas tinham um número crescente de ouvintes.[27]

Sem dúvida, o interesse e o fascínio singular que Brentano provocava nos jovens que se aproximavam dele, profeta das palavras e idéias, podem ser atribuídos à sua presença e genialidade. A sua nova filosofia, inspirada em convenção fundamental, gerava a certeza de que se estava a tratar de uma verdadeira filosofia científica e, portanto, indubitável o seu caráter de doutrina sistemática e consistente.[28]

Para a consecussão de sua missão, Brentano vislumbrava a necessidade de criar, em torno de si, uma escola fiel de continuadores, e, em certa medida, esse objetivo foi alcançado.[29] Recorde-se a atividade paciente, difícil, que se tornou sem dúvida aventurosa no período que se seguiu a sua morte, adotada por alguns dos seus discípulos como Enkelschüler, Oskar Kraus, Alfred Kastil e, em seguida, Franziska Mayer-Hillebrand, que se dedicaram a recolher, ordenar, comentar e publicar os manuscritos e as letras de temas científicos do mestre.[30]

[25] Como se vê estão presentes todas as características reconhecidas como "típicas" do labor analítico. Cf. D'Agostini, *op. cit*. P. 307.
[26] Mauro Antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafísica nel giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagora, 1996. p. 13.
[27] Albertazzi, *op. cit*. p. 15.
[28] Francesca Modenato, *Franz Brentano e il problema do metodo in filosofia, in Saggi e ricerche su Alessandro di Afrodisia, Avicena, Miceli, Brentano, Jaspers, Ingrade, Carr , Stotiografia filosófica italiana, Ebraismo,* organizado por Carlo Giacon, Pádua: Editrice Antenore, 1970. p. 277.
[29] J.C.M. Brentano, *The manuscripts of F.B*., *in* Revue Internationale de Philosophie, 1966. p. 477.
[30] Tratam-se de brentanianos de estrita observância, ao menos nas intenções. Cf. F. Modenato, *op. cit.* p. 78.

O influxo mais consistente do pensamento de Brentano foi indireto, e permanece relevante na obra de seus discípulos que, sem renegar o próprio débito de ensinamento do mestre, têm variadamente assumido perante ele uma atitude crítica, pela reelaboração sob diversas perspectivas os múltiplos temas propostos.[31]

Deve-se destacar, sobretudo, aquele que talvez seja o mais ilustre dos alunos de Brentano e que é de obrigação citar *ex ante*, mesmo em uma síntese da teoria de seu mestre: Edmund Husserl. A fenomenologia como ciência descritiva do objeto, nos seus modos de se oferecer à consciência, é a grande consequência das proto-indagações brentanianas, consideradas nas suas relações com a obra de Husserl.[32] É evidente a diversidade de interpretações husserlianas do objeto,[33] que para alguns se inspiraram na primeira fase da especulação de Brentano.[34] Mas, na verdade, Husserl parece ter-se conduzido por considerações de todo originais.[35]

3. PANORÂMICA DO LEGADO DE BRENTANO

Na *Psicologia de um Ponto de Vista Empírico*, Brentano sustenta que a intencionalidade é a marca característica do aspecto mental. Toda experiência psíquica, segundo ele, contém um objeto – também chamado objeto intencional –, que se refere ao pensamento ou aquilo a que ele se dirige. De acordo com a teoria da intencionalidade imanente, o objeto desejado está efetivamente incorporado à experiência psicológica do desejo. Brentano sustenta que isso só é válido para o processo mental, que se opõe ao físico e aos fenômenos não psicológicos, de tal modo que é a intencionalidade do fenômeno psicológico o que diferencia os estados mentais dos físicos. A teoria da intencionalidade imanente, que representa um marco na doutrina de Brentano, identifica três

[31] Deve-se reconhecer que não seria possível uma verdadeira e própria corrente brentaniana, impondo-se com autonomia e com algum peso no mundo filosófico contemporâneo não seria possível de falar. Foi provavelmente essa compreensão, junto com o penoso agravamento da sua doença nos olhos, que redundou na sua cegueira, a causa de seu enfraquecimento como filósofo nos últimos anos da sua vida. E, com isso, o velho filósofo, nos anos derradeiros da sua vida, recebeu com resistência as críticas e dissensos. Cf. C. Stumpf, *Erinnerung na F.B., e E. Husserl*. Munique: ,1919. p. 160.

[32] Basta um rápido aceno a algumas das orientações que teve Brentano para se entender que foi a mais direta fonte de inspiração, para valorar sua posição, sempre relevante, que realmente ocupou, na história da filosofia, e em especial pela contribuição reconhecida nas filosofia de Husserl e Meinong. Cf. a esse respeito o artigo de F. Mayer-Hillebrand, *F.B.s Einfluss auf die Philosophie seiner Zeit und der Gegenwart, in* Revue Internationale de Philosophie, 1966, p. 373.

[33] Cf. F. Modenato, *op. cit.,* p. 79.

[34] Vincenzo Fano, *La filosofia dell'evidenza Saggio sull'epistemologia di Franz Brentano*, Bolonha: Editrice Bologna, 1993. p. 123.

[35] *Idem.*

categorias de fenômenos psicológicos: os pensamentos (Vorstellungen), os juízos e os fenômenos emotivos. Reafirma, ademais, que cada pensamento é o autoconscientemente refletido em si mesmo, como objeto secundário do desejo, denominado de *eigentümliche Verfleckung*.[36]

De 1905 até 1911, com a publicação da obra *Classificação dos Fenômenos Psíquicos*, Brentano abandonou a teoria da intencionalidade imanente e desenvolveu filosofia concretista ou reista, segundo a qual só devem ser considerados os indivíduos, excluindo-se a *irrealia* não existente, tal como carências, ausências e meras possibilidades.[37]

Twardowski, Meinong e Husserl, discípulos de Brentado, em reação ao idealismo, o psicologismo e outros problemas filosóficos associados à teoria da intencionalidade imanente, desenvolveram teses que consubstanciaram aproximações alternativas ao imanentismo e à intencionalidade. No caso de Twardowski, Meinong e seus alunos da Escola de Psicologia Fenomenológica de Graz, essa construção doutrinária redundou na Teoria dos Objetos, transcendentes existentes e desejados não existentes; Husserl, por sua vez, desenvolveu a fenomenologia transcendental. [38]

A intencionalidade no fenômeno mental - repristinação que faz Brentano do aristotelismo medieval - é uma das suas mais importantes contribuições às teorias contemporâneas não mecanicistas da mente e às teorias do significado e da expressão. E, embora a teoria da intencionalidade imanente tenha sido rechaçada por filósofos que sucederam Brentano, é inegável a sua influência em suas obras, notadamente na idéia de que o pensamento está essencialmente dirigido ao objetual.[39]

A Teoria dos Valores de Brentano (*Werttheorie*) confere à valoração tratamento pluralista, ao permitir que objetos de tipos e características distintos sejam classificados como valiosos, ainda que, influenciado por seu reísmo, o filósofo negue a existência de um domínio abstrato de valores. O valor intrínseco, segundo Brentano, é mais objetivo do que o subjetivo, e isso porque as emoções favoráveis e desfavoráveis com relação a um determinado ato são objetivamente

[36] Mauro Antonelli, *Alle radici del movimento fenonomelogico Psicologia e metafísica nel giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagora Editrice Bologna, 1996. p. 103.
[37] Vincenzo Fano, *La filosofia dell'evidenza Saggio sull'epistemologia di Franz Brentano*, Bolonha: Editrice Bologna, 1993. p. 94.
[38] Adriano Bausola, *Conoscenza e moralità in Franz Brentano*, Milão: Vita e Pensiero, 1968. p. 8.
[39] G. Rossi, *Giudizio e raziocinio, Studi sulla logica dei brentaniani*, Milão: La cultura filosófica, 1926. p. 53.

corretas se são capazes de apresentar, por si só, uma preferência emocional, com a mesma apoditicidade, ou seja, com o mesmo sentido de inquestionável correção, que apresentam outras atitudes autoevidentes de caráter não ético. [40]

Dentre as conseqüências controvertidas, inspiradas na Teoria dos Valores de Brentano, está a conclusão de que não se pode conceber que exista algo como o conceito de mal absoluto. Essa conseqüência decorre da constatação de que o mal precisa ter consciência do mal e de que essa inclui a pior parte das malícias imagináveis, ou seja, a vontade mais malévola, mas a consciência, considerada em si mesma, é intrinsicamente boa. [41] Isso significa que sempre há, necessariamente, uma parcela de bem intrínseco, mesmo nos mais maliciosos estados conscientes da mente, de modo tal que o puro mal nunca é possível. A Teoria dos Valores de Brentano não admite, pois, defesa possível contra aqueles que não compartilham as mesmas atitudes emocionais corretas nas situações que ele descreve.[42] Se se argumentar que para as preferências emocionais de outra pessoa só a boa consciência é intrinsecamente boa, enquanto que a má consciência, apesar de ser um estado de consciência, não parece conter nenhum bem intrínseco, sendo inteiramente má, não há recurso dentro da ética de Brentano para permitir o reconhecimento de que essa atitude emotiva contrária possa ser também correta, inclusive quando contradiz sua análise.

A Psicologia empírica de Brentano e os princípios que norteiam a sua Teoria da Intencionalidade; sua filosofia moral e a Teoria dos Valores; seus estudos sobre a metafísica aristotélica, em momento histórico no qual o realismo de Aristóteles era pouco apreciado e havia a preponderância do idealismo pós-kantiano; sua teoria epistêmica sobre os juízos de evidência; suas sugestões para a reforma da silogística; seu tratamento do princípio da razão suficiente e da existência de Deus; sua interpretação de etapas e tendências sucessivas da história da filosofia; todas essas contribuições, somadas à sua docência e ao exemplo moral que legou, continuam a influenciar o pensamento filosófico, como fonte relevante de inspiração para numerosas tradições e variadas correntes doutrinárias.[43] A filosofia de Brentano, na verdade, não só está infiltrada no pensamento filosófico contemporâneo, como, também, propiciou o desenvolvimento de distintas e relevantes correntes filosóficas, que ainda estão em voga neste século. [44]

[40] Vincenzo Fano, *La filosofia dell'evidenza Saggio sull'epistemologia di Franz Brentano*, Bolonha: Editrice Bologna, 1993. p. 36.
[41] Francesca Modenato, *Coscienza ed essere in Franz Brentano*, Bolonha: Pàtron Editrice, 1979. p20.
[42] Adriano Bausola, *Conoscenza e moralità in Franz Brentano*. Milão: Vita e pensiero, 1968. p. 30.
[43] Vincenzo Fano, *La filosofia dell'evidenza Saggio sull'epistemologia di Franz Brentano*, Bolonha: Editrice Bologna, 1993. p. 63.
[44] Liliana Albertazzi, *Introduzione a Brentano*, Roma Bari: Laterza, 1999. p 54.

4. A DUPLA PERSPECTIVA ESTRUTURAL DO PSICOLOGISMO DE FRANZ BRENTANO

No curso ininterrupto do seu trabalho de elaboração filosófica, Brentano adotou postura chamada de Psicologismo, que, posteriormente, chegou a ser criticada por ele próprio.[45] Esse psicologismo a que se pautou Brentano mais tarde foi classificado como de cariz concretista ou, como é mais conhecido, de reísta.[46] Dentre as muitas interrogações que essa posição suscita, há aquela relativa à possibilidade de conciliar a sua perspectiva reista com a constante inspiração que Brentano achou nas obras de Aristóteles.[47]

Se Brentano revelou-se intérprete original de Aristóteles, como se extrai de sua tese, a divergência entre os ditames da filosofia aristotélica e o extremo nominalismo de sua posição reísta parece evidentemente insuperável.

Os dois principais primados da Filosofia de Brentano são:

(i) a Tese do Primado da Percepção Interna e,

(ii) a Teoria das Predicações Concretas.

Quanto à primeira, a das predicações internas, recordamos que é precisamente nos fenômenos que a caracterizam que Brentano individua o fundamento do uso do primário da ligação. O outro fundamento da posição reista de Brentano é a Teoria das Predicações Concretas. Por essa última, todos os predicados da linguagem vão transformar-se em termos concretos. Em tal sentido, não se dirá, por exemplo, "as rosas são vermelhas", mas "as rosas são coisas vermelhas".[48]

Uma simples tradução deverá intervir para todos os predicados da linguagem e, de modo particular, deverá aplicar-se a todos os termos abstratos. Assim operando, a tradicional concepção, segundo a qual em um juízo se atribui propriedade às coisas, vem substituída pela nova concepção pela qual em um juízo se conectam coisas e coisas.[49] Por quanto dissemos, é patente que a Teoria das Predicações e o Primado da Percepção Interna convergem na particular atenção que vem dedicada ao problema da ligação.[50]

[45] F. Modenato, *Coscienza ed essere in Franz Brentano*, Bolonha: Pàtron Editore, 1979. 23.
[46] Adriano Bausola, *Conoscenza e moralità in Franz Brentano*, Milão: Vita e Pensiero, 1968.
[47] Mauro Antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafisica nel Giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagora Editrice, 1996. p. 54.
[48] *Idem*. p. 103.
[49] Liliana Albertazzi, *Introduzione a Brentano*, Roma Bari: Laterza, 1999. p 123.
[50] G. Rossi, *Giudizio e raziocinio, Studi sulla logica dei brentaniani*, Milão: La cultura filosófica, 1926. p. 5.

O repúdio ontológico dos abstratos deriva, seja do forte destaque que vem dado ao problema das coisas individuais e concretas, seja da interpretação unívoca do conceito de existência, que se extrai da interpretação paradigmática da ligação. Ao refutar em grau de abstração, os temas ontológicos, Brentano acaba por prescindir daquilo que seria o nível da linguagem. Em substância, as expressões lingüísticas da linguagem ordinária podem ser traduzidas ou deveriam poder ser traduzidas em expressões a ela equivalentes evitando-se termos abstratos. Segue disso que a linguagem obtida operativa de tais traduções seria uma linguagem ontologicamente transparente.[51]

A Tese da Predicação concreta avançada de Brentano funda-se na teoria ontológica, segundo a qual as substâncias existem no interior dos acidentes dos quais são constantes. Isso equivale a dizer que, do ponto de vista ontológico, temos só inteiros (mais eventualmente agregados de inteiros e partes de inteiros). Se ora passamos ao correlato psicológico – no sentido de Brentano – de tais teses ontológicas, devemos considerar o plano dos juízos, aquele no qual se fala de ser e existir e das características disso que é.[52]

Para Brentano, os juízos se dividem em téticos e sintéticos ou predicativos. Os juízos téticos são juízos existenciais não predicativos. A toda vista, a teoria carece de diversos ajustamentos para ser defendida e não existe, até hoje, uma adequada reconstrução. De todo modo, é relevante salientar o fato que a nós serve relevar é o fato de que para Brentano todos os juízos predicativos são transformáveis em juízos téticos e esses últimos são manifestamente o correlato lingüístico dos juízos ontológicos, que obtinha utilizando as teses de predicação concreta e a teoria brentaniana da substância e do acidente.[53]

Brentano tinha em mente o que se poderia chamar de senso analítico, embora um tanto diverso daqueles desenvolvidos nas perspectivas normais de tipo lógico. O contato com a obra de Brentano nos conduz ao problema da clássica relação entre o sujeito e o objeto. Esse problema do conhecimento sofre sensíveis mudanças na base da notória forma intencional de conhecer, segundo o aspecto objetivo ou noemático e subjetivo ou noético, de acordo com o mais conhecido vocabulário husserliano.[54]

[51] Mauro Antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafisica nel Giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagora Editrice, 1996. p. 153.
[52] Gulgielmo Forni, *Fenomenologia*, Milão: Marzorati, 1973. p. 12.
[53] G. Rossi, *Giudizio e raziocinio, Studi sulla logica dei brentaniani*, Milão: La cultura filosófica, 1926. p. 5.
[54] Gulgielmo Forni, *Fenomenologia*, Milão: Marzorati, 1973. p. 12.

A obra de Brentano, na sua sistemática e na sua *ratio studiorum*, por assim dizer, é marcada por uma autêntica revolução de indagações e afirmações sobre o problema do conhecimento.[55] Para Brentano, a sua Psicologia descritiva seria a Ciência do Futuro e deveria apresentar-se nos seus propósitos como a ciência ou a filosofia enquanto tal, destinada a assimilar toda a outra disciplina e a dar solução aos problemas mais específicos da Lógica à esfera moral.[56]

A *Psicologia, do ponto de vista descritivo*, orienta-se pela aquisição não indutiva e imediata do conhecimento *a priori* apodítico. A função vem exercitada pela consciência que ela vem representar, de modo que qualquer coisa assume em tal modo o absoluto e a universalidade. Pensava Brentano que, em um só golpe, estava para superar o objetivo posto pelo conhecimento demonstrativo e, direta ou indiretamente, superaria os lógicos, os matemáticos e os psicologistas.[57]

A proposta de Brentano concernia às origens e a natureza, como asseveram as provas dos nossos conhecimentos mais intuitivos e dos nossos juízos mais instintivos e espontâneos. Na elaboração de uma teoria do conhecimento que se distanciava do esquema de aquisição ou de orientação metafísica – não se trata mais, evidentemente, de uma simples gnoseologia – e que se anela de novas modalidades de insumos à realidade e ao objeto do conhecimento ou melhor torna atividades cognoscitivas.[58]

Brentano indicava nos estados da consciência aqueles momentos essenciais do processo do conhecimento, que implicavam nas expectativas e são coordenados, metodicamente, a uma representação (*Vorstellung*) ou a uma volição. Isso que emerge da aplicação da Psicologia à Lógica prática e normativa é aquilo que para os lógicos torna propriamente um problema de significado e revisa as diferentes espécies de proposições analisadas ou ainda a ambigüidade ou imperfeições de linguagem que se deve adotar.[59]

São três as categorias de proposições conexas: as categorias das representações, das expectativas e, por último, a das volições, correspondente às definições (em Kant, juízos analíticos, as afirmações e os juízos de valor não devem, de algum modo e sentido, ser trocados entre eles).[60]

[55] Para alguns trata-se de uma evolução. Cf. G. Holton, *Gli scienziati hanno bisogno de uma filosofia?,* Il mulino, 40, maio-junho, 1991. p. 404.
[56] Mauro Antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafísica nel Giovane Franz Brentano,* Bolonha: Pitagora Editrice, 1996. p. 156.
[57] *Idem.*
[58] Adriano Bausola, *Conoscenza e moralità in Franz Brentano*, Milão: Vita e Pensiero, 1968. p. 71.
[59] Mauro Antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafísica nel Giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagora Editrice, 1996. p. 45.
[60] Vittorio de Palma, *Il soggetto e l'esperienza La critica di Husserl a Kant e il problema fenomenológico*

As funções resolutivas, no âmbito cognoscitivo da categoria das ações voluntárias e dos juízos de valor (*Werturteil*), que legitimam a operatividade da consciência, liberando-a de sua abstração e repristinam, ao mesmo tempo, deduções e irradiações corretas. A distinção apresentada por Brentano entre os fatos mentais da segunda e terceira das três categorias por ele estabelecidas evita imputar ao procedimento da ciência uma impotência no plano cognoscitivo ou queda em forma de cientificismo.[61]

5. ASPECTOS DO OBJETO NO PSICOLOGISMO DE BRENTANO SOB O PONTO DE VISTA DAS SUAS OBRAS

5.1. A psicologia de Aristóteles com particular atenção a sua doutrina do *noûs poietikós*

A psicologia de Aristóteles, com particular atenção à sua doutrina do *noûs poietikós,* contém na sua parte terceira uma dedicada análise da alma sensitiva, que encerra três gêneros de funções vitais: (i) a *sensação*, (ii) a *imaginação* e (iii) o *intelecto*. Essa doutrina mantém distância das concepções aristotélicas da sensação em geral e sobre número de sentidos, e em particular das sensações e do sujeito das sensações.[62]

Como é sabido, aristotelicamente, o ter sensação é a submissão do sujeito ao objeto sentido, em um processo de assimilação entre percipiente e percebido, que torna esse último conhecido. Por outro lado, a ação praticada pelo sujeito submete o fato por gerado, que, por conseguinte, de forma recíproca, consubstancia outra modalidade de sujeição.[63]

De outro lado, assim como são variadas as capacidades sensitivas de diversos sujeitos, também os objetos sensíveis podem ser infinitamente diversos. Em particular, um objeto de sensação pode ser dito sensível de modo diverso. Aristóteles distingue entre objeto sensível enquanto tal (objeto dos sentidos individuais) e um objeto sensível *per accidens* (o objeto comum a mais de um sentido).[64]

A esse respeito, observou Brentano que com o objeto próprio do sentido,

del transcententale, Macerata: 2001. Quodilibet, p. 223.

[61] Mauro Antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafisica nel Giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagora Editrice, 1996. p. 79.

[62] Francesca Modenato, *Coscienza ed essere in Franz Brentano*, Bolonha: Pàtron Editore,1979. p. 53.

[63] Liliana Albertazzi, *Introduzione a Brentano*, Roma-Bari: Laterza, 1999. p. 9.

[64] Adriano Bausola, *Conoscenza e moralità in Franz Brentano*, Milão: Vita e pensiero, 1968. p. 53;.

Aristóteles considera aquela qualidade de objeto perceptivo, que é o princípio agente da alteração do sentido, e segundo a qual, sendo ele o correlato natural da capacidade de sujeitar-se, devemos determinar a essência do sentido. Dizia Brentano, todavia, que se compreende que de si mesmo esse objeto não pode ser comum aos sentidos diversos. Atriobiu Brentano o nome de objeto comum do sentido àquilo que ele designava, ao contrário a tais particularidades, de objetos que modificam, em verdade, a percepção dos sentidos, mas só através da efetiva propriedade do agente.[65]

De particular importância é a distinção *per accidens*, enquanto diz respeito assim ao objeto próprio de cada sentido que é perceptível pelos outros sentidos, e que então não pode ser sentido em sentido próprio. A definição de sentido *per accidens* é relevante também do ponto de vista da percepção de uma sensação, e evita o multiplicar indefinido dos sentidos; evita, por exemplo, postular um sentido do "ver pelo ver", do "sentir pelo sentir", e assim vai.[66]

Esses passos são de grande importância teórica no desenvolvimento da concepção de Brentano que, no comentário a Aristóteles evidencia e enfrenta em primeira instância alguns dos problemas cruciais da teoria do conhecimento, como a *unidade múltipla dos objetos* da percepção, a extensão do *momento ora*, a *simultaneidade das percepções sucessivas* e a percepção da sua diferença dada na duração atual. Brentano trabalhou toda a vida sobre esses temas, que resguardam a diferença entre *classes de fenômenos* psíquicos diversos, e, em particular, entre as apresentações e juízos, como também fizeram seus melhores alunos, de Stunpf a Husserl a Meinong. A versão decisiva será dada pelo encontro com as teses da então nascente psicologia experimental.[67]

Em prosseguimento à análise e ao comentário da tese aristotélica, Brentano identifica o objeto do sensível próprio, que é diverso do objeto de cada um dos singulares sentidos individuais em uma mesma sensação. Brentano esclarece um outro ponto teórico importante: que seria o fato de *não se tratar de objeto externo*. Diz Brentano que os objetos (*Objecte*) externos não são o seu (do sensível próprio) objeto (*Gegenstand*). Em outras palavras, há diferença entre as múltiplas e infinitas sensações, assim como também há as intérminas diferenças entre os objetos. Também há diferença entre os objetos homogêneos unidos

[65] Brentano, p. 97-98.
[66] Francesca Modenato, *Coscienza ed essere in Franz Brentano*, Bolonha: Pátron, 1979. p. 51.
[67] Francesa Modenato, *La conoscenza e l'oggetto in Alexius Meinong*, Pádua: Il Poligrafo, 2006. p.19.

para uma percepção conjunta, assim como também há diversidade entre os objetos heterogêneos reunidos por consciência única. Há, ademais, discrepâncias entre o objeto e aqueles que derivam deles. As contradições na percepção dos objetos que a nossa assunção pode produzir podem decorrer da diversidade de objetos ou da sua unidade. Se o objeto próprio é unicamente moldado na consciência pelas sensações, assim como as cores são o objeto próprio da vista, as discrepâncias de sensações nos ensinam a conhecer a diferença entre ver o branco e de degustar o doce, e distinguindo essas sensações, elas, ao mesmo tempo, nos ensinam a conhecer a análoga diferença entre o branco e o doce.[68]

5.2. A psicologia sob o ponto de vista empírico

Entre o fim dos anos oitocentos e o início dos anos novecentos, a relação entre a Psicologia e a Filosofia tornou-se muito estreita, notadamente no mundo germânico. Tanto foi assim que, progressivamente, as cátedras de Filosofia foram ocupadas por psicólogos, que trabalhavam no campo da psicofísica e da neurofisiologia.[69]

A acentuação psicológica, ou seja, a atenção para os processos do pensamento, predominou na teoria filosófica dos fins do Século XIX[70] e é denominada é a Psicofisiologia.[71] Essa mesma tendência também se infiltrou pela Lógica, Estética, Ética, Matemática e teoria da linguagem.[72] Historicamente, essa tendência vem sendo identificada com a etiqueta de regra de validade negativa do psicologismo, entendido como a concepção segundo a qual as relações lógicas dependem do indivíduo que pensa, imagina, crê ou conhece subjetivamente.[73]

A complexidade dos estatutos teóricos da psicologia e filosofia aos fins dos anos oitocentos é tal que, quando em março de 1874 foi publicada a *Psicologia do ponto de vista empírico*[74] de Franz Brentano e os *Grundzüge der physiologischem Psychologie*[75] de Wilhem Wundt, ambas as obras, não obstante as diferenças de impostação, receberam críticas positivas e gozaram de ampla difusão.[76]

[68] Liliana Albertazzi, *Introduzione a Brentano*, Roma-Bari: Laterza, 1999. p. 55.
[69] Gabriele Giannantoni, *Le filosofie e le scienze contenmporanee*, Turim: Loescher, 1996. p.371.
[70] Um traço variamente presente também no associacinismo britânico de Hume a Stuart Mill. Cf. F. Adorno, T. Gregory e V. Verra, *Storia della Filosofia*, Roma-Bari: Laterza, 1981. p. 457.
[71] De Lotza a Horwicz e desse último a Madsley a até a Weber e Fechner.
[72] Cf. Liliana Albertazzi, *Introduzione a Brentano*, Roma-Bari: Laterza, 1999. p. 19.
[73] Cf. Thomas Ramsom Giles, *Crítica fenomenológica da psicologia experimental em Merleau Ponty*, Petrópolis: 1979.
[74] Cf. a trad. italiana de Giovanni Gurisatti (Bari: Laterza, 1997).
[75] Cf. Maria Sinatra, *Storia della psicologia poscientifica. Lo sperimento prima Wundt*, Bari: Progredit, 2005.
[76] Liana Albertazzi, *op. cit.* p. 39.

Ao longo dos anos, coexistiram de fato uma psicologia do conteúdo sobre bases experimentais e fisiológicas (de caráter wuntiano e lotzeano) e uma psicologia do ato (de caráter brentaniano), que sustentam uma descrição fenomenológica nativística da percepção e que, a título variado, é representada por Mach, Stumpf e Hering.[77]

Antes da publicação dos *Elementer der Psychophysik* de Flechner, em 1860, a tendência psicofísica e a psicofisiológica era difusa e operava a partir de autores como Herbart, Bain, Stuart Mill, Lotze e Helmholtz. De diversos pontos de vista, os autores mencionados enfrentaram o problema de uma psicologia sobre bases científicas e sobre perspectivas filosóficas.[78]

Um dos principais problemas na estrutura da psicologia como ciência é aquele da aplicabilidade da matemática à medida dos fenômenos psíquicos, argumento que, a seu tempo, foi considerado e resolvido negativamente por Kant.[79] Em geral, os problemas que a psicologia científica enfrenta, de modo preliminar, são os seguintes: antes de pensar em uma aplicação da matemática aos fatos psíquicos, em primeiro lugar se deve demonstrar que os fatos psíquicos são grandezas mensuráveis; em segundo lugar, se deve verificar se são grandezas extensivas, e então mensuráveis no espaço, ou intensivas. Nesse último caso, não se pode medir a intensidade, se não diretamente, ao menos indiretamente, mensurando, assim, os fenômenos físicos sob os quais se fundam.[80]

A primeira formulação de uma lei matemática da medida da relação entre as diferenças nos estímulos e as diferenças na sensação foi elaborada por H. Weber. Segundo a lei de Weber, se um mesmo estímulo é aplicado a um órgão de sentido com intensidade diversa, as diferenças, para serem perceptíveis, devem ter um certo valor, que é proporcional para cada indivíduo e para cada órgão de sentido de acordo com a intensidade do estimulo e o momento que as sensações possam produzir efeitos.[81]

Essas últimas questões, em particular, foram sustentadas por Fechter, que sugeria a aplicação da lei de Weber sobre a percepção de sensações de diferenças

[77] Liliana Albertazzi, *op. cit*., p. 38.
[78] Mauro Antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafísica nel giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagora, 1996. p. 62.
[79] Francesca Modenato, *Coscienza ed essere in Franz Brentano*, Bolonha: Pàtron Editore, 1979. p. 45.
[80] Mauro Antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafísica nel giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagora, 1996. p. 63.
[81] Gabriele Giannantoni, *Le filosofie e le scienze contemportanee*, Turim: Loescher, 1996. p 364.

em uma lei sobre a percepção da diferença de sensações. Historicamente, a evolução do problema conduziu à formulação da lei de Weber-Fechner, segundo a qual a intensidade das sensações vêm expressas como função da intensidade dos estímulos. Também nessa formulação, a lei não resolve alguns problemas estruturais. A percepção da diferença de sensações, por exemplo, é quantitativa (como entre duas superfícies) ou qualitativa (como entre dois tons de vermelho), e, de outro lado, a percepção de diferença se aplica (i) à intensidade das próprias sensações, ou aos processos de apreensão, (ii) ao seu conteúdo ou mesmo ao correlato vermelho, escuro etc. Enfim, mais em geral, quanto à sua pertença ao nível fisiológico e ao nível fenomenológico, e, então, o seu eventual importe cognitivo.[82]

Brentano foi um dos primeiros críticos da psicofísica fechneriana, valendo-se de algumas das observações sobre a ordem e o trato qualitativo da experiência fenomênica. Limitou-se a introduzir os conceitos de fenômeno psíquico e ciência psicológica ao tratar da psicologia como ciência da psiquê. Em uma distinção entre fenômenos físicos e fenômenos psíquicos, observou que os objetos dos nossos sentidos, como os fenômenos de cor, som, calor e gosto, manifestam caráter fenomênico. Isso particularmente significa que, por permanecer a qualquer coisa existente do qual são signos, eles têm caráter de realidade no interior das nossas sensações. Os objetos da experiência interna, ou seja, os estados psíquicos, como são representativos, judicativos ou emotivos, manifestam um caráter imediatamente de nítida consciência e de suma correção, que os torna indubitáveis para a sua atualidade e para a modalidade da sua presença.[83]

Se, pois, os fenômenos singularmente considerados são caracterizados pela evidência e indubitabilidade, não o são, entretanto, o conceito de psique, como seu portador substancial. Sobre esse tema, Brentano diverge seja da posição de Lange, a favor de uma ciência psicológica sem psique, seja da posição de Stuart Mill, que considera, simplesmente, tarefa da Psicologia a análise das leis de sucessão e de coexistência dos fenômenos psíquicos.[84]

Em Brentano, a definição do estatuto do objeto psíquico assume importância fundamental, já que, no seu entendimento, ela consubstancia a própria Psicologia, sendo ciência teórica por excelência, em sentido aristotélico, mas também ciência empírica.[85]

[82] Liliana Albertazzi, *Introduzione a Brentano*, Roma-Bari: Laterza, 1999. p. 39.
[83] Mauro Antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafisica nel giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagora, 1996. p. 60.
[84] Brentano, *A psicologia do ponto de vista empírico*, *op. cit.,* p. 71.
[85] Francesca Modenato, *Coscienza ed essere in Franz Brentano*, Bolonha: Pàtron Editore, 1979. p. 40.

Quanto ao método e fundamento da Psicologia, segundo Brentano, a Psicologia e à Ciência Natural têm fundamento comum. Elas partem da percepção e experiência, mas com algumas diferenças que resguardam os seus respectivos objetos e método de análise. No caso da Psicologia, em primeiro lugar, porque se faz necessária uma percepção interna e, em segundo lugar, porque não é possível a observação dos fenômenos psíquicos.[86]

A diferença entre percepção interna e observação interna dos fenômenos psíquicos está no fato de que, enquanto é possível fixar a atenção e observar os objetos percebidos externamente, esse exercício, entretanto, não pode ser com relação aos objetos da experiência pelo interno. A única possibilidade de observação dos nossos estados psíquicos é através de seus registros na memória, uma vez que a sua presença não é atual, e sofre todas as modificações objetuais que a situação comporta.[87]

Brentano enfrentou, passo a passo, o problema da diferença entre ato e objeto (e conteúdo) das apresentações; as diferenças entre fenômeno físico (como som e cor) e fenômenos psíquicos (como ver e ouvir); a distinção entre apresentação e juízo (ou seja, na apresentação mesma sob a forma de reconhecimento ou menos do objeto); a diversidade dos modos diretos e indiretos da apresentação, em relação aos diversos tipos de objetos das suas respectivas apresentações; o problema da diferença entre apresentação atual e memória, ao qual correspondem modalidades diversas, como ver no primeiro caso e observar no segundo e assim sucessivamente.[88]

Relevante questão suscitada por Brentano foi a distinção entre os fenômenos psíquicos e os fenômenos físicos, que ele individualizou, de acordo com o seu caráter intencional. Dizia Brentano que todo fenômeno psíquico é caracterizado por aquilo que os escolásticos denominavam de inexistência intencional (ou seja, mental) de um objeto, e que nós também, com expressões que contém primitivas anbiguidades, queremos definir fazendo referência a um conteúdo, e na perspectiva de um objeto (*Objectum*), que não vai entendido como uma realidade, ou seja, o objeto imanente. Cada fenômeno psíquico possui relação com o objeto, mas cada um ao seu modo. Na apresentação de qualquer objeto ao juízo, qualquer coisa vem aceita ou refutada, no amor qualquer coisa vem amada, no ódio odiada, no desejo desejada etc.[89]

[86] Francesca Modenato, *Saggi e ricerche, op. cit*. p.79.
[87] Mauro Antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafisica nel giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagora, 1996. p. 38.
[88] Adriano Bausola, *Conoscenza e moralità in Franz Brentano*, Milão: Vita e pensiero, 1968. p. 37.
[89] Brentano, *A psicologia, op. cit.* p. 154-155.

Essas são as questões que constituem os antecedentes da *Psicologia do ponto de vista empírico*, que foi escrita por Brentano no retorno de uma viagem à Lípsia, onde teve acesso a obras de alguns dentre os mais conhecidos expoentes da Psicologia dos idos dos anos oitocentos, Fechner, Drobisch e Weber.[90]

5.3. A classificação dos fenômenos psíquicos ou a Psicologia II

A classificação dos fenômenos psíquicos, conhecida como *Psicologia II,* foi publicada pela primeira vez em alemão, em 1911. Naquele momento, Brentano já estava há seis anos na Itália e estabeleceu sua residência habitual em Florença, sobre as colinas de Bellosguardo.[91]

A primeira sessão do volume é inteiramente dedicada a um aprofundamento da classificação dos fenômenos psíquicos apresentados em 1874. Algumas mudanças menores, a respeito da subdivisão proposta em 1874, resguardaram a teoria do juízo e, em particular, a relação entre o objeto do juízo e entre referência emotiva e juízo. Na reedição da obra, Brentano buscou enfrentar e discutir as objeções recebidas no entretempo, e expõe um novo ponto de vista sobre o objeto da referência intencional. Afirma que, uma das mais importantes inovações em sua obra consiste na constatação de que a consciência psíquica pode ter por objeto qualquer coisa irreal e inexistente.[92]

Em ulterior apêndice para outra edição, Brentano apresenta mais uma inovação: a metafísica do realismo, segundo a qual só existem realmente coisas, assim entendidas como eventos tempo-espaciais atuais do ato de referência, que prelude o que seria a sua monografia intitulada *Psicologia III*.[93]

Na *Psicologia I,* Brentano considera o fenômeno psíquico como um fenômeno unitário, caracterizado pelo referimento intencional a um objeto. E essa unidade não exclui a multiplicidade de elementos (*rectius*: partes distincionais), que podem integrar o mesmo objeto de investigação. Na tentativa de fazer luz sobre o objeto de referimento, nas lições mencionadas, Brentano distingue: (a) as partes realmente separáveis (por exemplo, ver e sentir, ver e recordar-se de ter visto etc.); (b) partes separáveis unilateralmente (ver e notar, ver uma certa cor e apresentar o conceito etc.); e, (c) partes distincionais.[94]

[90] Liliana Albertazzi, *Introduzione a Brentano,* Roma-Bari: Laterza, 1999. p. 25.
[91] Liliana Altertazzi, *Introduzione a Brentano*, Roma-Bari: Laterza, 1999.p.65.
[92] Francesca Modenato, *Coscienza ed essere in Franz Brentano*, Bolonha: Pàtron Editore, 1979. p. 37.
[93] Mauro Antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafísica nel giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagora, 1996. p. 38.
[94] Francesca Modenato, *Saggi e ricerche, op. cit*. p.82.

As partes distincionais do objeto são de diversas naturezas. São denominadas também partes impróprias e dividem-se em quatro tipos: (i) internas; (ii) lógicas; (iii) relativas da *Diplossenergie* do ato (consciência primária e secundária).[95]

Em particular, as partes internas do objeto ostentam o interior da sua apresentação (como a extensão no campo visual e a qualidade do ato); as partes lógicas podem ser de gêneros e espécie (por exemplo, uma experiência preceptiva do vermelho contém como uma parte lógica a dimensão "cor"); as partes de correlato intencional resguardam a atualização de uma forma a parte do ato (por exemplo, ver, ouvir e amar) e o correlato objetual do ato mesmo (ou seja, a forma que vem atualiza o ver, o ouvir, o amar). Enfim, as partes relativas à dupla energia do ato se dividem em: (i) primaria (atenção no ato e o correlato objetual geral imanente) e (ii) secundarias (atenção no ato em si mesmo).[96]

Quanto à natureza do objeto de referência, a partir dos anos 1890-1891, Brentano distingue um duplo correlato da referência intencional: (a) o ato psíquico (ver, apresentar, querer, amar, negar) que é real; e (b) o objeto ao qual o ato é voltado (isto é, visto, apresentado, querido, amado, negado etc.).[97]

Brentano, então, nos fins dos anos oitocentos, mantinha o aspecto de intencionalidade do ato, enquanto o objeto assume sempre mais características de um elemento fictício. Essa patinagem progressiva para o caráter sintomático do objeto ocorre também sob os fundamentos de uma análise sempre mais pormenorizada da natureza e do papel dos *modi temporali* da apresentação, e em particular do seu papel modificante nos confrontos dos objetos. As diversas partes do correlato do ato de apresentação intencional, sendo parte distincionais de um inteiro unitário, não são separáveis. Qualquer um que pensa ou apresenta qualquer coisa tem sempre um objeto pensado ou apresentado, e esse objeto não será, necessariamente, real e existente. Brentano afirmava que a realidade capturada pela nossa percepção é psíquica, isto é, mostra uma referência intencional, uma referência a um objeto imanente. E essas realidades são possíveis sem um correlato na realidade.[98]

Essa é uma passagem crucial na evolução da teoria da referência intencional. De fato, também se Brentano em seguida abandona a teoria do duplo correlato da consciência, a ficção do objeto de referência a respeito do ato

[95] Francesca Modenato, *Coscienza ed essere in Franz Brentano*, Bolonha: Pàtron Editore, 1979. p. 37.
[96] Mauro Antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafisica nel giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagora, 1996. p. 35.
[97] *Idem*.
[98] Liliana Albertazzi, *Introduzione a Brentano*, Roma-Bari: Laterza, 1999. p. 37.

não será mais posta em discussão. A passagem tornou possível a análise natural dos modos temporais do ato intencional.[99]

O problema se apresenta nas diferentes temporalidades dos objetos de apresentação, seja na diferença entre eles, seja nos modos de sua apresentação. Brentano empenhou-se sobre esse tema por toda a sua vida acadêmica e seus melhores alunos, Husserl e Meinong, também se dedicaram ao assunto.[100]

6. CONSCIÊNCIA SENSÍVEL, CONSCIÊNCIA NOÉTICA OU PSICOLOGIA III

Publicada sob o título *Consciência sensível consciência* noética, a *Psicologia III* foi publica por Brentano em 1928. *Psicologia III* é um volume composto e constituído em torno de um certo número de textos ditados por Brentano e interpolados por explicações de Oskar Kraus, a quem foi enviada uma carta de autorização nesse sentido mais de uma década antes (1916).[101]

Nessa obra, Brentano estrutura suas observações sobre um original conceito de extensão perceptiva, que vem analisado, sobretudo, nos escritos que se seguiram. Brentano também investiga a natureza dos objetos dos fenômenos psíquicos, aos quais tanto se dedicou na *Psicologia II*. Passagem importante dessa obra é aquela na qual Brentano enfrenta a diferença entre intuição e pensamento abstrato, um dos núcleos conceituais de *Psicologia III*, e que retoma os temas da *Psicologia de Aristóteles*. Igualmente trata da questão do número dos sentidos e, sobretudo, da homogeneidade e da heterogeneidade das sensações.[102]

Brentano nesse trabalho, embora não se possa falar de um sentido de espaço, que dá em cada intuição externa, concretamente, menciona uma percepção espacial, com determinação qualitativa, que prescinde dessa última, através de um pensar noético.[103]

Brentano constatou que todos os objetos que desafiam a intuição sensível se manifestam limitados na forma: parados ou em movimento, únicos ou múltiplos. Esses objetos são qualificados pela consciência de modo heterogêneo,

[99] Mauro Antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafísica nel giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagora, 1996. p. 32.
[100] Francesa Modenato, *La conoscenza e l'oggetto in Alexius Meinong*, Pádua: Il Poligrafo, 2006. p. 223.
[101] Brentano já se encontrava cego por ocasião desse trabalho e por isso ditava os textos. Liliana Albetazzi, *Introduzione a Brentano,* Roma-Bari: Laterza, 1999. p.83.
[102] Mauro Antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafísica nel giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagora, 1996. p. 62.
[103] Liliana Albertazzi, *Introduzione a Brentano*, Roma-Bari: Laterza, 1999. p 16.

por meio de cada sentido. Aristóteles para Brentano quis tornar possível o princípio da subdivisão. Ou seja, constatou que a particularidade do gênero da qualidade própria separa o sentido colorido do sentido do sonoro etc. O pensamento estava correto, mas não elucidava se certa quantidade sensível seria homogênea ou heterogênea.[104]

Brentano aprimorou os conceitos aristotélicos ao reconduzir a pergunta sobre a homogeneidade ou heterogeneidade das sensações dos diversos âmbitos sensíveis à questão da existência análoga nos diversos campos, de dois extremos qualitativos de clareza e obscuridade, que correspondem ao quente e frio, doce e amargo, a segunda caracterizada como intuição sensível. Sempre, segundo Brentano, ao se analisar os objetos primários das intuições sensíveis, o pensar noético leva à constatação de que os objetos não são simplesmente qualificados e determinados de modo genérico e específico por qualidade, mas são também constituídos e determinados pelo sujeito de modo genérico e específico.[105]

O problema da localização dos objetos das intuições sensíveis está relacionado à assimilação da sua intensidade e extensão. Negar a localização, quer dizer também negar a forma e extensão dos objetos fenomênicos, e aceitar, em linha de princípio, uma teoria do conhecimento do tipo associativo, baseada sobre a experiência passada, enquanto Brentano sustenta o nativismo. Em relação à controvérsia se os objetos da intuição sensível são intensivos ou extensivos, Brentano propende pela segunda hipótese, e o faz com fundamento em consideração do tipo mereológico.[106]

7. ALGUMAS NOTAS COMPARATIVAS ENTRE BRENTANO E BOLZANO

Nenhum estudo sobre a influência dos mais conhecidos pensadores na Fenomenologia de Husserl poderia ignorar a figura de Bolzano.[107] Não obstante Brentano e Bolzano terem sobrenome italiano, ambos são austríacos.[108] Os dois filósofos foram religiosos, sendo que Brentano foi sacerdote dominicano, e foi

[104] Francesca Modenato, *Coscienza ed essere in Franz Brentano*, Bolonha: Pàtron Editore, 1979. p.50.
[105] Liliana *Albertazzi, Introduzione a Brentano*, Roma-Bari: Laterza, 1999. p. 18.
[106] Mauro Antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafisica nel giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagora, 1996. p. 86.
[107] Cf. Paolo Bucci, *Husserl e Bolzano. Alle origine delle fenomelogia.* Milão: Unicopoli, 2000.
[108] Certamente se deve tal fato ao conhecido aspecto multinacional do Império Austro-Hungaro. Entretanto, deve ser lembrado que Brentano era neto de italianos e obteve nacionalidade dos seus avós no período que esteve na Itália. Sobre os pormenores cf. Liliana Albertazzi, *Introduzione a Brentano*. Roma-Bari: Laterza, 1999. p.35.

na Ordem de São Domingos que conheceu a obra de São Tomás de Aquino, sua escola e o seu predecessor Aristóteles, a quem dedicou um auspicioso trabalho. Brentano afastou-se da Igreja Católica e até mesmo do cristianismo, mas continuou sendo teísta e de, algum modo, aristotélico. Bolzano também foi católico e sacerdote. Foi matemático, metafísico e filósofo da religião. Embora não tivesse travado conflitos com a Igreja, os teve com o Estado, fato que o levou a ser demitido da Cátedra de Religião da Universidade de Praga, em 1819, e, então, dedicou-se somente ao estudo, ou, de modo mais simples, ao saber.[109]

A obra *Paradoxos do Infinito*[110] de Bolzano teve grande importância no desenvolvimento do pensamento matemático do Século XIX e constitui um precursor da obra de Cantor.[111] Os seus escritos de filosofia religiosa foram quase todos publicados como anônimos, devido ao seu afastamento, em 1819, da cátedra de doutrina filosófica da religião, que ocupava desde 1805 na Universidade de Praga. A sua metafísica (*Athanasia* ou *Provas para a Imortalidade da Alma*, de 1827) nada tem de original e remete, sobretudo, a Leibniz.[112] A sua obra verdadeiramente notável é a *Doutrina da Ciência,* [113] a qual, mesmo admitindo uma certa dependência da Lógica, relativamente à Psicologia, na medida em que a Lógica deve ensinar o homem a atingir a verdade (*Wissenschaftslehre*, § 13), concentra-se na elaboração da doutrina da *proposição em si*, da *representação em si*, da *verdade em si*.[114] A *proposição em si* é o puro significado lógico da proposição, enquanto independente de ser verdadeiro ou falso, de ser ou não expresso por palavras e de ser ou não pensado por um espírito.[115] A *representação em si* é o aspecto objetivo da representação, que não exige nenhuma relação com o sujeito e constitui a matéria da representação subjetiva, isto é, da representação como ato de um sujeito pensante.[116]

A verdade em si é toda proposição válida, quer seja expressa e pensada ou não. As proposições em si não têm nenhuma existência real: são adquiridas quando são reconhecidas e, portanto, pensadas, tornando-se verdades em

[109] Liliana Albertazzi, -, Roma-Bari: Laterza, 1999. p.19.
[110] Os *Paradoxos do Infinito* são datados de 1851. Cf. a ed. francesa, trad. por Hourya Sinaceur, *Les paradoxes de l'infini*. Paris: Seuil, 1999. Cf. ainda E. Melandri, *I paradossi dell'infinito nell'orizonte fenomenlogico in Omaggio a Husserl*, Milão: Il Saggiatore, 1960. p. 95.
[111] Cf. Abbagnano, *op. cit*. v. 11, p. §
[112] Cf. Abbagnano, *op. cit*. v. 12. p. 9.
[113] Que é datada de 1837. Cf. a tradução de Giovanni Reale, Milão: Vita e Pensiero, 1984.
[114] Cf. Paulo Bucci, *Husserl e Bolzano Alle origini della fenomenologia*. Milão: Unicopoli, 2000.p 73.
[115] Cf. Abbagnano, *op. cit*. v. 12. p. 9.
[116] Cf. Edoardo Fugali, *Anima e movimento Teoria della conoscenza e psicologia in Trendlenburg*, Milão: Vita e Pensiero, 2002. p. 9.

sentido subjetivo. Mas a matéria dessas verdades subjetivas é sempre uma verdade *em si*, que é válida, independentemente do seu reconhecimento.[117] Proposições e verdades em si constituem o domínio das matemáticas puras, enquanto que o conhecimento verdadeiro adentra no campo do subjetivismo, porque lhe é essencial o aspecto subjetivo das representações e dos juízos.[118] O *em si* de que fala Bolzano é a dimensão lógico-objetiva da experiência, que é independente das condições subjetivas do conhecer.[119]

A originalidade dos estudos de Husserl está nas críticas à concepção empirista ou psicologista da Lógica, e, *grosso modo*, da teoria do conhecimento da época.[120] Deve-se levar em conta que a polêmica anti-empirista e anti-psicologista, e a distinção entre os problemas de fato relativos à origem e ao desenvolvimento do conhecimento e o problema de direito da validade do próprio conhecimento encontram a sua origem na obra de Kant e são posteriormente retomados e desenvolvidos por todas as formas do neocriticismo contemporâneo.[121] Essa polêmica chega a Husserl por meio da obra dos lógicos matemáticos, especialmente de Frege e de Bolzano, no quais se baseia explicitamente.[122]

8. BRENTANO E TRENDELENBURG: A RELAÇÃO DOCENTE QUE INDIRETAMENTE INFLUENCIOU HUSSERL

Adolf Trendelenburg, nascido em 1802 e morto em 1872, foi um dos mestres de Franz Brentano.[123] Professor em Berlim, advertiu que, no âmago de todas as inovações filosóficas, sempre estarão presentes os valores perenes da filosofia platônico-aristotélica.[124] Escreveu *Investigações Lógicas,*[125] em 1840, obra na qual se afasta da lógica idealista de Hegel, e, também, da psicologia empírica,

[117] Cf. J. Danek, *Les projets de Leibniz et Bolzano: deux sources de la logique contemporaine*, Québéc:Presses de l'Universitè Laval, 1975. 80.
[118] Cf.F. Voltaggio, *Fondamenti della logica di Husserl*, Milão: Ed. Comunità, 1965. p. 26.
[119] Cf. Paulo Bucci, *Husserl e Bolzano Alle origini della fenomenologia*. Milão: Unicopoli, 2000.p 72.
[120] Conquanto se baseie no conceito de intencionalidade tão condensado por Brentano. Cf. Abbagnano. *História da Filosofia*. 4ª ed., v. 12. trad. de Conceição Jardim, Eduardo Lúcio e Nuno Valadas. Lisboa: Editorial Presença, 2001. p. 8.
[121] Cf. Paolo Bucci, *Husserl e Bolzano Alle origini della fenomenologia*. Milão: Unicopoli, 1999. p. 25.
[122] Mauro Mariani, *Introduzione a Frege*, 3ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2004. p. 55.
[123] Cf. Liliana Albertazzi, *Introduzione a Brentano*, Roma-Bari: Laterza, 1999. p. 5. Cf. ainda os aspectos mais pessoais dos contatos em A. Kastil, *Die Philosophie Franz Brentano. Eine Einführung in seine Lehre*, Munique: Lehnen, 1951. p. 5.
[124] E. Riondato, *L'Aristotelismo di Franz Brentano e il suo influsso sulla cultura filosófica italiana,* in atti del Convegno Internazionale di Studi ítalo-tedeschi, Bonzano: Merano, 1965. p. 341.
[125] *Logische Untersuchenungen*, Lípsia: S. Hirzel, 1862.

para voltar à tradição de Aristóteles.[126] Trendelenburg afirmou[127] que a filosofia, em suas linhas fundamentais, está inserida na concepção orgânica do mundo, fundada por Platão e Aristóteles, desenvolvida a partir deles e capaz, ainda, de ulterior desenvolvimento e aperfeiçoamento, que se conseguirá investigando mais profundamente os conceitos fundamentais e os aspectos particulares, mediante fecundo intercâmbio com as ciências empíricas.[128]

A filosofia de Trendelenburg, como a de Aristóteles, está direcionada à idéia de fim; tem, pois, uma visão teleológica do ser, que culmina em um espírito dividido, fim último e causa universal.[129] Desenvolveu também o autor, sobre as bases indicadas, uma ética e uma filosofia do direito.[130] É Trendelenburg jusnaturalista à maneira de Santo Agostinho.[131] Escreveu a respeito desse tema na obra *O direito natural na base da Ética* e constitui-se um representante da antiga cultura cristã do Ocidente.[132] Além de Brentano, foram seus discípulos J. von Herting, O. Tillmann, G. Teichmüller e Rudolf Eucken, além de Kierkegaard e Dillthey.[133] Foi, desse modo, um precursor da reestruturação escolástica no Século XIX, e, por meio de Brentano, influenciou a Fenomenologia de Husserl.[134]

O encontro de Brentano com os textos aristotélicos, depois das primeiras leituras no liceu de Aschaffenerburg, sob a batuta do filósofo Josef Merkel, ocorreu em Berlim, para onde, ainda estudante universitário, transferiu-se por um semestre para estudar com F. A. Trendelenburg.[135] Historicamente, Trendelenburg apresenta-se como um interprete protestante de Aristóteles.[136] Como recordam Paulsen e Prantl, os seminários de Trendelenburg obrigavam os estudantes a um árduo trabalho sobre os textos aristotélicos.[137]

---

[126] Cf. M. Mangiagalli, *Logica e metafisica nel pensiero di Friedrich Adolf Trendelenbur*, Milão: Vita e pensiero, 1983. p. 12.Cf. ainda R. Giannetti, La presenza di Franz Brentano in Italia agli inici del Novecento, Rivista Filosófica Neoescolastica, nº69, 1977. p. 8.

[127] Cf. Ernst Bratuscheck, *Adolf Trendelenburg*, Berlim: F. Heinschel, 1873. p. 13.

[128] J. Hirschirberger, *op. cit*. P. 329.

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

[130] Cf. M. Mangiagalli, *Logica e metafisica nel pensiero di Friedrich Adolf Trendelenbur*, Milão: Vita e pensiero, 1983. p. 32.

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

[132] Cf. a trad. espanhola, *op. cit.*

[133] Cf. Liliana Albertazzi, *Introduzione a Brentano*, Roma-Bari: Laterza, 1999. p. 6.

[134] Cf. Liliana Albertazzi, *Introduzione a Brentano*. Bari: Laterza, 1999. p. 26.

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

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

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

Sucessivamente, Brentano apresenta-se por dois semestres na Universidade de Münster para obter aulas do neoescolástico F.J. Clemens.[138] Por não ser teólogo de profissão, Clemens, ao contrário de Trendelenburg, é expoente de um catolicismo intransigente e combativo.[139] São as suas teses publicadas na revista Katholik, que provocaram uma divergência entre alguns teólogos alemães.[140] A influência de Trendelenburg e de Clemens é muito forte em Brentano, e pode ser constatada, de modo evidente, nas suas primeiras obras de caráter aristotélico, como se vê na obra *Sobre os múltiplos significados do ser segundo Aristóteles*, dedicada ao próprio Trendelenburg, e, também, na *Psicologia de Aristóteles, com particular atenção à sua doutrina do noûs poietikós*, dedicada a Merkel.[141]

Em verdade, Brentano escolheu habilitar-se com Clemens, e inicialmente pensava em fazê-lo com uma tese sobre Suarez.[142] O contato com Clemens parece ter sido decisivo também na decisão de Brentano de seguir a sua vocação religiosa. Em 6 de agosto de 1864, depois de breve período de reflexão junto ao claustro dominicano em Graz, Brentano ingressou na ordem dominicana e dedicou-se ao monacal.[143]

Naquele período, a academia nas universidades alemães era sistematicamente dominada por expoentes protestantes, e suscitava vivazes discussões e notórios panfletos ideológicos.[144] Brentano residia em Münster nesse período de lutas e decidiu habilitar-se em faculdade na qual poderia "achar-se em harmonia com as teses do examinador".[145] No ano de 1862, então, Brentano habilita-se em Tübingen *in absentia,*[146] com a já mencionada tese sobre os múltiplos significados do ser em Aristóteles.[147]

A tese trata de um argumento de Trendelenburg, *a doutrina das categorias de Aristóteles*, mas sob ponto de vista diverso: ao invés de partir da análise lingüística da predicação, Brentano escolhe uma perspectiva que poderia ser resumida e designada como ontológico-principiológica.[148]

[138] Cf. Liliana Albertazzi, *Introduzione a Brentano*. Bari: Laterza, 1999. p. 25.
[139] Cf. Paolo Bucci, *Husserl e Bolzano Alle origini della fenomenologia*. Milão: Unicopoli, 1999. p. 52.
[140] Cf.Adriano Bausola, *Conoscenza e moralita in Franz Brentano*, Milão: Vita e Pensiero, 1968. p32.
[141] Cf. as tradução italiana de Stefano Tognoli, Milão: Vita e Pensiero, 1995.
[142] "É o professor do meu coração", escreveu ao tio Gunda von Savigny, descrevendo sua passagem com Clemens. Cf. Münchm D. *Der frühe Franz Brentano. Materialien zum Verhältnis von Philosophie und Katholizismos*. Amsterdã: Rodopi, 1983. p. 3.
[143] Angela Marocco, *Brentano le prove dell'esitennza di Dio*, Roma: Edizioni Studium, 1998. p. 9.
[144] Münchm D. *op. cit.*
[145] Carta escrita ao tio Gunda von Savigny, *op. cit.* – a carta é de 29.06.2859.
[146] Clemens nel frattempo era deceduto). Cf. Liliana Albertazzi, *op. cit,*. p.7.
[147] Cf. a trad. italiana de Stefano Tognoli, Milão: Vita e Pensiero, 1995.
[148] Cf. Pierre Aubenque, *op. cit*. p. xi.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia. V. 12.* 4ª. ed. Trad. de Conceição Jardim, Eduardo Lúcio e Nuno Valadas. Lisboa: Presença, 2001.

AJDUKIEWICZ, Kazimierz. *Problemas e Teorias da Filosofia***.** Trad.da edição inglesa por Pablo Rubén Mariconda e Regina Correa Rocha. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1979;

ANTONELLI, Mauro. *Alle radici del movimento fenomenológico*. *Psicologia e metafísica nel giovane Franz Brentano*. Bolonha: Pitagora, 1996.

APORTONE, A. ARONADIO, F. SPINICCI , P. *Il problema dell'intuizione. Tre studi* su *Platone, Kant e Husserl*. Nápoles: Bibliopolis, 2002.

AUBENQUE, Pierre. *Concepts et catégories dans la pensée antique*, Paris: J. Vrin, 1980.

BACHELARD, Suzanne. *La logiche de Husserl*. Paris: Presses Universitaires de France, 1957.

BANDRILLARD, Jean. *El sistema de los objetos***.** Trad. castelhana do francês de Francisco González Aramburu. México, siglo XXI Editores, 1969.

BARBARAS, Renaud. *Introduction à la philosophie de Husserl*. Paris: Les Éditions de La Transparrence, 2004.

BENMAKHLOUF, Ali. *Le vocaburaire de Frege.* Paris: Ellips, 2001.

BENOIST, Jean. *L'à priori conceptuel: Bolzano, Husserl, Schlick*. Paris: Vrin, 1999.

BERKELEY, George. *Tratado do conhecimento humano*. Trad. de Vieira de Almeida. Coimbra: Atlântida, 1958.

BOGOMOLOV, A. S. *A filosofia americana no século XX*. Trad. do russo para o português por Paulo Bezerra. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

BORDES SOLANAS, Montserrat. *Tiempo Y Objetos: una réplica a las tesis de incompatibilidad de Trenton Merricks*. Manuscrito. Campinas, abril 2000. vol XXIII, nº 1, p. 7-29.

BORNHEIM, Gerd A. *Introdução ao Filosofar O pensamento filosófico em bases existenciais*. 11ª. ed. São Paulo: Globo, 2003.

BOSIO, F. *Fondazione della logica in Hussserl*, Milão: Lampugnani Nigri, 1966.

BRENTANO, Franz. *L'Origine de la connaissance moral*. Trad. do alemão para o francês por Marc de Launay e Jean-Claude Gens. Paris: Gallimard, 2003.

BRISCUT, Robert. *Husserl et Frege*. Paris: Vrin, 2002.

BUNGE, Mario. *Tratado de Filosofia Básica*. v. 1. Trad. de Leônidas Hegenberg e Octanny S. da Mota. São Paulo: E. P. U. – Editora Pedagógica e Universitária Ltda. e EDUSP – Editora da Universidade de São Paulo, 1976.

CAIRNS, Dorian. *Conversations avec Husserl et Fink*. Paris: Jérôme Million, 1998.

CENTI, B. Gigliotti,G.Fenomenologia della ragion pratica. L'etica di Edmund Husserl. Nápoles: Bibliopolis,1996.

CHÂTELET, François. *Uma história da razão Entrevistas com Émile Noël*. Trad. de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

CHISHOLM, Roderick M. *La Teoria del Objeto de Meinong***.** Revista de Filosofia de la Universidad de Costa Rica, São José da Costa Rica, julho-dezembro de 1958, v. 1 nº 4 p. 337-342.

CHOULET, Philipe; FOLSCHEID, Dominique; WUNENBURGER, Jean-Jacques. *Méthodologie Philosophique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

COSTA, Newton C. A. da. BÉZIAN, Jean-Yvés. *Definition, Theorie des Objets et Paraconsistance***.** Theoria, San Sebastian, v. 13/2, 1998, p. 367-379.

CRETELLA JR., José. *Primeiras Lições de Direito***.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DANN OBREGON, Ernesto. *Lógica*. 6a. ed. Buenos Aires: Editorial Mundi, 1971.

DEMANGE, Dominique. *Les formes de l'extériorité dans la philosophie de Husserl.* Paris: L'Hartmattan, 2000.

DEPRAZ, Natalie. *Husserl*. Paris: Armand Colin, 1999.

DESANTI, Jean Toussaint. *Introduction à la phénoménologie*. Paris: Gallimard, 1994.

DERRIDA, Jacques. *La voce e il fenomeno Introduzione al problema del segno nella fenomenologia di Husserl*. Trad. do francês para o italiano de Gianfranco Dalmasso. Milão: Jaca Book, 2001.

DYNNIK, M. A . *Historia de la filosofía*, v. VII. Trad. do russo para o castelhano por Jose Lain e Adolfo Sanchez Vazquez, México: Grijalbo, 1966.

FINDLAY, John N. *Meinong, The Phenomenolist***.** Revue Internationale de Philosophie nº 104-105, 1973, p.161-177.

FINK, Eugen. *Le statut du phénoménologique*. Paris: Jeróme Million, 1993.

FISETTE, Denis. *Lecture frégéenne de la phénoménologie.* Paris: Eclat, 1994.

FRANINI, Elio. *Fenomenologia Introduzione tematica al pensiero di Husserl*. Milão: Franco Angeli, 1991.

GILSON, Lucie. *La psychologie descriptive selon Franz Brentano*. Paris: Vrin, 2000.

GIULIETTI, G. *La filosofia del profondo in Husserl e in Zamboni. Uno studio comparativo.* Treviso: Libr. Ed.Canova 1965.

GUERREIRO, Mario Antonio de Lacerda. *O problema da ficção na filosofia analítica*. Londrina: Editora da Universidade Estadual de Londrina, 1999.

HALLER, Rudolf. *Über Meinong***.** Revue Internationale de Philosophie nº 104-105, 1973, p.148-160.

HEIDEGGER, Martin. *Que é uma coisa?* Trad. de Carlos Morujão. Lisboa: Edições 70, 1987.

HAMLYN, D.W. *Uma história da filosofia ocidental*. Trad. de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. 7 ª ed. Trad. de António Correia. Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor, 1978.

HAMLYN, D.W. *Uma história da filosofia ocidental*. Trad. de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

HUNEMAN, Philippe, KULICH, Estelle. *Introduction à la phenomenology.* Paris:Armand Colin, 1997.

HUSSERL, Edmund. *Cartesianische Meditationen*. Hamburgo: Felix Meiner Verlag, 1995.

INGARDEN, Roman. *Husserl la controverse idealisme-realisme*. Paris: Vrin, 2002.

JACOB, Pierre. *L'intentionanalité*. Paris: Odile Jacob, 2004.

JACQUES, Francis. *Référénce et description chez Meinong***.** Revue Internationale de Philosophie. Nº 104-105, 1973, p. 266-287.

KASTIL, A. *Die Philosophie Franz Brentano*, Berna: Universidade, 1951.

KEEN, Ernest. *Introdução à psicologia fenomenológica*. Trad. de Heliana de Barros Conde Rodrigues. Rio de Janeiro: Interamericana, 1975.

KUSCH, Martin. *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal*. Trad. de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Editora da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2001.

HUTSCHERA, Franz von. *Gottlob Frege: Eine Einführung in sein Verk*. Berlim: Walter de Gruyter, 1989.

LANDGREBE, Ludwig. *Itinerari della fenomenologia*. Trad. do alemão para o italiano de Giovanni Piacenti. Turim: Casa Editrice Marietti, 1974.

LAUER, O. *Phénoménologie de Husserl. Essai sur la* gênese de *l'intentionnalité*, Paris: Puf, 1955.

LEGHISSA, Giovanni. *L'evidenza impossibile.Saggio sulla fondazione trascendentale di Husserl*. Trieste: Lint Ed., 1999.

LENOCI, Michele. *La Teoria della conoscenza in Alexius Meinong.* Milão, Vita e Pensiero, 1972.

LINSKY, L. *Le problème de la référence.* Paris: Le Seuil, 1974.

LLAMBIAS DE AZEVEDO, Juan. *Eidética y aporetica del derecho y otros estudios de filosofia del derecho*. 2ª. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

LUKÁCS, Georg. *Existencialismo ou marxismo*. Trad. De José Carlos Bruni. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas Ltda., 1979.

MARBACH, Eduard. *Edmund Husserl*. Hamburg: Meiner Felix Verlag GmbH, 1996.

MAYER, Verena. *Gottlob von Frege*. Muniue: Beck, 1996.

Mayz Vallenilla, Ernesto, *Fenomenologia del conocimiento*, Caracas: Universidade Central de Venezuela, 1956.

MEINONG, Alexius. *Über Gegenstandstheorie Selbstdarstellung.* Hamburgo: *Felix Meiner Verlag*, 1988.

MEISTER, Johannes. *Wörterbuch der Philosophischen Begriffe***.** Darmstadt, Borgis Cornelia Gesamtherstellung, 1955.

MENEZES, Djacir. *Hegel e a filosofia soviética*. Rio de Janeiro: Zahar, 1959.

MESSER, August. *História da Filosofia.* 2ª. ed., trad. de Adolfo Casais Monteiro. Lisboa: Editorial Inquérito, 1946.

MOCCHI,Mauro. *Le prime interpretazioni dellafilosofia di Husserl in Italia*. Il dibattito sullafenomenologia:1923-1940. Florença: La Nuova Italia,1990.

MOLES, Abraham. A. *Teoria dos Objetos.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1981.

MONTERO, Fernando. *Retorno a la fenomenología*. Barcelona: Editorial Anthopos, 1987.

MORSCHER, Edgar. *Meinongs Bedeutungslehre.* Revue Internationale de Philosophie, nº 104-105, 1973, p. 178-206.

MÜLLER, Aloys. *Introducción a la Filosofia***.** Trad. de José Gaos, Buenos Aires-México: 2ª. ed., 1940.

NERI, GUIDO DAVIDE. *Prassi e Conoscenza*. Milão: Feltrinelli Editore, 1966.

OLIVEIRA, Maria de Lourdes Granzarolli de. *Edith Stein e o sentido da vida*. Rio de Janeiro: Presença, 1989.

PATOCKA, Jan. *Introduction à la phénoménologie de Husserl.* trad. do checo para o francês por Érika Abrams. Bruxelas: Jérôme Millon, 1992.

PRADO JR., Caio. *O estruturalismo de Levi-Strauss O marxismo de Louis Althusser*. São Paulo: Brasiliense, 1971.

PRECHTEL, Peter. *Edmund Husserl zur Einfürung.* Dresden: Junius Verlag, GmbH, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *O Problema Fundamental do Conhecimento.* Porto Alegre: Ed. Globo, 1937.

PUGLIESE, Alice. *La dimensione dell'intersoggettività. Fenomenologia dell'estraneo nella filosofia di Edmund Husserl*. Milão: Assoc.Culturale Mimesis, 2004.

REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia.* 4ª. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

RYLE, Gilbert. *Intentionality-Theory and The Nature of Thinking.* Revue Internationale de Philosophie, nº 104-105, 1973, p. 255-265.

ROUTLEY, Richard. ROUTHEY, Valerie. *Rehabiliting Meinong's Theory of Objects*. Revue Internationale de Philosophie, nº 104-105, 1973, p.224-254.

RODRIGUES, Fernando. *A teoria do significado de E. Husserl in Ontologia, conhecimento e linguagem*. Rio de Janeiro: Mauad, 2001.

ROVIGHI, Sofia Vanni. *História da Filosofia Contemporânea.* Tradução de Ana Perschi Capovilla. São Paulo: Ed. Loyola, 1999.

RUSSELL, Bertrand. *História do Pensamento Ocidental.* 2ª. ed.. Trad. de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro, Ediouro, 2001.

SAN MARTIN, Javier. *La fenomenologia de Husserl como utopía de la razón*. Barcelona: Editorial Anthopos, 1987.

SANTOS, Alessandra. *A consciência fenomenal entendida como representação mental*. Ítaca – Revista dos alunos da Pós-Graduação em Filosofia – IFCS-UFRJ, no. 4, setembro de 2003.

SCHÉRER, René. *La fenomenologia de las "investigaciones lógicas" de Husserl*. Trad. do francês para o castelhano por Jesús Díaz. Madri: Edotorial Gredos, 1969.

SIMPSON, Thomas Moro. *Linguagem, realidade e significado*. 2.ed. Trad. de Paulo Alcoforado. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1979.

SMITH, Barry. SMITH, David Woodruff. *The Cambridge Companion to Husserl*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

SOKOLOWSKI, Robert. *Introduzione alla fenomenologia*. Trad. do inglês para o italiano de Paola Premoli de Marchi. Roma: Edizioni Università della Santa Croce, 2002.

TAWARDOWSKI, *Contenuto e oggetto*. Turim: Bollati Boringhieri, 1988.

THAO, Tran-Duc. *Phénoménologie et matérialisme dialectique.* Paris: Éditions Minh-Tân, 1951.

TILLIETTE, Xavier. *Breve introduzione alla fenomenologia husserliana*. Trad. do francês para o italiano por Enrico Garulli. Lanciano: Editrice Itinerari Lanciano, 1983.

TREISMAN, Anne. *L'attention, les traits et la perception des objets, in Introduction aux sciences cognitives*, coordenado por Daniel Andler. Paris: Gallimard, 1992.

VAYSSE, Jean-Marie. *Les problèmes fundamentaux de la phénoménologie de Heidegger.* Paris: Ellipses, 2005.

VELARDE MARZOL, Victor. *La teoria de los objetos en Alexius Meinong.* Pensamento, Madri, nº 180, vol. 45, octubre-diciembre 1989, p. 461-475.

VERLEY, Xavier. *Pensée, symbole et représentatition. Logique et psyshologie chez Frege et Husserl.* Paris: Dianota, 2005.

VOLTAGGIO, Franco. *Fondamenti della logica de Husserl*. Milão: Ed. Comunità, 1965.

WAELHENS, A. de, *La philosophie de Martin Heidegger*, 5ª ed., Louvan: Editions Nauwelaerts, 1967.

WEIL, Eric. *Logique de la philosophie*. 2. ed. Paris: Librairie philosophique J. Vrin, 1974.

NECESSIDADE DE SE PENSAR O DIREITO

Cleyson de Moraes Mello[1]

Resumo: A compreensão hermenêutica do direito tem seu fundamento posto na pessoa, a partir de um viés ontológico (Verdade do Ser), historicamente situado. A procura do significado da compreensão da existência humana (o homem na sua ec-sistencia) se traduz, portanto, na viragem da fundamentalidade do ordenamento jurídico alinhada a condição de possibilidade da compreensão (devir). A hermenêutica filosófica, nesta perspectiva, ganha maior sentido uma vez que supera a hermenêutica "metodológica" como paradigma de compreensão do direito. É uma compreensão realizada a partir de uma certa situação atual (caso concreto decidendo) no contexto de uma tradição histórico-cultural que se traduz numa fusão de horizontes.

Palavras-chave: Hermenêutica; Fundamentos do Direito; Filosofia do Direito.

Abstract: The hermeneutic understanding of law is grounded in the individual, from an ontological perspective (Truth of Being), historically situated. The search for the meaning of the understanding of human existence (man in his ec-sistence) thus translates into a shift from the fundamentality of legal order aligned with the condition of possibility of understanding (becoming). Philosophical hermeneutics, from this perspective, gains greater significance as it surpasses "methodological" hermeneutics as a paradigm for understanding law. It is an understanding realized from a particular current situation (deciding a concrete case) within the context of a historical-cultural tradition that results in a fusion of horizons.

Keywords: Hermeneutics; Foundations of Law; Philosophy of Law.

[1] Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UERJ. Professor Associado do Departamento de Teorias e Fundamentos do Direito Pós-Doutorado em Teoria do Direito Professor do PPGD da UERJ e UVA. Coordenador do Curso de Direito do UNIFAA

1. INTRODUÇÃO

A palavra *direito* provém do latim *directus*, *directum*, que significa direto. Já como adjetivo, direito significa reto, com ideia de retitude, correção, lealdade. Em inglês *right*, em alemão *recht*. Já *derecho*, em espanhol; *diritto* em italiano; *droit* em francês.

A palavra *jus* significa *merecimento*, ou seja, a pessoa faz *jus* a algo ou alguma coisa. A palavra vem do latim *jus*, que significa direito ('ter direito a"; "ser merecedor de"). Daí que é possível encontrar conceitos como jurisprudência, jurisconsulto, jurisdição, jurisdicionado, jurídico. A etimologia de *jus* é bastante controvertida em sua origem: "*jussum* (mandar)", "*jutum* (ajudar)", "*junctum* (juntar)".[2]

A palavra direito intuitivamente nos move na direção daquilo que nos pertence, apontando, pois, uma faculdade de reclamar e exigir o que é nosso. O direito pode ser compreendido como direito subjetivo (*facultas agendi*), como direito objetivo (*norma agendi*), como capacidade de se comportar na vida em sociedade, como comportamento que se deve ter com o outro, como caminho e direção a uma determinada escolha correta. Daí que o direito tem como finalidade precípua o convívio pacífico e o bem comum das pessoas em comunidade. É, pois, norma, regra, princípio de como devemos nos portar e viver em sociedade, com vistas a uma "vida boa". Ora, o homem é, por sua natureza, um ser gregário, isto é, um ser social por natureza, razão pela qual vive em sociedade, ou melhor, convive com o outro (alteridade). O *saber conviver* é, pois, o pano de fundo de uma vida harmônica em sociedade. É a dimensão ontológica do direito: a ek-sistência humana. Um conjunto de regras capaz de reger a coexistência humana em suas relações intersubjetivas, tanto no direito público, como no direito privado.

ENRIQUE LUÑO PENA afirma que "el Derecho es *una forma de lo justo*, que se elabora en el corazón mismo de los grupos humanos y que, por lo tanto, se halla, forzosamente, sometido a readaptaciones periódicas."[3]

O direito, grosso modo, é composto por normas de conduta que procuram regular a conviência humana na sociedade. Desde muito tempo atrás os juristas buscam uma definição mais precisa sobre o conceito de direito. Melhor dizendo: a pergunta "*O que é o Direito?*" há muito tempo apresenta grandes dificuldades em sua plena compreensão. Ora, um dos elementos que

[2] PENA, Enrique Luño. *Derecho Natural*. 4.ed. Barcelona: Librería La Hormiga de Oro, 1961, p.10.
[3] Ibid., p.12.

dificulta uma conceituação mais precisa do *Direito* é exatamente, por ser este um fenômeno histórico, relacionado a sociedades concretas e multiculturais, ele não pode ser compreendido sem considerar o espaço e o tempo de sua formação e concretização.

O Direito constitui, pois, um conjunto de normas com a finalidade precípua de garantir uma vida em sociedade de forma pacífica, fraterna, justa e solidária. Estas normas jurídicas são gerais, abstratas, coercitivas, atribuindo direitos e deveres a todos membros da sociedade. O juiz ao "dizer o direito" deve, pois, refletir de forma plena a tradição cultural da sociedade na qual ele está inserido. Melhor dizendo: o interprete da norma deve conhecer, não só a legislação, mas sobretudo o "direito vivido" naquela sociedade. O Direito deve, pois, estar em consonância com a verdade manifestativa que provém da compreensão de suas normas. Tais normas jurídicas regulam os atos humanos, já que procura retratar as regras sociais. Este conjunto de normas integram o ordenamento jurídico com o próposito de "ordenar" e "regular" a cooperação e a co-existência entre os homens na sociedade. As proposições jurídicas retratam, pois, um feixe de conteúdos morais, axiológicos e sociais que devem ser compreendidos à luz da dignidade da pessoa humana (a partir do homem em sua própria ek-sistencia). Daí a importância do constante "(re)pensar o direito", especialmente, nos casos de anomia e antinomia que envolvam questões relacionadas ao direito e a moral. Isto porque é possível a existência de regras em um sistema jurídico que esteja em distonia com o "direito justo". Ora, o direito não pode viver separado da justiça. O direito não está no espírito do legislador, senão deve ser compreendido a partir da historicidade do mundo vivido (*Da-sein*). O direito não pode ser interpretado de forma mecânica e matematizante. A hermenêutica jurídica *não é metodológica*, mas deve apontar para a historicidade do homem, a partir da fusão de horizontes. O direito não é encontrado no ente (lógica apofântica, lógica formal), senão no próprio ser (lógica da diferença ontológica, lógica da analítica existencial). O direito corresponde ao mundo cultural-histórico-social que o homem está inserido (salto hermenêutico), necessariamente plasmado em sua vivência histórico-existencial. O homem ek-sistente é um projeto lançado. O interprete deve compreender o sentido da norma jurídica.

O direito ainda pode ser compreendido a partir do chamado *direito natural* (uno e imutável?) e do *direito positivo* com todas as suas variações históricas. O direito natural deve sempre prevalecer sobre o direito positivo? Ora, o direito natural é

anterior ao conjunto de leis postas pelo Estado. Isto significa dizer que uma ordem natural baseada na justiça antecede qualquer ordenamento jurídico posto pelos homens em sociedade. A questão que se apresenta é: como o direito natural, universal e imutável, poderá responder aos anseios de uma sociedade multicultural, complexa e plural? Este poderia ser um caminho para o intérprete jurídico justificar a vigência do direito positivo, quando indubitavelmente injusto? Qual o direito justo? Isto significa que o direito justo estaria relacionado com o direito natural ou com o direito positivo? Quando poderemos considerar justo o direito?

Segundo Del Vecchio, *Direito natural* é o nome com que se designa, por tradição muito antiga, o critério absoluto do justo.[4] A procura de uma justiça superior era proveniente, muitas vezes, da reação contra a justiça positiva. O Direito natural teológico (fundado na vontade divina – Vitória, Soto, Molina, Suárez), o Direito natural da denominada Escola Clássica do Direito Natural (Grócio, Hobbes, Pufendorf, Thomasio) e o Direito natural racional (Rousseau, Kant, Fichte, Wolff, Leibniz), caminhavam em busca do *justo natural*, em detrimento da justeza apresentada pelas normas jurídicas positivas.

O Direito natural, ao longo de sua história, buscou sua fonte na natureza, na revelação ou na razão. É dessa forma que o direito natural da antigüidade encontra-se relacionado com a natureza; o da Idade-Média, com o divino (direito natural considerado superior ao direito positivo, uma vez que estava fundado na vontade divina); e o dos tempos modernos com a razão.

A tradição do pensamento jurídico ocidental sempre foi permeada pela dicotomia "*direito positivo*" e "*direito natural*", ou seja, uma distinção entre aquilo que é por 'natureza' e aquilo que é 'convencionado'. Dessa maneira, é possível perceber a distinção preliminar de *direito natural* e *direito positivo*, já que aquele é geral e imutável, este é posto por comunidades singulares.

Norberto Bobbio ensina que tal distinção podia ser encontrada no direito romano, já que o *jus gentium* e o *jus civile* correspondiam respectivamente ao *direito natural* e *direito positivo*.[5] Daí que dois são os critérios para distinguir o direito positivo (jus civile) do direito natural (jus gentium):[6] a) o primeiro limita-se

[4] DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5.ed. Tradução: Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p.334.
[5] BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico:* Lições de Filosofia do Direito. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p.17.
[6] Ibid., p.18.

a um determinado povo, ao passo que o segundo não tem limites; b) o primeiro é posto pelo povo (isto é, por uma entidade social criada pelos homens), enquanto o segundo é posto pela *naturalis ratio*.

No quadro abaixo estão representadas as principais distinções entre o direito positivo e o direito natural:

Direito Natural	Direito Positivo
É universal e imutável (universalidade)	É particular no tempo e no espaço (particularidade)
Não tem limites	Limita-se a uma sociedade
É algo natural	É posto pelo povo (convencional)

Vale destacar também, o contributo de *Herbert* Lionel Adolphus *Hart*, professor de Teoria do Direito (*Jurisprudência*) da Universidade de Oxford, de 1952 a 1968. Sua obra *O Conceito de Direito* é um marco no positivismo jurídico. Hebert Hart influenciou vários juristas, tais como: Ronald Dworkin, Joseph Raz e Neil MacCormick.

Na identificação do direito, a diferença mais fundamental entre Hart e Dwokin é a seguinte: Para Hart "a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por referência às fontes sociais do direito (por exemplo, legislação, decisões judiciais, costumes sociais), sem referência à moral, exceto quando o direito assim identificado tenha, ele próprio incorporado critérios morais para a identificação do direito. Na teoria interpretativa de Dworkin, por outro lado, todas as proposições do direito, que afirmam qual é o direito em certa matéria, **envolvem necessariamente um juízo moral**, uma vez que, segundo a sua teoria interpretativa holística, as proposições do direito são verdadeiras apenas se, juntamente com outras premissas, decorrem daquele conjunto de princípios, os quais melhor se ajustam a todo o direito estabelecido, identificado por referência às fontes sociais do direito, e lhe **conferem melhor justificação moral.** Essa teoria interpretativa globalmente holística tem, por isso, uma dupla função: serve não só para identificar o direito, como também para lhe conferir justificação moral."[7]

[7] HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. 2.ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p.332.

O tema é bastante árido, especialmente, quando estamos diante dos chamados casos difíceis (*hard cases*), uma vez que a questão toca no momento de criação judicial do direito. Os juízes não são, em regra, eleitos e, numa democracia, somente os representates eleitos pelo povo deveriam ter poderes de criação do direito.

Existem vários modelos que procuram explicar o relacionamento entre o *direito* e a *moral*. O primeiro modelo é aquele que trata da separação radical entre o direito e a moral, especialmente, a partir de certos elementos do positivismo jurídico, cujo maior expoente é *Hans Kelsen*. O segundo modelo é aquele que defende uma separação relatativa entre o direito e a moral, tal como os adeptos do denominado positivismo suave (soft), como *Hebert Hart*. Um terceiro grupo defende uma integração absoluta entre o direito e a moral, ou seja, o direito se sustenta sobre a moral, como defende *Gustav Radbruch*. Por fim, ainda existem autores, como *Ronald Dworkin*, que postulam uma espécie de integração relativa entre o direito e a moral. O autor defende que existe um conjunto de princípios, medidas e programas políticos que interagem entre si e fundamentam o direito.

Daí a importância desta problemática e o necessário aprofundamento nas questões acerca da fundamentação do direito que deve estar à serviço da dignidade da pessoa humana. A reivindicação de um direito natural de cariz ontológico-existencial como fundamento do direito é uma das possibilidades de enfrentamento desta questão.

2. NECESSIDADE DE SE PENSAR O DIREITO

Uma das questões mais importantes no ensino jurídico é a forma e o modo de se pensar o direito. A questão é antiga, mas o que nela se desvela como novo é o fato de ser preementemente pensanda por diversos atores, segundo novas perspectivas da filosofia do direito, teoria do direito, direitos humanos e filosofia constitucional.

Em abril de 2021, o Conselho Nacional de Educação alterou a DCN (Diretrizes Curriculares Nacional) do curso de direito para, dentre outras mudanças, incluir na formação técnico-jurídica conteúdo essencial de teoria do direito. Num certo sentido, isso é legítimo, porque a teoria do direito é o locus privilegiado para se pensar o direito, quando se inicia a formação do bacharel. As disciplinas propedêuticas não podem ser vistas como algo deslocado no cenário do processo de ensino-aprendizagem do direito. Os cursos de direito

devem começar, desde cedo, pela exposição da questão principal sobre o que é o direito e seus fundamentos, ainda que tais questões sejam mais difíceis.

Para que tais questões sejam enfrentadas de forma a não se tornar excessivamente desorientadora, cabe, desde logo, um esclarecimento provisório, qual seja: o enfrentamento dos fundamentos do direito perpassa todos os níveis de ensino: da graduação a pós-graduação (mestrado e doutorado em direito).

Para começar, em que é que pensamos quando dizemos "o que é o direito?" Visamos um conjunto de normas, sanções, tribunais, justiça, um juiz, um advogado; discussão de um processo, discussão em geral; mas também imaginamos um curso, uma carreira importante; e pensamos num conjunto de normas para seja cuidadosamente pensada e detalhada, jamais completa envolvendo as soluções jurídicas para as vicissitudes do mundo da vida.

Na medida que ultrapassamos tais pensamentos, devemos focar na pergunta mais originária, isto é, qual o fundamento do direito e aquilo que faz o direito ser direito enquanto sua própria essência, não enquanto uma regra isolada ou bela arquitetura de uma sessão de julgamento dos tribunais. A essência do direito perpassa pela pergunta sobre o seu fundamento mais originário. Quando olhamos para o direito envolvido apenas pelas coisas que nos rodeiam, acabamos esquecendo de pensar o direito a partir de seu caminho mais originário e dignificador. Devemos, pois, ultrapassar (*salto hermenêutico*) as suas regras e padrões estabelecidos para buscar o seu fundamento em direção ao seu próprio ser (ultrapassamento do ente em direção ao ser do direito). O direito não é aquilo que as pessoas pensam isoladamente aquilo que ele é.

A pretensão de conhecer o direito perpassa pelo estudo vertiginoso de seus fundamentos constitucionais e os próprios fundamentos das decisões judiciais. Quando se pensa o direito a partir de sua essência nos tornamos melhores professores, advogados, juízes, promotores, defensores, procuradores, dentre outros. Melhor dizendo: dito com mais prudência – nos tornamos melhores em nossas profissões. Nessa estrada o caminhar é um "querer saber mais" sobre o próprio direito. Uma vivência que traduz a própria verdade do direito.

É necessário, pois, apontar para uma nova direção, ou seja, "aquilo-em-direção-aonde" (*wonach*) se questiona. Aquilo como o direito é pensado, interrogado e questionado, o que determina o próprio direito, isto é, o "ser do direito". Na verdade, é a questão já posta por Heidegger: a busca da "coisalidade da coisa".

Neste sentido, o direito não pode ser visto e compreendido como uma coisa, um objeto ou algo coisificado. Ora, dizer o direito vai muito além, no sentido de compreender a sua essência, seu ser, seu fundamento mais originário. O direito não pode ser dito a partir da nossa experiência quotidiana, sem nenhum fundamento sólido. Melhor dizendo: a decisão judicial não pode refletir aquilo que somos como sujeitos e eus individuais e aquilo que acreditamos como imagem subjetivas de nós mesmos. A prestação jurisdicional não pode ser realizada a partir dos "eus", mas sim a partir do cuidado (*sorge*) com o outro (alteridade, solidariedade, fraternidade).

Ora, mesmo que a experiência quotidiana do dia-a-dia forense tenha em si uma verdade (ainda que peculiar), ela deve ser fundamentada, isto é, seu fundamento deve ser pensado, analisado, afirmado e assumido, enquanto tal. Isto é tanto mais necessário, quanto manejamos os princípios constitucionais tendo como epicentro do ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana.

Um exemplo aparentemente simples é a pergunta: o que é o direito e sua relação com o homem? Tudo que o direito é para o homem é a busca de sua verdade e seus fundamentos mais originários. Todavia, parece que o fundamento e a verdade do direito e suas questões correlatas foram há muito tempo esquecidas em sala de aulas e no discurso hermenêutico das decisões judiciais (claro que com as devidas exceções); o que vemos é uma aparência do direito, provocada por um ensino jurídico coisificado em que na maioria das vezes autor e réu são vistos sem a devida atenção e especificadades inerentes ao caso concreto decidendo. Mas esta aparência pode e deve ser descortinida uma vez que a os fundamentos do direito nunca deixaram de ser pensados em sua mais profunda originalidade e verdade. O fundamento do direito não se obscurece, já que ele faz parte do próprio direito. A verdade e o fundamento do direito podem, por vezes, ficar atrás do ente, mas nunca deixaram de existir e sobreviver. Melhor dizendo: são as decisões judiciais que devem orbitar ao seu redor e não o contrário. É, pois, este fundamento que dá luz e aquece o direito.

Qual é, então, o fundamento mais originário do direito? Qual a sua essência e sua relação com o homem (na sua ek-sistência). Será, portanto, que a questão do funadamento do direito está mal posta desde o início da formação do bacharel em direito? Será que os professores há muito tempo deixaram de pensar o direito, com foco exclusivo em sua aplicação em sentido formal? O direito na sua verdadeira "coisalidade" deve ser pensado a partir de sua essência. Em que sentido

de sua verdade? O direito coisificado e objetificado fundamentam-se várias escolas e decisões judiciais. É preciso um afastamento desse direito coisificado para que possamos avaliar a verdadeira clareira do ser e do direito em si.

Daí a importância de levantarmos sempre a questão: o que é o direito e sua relação com a verdade e com o próprio homem? Autor e réu possuem nome e sobrenome e estão, provevelmente, envolvidos em suas mais diversas relações jurídicas patrimoniais ou existenciais. Devemos, pois, apreender novamente a questionar os fundamentos do direito, a questionar sua relação com o mundo vivido. A partir de onde os juízes devem decidir o ser do direito (ser-direito)?

Não é possível dizer algo sobre o direito sem conhecer a verdade do próprio direito. Desse modo, torna-se claro que a prestação jurisdicional não pode ser realizada de forma objetiva, sem procuramos as determinações e especificidades que pertencem ao próprio caso concreto decidendo. Isso se dá pelo ultrapassamento da relação sujeito-objeto, em direção ao "ser-direito", cuja verdade está em questão. Ora, a partir de onde e como se determina a verdade do direito? O que se deve o fato de a sentença judicial ser esta e não outra? Onde é que reside a fundamentação da verdade do direito?

O direito é verdadeiro se estiver em conformidade com a dignidade da pessoa humana. Melhor dizendo: o direito deve dirigir-se para a dignidade da pessoa humana como *cuidado*, *cura*, *sorge*. A decisão judicial deve conforma-se com a essência do direito, ou seja, a sua coisalidade (coisalidade da coisa).

Uma outra questão que surge é a possibilidade de decisões judiciais diferentes, em épocas diferentes e em povos diferentes. Em relação ao elemento temporal, vejamos, por exemplo, o precedente do amianto no Brasil. Isto porque o STF já decidiu sobre a constitucionalidade da lei federal que admitia o uso controlado de uma das modalidades do amianto (asbesto branco). Posteriormente, em razão da mudança no substrato fático da norma, a referida disposição se tornou inconstitucional. Ora, o elemento temporal (vinte e dois anos depois, no julgamento da ADI 3.937) acarretou num consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Neste contexto é possível afirmar que o "dizer o direito" é histórico, isto é, um *acontecer*. Uma condição de possibilidade que se desvela a partir das especificidades do caso concreto decidendo. Verifica-se, pois, que a decisão anterior em relação ao amianto já foi uma vez "atual". A decisão judicial meramente passada

não esgota o acontecido. A essência da verdade mostrou-se, então, regulada a partir da essência da verdade em conformidade com o observado 22 anos depois acerca da natureza altamente cancerígena do amianto.

A questão "*o que é o direito*" se coaduna com uma questão histórica. Não uma visão histórica olhando apenas o passado, senão ver e compreender o direito a partir da historicidade do homem em seu próprio acontecer. A resposta à questão "qual a essência do direito" e sua verdade tem um outro caráter. É, pois, uma posição-de-fundo transformada, ou o início de um novo caminhar em direção ao mais nobre de ser pensado, uma transformação do pensar o direito desde os bancos universitários. É preciso olhos de ver que a realização do direito é um acontecer na direção do "ser-direito" e não acorrentados na entificação (coisificação) do direito.

A questão acerca da nossa relação com o direito ganha novas cores com a *hermenêutica filosófica* e a forma de pensar o direito como fio condutor da determinação da própria essência do direito. Dessa maneira, é preciso enfrentar o ser-digno-de-ser-pensado no direito como único caminho para desviar o direito de sua objetivação (coisificação, entificação). Ora, uma decisão judicial que se afasta da essência do direito, se afasta de sua verdade, é, pois, mera opinião.

Pensar a *essência do direito* é colocar bastante alto a humanidade do homem. A clareira e o iliminar do direito é o homem em sua dignidade, sua ek-sistência. Melhor dizendo: na medida em que o homem ec-siste na Cura (*sorge, preocupação, cuidado*).

O esquecimento da essência do direito em favor de sua entificação é o sentido e o fracasso das decisões judiciais que teimam em dizer o direito a partir de uma racionalidade matematizante, celebrando uma "objetividade" do discurso jurídico. O direito precisa ser re-pensado no fundamento de sua originalidade e assim superar a sua coisificação. Melhor dizendo: pensar o direito a partir da essencialização do próprio homem dentro da referência do Ser. Dessa maneira a grandeza e a dignidade do homem se essencializam originariamente nas decisões judiciais e, da mesma forma, é um passaporte para uma nova dimensão do ensino jurídico, tornando-o essencialmente humano. É, pois o "Ser-direito" instalado na dinamicidade da relação sujeito-sujeito.

O fundamento do direito vinculado e essencializado na verdade do Ser cuja decisão judicial refletirá uma "fusão de horizontes", ou seja, passado, presente

e futuro pensado a partir de um *tempo originário*, uma *ética originária*. É uma fusão de elementos temporais para alinhar a decisão judicial ao mais nobre de ser pensado: o *homem na sua ek-sistência*.

Pensar o fundamento do direito é pensar na articulação do homem em sua ek-sistência, em uma estrutura onde o Ser se desvela e se notabiliza. O direito não pode desvincular o homem de sua essência. É preciso consumar o direito em toda a sua plenitude, restituindo e afirmando o seu fundamento na manifestação do Ser.

Heidegger afirma que "diferente das ciências, o rigor do pensamento não reside apenas a exatidão artificial, isto é, técnico teórica dos conceitos. O rigor do pensamento se edifica na medida em seu dizer permanece, exclusivamente, no elemento do Ser e deixa vigorar a simplicidade de suas múltiplas dimensões."[8]

É, pois, a necessidade de repor o pensamento jurídico na direção do *homo humanus*, ou seja, não se pode abandonar o Ser como epicentro do ordenamento jurídico, sob pena de o direito perder prestígio e importância na solução dos casos concretos. Julgar e pensar o direito com uma medida que lhe é adequada, isto é, pensar e dizer o direito de acordo com a sua essência. O direito pensado de modo mais originário, essencializado nas decisões judiciais em sentido próprio. Nesse sentido, o "DIREITO" não é; mas dá-se DIREITO.

Daí a importância da "Cura" no pensamento de Heidegger. O fundamento do direito posto na Cura (*sorge, preocupação, cuidado*).[9] Heidegger afirma que "para onde se dirige 'a Cura' senão no sentido de reconduzir o homem de volta à sua Essência. O que isso significa senão tornar o homem (*homo*) humano (*humanus*)? Destarte é a *humanistas* a preocupação de um tal pensamento. Pois *humanismos* é curar e cuidar que o homem seja humano e não humano, isto é, estranho à sua Essência. Todavia em que consiste a humanidade do homem? Ela repousa em sua Essência."[10]

A compreensão do direito precisa de uma fundamentação hermenêutica levada a sério se desejarmos que a decisão judicial seja verdadeiramente harmoniosa com o Direito, no sentido de uma ordem jurídica justa. Além do elemento enunciativo do discurso jurídico, é necessário compreender o direito como um acontecer em que nós habitamos e onde nos autocompreendemos. O direito ganha uma densidade

[8] HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995, p.27.
[9] MELLO, Cleyson de Moraes. *Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Processo, 2020.
[10] HEIDEGGER, Op.Cit., p.34.

mais profunda com a hermenêutica filosófica, já que o *ser* se compreede a partir do homem em seu próprio acontecer, historicamente situado.

A hermenêutica, com o viés da ontologia fundamental, procura interrogar o *ser* por meio da *historicidade* e da *temporalidade* do ser-aí, ou seja, compreender a questão do ser fora do contexto da tradição metafísica.

Heidegger alerta que a

> "metafísica pensa o homem a partir da *animalitas*. Ela não o pensa na direção da sua *humanitas*.
>
> A metafísica se tranca ao dado Essencial simples, de que o homem só vige em sua Essência, enquanto é interpelado pelo Ser. Únicamente a partir dessa interpelação ele 'encontrou' onde mora sua Essência. Somente a partir desse morar, 'tem' ele 'linguagem', como a morada, que pre-serva o ec-stático para sua Essência. Chamo ec-sistência do homem o estar na clareira do Ser. Esse modo de ser só é próprio do homem. Assim entendida, a ec-sistência não é apenas o fundamento de possibilidade da razão, *ratio*. É também onde a Essência do homem com-serva a pro-veniência de sua determinação.
>
> Só se pode dizer ec-sistência da Essência do homem, isto é, do modo humano de 'ser', pois somente o homem, até onde alcança nossa experiência, foi introduzido no destino da ec-sistência. [...]
>
> Ec-sistência evoca a determinação do que o homem é no destino da Verdade do Ser. "[11]

Neste diapasão, o direito deve ser pensado a partir da sua *humanitas*. A compreensão é a própria abertura do ser-no-mundo, bem como é um existencial. Todo o compreender é derivado dessa compreensão existencial, que é a própria luz, iluminação, abertura, clareira, revelação do ser-aí, *Alethéia*.

O direito ainda se encontra amparado no paradigma epistemológico da filosofia da consciência e na subjetividade. Observa-se a entificação do Direito. O Direito deve restar harmonioso com o modo de ser-no-mundo (mundo da vida).

O pensamento jurídico não pode ser concebido a partir de um predomínio imposto pelos limites da razão e edificado com os poderes da racionalidade abstrata. A transcendência existencial torna-se uma alavanca de evolução

[11] Ibid., p.40-45.

da ciência jurídica. O Direito é um *sendo*, é um *acontecer*, é uma *abertura de possibilidades*. O ser deve ser compreendido a partir do homem em seu próprio acontecer, historicamente situado. A hermenêutica, com o viés da ontologia fundamental, procura interrogar o ser por meio da historicidade e da temporalidade do ser-aí, ou seja, compreender a questão do ser fora do contexto da tradição metafísica.

Segundo Heidegger, devemos procurar "aquilo que faz a coisa ser coisa".[12] Aquilo que torna-coisa (*be-dingt*) a coisa.[13] A coisalidade que torna-coisa uma coisa é chamada de *coisalidade da coisa*.[14] É, pois, algo que dá um fundamento, um solo à coisa.

Ora, fica claro que o esquecimento da essência jurídica implica em assumir uma posição objetivista sobre o direito. É necessário situar-nos num ponto de vista que permita ver o direito como um *devir* (o direito em movimento). Ver o direito a partir de sua historicidade não significa apoderar-se de conceitos abstratos e totalitários da ordem jurídica, mas significa ver o direito a partir de um fundamento originário e que nunca se resolve no comando da regra jurídica. Ao contrário, podemos dizer que o direito se desvela no que é, mais como *movimento*, como um *proceder de*, como um *projetar-se*. De toda sorte temos de perguntar-nos se é possível, e como se define, um pensamento jurídico que vá mais além do direito positivo, isto é, se é possível uma autêntica compreensão do direito.

Dessa forma, o direito não pode ser pensado como "objeto", mas sim a reflexão do direito deve possibilitar um pensamento que tome a sério o direito, convertendo-o na reflexão sobre a sua própria essência e sobre o modo em que ele tem de conceber-se e revelar-se.

Ser e Tempo, Carta sobre o Humanismo e *A Essência da Verdade* são algumas obras de Heidegger que nos ensinam a pensar a partir do próprio ser. Tais estudos caminham - pela superação do subjetivismo e objetivismo metafísicos – na direção de um projeto de sentido do ser transcendendo o ente em sua totalidade. É um projetar-se alinhado a uma relação peculiar com o homem como um modo de ser do próprio homem. Juridicamente falando, o magistrado não pode ser um espectador passivo e desinteressado que recite

[12] HEIDEGGER, Martin. *Que é uma Coisa?* Doutrina de Kant dos Princípios Transcendentais. Tradução de Carlos Morujão. Lisboa: Edições 70, 2002, p.20.
[13] Ibid.
[14] Ibid.

uma parte predeterminada do ordenamento jurídico, a partir de um discurso jurídico fechado e decadente. Como se fossem caminhos diferentes: de um lado, o direito fechado e trancafiado em suas normas, de outro, o homem e suas reais expectativas na contemporaneidade. Ora, convém aprofundar o conceito de direito com a relação que o liga com o próprio homem.

No Seminário de 8 de setembro de 1959, no grande auditório de Burghölzli da Clínica Psiquiátrica da Universidade de Zurique, Heidegger afirma que "o existir humano em seu fundamento essencial nunca é apenas um objeto simplesmente presente num lugar qualquer, e certamente não é um objeto encerrado em si. Ao contrário, este existir consiste de "meras" possibilidades de apreensão que apontam ao que lhe fala e o encontra e não podem ser apreendidas pela visão ou pelo tato [...]. A constituição fundamental do existir humano a ser considerada daqui em diante se chamará "*Da-sein*" ou "*ser-no-mundo*". Entretanto, este *Da* não significa, como acontece comumente, um lugar no espaço próximo do observador. O que o existir como *Da-sein* significa é um manter aberto de um âmbito de poder-apreender as significações daquilo que aparece e que se lhe fala a partir de sua clareira. O Da-sein humano como âmbito de poder-apreender nunca *é* um objeto simplesmente presente. Ao contrário, ele não é de forma alguma e, em nenhuma circunstância, algo possível de objetivação."[15]

O conceito de direito a partir da historicidade do ser indica uma relação com o modo de ser do *Dasein*, ou seja, uma abertura do direito fincada na abertura do ser. A verdade ontológica, o projeto lançado, é, pois, um acontecimento histórico que deve permear as decisões judiciais. Dessa maneira, as decisões judiciais devem ser proferidas levando-se em conta a hermenêutica do ser, isto é, a própria abertura que se apresenta o ente.

3. CONCLUSÕES

Pensar o direito a partir da Verdade do Ser é pensar a partir da ec-sistência do homem, ou seja, no decurso de sua historicidade. A hermenêutica, com o viés da ontologia fundamental (baseada nos teoremas da diferença ontólogica e da circularidade hermenêutica), procura interrogar o ser por meio da historicidade e da temporalidade do ser-aí, ou seja, compreender a questão do ser fora do contexto da tradição metafísica.

[15] HEIDEGGER, Martin. *Seminários de Zollikon.* Tradução Gabriela Arnhold e Maria de Fátima de Almeida Prado. Petrópolis: Vozes, 2001. p.33.

Nesse sentido, o Ser não é; mas dá-se Ser. No mesmo caminho, *o direito não é; mas dá-se direito* quando este é visto e pensado em sua forma mais origiária, ou seja, o fundamento a partir da ec-sistência do homem como centro irradiador de efeitos jurídicos.

A Essência do homem como fundamento do direito é o caminho mais originário, em sua própria essência. É preciso esclarecer que esta forma de pensar não está alinhada aos valores (nível axiológico), senão caminha em direção a ec-sistência do homem (nível ontológico).

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de Filosofia do Direito. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5.ed. Tradução: Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. 2.ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEIDEGGER, Martin. *Que é uma Coisa?* Doutrina de Kant dos Princípios Transcendentais. Tradução de Carlos Morujão. Lisboa: Edições 70, 2002.

HEIDEGGER, Martin. *Seminários de Zollikon*. Tradução Gabriela Arnhold e Maria de Fátima de Almeida Prado. Petrópolis: Vozes, 2001.

HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

PENA, Enrique Luño. *Derecho Natural*. 4.ed. Barcelona: Librería La Hormiga de Oro, 1961.

CULTURA AGORISTA E RESSIGNIFICAÇÃO DO TEMPO NA RELAÇÃO CONSUMERISTA

Márcio Santoro Rocha[1]

Resumo: Este artigo objetiva tratar sobre os impactos da cultura *agorista* nas relações de consumo. O termo, cunhado por Stephen Bertman, remete à era em que vivemos, na qual se demanda a satisfação de múltiplos desejos da maneira mais rápida possível, com pouca tolerância a frustrações. Irá se buscar, por meio de análise da literatura jurídica e sociológica, elementos que possibilitem verificar a influência desse modo de vida nas relações jurídicas que envolvam o consumidor, e de que forma têm sido tratadas pelos Tribunais, fazendo uma análise qualitativa de julgados nos quais se possa identificar elementos de influência dessa cultura. Adota-se como marco teórico o conceito de modernidade líquida cunhado por Bauman, realizando-se uma pesquisa interdisciplinar e teórico-empírica no campo do Direito, Psicanálise e da Sociologia, a fim de se realizar uma análise para além do dogmatismo jurídico, indo ao encontro da noção do Direito enquanto produto social, e, portanto, indissociável dos valores da sociedade na qual se insere.

Palavras-chave: cultura *agorista*; consumidor; modernidade líquida

Abstract: This article aims to address the impacts of *nowist* culture on consumer relations. The term, coined by Stephen Bertman, refers to the era we live in, which demands the satisfaction of multiple desires as quickly as possible, with little tolerance for frustrations. It will seek, through analysis of the legal and sociological literature, elements that make it possible to verify the influence of this way of life in the legal relations that involve the consumer, and how they have been treated by the Courts, making a qualitative analysis of judgments in which elements of influence of that culture can be identified. The concept of liquid modernity coined by Bauman is adopted as a theoretical framework, carrying out an interdisciplinary and theoretical-empirical research in the field of Law,

[1] Juiz Federal. Ex-Advogado da União. Graduado em Direito pela UERJ. Mestre e Doutorando em Direito pela UFF. Email: msantoro1980@hotmail.com .

Psychoanalysis and Sociology, in order to carry out an analysis that goes beyond legal dogmatism, meeting the notion of Law as a social product, and therefore inseparable from the values of the society in which it operates.

Keywords: *nowist* culture; consumer; liquid modernity

INTRODUÇÃO

Pretende-se no presente artigo discutir os impactos da cultura *agorista* (*nowist culture*) nas relações jurídicas de consumo. O termo, cunhado orginalmente por Stephen Bertman, denomina como vivemos na atual era da modernidade líquida (Bauman), onde se busca atender aos próprios desejos de forma imediata, com aversão ao planejamento de longo de prazo e baixa tolerância a frustrações. Essa cultura está ligada de forma umbilical ao consumismo, fenômeno social disseminado em nossa era e que se irradia por todas relações sociais.

Como a cultura *agorista*, do "aqui e agora", impacta as relações jurídicas de consumo? Até que ponto a jurisprudência é influenciada pela lógica do imediatismo das satisfações pessoais? Para se responder à questão-problema posta, é necessário, primeiramente, compreender e contextualizar a era em que vivemos.

A fim de se perquirir as mudanças ocorridas na sociedade na era atual, após o fim da modernidade *sólida*, que vai até aproximadamente o início dos anos 1970, será feita uma leitura da obra de Bauman, sociólogo autor de inúmeros livros cuja temática central é o estudo do conceito que cunhou como *modernidade líquida*, descrevendo nossos tempos atuais, em que todas dimensões da vida – amor, sociedade, religião, poder, comunidade, etc. – estão em constante transformação, perdendo os fundamentos sólidos e certezas de outras épocas. Será feita também a leitura do Anthony Giddens, sociólogo que igualmente se dedica a estudos sobre a modernidade, e aborda, em especial para o tema deste artigo, o novo enfoque que esta traz para o conceito de tempo. Serão trazidos, ainda, estudos realizados pelo filósofo contemporâneo Byung-Chul Han, que também é autor de diversos livros que tratam das transformações pelas quais passa a sociedade atual.

A lógica do consumismo espalha-se sobre todos os setores da vida, levando à constante troca e descarte de valores, pessoas e ideias, que perdem

sua validade em um ritmo frenético de tempo. A busca imediatista pela satisfação de infinitos desejos é a tônica que impulsiona a sociedade consumista. O estudo sobre a obra de Bauman, em especial no que concerne ao consumismo na modernidade líquida, será feito no segundo capítulo.

Após o estudo desses autores, será feita, no capítulo, seguinte uma análise qualitativa sobre a jurisprudência recente consumerista, limitada a três julgados emblemáticos do STJ que estão relacionados à temática dual tempo-relação de consumo, à luz dos conceitos estudados no capítulo anterior, buscando elementos que permitam comprovar (ou não) a hipótese de que a cultura *agorista* permeia as relações jurídicas consumeristas, com traços identificáveis na jurisprudência.

Trata-se de uma pesquisa teórico-empírica, que se insere em um campo interdisciplinar, percorrendo áreas dos campos de saber do Direito, Psicanálise e Sociologia. Isto é exigido pelo próprio objeto de pesquisa (DIAS; GUSTIN, 2006, p. 89/90), necessário em uma abordagem além da dogmática. Como já disse Bauman, "as fronteiras entre os campos científicos são definidas por requisitos burocráticos. [...] As pessoas não vivem dentro dos limites das disciplinas acadêmicas. [...] essas são divisões artificiais." (BAUMAN; HAFFNER, 2021, p. 57). A interdisciplinaridade rompe com os rígidos limites acadêmicos do passado moderno sólido, estando "[...] cada vez mais à *la mode* dentro das paredes de uma academia que se torna cada vez menos confiante na segurança e no valor de mercado de suas fronteiras institucionais." (BAUMAN, 2015, p. 25)

Longe de se estabelecer respostas definitivas ou esgotar o tema, o que seria uma pretensão irreal, o artigo propõe-se a ser apenas mais uma contribuição na reflexão acerca das relações jurídicas consumeristas e suas transformações na nossa atual modernidade líquida.

1.CULTURA *AGORISTA* E MODERNIDADE LÍQUIDA

A modernidade, do ponto de vista sociológico, consiste no processo de secularização e racionalização que se espalham por todos campos da vida social (PAIVA, OLIVEIRA, NEVES, 2019, p. 126). Bauman, sociólogo de origem polonesa, produziu vasta obra ao longo de sua trajetória de vida, que vai além daquela de um acadêmico clássico, atingindo amplo público. Dedicou suas últimas décadas

de vida a tratar da temática da *modernidade líquida*, termo que cunhou, e pelo qual restou mundialmente conhecido. Descreve o período em que vivemos, e que, em contraposição à outrora existente *modernidade sólida*, é marcado pela transformação, em velocidade sem precedentes históricos, de todos aspectos da vida, da política à religião, passando por amizade, amor, comunidade, etc. Isso gera incertezas, e balança estruturas sólidas do passado não tão distante.

A era da sociedade líquida caracteriza-se pelo consumismo enquanto modo de vida adotado, e esta lógica é replicada em todos setores da vida (FIGUEIREDO, ALVISI, PAUSEIRO, 2019, p. 6). O foco do consumismo é a ligação que estabelece entre felicidade e o incremento e criação crescente de desejos, e não a satisfação de necessidades (BAUMAN, 2008, p. 44).

A era da modernidade líquida atual se contrapõe à era pregressa da modernidade *sólida*. Esta etapa social era conhecida como "sociedade de produtores" (BAUMAN, 2008, p. 72). Tal sociedade tem como símbolo as fábricas e os grandes contingentes militares, e foi aquela que existiu durante a maior parte da era moderna, chamada também de "sociedade disciplinar" por Foucault (HAN, 2017, p. 23). A obediência a ordens, regras e uma ética do trabalho são características de uma sociedade baseada na disciplina. Nessa sociedade, o consumismo era incompatível com a filosofia de vida que a impregnava de renúncia à satisfação imediata em troca de benefícios futuros. É uma sociedade repressiva dos instintos dos indivíduos, marcada pela economia libidinal do desejo.

Nessa sociedade, a satisfação não vinha da busca incessante pelo atendimento imediato de desejos sem fim, como o faz a sociedade consumista, mas na perquirição de valores eternos e supraindividuais (BAUMAN, 2008, p. 90/91), como aqueles religiosos ou voltados para a construção da nação ou de alguma ideologia política, estimulados através de mecanismos de doutrinação ideológica, educação cívica e da religião com o fim de manutenção e reprodução do sistema. Os prazeres imediatos e individuais eram relegados a uma condição marginal, submetidos a um processo de recalque ou sublimação. A era sólida começa a se esfacelar juntamente com o processo de crise que leva à derrocada do Estado de bem-estar social e a ascensão do neoliberalismo que se inicia na década de 1970. Os valores *sólidos* passam a ser rechaçados pelo homem da nova ordem mundial da modernidade líquida:

> Tendo aprendido com a experiência, nós (homens e mulheres que levamos nossas vidas no ambiente líquido-moderno) estamos muito mais inclinados a rejeitar essa forma de reprodução sistêmica combinada com motivações individuais e considerá-la destrutiva, exorbitantemente cara e, acima de tudo, abominavelmente opressiva – já que ela vai contra a essência das propensões "naturais" humanas. Sigmund Freud foi um dos primeiros intelectuais a notar isso – embora até mesmo esse requintado pensador, o colher seus dados, como tinha de fazê-lo, de uma existência vivida num momento de ascensão da sociedade da indústria de massa e do recrutamento em massa, tenha sido incapaz de conceber uma alternativa à repressão coercitiva dos instintos, e assim atribuiu ao que observou a condição genérica de características necessárias e inevitáveis de toda e qualquer civilização: da civilização "como tal". (BAUMAN, 2008, p. 91)

A coerção social, elemento essencial da existência da civilização de acordo com Freud, a fim de reprimir o princípio do prazer, é substituída amplamente:

> [...] pela estimulação, os padrões de conduta antes obrigatórios, pela sedução, o policiamento de comportamento, pela publicidade e pelas relações públicas, e a regulação normativa, pela incitação de novos desejos e necessidades. (BAUMAN, 2008, p. 116)

HAN (2017, p. 23/24) denomina o atual período de "sociedade do desempenho", não sendo mais uma sociedade baseada em "muros e disciplina", como Focault descrevia a sociedade disciplinar. A sociedade disciplinar é baseada na "negatividade da proibição e da coerção". Já a sociedade do desempenho – que corresponde historicamente à era líquida de Bauman – é marcada pela desregulação frequente: "no lugar de proibição, mandamento ou lei, entram projeto, iniciativa e motivação" (HAN, 2017, p. 24).

A sociedade de consumo característica da era da modernidade líquida, contudo, é excludente por natureza e geradora de desigualdades. Para se fazer parte dela de forma plena, gozar de *status* e prestígio social é preciso ter condições de consumir, e como visto esse consumo não é aquele para satisfazer apenas necessidades reais, sendo, portanto, virtualmente ilimitado, com a linha crescente de desejos infinita. Os desejos que compelem o indivíduo a consumir são insaciáveis, pois na verdade o objeto é o próprio desejo de desejar. O desejo permanecer insatisfeito é necessário para que seja contínua a busca (fadada de antemão ao fracasso) por sua satisfação, criando um mecanismo que se retroalimenta e sustenta a sociedade consumista (BAUMAN, 2008, p. 63). "A

sociedade de consumo prospera enquanto consegue tornar *perpétua* a *não satisfação* de seus membros (e assim, em seus próprios termos, a infelicidade deles)" (BAUMAN, 2008, p. 64). O que a sociedade de consumo faz é aproveitar, portanto, de uma característica inata já presente no ser humano, que é a sua dominação pelos impulsos, da qual Freud já falava em "O mal-estar na cultura" (HAN, 2021, p. 8-9), e, ao invés de procurar tolhê-los com a razão, os incentiva.

A velocidade ligada à busca por satisfação de desejos está diretamente ligada àquela de produção e descarte de mercadorias. E como os desejos devem ser o mais rapidamente possível atendidos, para se criarem novos desejos, permanecendo o estado de desejar ativado, a fim de gerar mais consumo, o próprio conceito de tempo é ressignificado. Daí o termo criado por Stephen Bertman de *cultura agorista* (*nowist culture*), espelhando a forma como vivemos na sociedade líquido-moderna de consumidores (BAUMAN, 2008, p. 45).

A ressignificação do tempo não compreende apenas um tempo cuja percepção de desenvolvimento é mais veloz, porém antes uma mudança na sua própria concepção, que deixa de ser cíclico e linear passando a ser pontilhista/pontuado, caracterizado por rupturas e descontinuidades:

O tempo pontilhista é mais proeminente por sua inconsistência e falta de coesão do que por seus elementos de continuidade ou lógica causal capaz de conectar pontos sucessivos tende a ser inferida e/ou construída na extremidade final da busca retrospectiva por intelegibilidade e ordem, estando em geral conspicuamente ausente entre os motivos que estimulam o movimento dos atores entre os pontos. O tempo pontilhista é fragmentado, ou mesmo pulverizado, numa multiplicidade de "instantes eternos" – eventos, incidentes, acidentes, aventuras, episódios -, mônadas contidas em si mesmas, parcelas distintas, cada qual reduzida a um ponto cada vez mais próximo de seu ideal geométrico de não dimensionalidade. (BAUMAN, 2008, p. 45/46)

> O tempo pontilhista/pontuado traz uma profunda transformação quanto ao conceito de tempo anteriormente existente. O tempo linear é aquele com começo, meio e fim. Qualquer intercorrência em uma etapa pode ser corrigida, e se continua de onde parou. No tempo pontilhista/pontuado, isso não é possível. Não existem mais caminhos traçados, cada ponto é um começo único de onde se pode traçar um novo caminho. É um tempo permeado por incertezas e descontinuidades, típicas da era da modernidade líquida. Não há

> um traçado de vida seguro como no tempo linear outrora existente, onde se era possível traçar previamente um roteiro da vida, com caminhos firmes em direção a um objetivo, como, por exemplo, ascender socialmente através de um curso superior em uma carreira tradicional, com etapas facilmente deslumbráveis. Neste era possível corrigir os rumos em cada etapa, bastando a volta ao traçado socialmente convencionado, já no tempo pontilhista/pontuado as chances são únicas e se esvaem com a mesma rapidez que surgem.

A ressignificação do tempo é a razão fundamental da "pressa" ínsita à sociedade *agorista*, pois "a oportunidade que cada ponto pode conter vai seguilo até o túmulo; para aquela oportunidade única não haverá 'segunda chance'. Cada ponto pode ter sido vivido como um começo total e verdadeiro novo." (BAUMAN, 2008, p. 50). Assim, uma perda de tempo é uma verdadeira perda de oportunidade (única), e não um retardo no percurso. É um ponto de não retorno. Não se volta a um caminho que não existe mais, pois o próprio caminho é cambiante, fugaz e variável.

A lógica da sociedade consumista baseada na aquisição, descarte e troca constantes, alimentada pelo impulso de satisfação de desejos, é o motor principal do mecanismo de *pressa* dessa sociedade, mais do que o simples desejo de acumular riquezas, que já existia em outros períodos da história. Quanto mais rápido os bens mudam de mãos, são comprados e, consequentemente, descartados, mais o dinheiro circula e faz crescer os indicadores econômicos de crescimento. O crescimento econômico infinito é a utopia que caminha lado a lado ao consumo em espiral crescente, que por sua vez se alimenta de uma igualmente crescente miríade de desejos, que não reconhece limites econômicos ou ecológicos, promovendo, assim, o endividamento crescente, o exaurimento de recursos naturais do planeta e a poluição. "A força locomotora do capitalismo é, segundo Maris, o impulso de morte, que é colocado a serviço do crescimento." (HAN, 2021, p. 14) O encurtamento do tempo para a satisfação desses desejos é, assim, elemento que é indissociável para a organização eficiente da sociedade consumista.

Giddens irá abordar também as conexões entre o advento da modernidade, espaço e o tempo. Conforme defende o autor, a separação entre tempo e espaço é imprescindível para o desenvolvimento da modernidade. Aquela produz o desencaixe, proporcionando que as relações sociais não fiquem restritas a contextos locais, desacoplando-se de um espaço restrito; além disso,

proporcionam a organização racional da sociedade, considerando seu aparato burocrático, produtivo e instituições; por fim, a padronização do tempo permite a construção de uma história sistemática da humanidade, instrumentalizada para a modelação de seu futuro (GIDDENS, 1991, p. 30-31).

Como se observa, o uso racional do tempo é elemento central da modernidade, ocupando um espaço jamais visto na história, com um significado igualmente novo e inserido de forma decisiva na organização social e produtiva. A modernidade líquida amplifica e dinamiza esse processo, retirando amarras que ainda recaiam sobre o tempo. A satisfação dá-se no aqui e agora: *n*ão *temos tempo a perder*, tomando aqui de empréstimo frase que restou eternizada na canção "Tempo Perdido" da banda de rock brasileiro Legião Urbana; deve ser extraída ao máximo eficiência sobre seu uso, o que possibilita aumentar o consumo em última análise.

2. ANÁLISE DA INFLUÊNCIA *AGORISTA* NA JURISPRUDÊNCIA CONSUMERISTA

Após passar em revista os fundamentos da sociedade *agorista*, e sua relação com o consumismo e a modernidade líquida, pode-se adentrar à pergunta-problema formulada, buscando traços identificáveis desse modo de viver na jurisprudência recente consumerista, limitada aos últimos cinco anos.

Primeiramente, colaciona-se um julgado que aplica a teoria do desvio produtivo. De acordo com suas linhas gerais, o tempo do consumidor é visto como um recurso produtivo, devendo ser tutelado pelo Direito. Assim, cabe a este coibir a conduta abusiva de fornecedores que não resolvam, em tempo hábil, problemas advindos da relação de consumo, desviando o consumir de suas atividades cotidianas ao capturar seu tempo livre para resolução de questões que são de responsabilidade dos fornecedores. Considera-se esse fato por si só mais do que mero dissabor, mas efetivo dano moral. Esta teoria vem sendo acolhida pelos Tribunais brasileiros desde 2017 (CONJUR, 2022). Julgado paradigmático (*leading case*), o REsp nº 1.634.851-RJ, com julgamento realizado em 12/09/2017, trata-se de ação civil pública na qual se requeria a condenação da sociedade empresária Via Varejo S/A a sanar os vícios dos produtos, no prazo de 30 dias (art. 26 do CDC), e, em não o fazendo, a conferir ao consumidor a escolha de uma das opções contidas no art. 18, § 1º, do CDC, sob pena de multa; bem como a

efetuar a troca de seus produtos duráveis dentro do prazo legal de 90 dias (art. 26, II, do CDC), sob pena de multa; além da reparação dos danos materiais e morais causados aos consumidores individualmente considerados e em sentido coletivo. No voto condutor do julgamento, proferido pela Ministra relatora Nancy Andrighi, acolhe-se a teoria do desvio produtivo:

> A 3ª Turma, no entanto, ao analisar situação análoga à descrita nestes autos, se manifestou no sentido de que, "disponibilizado serviço de assistência técnica, de forma eficaz, efetiva e eficiente, na mesma localidade [município] do estabelecimento do comerciante, a intermediação do serviço apenas acarretaria delongas e acréscimo de custos, não justificando a imposição pretendida na ação coletiva" (REsp 1.411.136/RS, Terceira Turma, julgado em 24/02/2015, DJe 10/03/2015). Embora, na ocasião, eu tenha acompanhado a Turma, o julgamento deste recurso me trouxe a oportunidade de uma nova reflexão sobre o tema. Isso porque, malgrado na teoria a tese seja bastante sedutora, o dia a dia – e todos que já passaram pela experiência bem entendem isso – revela que o consumidor, não raramente, trava verdadeira batalha para, enfim, atender a sua legítima expectativa de obter o produto adequado ao uso, em sua quantidade e qualidade. **A começar pela tentativa – por vezes frustrada – de localizar a assistência técnica próxima de sua residência ou local de trabalho ou até mesmo de onde adquiriu o produto; e ainda o esforço de agendar uma "visita" da autorizada – tarefa que, como é de conhecimento geral, tem frequentemente exigido bastante tempo do consumidor, que se vê obrigado a aguardar o atendimento no período da manhã ou da tarde, quando não por todo o horário comercial. Aliás, já há quem defenda, nessas hipóteses, a responsabilidade civil pela perda injusta e intolerável do tempo útil:** Marcos Dessaune (Desvio Produtivo do Consumidor – O Prejuízo do Tempo Desperdiçado. São Paulo: RT, 2011, p. 47-48); Pablo Stolze (Responsabilidade civil pela perda do tempo. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3540, 11 mar. Documento: 1576048 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 15/02/2018 Página 11de 10 Superior Tribunal de Justiça 2013. Disponível em: . Acesso em: 3 mar. 2017); Vitor Vilela Guglinski (Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012. Disponível em: . Acesso em: 3 mar. 2017). Basta dizer que num município como o Rio de Janeiro, com aproximadamente 1.200 km² de extensão territorial e cerca de 161 bairros – segundo os dados fornecidos, respectivamente, pelo IBGE (Disponível em: http://cidades.ibge.gov.

> br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=330455&search=||infogr%E1f icos:-informa%E7%F5es-completas. Acesso em 3 mar. 2017) e pela Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro (Disponível em: http://data.rio/dataset/bairros-do-rio-de-janeiro/resource/6da44946-550e-40da-af30-c893003a7371. Acesso em 3 mar. 2017) –, se o consumidor adquire o produto no estabelecimento que fica bem na esquina de sua casa, na Ilha do Governador, terá que se deslocar mais de 30 km para leva-lo à assistência técnica localizada na Barra da Tijuca, por exemplo**. A modernidade exige soluções mais rápidas e eficientes, e o comerciante, porque desenvolve a atividade econômica em seu próprio benefício, tem condições de realizá-las!** Assim, não é razoável que, à frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado – ou, ao menos, atenuado – se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo. Vale ressaltar que o comerciante, em regra, desenvolve uma relação direta com o fabricante ou com o representante deste; o consumidor, não. Por isso também, o dispêndio gerado para o comerciante tende a ser menor que para o consumidor, sendo ainda possível àquele exigir do fabricante o ressarcimento das respectivas despesas. Logo, à luz do princípio da boa-fé objetiva, se a inserção no mercado do produto com vício traz em si, inevitavelmente, um gasto adicional para a cadeia de consumo, esse gasto deve ser tido como ínsito ao risco da atividade, e não pode, em nenhuma hipótese, ser suportado pelo consumidor. Toda essa dinâmica que se revela na prática, portanto, demonstra que a via-crúcis a que o fornecedor muitas vezes submete o consumidor vai de encontro aos princípios que regem a política nacional das relações de consumo, em especial o da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, do CDC) e o da garantia de adequação, a cargo do fornecedor (art. 4º, V, do CDC), além de configurar violação do direito do consumidor de receber a efetiva reparação de danos patrimoniais sofridos por ele (art. 6º, VI, do CDC). (Grifou-se)

Destaca-se da fundamentação do voto a menção a soluções rápidas e eficientes como *exigências da modernidade*. Como leciona Alvisi (2021, p. 24), "[...] o discurso não é isolado de um pensamento, mas produto de uma prática social [...]". Não poderia ter sido mais preciso o voto condutor ao expressar uma ideia que constitui uma das características mais marcantes da sociedade líquida. Conforme viu-se no primeiro capítulo, a rapidez diz respeito à satisfação de desejos. Isso é

um ponto central da sociedade consumista que caracteriza a era da modernidade líquida. Se essa sociedade surge com a promessa de satisfação de desejos, aos quais estimula de forma incansável por meio da publicidade, e se esses desejos devem ser sempre substituídos por outros desejos, para que o ato de desejar continue sempre vivo, a velocidade para atendimento das demandas dos consumidores cumpre um papel estruturante – e, portanto, vital - do sistema. Uma sociedade consumista vagarosa na satisfação de desejos de seus consumidores não cumpre o seu ideal de abastecer sempre seus ávidos consumidores com novos desejos, a fim de gerar mais consumo. Ao chancelar a teoria do desvio produtivo, o STJ demonstra que os fundamentos ideológicos da sociedade *agorista* são uma realidade na jurisprudência, naturalizados como um fato da vida, um senso comum. Isso, registre-se, não é uma crítica à fundamentação utilizada no julgado, mas a constatação da influência ideológica dos postulados da sociedade *agorista* no campo jurídico. A ideologia que governa uma sociedade permanece invisível justamente por se tratar da ideologia hegemônica:

> Portanto, a eficácia ideológica depende da interiorização do corpus imaginário, de sua identificação com o próprio real e especialmente de sua capacidade para permanecer invisível. Pode-se dizer que uma ideologia é hegemônica quando não precisa mostrar-se, quando não necessita de signos visíveis para se impor, mas flui espontaneamente como verdade igualmente aceita por todos. (CHAUÍ, 2016, p. 247)

Ressalte-se, ainda, que a teoria do desvio produtivo voltou a ser aplicada pelo STJ no âmbito do REsp 1.737.412 (tempo máximo para atendimento presencial em agências bancárias), além de estar disseminada em Tribunais de todo o país.

Outra questão na qual vê-se novamente a questão do tempo como elemento central na relação consumerista é a da responsabilidade civil pelo atraso na entrega de imóveis:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C INDENIZAÇÃO E COMPENSAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 371 DO CPC/15. INOCORRÊNCIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

> 1. Ação declaratória c/c rescisão contratual c/c restituição de valores c/c indenização e compensação - respectivamente - por danos materiais e morais.
>
> 2. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.
>
> 3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado corretamente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 370 do CPC/15. Precedentes.
>
> 4. Alterar o decidido no acórdão impugnado, no que se refere à ausência de cerceamento de defesa, na hipótese dos autos (e-STJ, fls. 507/508), bem como no que concerne à prática de ilícito contratual pela agravante, consubstanciado no atraso na entrega do bem imóvel objeto destes autos (e-STJ, fls. 508/509), exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ.
>
> 5. O adquirente de unidade imobiliária, mesmo não sendo o destinatário final do bem e apenas possuindo o intuito de investir ou auferir lucro, poderá encontrar abrigo da legislação consumerista com base na teoria finalista mitigada se tiver agido de boa-fé e não detiver conhecimentos de mercado imobiliário nem expertise em incorporação, construção e venda de imóveis, sendo evidente a sua vulnerabilidade. Em outras palavras, o CDC poderá ser utilizado para amparar concretamente o investidor ocasional. Súmula 568/STJ.
>
> 6. **Há prejuízo presumido do promitente comprador pelo descumprimento do prazo de entrega do imóvel objeto de promessa de compra e venda, a ensejar o pagamento de lucros cessantes**. Súmula 568/STJ.
>
> 7. Agravo interno não provido.
>
> (AgInt no REsp n. 1.965.799/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/3/2022, DJe de 18/3/2022.) Grifou-se

Chama-se a atenção para o *prejuízo presumido* do descumprimento do prazo de entrega do imóvel, que enseja a responsabilidade civil no que concerne aos lucros cessantes. Note-se que esse entendimento é reiterado por diversos julgados do STJ, que são mencionados pela Ministra Relatora em seu voto, a fim de justificar a aplicação da Súmula 568 do STJ ("O relator, monocraticamente

e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema"): REsp 1.727.939/DF, 3ª Turma, DJe de 17/09/2018; AgInt no AREsp 1.260.734/DF, 3ª Turma, DJe de 16/11/2018; AgInt no REsp 1.754.284/SP,4ª Turma, DJe de 25/10/2018; AgInt nos EDcl no REsp 1.696.567/SP, 4ª Turma, Dje de23/10/2018.

A *presunção* de prejuízo traz ínsita em si a ideia de que o tempo é um ativo financeiro. Na sociedade *agorista*, outra não pode ser a conclusão. Como visto no conceito de tempo pontilhista/pontuado os instantes são eternizados, e a perda de cada momento é por si só capaz de impedir o começo de uma história inteiramente nova, que não poderá ser retomada "mais tarde". Na modernidade sólida, o tempo se desenhava de maneira cíclica/linear. Um mero adiamento não impedia a volta ao caminho *certo*, amparado em convenções sociais *sólidas*. As linhas para se atingir os objetivos já se encontravam traçadas do ponto de vista social. Na sociedade líquida, em constante mutação e em mar de incertezas, o tempo ganha contornos de definitividade. E isso impacta sobremaneira as expectativas dos seus cidadãos-consumidores. É uma sociedade impaciente, mas não porque tem baixo preparo psicológico para suportar as delongas da vida, porém pelo fato de que sabe, ainda que de forma inconsciente, que a demora implica em um ponto de não retorno de oportunidades e histórias de vida, pois o amanhã poderá ser totalmente diferente ao hoje. Empregos e oportunidades surgem e desaparecem com um piscar de olhos; profissões centenárias deixam de existir; habilidades novas surgem, e antigas deixam de ser utilidade. É um tempo em que a *pressa* é fundamental para que possa ser aproveitado, ainda que paradoxalmente nunca na história a expectativa de vida do ser humano tenha sido tão longa.

Por fim, traz-se à baila julgado que afetou recurso especial como representativo de controvérsia para definir se a compensação por danos morais em razão do tempo de espera em fila para atendimento em serviço bancário gera dano moral *in re ipsa*:

> PROPOSTA DE AFETAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETIVIVAS - IRDR. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. SERVIÇO BANCÁRIO. FILA. TEMPO DE ESPERA. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA EXORBITÂNCIA. DANO MORAL. PRESUNÇÃO. REPARABILIDADE.

> 1. **Delimitação da controvérsia: definir se a demora na prestação de serviços bancários superior ao tempo previsto em legislação específica gera dano moral individual in re ipsa apto a ensejar indenização ao consumidor.**
>
> 2. Recurso especial afetado ao rito do artigo 1.036 do CPC/2015.
>
> (ProAfR no REsp n. 1.962.275/GO, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 24/5/2022, DJe de 30/5/2022.) Grifou-se

Embora ainda não tenha sido realizado o julgamento desse tema repetitivo (n. 1.156), o próprio fato de o tema ser discutido em sede de repetitivo já demonstra a relevância que o tempo ocupa nas relações consumeristas e impacta a jurisprudência. Algo até há alguns anos corriqueiro, praticamente uma *regra*, a demora em filas bancárias passou a ser limitada por leis municipais. E agora se discute danos morais *in re ipsa* pela violação dessa regra. Ou seja, a mera violação do tempo de espera, em sendo acolhido esse entendimento, já caracteriza dano moral, sem a necessidade de comprovação de algum dano específico que tenha nexo causal com esse fato, pois no caso do dano *in re ipsa*, não é necessária a prova daquele, pois é presumido de forma absoluta. A perda do tempo, assim, será vista como um dano moral por si só.

O fato dessa questão ser afetada para julgamento de forma repetitiva, significa que há diversos recursos com fundamento em idêntica questão de direito, nos termos do art. 1036 do CPC, tratando-se, portanto, de questão relevante em âmbito nacional para a jurisprudência.

A se considerar por si só a demora para atendimento bancário configuradora de dano moral *in re ipsa*, mais do que considerar o tempo *livre* como um direito, o mesmo será considerado um direito da personalidade, ao lado da vida, do nome, integridade física, imagem, privacidade. Ou seja, um direito que tem como base a própria dignidade da pessoa humana, que é fundamento e verdadeiro vértice interpretativo da ordem constitucional (cf. art. 1º, III, da CF). A sociedade *agorista* tem o tempo como fundamento institucional, pois a otimização deste é indissociável do consumismo, que é a sua razão de ser, sua ideologia fundante.

Não deixa de haver certa ironia que se busque, no julgamento em apreço, aferir se o tempo é componente da dignidade humana quando na sociedade

agorista esse tempo, ao invés de servir prioritariamente para dignificação do ser humano, é usado sobretudo para o consumo e produção de mercadorias e serviços, e por isso deve ser utilizado com eficiência.

Assim, fica a questão para reflexão: a proteção ao direito do consumidor contra demoras excessivas em serviços bancários serve ao consumidor em sua dignidade enquanto tal, ou, antes, tem raízes profundas na sustentação do próprio sistema da sociedade *agorista*, na qual o tempo é pedra fundamental para otimização de uma vida social fundada no consumismo?

CONCLUSÃO

Na pesquisa realizada, portanto, chega-se à conclusão que o tempo ocupa papel vital na jurisprudência recente que hoje versa sobre relações de consumo. Mas um tempo sob uma perspectiva diferente que outrora se havia, na época da modernidade sólida.

A cultura *agorista* ressignifica o conceito de tempo, e isso causa mudanças profundas na sociedade. O Direito, enquanto fenômeno social, não fica imune a essas transformações. Fica expresso no voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi, proferido no julgado do REsp 1.634.851-RJ, acolhendo a teoria do desvio produtivo, que "a modernidade exige soluções mais rápidas e eficientes".

O trecho, que a princípio pode parecer uma passagem sem importância, demonstra como a ideologia da cultura *agorista* está naturalizada na jurisprudência, e que, portanto, pode ser considerada *realmente* ideologia, pois esta se constitui como tal quando é verdadeiramente invisível e tida como fato inevitável da vida.

Seja nas discussões a respeito de dano moral *in re ipsa* nas filas de bancos que excedam o tempo máximo previsto na legislação, seja a presunção de que são devidos lucros cessantes decorrentes do atraso na entrega de imóveis, o tempo é reconhecido como um ativo que, mais do que meramente financeiro, é existencial. E, nesse sentido, *cada segundo conta*. A cultura *agorista* exige o total aproveitamento do tempo, que deixa de ser linear, mas se torna pontilhado, com múltiplas possibilidades, que se perdem com a mesma rapidez com que se formam, sem possibilidade de retorno, pois a velocidade da sociedade, base

onde se desenvolve a vida humana, acelera a todo o momento em diversos sentidos. Não há mais a ideia da economia libidinal com relação ao tempo, que permeou a modernidade sólida. A construção de um futuro às custas do sacrifício atual perde importância para a vivência de um presente sem limitações, que se dá em conjunto com a utopia de que vivemos em um planeta com recursos naturais infinitos.

A questão que se coloca é a contradição inerente à forma social na qual o tempo é utilizado. Antes de ser usado para expressar as potencialidades de vida do ser humano, é primariamente a engrenagem fundamental do consumismo, o modo de viver na modernidade líquida e que usa o tempo como elemento para possibilitar a busca incessante pela satisfação de desejos, promovendo, ao final, um vazio existencial, que é necessário para que a roda do consumo continue a girar incessantemente buscando alcançar o inatingível, que é o estado de saciedade plena, que caminha na contramão ao incremento de desejos, pois na verdade o ato de desejar, e não a satisfação do desejo, é a força motriz da sociedade de consumo.

Como se disse ao início deste artigo, não se pretendeu esgotar o tema, o que seria algo impossível. Mas espera-se que seja possível lançar alguma luz a um tema que é fundamental para compreensão zetética da jurisprudência sobre as relações de consumo na era da modernidade líquida em que vivemos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVISI, Edson. **O Tribunal do Comércio.** Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa e Estudos da Empresa, Direito e Sociedade Contemporânea, 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2022.

_____.; HAFFNER, Peter. **Estranho familiar: Conversas sobre o mundo em que vivemos.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

_____. **O mal-estar da pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. **Para que serve a sociologia? : Diálogos com Michael Hviid Jacobsen e Keith Tester** – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

_____.**Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria.** Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

CHAUI, Marilena de Souza. **Ideologia e educação.** I - Conferência realizada na Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) em 23 de novembro de 1979. Foi conservado o tom oral da exposição, embora um tanto cansativo para quem lê. Essa é uma versão revista do texto originalmente publicado em Educação & Sociedade, Campinas, ano II, n. 5, p. 24-40, jan. 1980 . Educação e Pesquisa [online]. 2016, v. 42, n. 1[Acessado 23 Julho 2022], pp. 245-258. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1517-97022016420100400>. ISSN 1678-4634. https://doi.org/10.1590/S1517-97022016420100400.

CONJUR. **Saiba como o STJ tem aplicado a teoria do desvio produtivo.** 26 jun. 2022. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2022-jun-26/saiba-stj-aplicado-teoria-desvio-produtivo> . Acesso em 30 ago. 2022.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy B. S. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FIGUEIREDO, L. V.; ALVISI, E. ; PAUSEIRO, S. G. M. . Análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz do pensamento de Bauman e Sandel. **Revista da AGU,** v. 18, p. 1-26, 2019.

GIDDENS, Anthony**. As consequências da modernidade.** São Paulo: Editora Unesp, 1991.

HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas.** 1ª ed. – Petropólis, RJ: Vozes, 2021.

_____.**Sociedade do cansaço**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

PAIVA, Marcella da Costa Moreira de; OLIVEIRA, Newton Augusto Cardoso de; NEVES, Edson Alvisi. **Modernidade ou Pós-Modernidade: uma reflexão a partir de Jürgen Habermas e Anthony Giddens.** In: Hermenêutica jurídica: a relação jurídica de consumo na sociedade. Org. Plinio Lacerda Martins; Guilherme Magalhães Martins; Marcos César de Souza Lima. – UFF: Niterói, 2019.

DIREITO FUNDAMENTAL AO MÍNIMO EXISTENCIAL E AS DIMENSÕES DA POBREZA E DESIGUALDADE: A EXTRATERRITORIALIDADE DO PADRÃO MACROECONÔMICO DO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL[1]

Marco Falcão Critsinelis[2]

Resumo: O trabalho investe sobre o direito fundamental ao mínimo existencial (Existenzminimum), diante dos pactos supranacionais de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, como meta de desenvolvimento do milênio.Como referencial, retrata três abordagens: a essencialista, que caracteriza o mínimo existencial a partir de necessidades e valores; a positivista, que o condiciona ao consenso mínimo para sua validade; a institucionalista, que o deposita como obrigação mínima na divisão de direitos e obrigações entre os titulares do ambiente contratual sócio-político. Na medida em que o núcleo do mínimo existencial encarna um direito em si e, ao consenso de sua inderrogabilidade, enquanto direito fundamental absoluto, o estudo maneja padrões de referência (benchmarks) nacionais e indicadores de aplicação universal, para globalizar conceitos jurídicos compromissáveis e demandar sua efetividade por meio de consenso acerca das arbitrariedades do capital. Ressalta o fardo da contradição endógena das dimensões essencialista, positivista e institucionalista e, concomitantemente, os obstáculos para aceitação extraterritorial do conceito de conteúdo mínimo nas nações. A despeito de especificidades culturais, econômicas, políticas, sociais e judiciais, o debate exige a interface do padrão jurídico determinado do núcleo mínimo, como

[1] Artigo apresentado no Congresso Euro-Americano de Direito e Política - Universidade de Vigo – Ourense - Espanha.

[2] Graduação em Direito. Mestre em Justiça Administrativa /UFF (Brasil); Especialista em Políticas Públicas e de Governo / UFRJ. Juiz Federal (Rio de Janeiro, Brasil).

planta sobre a qual todos deveriam concordar, e, dessa forma, desvelar a eficiência da distribuição macroeconômica, como dado político na agenda atemporal das soberanias. Com essa consistência, o estudo entende pertinente a relevância global do confronto para salvaguardar o conteúdo mínimo existencial dos efeitos da deterioração contínua (ratchet-effect) e blindá-lo das presunções neoliberais, para dar visibilidade à pobreza como categoria de cidadania para a sociedade e para o Estado. Indica a fundamentação a revisão do próprio conceito de cidadania universal como causa eficiente de garantia de direitos sociais e econômicos em regimes variados e diante de deveres estatais em face das liberdades positivas (realização) e negativas (abstenção).O objetivo é utilizar a policentricidade das principais abordagens sobre o mínimo existencial e afastar ruídos conceituais entre duas grandezas: a pobreza e a desigualdade, submetidas a distintas intervenções. Com essa separação aceita que a pobreza, considerada por indicadores e padrões de referência, seja consenso universal como esfera impenetrável aos discursos ideológicos e econômicos minimalistas, em particular a reserva do possível (Vorbehaltdes Möglichen); a duas, que a desigualdade seria condição de possibilidade para a conformação de regras de competição no mercado, intervindo o Estado para a contenção de ambições individuais desarrazoadas. O retrato dos ambientes que separam e convalidam essas duas grandezas é indicado por meio da "Pirâmide das Necessidades" de Abraham Maslow. Seu dado objetivo é a base, que define o respectivo limite entre pobreza e desigualdade, a expurgar tendências à hierarquização entre ambas, como distintos vetores que são. Integrada a pobreza ao núcleo político do bem-estar social, é impositiva para a redistribuição de política tributária direcionada à cidadania inclusiva, formal e material, vedado o retrocesso social (Schranken). O dado subjetivo piramidal permite escalonamentos da desigualdade compatíveis com regras da livre iniciativa e da meritocracia, equilibradas por políticas públicas de regulação em cada realidade nacional dentro da linha do tolerável.

Palavras-chave: mínimo; pobreza; desigualdade; cidadania; pirâmide.

FUNDAMENTAL RIGHT TO THE "MINIMUM CORE" AND THE DIMENSIONS OF POVERTY AND INEQUALITY: THE EXTRATERRITORIALITY OF THE WELFARE STATE'S MACROECONOMIC PATTERN.

Abstract: The work discusses the fundamental right to the existential minimum (Existenzminimum), in view of the international treaties of Social, Economic and Cultural Rights, as a millennium development goal. As a referential, it portrays three approaches: the Essence Approach, which characterizes the existential minimum based on needs and values; the Consensus Approach (positivist), which conditions its validity to the minimal consensus; the institutionalist approach, which places it as a minimal obligation in the division of rights and obligations among the participants of the sociopolitical contract. To the extent that the core of the existential minimum embodies a right in itself, and to the consensus of its inextinguish ability as a fundamental right, the study handles national benchmarks and universally applicable indicators, to globalize compromisable legal concepts and to demand their effectiveness through consensus on the arbitrariness

of capital. It highlights the burden of the endogenous contradiction in the essentialist, positivist and institutionalist dimensions and, at the same time, the obstacles to extraterritorial acceptance of the concept of minimum core in nations. Despite cultural, economical, political, social and judicial specificities, the debate requires the interface of a determined legal standard of the minimum core, as a basis on which all should agree, and, thus, reveal the efficiency of the macroeconomic distribution, as a political datum in the timeless agenda of sovereignities. Based on this, the study considers pertinent the global relevance of the confrontation to safeguard the minimum core concept from the effects of continuous deterioration (ratchet-effect) and the neoliberal assumptions, to grant visibility to poverty as a category of citizenship for both society and the State. The rationale indicates the revision of the very concept of universal citizenship as an efficient cause to the guarantee of social and economic rights in various regimes and in the face of state duties regarding positive (accomplishment) and negative (abstention) freedoms.The objective is to use the polycentricity of the main approaches on the existential minimum and to repel conceptual incoherences between two dimensions: poverty and inequality, subject to different interventions. By this distinction, it accepts that poverty, considered by indicators and reference standards, is by universal consensus an impenetrable sphere for minimalist ideological and economic discourses, in particular the reserve of the possible (Vorbehaltdes Möglichen); secondly, that inequality would be a condition of possibility for the arrangement of rules of competition in the market, with the State intervening for the containment of unreasonable individual ambitions.The definition of the respective environments that separate and validate these two parameters is indicated by Abraham Maslow's hierarchy of needs. Its objective trait is the basis, which defines the boundary between poverty and inequality, repelling the hierarchization between both, since they are distinct vectors. Being "poverty" integral to the political nucleus of social welfare, its comprehension leads to redistribution of tax policy aimed at formally and materially inclusive citizenship, prohibiting social retrocession (Schranken). The subjective trait allows for inequality scaling compatible with free enterprise and meritocracy, balanced and made tolerable by regulatory policies in each environment.

Keywords: minimum; poverty; inequality; citizenship; pyramid.

1. INTRODUÇÃO

Cidadania, regimes político-econômicos, mínimo existencial e reserva do possível, como vetores ligados à questão de gestão tributária e orçamentária, são pautas atuais que envolvem políticas de Estado e de governos. Não se limitam, todavia, às fronteiras do tempo, do espaço e da soberania das nações.

O recorte do artigo transita pelo núcleo do mínimo existencial (*Existenzminimum*) enquanto direito fundamental absoluto, com a finalidade

de manejarum padrão de referência de aplicação universal. Diante dos pactos supranacionais de desenvolvimento dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais,intenciona o artigo criar condições conceituais universalizáveis que compatibilize o mínimo existencial com a eficácia de políticas públicas compromissáveis acopladas ao bem-estar social, a partir da distinção entre dois vetores: a pobreza e a desigualdade.

Tratando-se de relações dinâmicas e complexas em escala progressiva na ordem global, a opção em selecionar um específico texto paradigma se oferece à empreitada de possibilitar o exame da diversidadede conceitos que orbitam ao redor do mínimo existencial, insuficientes, entretanto, para remover obstáculos para aceitação extraterritorial pelas nações, sem prejuízo do regime político-econômico nelas praticado.

Esse referencial científico - *The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content* – é da lavra da acadêmica Katharine G. Young que, em sua pesquisa, expõe e desconstrói as três abordagens mais relevantes acerca do mínimo existencial, a saber, aessencialista, positivista e institucionalista.

Metodologicamente, o trabalho apresentará o cenário que fundamenta cada uma das três abordagens e, dialeticamente, as críticas da autora do trabalho paradigma, ao argumentar que a rejeição do conceito de núcleo mínimo, ou sua adoção, só estariam disponíveis sobre a base de uma análise mais clara de sua interpretação. Esse modo de ver parece consenso, como destacam Bodo Pieroth e Bernhard Schlink,

> Desta maneira, nenhuma presunção constitui argumento a favor do alargamento dos âmbitos de proteção. Também nenhuma presunção vem a favor do seu estreitamento. Os âmbitos de proteção de cada um dos direitos fundamentais têm de ser simplesmente determinados de maneira correta com os meios jurídicos normas de interpretação, a partir de seu texto, da sua história, da sua gênese e de sua posição sistemática. Também o conceito de ingerência não pode ser determinado a partir de quaisquer presunções, mas sim a partir da função e do conceito de direitos fundamentais (PIEROTH e SCHLINK: 2012).

É nesse ambiente que o trabalho mergulha na investigação para idealizar um conceito de base e que tenha potência para conformar o conteúdo do direito ao mínimo existencial, como direito fundamental em si mesmo considerado e com relativa autonomia principiológica.

Segundo tais perspectivas, a distinção entre pobreza e desigualdade poderia ser hábil para revelar-se como vetor para revelar o conteúdo do direito ao mínimo existencial, além defortificar vantagens para vincular políticas estataise blindá-lo das ingerências do tufão neoliberal, do capitalismo sem regras, da livre iniciativa sem orientação ou de limites orçamentários.

Registre-se que o mínimo existencial, a partir da definição de seu núcleo, não dependeria de benefícios de um típico Estado socialista ou capitalista, nem de outros regimes com nuances de ambos. Dí-lo Celine Fercot,

> Il apparaît que l'extrême pauvreté s'apparente à la dénégation d'un ensemble de droits. Elle s'inscrit ainsi dans l'obligation qu'ont les Etats de respecter, de protéger et de mettre en œuvre tous les droits de l'Homme et contraint à aborder les droits sociaux sous l'angle de leur indivisibilité et de leur interdépendance (FERCOT: 2012).

Ao dividir essas duas categorias, pobreza e desigualdade, a proposta encontraria espaço para um padrão de referência orientador de políticas governamentais legislativas e executivas, com particular com reflexos na macroeconomia,ao indicar uma justiça redistributiva mais equânime em relação às expectativas dos povos, já que,

> L'extrême pauvreté constitue un phénomène résultant d'un cumul de précarités non seulement civiles, politiques, mais également sociales, économiques et culturelles dans la durée. Elle impose donc une approche holistique, qui conçoit le droit à des conditions minimales d'existence comme un seul et unique droit: avoir un toit sans rien avoir à manger, et vice versa, ne revêt qu'un sens très limité(FERCOT: 2012).

O padrão de referência é indicado pela análise da pobreza e desigualdade frente às propostas da "Pirâmide das Necessidades"[3] na psicologia social de Abraham Harold Maslow. Por sua via, criar-se-ia um novo ponto de amarração para o conceito de cidadania universal como causa eficiente de imunidade para o mínimo existencial em quaisquer regimes históricos, políticos, econômicos e sociais. Sendo uma referência vinculada, portanto, a ideais desterritorializados

[3] Os conceitos que deram origem à concepção piramidal de necessidades de Abraham H. Maslow são extraídas do livro *Motivation and Personality*, com primeira edição em 1954, New York, Editora Harper & Brothres, ISBN nº 9780060419875 (fonte: https://en.wikipedia.org/wiki/Motivation_and_Personality_book). Sobre várias formas de visão e perspectiva da conhecida pirâmide de Maslow, ver https://www.bing.com/images/search?q=Piramide+De+Abraham+Maslow&id=FC5E2742EE0659A1BAB4F753898E8C9394C0F02F&FORM=IQFRBA.

e atemporais, sua adoção principiológica reforçaria compromissos do pacto social e permitiria alavancar o reino do núcleo mínimo[4] ao consenso universal.

2. *THE MINIMUM CORE OF ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS: A CONCEPT IN SEARCH OF CONTENT*, MÍNIMO EXISTENCIAL E O DESAFIO DAS ABORDAGENS ESSENCIALISTA, POSITIVISTA E INSTITUCIONALISTA

O texto paradigma - *The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content* se propõe a densificar três abordagens contemporâneas sobre o núcleo mínimo, com notória incompatibilidade na sua aplicação prática, porque baseadas, sazonalmente, em um direito legal presuntivo, ou numa obrigação não-derrogável, ounuma obrigação de responsabilidade estrita.[5]

A problemática é vista pela articulista de Yale, justamente, na relação obscurecida entre o mínimo existencial e as respectivas abordagens(i) essencialista, (ii) positivista e (iii) institucionalista. Sua intenção consiste em desagregar as três dimensões para permitir o clareamento quanto à posição do mínimocapaz de viabilizar linhas redistributivas globais, desde que se atente para um padrão mínimo jurídico, como pré-requisito.

A abordagem essencialista caracteriza o mínimo existencial a partir de necessidades e valores; a positivista condiciona-o ao consenso mínimo para sua validade; a institucionalista concebe-o como obrigação mínima na divisão de direitos e obrigações entre os titulares do ambiente contratual sócio-político, resumidamente.Entretanto, assentado na afirmativa de que as referidas doutrinas proporcionam um embasamento paradoxal ao núcleo do mínimo, até questões conceituais primárias permanecem sem resposta.

A abordagem da essênciafalharia em apresentar um "núcleo" determinado aos direitos econômicos e sociais por causa da inevitabilidade da discordância no

[4] Essa feliz expressão foi utilizada por Katharine G. Young (YOUNG: 2008).

[5] O artigo referenciado teve sua análise baseada na aplicação do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, pelo Comitê das Nações Unidas sobre Direitos Sociais e Econômicos, criado em 1986 e formado por um grupo de experts independentes operando sob o comando do Conselho Econômico e Social da ONU. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm; https://nacoesunidas.org/acao/direito-internacional/. Acesso em 21.02.2017.

ordenamento de valores e de necessidades, além de desconsiderar o contexto institucional de que os direitos jurídicos são efetivados e aplicados coercitivamente.

Enquanto a linha daabordagem normativa – e especialmente o foco em dignidade – apesar de útil no mapeamento do conteúdo substantivo dos direitos, erraria quando colocada dentro da formulação minimalista e determinando o "núcleo" do mínimo de modo rígido. Ela seria incompatível com a designação de "núcleo", devido às obrigações policêntricas que se correlacionam com cada direito econômico e social, à relatividade entre suas formulações "positivas" e "negativas" de liberdade e, por fim, ao perigo de captura em vocabulários de jurisdição institucional ou justiciabilidade.

Nem mesmo uma abordagem que apele aoconsenso entre as variantes das doutrinas acima pautadasremoveriaas questões problemáticas de definição conceitual do mínimo, apesar de sua propensão à universalização, uma vez que produziria um "núcleo" de mínimo vago e conservadoramente articulado, que esconde a preocupante questão de qual consenso (e de quem) conta e qual consenso (e discordância) é periférico.

O trabalho de Katharine G. Young conclui que a virtude de desagregar estas abordagens residiria na compreensão da raiz da confusão conceitual e que a clareza resultante nos ajudaria a destilar várias operações em concorrência saudável para a busca do conceito. A prescrição de conteúdo, o ranqueamento de obrigações, a sinalização de extraterritorialidade e a introdução de uma nova linguagem de reivindicação seriam inadequadas para engendrar um conceito do núcleo mínimo se vistas de forma isolada.

Justifica a visão pessimista porque, em regra asubstância dessas doutrinas estariam fundadas numa interpretação rigorosa de direitos como mínimo essencial, não de núcleo do mínimo existencial.

Com tais críticas começa a engendrar que o núcleo do mínimo de direitos econômicos e sociais devem ser analisados como direitos em si mesmos e, com isso, garantir consenso básico e de validade em regimes variados, desde que não se localize o núcleo do mínimo vinculado ao mínimo essencial. Ao invés de investigar um conteúdo (como exemplo, o mínimo essencial), para o conceito do núcleo de mínimo, dever-se-ia tentar estabelecer o próprio conceito de mínimo existencial para facilitar o diálogo de seu conteúdo com os direitos econômicos e sociais. Essa é a chave de sua proposta: o **núcleo** do mínimo existencial seria

indeterminado até que ventilasse um ***conceito*** do que seria o mínimo existencial e a partir deste conceito desenhar o seu núcleo.

De fato, sugere, em conclusão, ser improvável que o conceito do núcleo do mínimo algum dia ofereça a relativa especificidade necessária para passar no teste das críticas. O conceito de mínimo existencial, ao invés do conceito de seu núcleo, poderia promover, como um objeto de concordância – ou discordância – uma razoável interpretação ao redor de pedidos para proteção socioeconômica, desde que descartadasa rigidez e a precisão perseguidas pelos defensores de cada abordagem doutrinárias ou pretoriana, em especial, aessencialista, a positivista e a institucionalista, para a definição do núcleo do mínimo existencial.

3. CRISE DE IDENTIDADE DOS CONTEÚDOS DE DIREITOS E A RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO COM O DESMONTE DO ESTADO SOCIAL

A ideia de bem-estar social – *welfare state*, nasceu, como política globalizada, a partir do holocausto das duas grandes guerras, em substituição ao estado de beligerância – *warfare state*. O objetivo era difundir a solidariedade entre os povos e os Estado.Os blocos regionais de países, a partir de seus eventos históricos, sociais e culturais, adotaram regras próprias para o estabelecimento da nova ordem de garantias para a satisfação das necessidades sociais dos homens, por meio de políticas sociais de proteção contra riscos da degeneração do tecido societal e para o progresso dos direitos dos indivíduos e das nações.

Esse conceito de cooperação participativa está, atualmente, revalorizado sob os auspícios da cooperação e da cidadania, enquanto direito adquirido pela participação e engajamento na construção da riqueza social, arrostando forças confluentes para o projeto nacional e global de desenvolvimento, onde o Estado e os blocos ressurgem como conciliadores e não como meros arautos da legalidade. Todos esses atores engajados com a) o compromisso com a soberania; b) o compromisso com a solidariedade; c) o compromisso com o desenvolvimento; d) o compromisso com a sustentabilidade e; e) o compromisso com a democracia ampliada.

A era pós-moderna coloca à prova esses mandamentos, recomendando cautela em razão dos profundos reflexos espalhados pela crise do Estado Social

trazendo, a reboque, o esvaziamento de quaisquer conteúdos de direitos humanos fundamentais, sociais e econômicos outrora conquistados.

O quadro de desmonte progressivo do *welfare state* vem incrementando a rota neoliberal, com a criação de novos padrões de comportamento dos Estados, dos mercado e, particularmente, um padrão minimalista de justiça social, mormente nos eixos periféricos. Como observa Bolzan de Morais,

> Apesar das crises que se abatem sobre ele, o Estado do Bem-Estar Social ainda permanece, mormente na periferia dos Estados em desenvolvimento, como, talvez, a única ou, se não isso, a grande alternativa ao lado, para uma tentativa de investir na construção de uma sociedade mais justa e solidária (*apud* VAZ: 2016).

Entretanto, como adverte uma crítica tradicional, a vinculação de questões ao mínimo essencial como critério minimalista de simples sobrevivência individual estaria direcionando, equivocadamente, a atenção somente para performances de países em desenvolvimento, deixando o discurso jurídico dos direitos sociais e econômicos fora do alcance dos que enfrentam privações materiais nos países de média ou alta renda, "*porque a pobreza é um fenômeno global, obrigações nucleares têm grande relevância para alguns indivíduos e comunidades vivendo em Estados mais ricos*" (*apud* YOUNG: 2008).

É nesse contexto que o presente trabalho começa a impulsionar a ideia de desvinculação do núcleo do mínimo existencial como mera expressão econômica e orçamentária, sem levar em pauta seu próprio valor agregado. O exemplo mais relevantedesse cenário é o embate contemporâneo mundial entre mínimo existencial e reserva do possível, desde sua gênese germânica[6], como exposto por Ricardo Perlingeiro,

> A cláusula da reserva do possível vem sendo reiteradamente afirmada pela doutrina e jurisprudência brasileira. Introduzida por constitucionalistas e mesmo sob confessada influência do direito alemão, a reserva do possível acabou atrelada à ideia de que recursos orçamentários e também recursos financeiros são condições para a Administração satisfazer direitos subjetivos de índole social, indistintamente. Essa vinculação, em grande parte

[6] Com o conhecido acórdão denominado "numerus clausus" da lavra do Tribunal Constitucional Federal alemão surge a doutrina da Reserva do Possível (1972), onde "*a Reserva do Possível deve limitar pretensões dos cidadãos a prestações positivas estatais àquilo que o indivíduo possa racionalmente exigir da sociedade*" (GAIER: 2011).

> das vezes, tem levado à afirmação generalizada de que o exercício de um direito social depende da edição ou da adequação de uma norma orçamentária, ainda que para isso se valha da jurisdição constitucional (PERLINGEIRO: 2013).

Essa limitação tem vários inconvenientes, como a rigidez das políticas públicas conforme os rompantes temporais dos governos nacionais ou das contenções de austeridade da reserva do possível. Entretanto, o principal efeito maléfico é retirar do núcleo do mínimo existencial o colorido absoluto de cláusula pétrea e, por consequência, sua proeminência e proteção diante de influxos de toda a ordem. É como adverte Bodo Pieroth e Bernhard Schlink,

> Tal como o Estado respeita os direitos fundamentais como direitos de defesa ao não interferir neles com excesso, assim respeitará os direitos fundamentais como deveres de proteção ao não se satisfazer com uma proteção abaixo da medida. Mas a medida abaixo da qual não se deve ficar não pode ser aquilo que não se pode ultrapassar. O direito de defesa tem como medida a ingerência adequada, necessária e, também, em sentido restrito, proporcional. Enquanto a ingerência não adequada permanece uma ingerência, precisamente uma ingerência que não é adequada, a medida de proteção não adequada não permanece de modo nenhum uma medida de proteção. Uma medida de proteção não adequada não é, pelo contrário, uma medida de proteção (PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard: 2012).

De fato, a concepção de mínimo existencial parece caminhar, lentamente, para uma autonomia capaz de lhe emprestar força de resistência e de oposição frente às limitações conjunturais. Essa autonomia, sob o escólio de padrões políticos e jurídicos refletiria, favoravelmente, sobre a regulação e coerção de políticas redistributivas em solos nacionais etransnacionais.

Apesar das conquistas do núcleo do mínimo pela interpretação dada pelos Estados e pelo Comitê da ONU ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Katharine Young sugere que as linhas redistributivas globais criaria um novo padrão de responsabilidades no plano internacional, tanto em relação às soberanias pontualmente consideradas, como de assistência e cooperação mútuas entre as nações para a realização coletiva e relativamente uniforme em relação aos direitos em questão. Suas palavras,

> I suggest that the third argument, along global redistributive lines,

> holds the most relevance for contemporary debates. Although the legal support for the Committee's recent assertion that the minimum core gives rise to 'national responsibilities for all States, and international responsibilities for developed States, as well as others that are 'in a position to assist" requires more analysis, one can see why a minimum legal standard would be a prerequisite. The Committee's system of liability makes states, which are in a position to assist in the protection of the minimum core, liable for not doing so, based on the cogency of a legal minimum. States which are not able to deliver the minimum core to their citizens may resist sanction if they have sought international support which has not been forthcoming. Legal support for this inquiry rests on the obligation to provide 'international assistance and cooperation' in the collective realization of economic and social rights under the Covenant. Alternatively, legality stems from the core's status (which is itself highly contestable) as customary international law, and even as treatyoverriding jus cogens. A minimalist definition of economic and social rights is needed to mediate the legal, as well as political and philosophical, challenges of holding states accountable for the socioeconomic deprivations experienced by citizens in other states (YOUNG: 2008).

Nesse bordo, o Estado de Bem-Estar Social orienta o norte da investigação em curso, onde o conteúdo mínimo existencial influencia a redistribuição de riquezas, por meio de intervenções estatais sob o crivo das relações internacionais de proteção aos direitos fundamentais, sociais e econômicos, para a criação de instrumentos de amplitude para o combate à pobreza e à indigência, desde que não as confundam com o conceito de desigualdade. O conceito de mínimo existencial estaria revelado, como será visto, pelo argumento de exclusão entre dois vetores: pobreza e desigualdade.

4. POBREZA E DESIGUALDADE: DISTINÇÃO COMO PONTO NUCLEAR DO MÍNIMO EXISTENCIAL

As organizações internacionaisconsideram as relações sociais como elementos chave para a compreensão da pobreza, além dos dogmas da Ciência Econômica.Sob tal perspectiva, apobrezavem sendo entendida em vários sentidos, principalmente: (i) carência cogonal, tipicamente envolvendo as necessidades da vida cotidiana como alimentação, vestuário, alojamento

e cuidados de saúde. Pobreza, neste sentido,vista como a carência de bens e serviços essenciais; (ii) falta de recursos econômicos, nomeadamente a carência de rendimento ou riqueza (não necessariamente apenas em termos monetários). As medições do nível econômico são baseadas em níveis de suficiência de recursos ou em "rendimento relativo"; (iii) carência social, como a exclusão social, a dependência e a incapacidade de participar da sociedade, notadamente em relação à educação e àinformação.

A "Linha de Pobreza" é o termo utilizado para descrever o nível de renda anual de sobrevivência, geralmente, medida em termos *per capita*. Determina o limite no qual uma pessoa ou uma família entraria na zona de ausência de condições para obter todos os recursos necessários para viver.

Atualmente, critério mais aceito é o do Banco Mundial, que, em seu *Relatório de Desenvolvimento Mundial de 1990* estabeleceu que a linha de pobreza mundial é de menos de 1 dólarpor dia. O Banco Mundial utiliza a faixa de US$ 1 dólar por dia por pessoa como linha de indigência - renda suficiente para comprar apenas os alimentos necessários para repor os gastos energéticos - e de US$ 2 dólares por dia por pessoa como linha de pobreza extrema - renda considerada suficiente para satisfazer as necessidades mínimas dos moradores de um domicílio.Recentemente, ao final do ano de 2015, a nova linha de pobreza extrema do Banco Mundial foi fixada em US$ 1,90 por dia, substituindo a anterior que era de US$ 1,25. Há relativo consenso em relação aos referidos parâmetros e são eles, a indigência e a pobreza que o trabalho irá considerar como o **núcleo** do mínimo existencial, a partir da distinção entre os conceitos excludentes entre pobreza e desigualdade.

O indivíduo, o núcleo familiar (micro parâmetros nacionais) ou indeterminado percentual populacional (macro parâmetro transnacional), com reconhecidas carências de serviços públicos, de recursos e social, é um conceito universal sociológico e científico. Cuida-se de um conceito de exclusão e não de tipificação. Se a indigência e a pobreza podem ser identificadas como o núcleo do mínimo existencial a partir do critério do Banco Mundial (US$ 1 dólar/dia como linha de indigência e US$ 1,90/dia como linha de pobreza extrema), o núcleo do mínimo existencial poderia assumir caráter absoluto, porém minimalista. Apesar de importante, inclusive porque vem orientando algumas garantias, seria ele mesmo a expressão da falta de clareza atribuída às doutrinas essencialista,

normativista e institucionalista. Retornaríamos, portanto, às questões hostlizadas pelo texto paradigma da acadêmica Katharine Young.

Ao ver da tese, entretanto, restaria a indicação de um parâmetro coercitivo e propositivo para que tal cláusula portasse a força inclusiva como direitos humano, social e econômico no âmbito nacional e global. Nesse caso, a noção do conceito de desigualdade como vetor localizado em outro ambiente poderia ser capaz de fornecer os subsídios investigados.

A literatura a respeito já indica as diferenças entre a desigualdade e a pobreza ao ditar que a desigualdadeeconômica(chamada imprecisamente de desigualdade social, que ela acaba por provocar) é um problema que afeta atualmente a maioria dos países, mas, principalmente, os países menos desenvolvidos. Isso se dá principalmente pela distribuição desigual de renda de um país, mas também existem outros fatores, como a má formação educacional e o investimento ineficiente de um país em áreas sociais.[7]A desigualdade, nesse porto, estaria vinculada ao aspecto econômico, ou seja, omissões ou deficiências do Estado na sua capacidade de intervenção num ambiente de divisão de classes.

A desigualdade, portanto, estaria ligada à essência de um conceito de justiça socialcomo construção moral e política baseada na igualdade de direitos e na solidariedade coletiva dentro de um ambiente de divisão de classes sociais, econômicas, educacionais etc. Em termos de desenvolvimento, a justiça social é vista como o cruzamento entre o pilar econômico e o pilar social.O conceito surge em meados do século XIX, com referências às situações de desigualdade social, e define a busca de equilíbrio entre partes desiguais, por meio da criação de proteções (ou desigualdades de sinal contrário), a favor dos mais fracos, mas, fundamentalmente, dentro de uma visão liberal, a exemplo de John Rawls, ao defender que uma sociedade será justa se respeitar três princípios: (i) garantia das liberdades fundamentais para todos; (ii) igualdade equitativa de oportunidades; (iii) manutenção de desigualdades apenas para favorecer os mais desfavorecidos.

Vistos tais conceitos, poder-se-ia inferir a importância da distinção entre pobreza e desigualdade. Linha de pobreza está atrelada à noção de exclusão no tocante a todos os parâmetros sociais, políticos e jurídicos. A desigualdade, por sua vez,não espelha uma substância de exclusão. Está intimamente ligada com concetração de renda e a igualdade de oportunidades de competição dentro de

[7] https://pt.wikipedia.org/wiki/Desigualdade_econômica#cite_note-Superar_a_desigualdade-3.

um determinado ambiente. A confusão, ou melhor, o indeterminismo quanto aos dois significados violam gravemente o valor mesmo dessas grandezas, tanto da linha de pobreza, quanto da desigualdade.Valores e comportamentos diferentes que exigem políticas públicas particularizadas para cada um.

Com relação à pobreza, que é definida a partir do resultado do critério e método de verificação da linha de indigência e de extremo, teoricamente, existem muitas considerações que parecem mais utópicas e dirigidas a conceitos doutrinários do que, propriamente, a identificação de importantes matizes que determinariam, necessariamente, políticas públicas particulares em relação àquelas vislumbradas para a desigualdade.

Lógico que a insistência doutrinária de vincular o mínimo existencial à dignidade humana, ao Estado de Direito e à cidadania sempre terão importância. Afinal, remeteram os Estados para o estágio contemporâneo que, apesar dos pesares, de inegável evolução. Se os direitos humanos não são um dado inexorável, mas um construído, as violações a estes direitos também o são e, nesse diapasão, assumem o risco de trivialização e banalização das exclusões, que não compõem de forma inexorável o destino da humanidade.

Nesse bordo, as imprecisões da distinção entre pobreza e desigualdade vistas sob o manto dos dogmas doEstado de bem-estar social, constroem as impugnações das nações à universalização de qualquer conceito atrelado ao mínimo existencial. Obviamente, são causas que justificam, por esse viés inadvertido, que pactos transnacionais para o enfrentamento de carência de direitos sociais e econômicos deixem de conferir coercibilidade para a cooperação entre as nações para o enfrentamento da questão do mínimo existencial. Além disso, não submete a críticas os Estados com suas políticas internas dirigidas para o mesma finalidade.

O argumento é usual, uma vez que falar de mínimo existencial, por exemplo, na Alemanha, estar-se-ia a falar de desigualdades, considerando suas características: vetores de redistribuição eficiente de oportunidade dentro de um ambiente de classes; intervenção e regulação de mercado peloEstado e regras tributárias, fiscais e orçamentárias atreladas à reserva do possível; instrumentos de correção de desigualdades na pirâmide amorfa das classes e de renda, dos rendimentos, do trabalho, da meritocracia, da livre iniciativa, como portadores de valores em si mesmos dentro de um ambiente de competição. Enfim, o que a

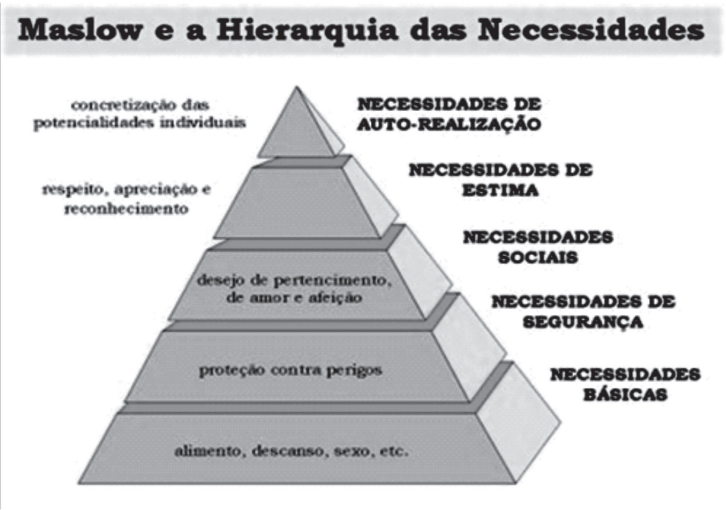
ambição de um cidadão poderia racionalmente exigir da sociedade, como é o fulcro da ideia da reserva do possível e da linha do tolerável, anteriormente explicadas.

As referência antecedentes permitem vários e cruciais esclarecimentos para desagregar os conceitos de pobreza e de desigualdade. O primeiro deles é, o que já vem se repetindo, pobreza, desigualdade, renda e distribuição e redistribuição, são categorias interligadas, mas diversas. O assentamento dessas diferenças, inclusive, é tão importante que favorece a certificação de contradições entre elas, e de como o Estado se comporta, por meio de políticas públicas de regulação e de arrecadação diante do desafio de seu enfrentamento, segundo as influências do sistema econômico e quais seriam as propostas para o equilíbrio dessas equações. A luta de combate à pobreza é distinta, portanto, da luta para a correção de desigualdades.

5. A PIRÂMIDE DAS NECESSIDADES: UM PADRÃO DE REFERÊNCIA UNIVERSALIZÁVEL

O recorte do conceito da hierarquia das necessidades como padrão referencial sugere onde o mínimo existencial poderia repousar e encontrar um norte de proteção. Como vimos no tópico anterior, o indeterminismo e a confusão entre os conceitosdas ordens de grandeza, a pobreza e a desigualdade, vem dificultando a agregação do valor correspondente a cada uma delas e, com isso, criando óbices para a fixação de regras basilares nacionais e internacionais, declarativas e coercitivas, para políticas públicas e consciência de responsabilidade social.

Todavia, como é o objetivo central desta pesquisa, as distinções entre pobreza e desigualdade seriam palpáveis, caso se adotasse a concepção dada pela "Pirâmide das Necessidades" como reconhecida, mundialmente, a partir da psicologia de Abraham Harold Maslow.A hierarquia dasnecessidades de Maslow, ou Pirâmide de Maslow, é uma teoria sobre as motivações humanas. Abraham Maslow acreditava que toda ação humana é motivada por uma ou várias necessidades. Segundo ele, existem cinco principais grupos de necessidades obediente a uma hierarquia: fisiológicas, de segurança, sociais, de estima e de autorrealização.

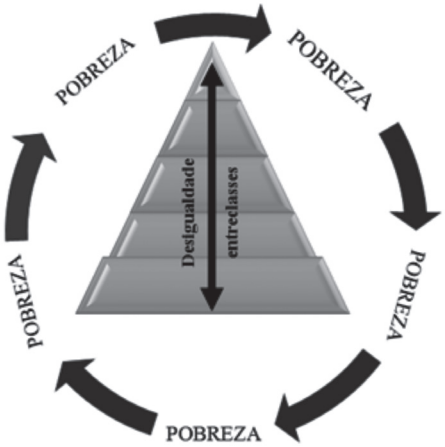


A teoria de Maslow é expressa por uma pirâmide por causa da ordem entre as necessidades, a despeito de o psicólogo nunca ter proposto uma representação de sus doutrina em forma de pirâmide. Na representação de pirâmide da hierarquia as necessidades mais básicas ficam embaixo, enquanto as mais complexas ficam em cima. Existem algumas particularidades em relação as etapas da Pirâmide de Maslow que devem ser levadas em consideração: (i) uma etapa deve ser saciada (pelo menos em parte) para que o indivíduo passe para o próximo nível da hierarquia; (ii) as necessidades da autorrealização nunca são saciadas, sempre que uma necessidade se sacia, surgem novas ânsias e objetivos; (iii) as necessidades fisiológicas nascem com os seres humanos e são as mais fáceis de serem saciadas, ao contrário das outras etapas; quando se conquista determinados elementos de um grupo de necessidades, o indivíduo sempre se motiva em conseguir atingir mais objetivos; (iv) as necessidades insatisfeitas, ou seja, que não conseguirem ser cumpridas, implicam reações negativas no comportamento do indivíduo, como frustrações, medos, angústias, inseguranças etc.[8]

Para o artigo ora apresentado, a adoção desse parâmetro teria a vantagem de sua volatilidade pelo seu perfil objetivo e subjetivo. O primeiro, o dado objetivo, seria a base piramidal, que define os ambientes ea distinção entre pobreza e desigualdade. A pobreza e a indigência estariam no entorno

[8] Fonte: http://www.significados.com.br/piramide-de-maslow.

da pirâmide das classes sociais e neste ambiente estariao núcleo do mínimo existencial, como antes fixado.



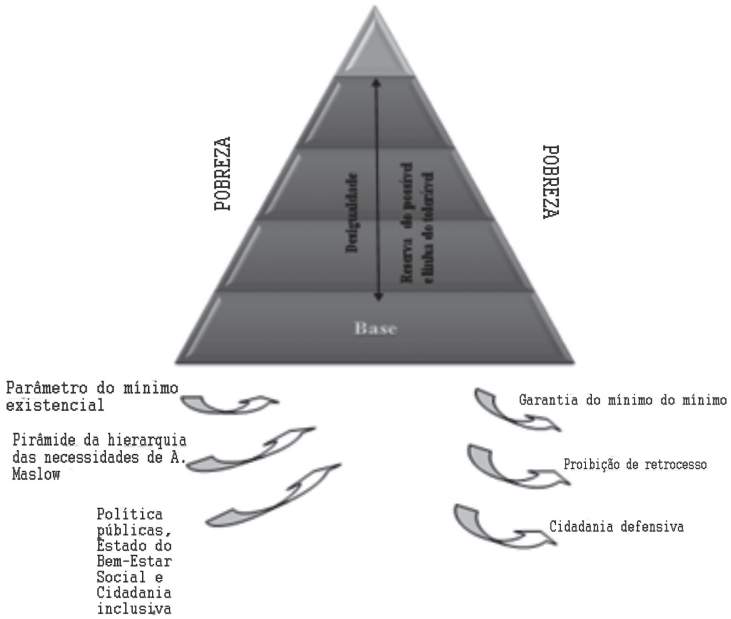
É nele onde aparecem as obrigações às prestações positivas do Estado, independentemente do modelo econômico, do sistema político ou mesmo do regime de Estado, ou, ainda, ponderações sobre o que a sociedade tem o arbítrio de suportar para conferir a uma parcela considerável e excluída da sociedade, um mínimo de dignidade material e psicológica. Nele exsurge o dever de solidariedade do pacto social e soberano, tendo em vista a exclusão absoluta de parcela dos integrantes da comunidade. O vínculo social com a pobreza é atemporal e indicam responsabilidades unilaterais de governos e de sociedades civilizadas,

> La pauvreté absolue est liée à un seuil biologique en dessous duquel les besoins physiques et sociaux vitaux de l'être humain ne sont pas assurés. En revanche la pauvreté relative se conçoit par rapport au niveau de vie moyen de la population d'un pays. Elle a pour principal objectif de permettre à l'individu, non seulement de subsister, mais de subsister décemment (FERCOT: 2012).

Em assim considerado, o núcleo do mínimo existencial seria blindado com valor agregado em si mesmo, como cláusula política fundamental de direitos humanos, sociais, econômicos, culturais, inerente ao conteúdo do princípio do *welfare state*. Indicaria quais as responsabilidades dos Estados e da sociedade para a implantação de políticas públicas de prestações positivas para ascensão da parcela social excluídaao ambiente de acesso a benefícios materiais e sociais.

Esse posicionamento, com proteção ao retrocesso, seria corolário da ideia de universalidade da cidadania inclusiva, na medida em que "*celui qui est démuni de moyens pour vivre ne peut pas profiter de ses autres droits fondamentaux non seulement sociaux, mais* également *civils et politiques*" (FERCOT: 2012).

O dado subjetivo de seu caráter volátil seria a capacidade de adaptação a cada realidade das nações e soberanias, afastando a rigidez conceitual de suas respectivas regras normativas. Além disso, como consequência, inserida base dentro do ambiente de desigualdade da pirâmide, as postulações ideológicas dos pactos supranacionais de direitos sociais e econômicos seriam satisfeitas, na medida em que o outrora excluído teria, agora, condições mínimas para a progressão em direção seu cume da hierarquia das necessidades, dependendo, a princípio, do máximo das capacidades pessoais. A ascensão ao estágios ou patamares piramidais dependeriam, fundamentalmente, da meritocraciae de outros insumos, conforme a intensidade da política constitucional de cada nação.



Dessa forma, ao padronizar o conceito político-jurídico do núcleo do mínimo a partir da desagregação da pobreza, como direito fundamental humano

e, ainda, considerando o parâmetro indicativo das necessidades básicas definidas na escala de base piramidal, seus efeitos de proteção seriam expandidos sobre todo o sistema das nações, em especial nas diretrizes de justiça tributária, fiscal e orçamentária. As responsabilidades sociais e político-jurídicas de solidariedade inerente ao pacto comunitário doméstico e supranacional poderiam ser exigidas, pois a cidadania adquiriria o direito subjetivo político e com ele um novo *status activus processualis*.

Sendo, portanto, dever inexorável da sociedade e do Estado a satisfação de prestações positivas decorrente de situações de mínimo existencial como macro questão política, a discussão se dirige à pró-atividade estatal em termos de gestão distributiva. Da Economia Política de Thomas Piketty plagiamos certos esclarecimentos,

> As teorias modernas de justiça social exprimiram essa ideia sob a forma do princípio 'maximin', segundo o qual a sociedade justa deve maximizar oportunidades e condições mínimas de vida oferecidas pelo sistema social. Esse princípio foi introduzido formalmente por Serge-Christophe Kolm [1971] e John Rawls [1972], embora o encontremos sob formas mais ou menos explícitas bem mais antigas, como, por exemplo, na noção tradicional de que direitos iguais os mais amplos possíveis devem ser garantidos a todos, pensamento bastante aceito a nível teórico. O verdadeiro conflito ocorre com frequência muito maior em relação à maneira eficaz de melhorar realmente as condições de vida dos mais pobres e à extensão dos direitos que podem ser concedidos a todos do que em relação aos princípios abstratos de justiça social. Portanto, só uma análise minuciosa dos mecanismos socioeconômicos que produzem a desigualdade é capaz de definir a parcela de verdade dessas duas visões extremas da redistribuição e talvez contribuir para a instauração de uma redistribuição mais justa e eficiente. Na linguagem dos economistas, essa oposição corresponde à distinção entre a redistribuição pura e a redistribuição eficiente. A primeira adequa-se às situações em que o equilíbrio de mercado é de fato eficiente no sentido de Pareto – isto é, quando é impossível reorganizar a produção e a alocação dos recursos de forma que todos sejam beneficiados -, mas nas quais considerações de justiça social pura exijam uma redistribuição que deduza dos indivíduos mais privilegiados e beneficie os mais pobres. A segunda corresponde a contextos em que as imperfeições do mercado acarretam intervenções diretas no processo de produção, permitindo ao mesmo tempo melhorar a eficiência no sentido

> de Pareto da alocação de recursos e alcançar a equidade de sua distribuição. Na prática do conflito político contemporâneo, muitas vezes essa posição entre redistribuição pura e redistribuição eficiente foi confundida com a oposição entre uma redistribuição de amplitude moderada e outra mais ambiciosa. Portanto, em geral, a questão dos instrumentos de redistribuição não se confunde necessariamente com a questão da amplitude da redistribuição (PIKETTY: 2015).

Assim, somente com um padrão de referência que dimensione a pobreza fora de um ambiente político-sociológico de competição entre classes, seria possível fomentar discussões para uma revisão do próprio conceito de cidadania universal como causa eficiente de garantia de direitos sociais e econômicos em regimes variados e diante de deveres estatais em relação à pobreza e à indigência.

Ao afastar ruídos conceituais entre duas grandezas, a pobreza e a desigualdade, a aceitação do referencial que limita o ambiente de cada um desses vetores, fora ou dentro de um padrão mínimo da base da pirâmide da hierarquia das necessidades, determinaria a pobreza como núcleo do mínimo existencial, conferindo-lhe plena autonomia principiológicas como direito fundamental absoluto e universalizável comprometido com o devir do bem-estar inerente à essência mesma do pacto social nacional e global.

6. CONCLUSÃO

O texto apresentado teoriza sua fundamentação com diversas doutrinas acerca do denominado mínimo existencial, demonstrando sua louvável aplicação como correntes a favor de sustentar a aplicação prática de conteúdo jurídico, com destaque às doutrinas a essencialista, a positivista e a institucionalista.

A despeito desses esforços, advogar a defesa do mínimo existencial por apenas um enfoque, compromete o conceito do núcleo do mínimo existencial, na medida em que o vincula à vida, à dignidade humana e mesmo a um determinado *status* político econômico dos Estados, dificultando a coercitividade pela aderência a pactos de direitos humanos, sociais e econômicos.

A pesquisa, sem evidentemente desconsiderar aludidas correntes e respectivos substratos de fundamentos, agrega um valor principiológico ao núcleo do mínimo, permitindo que ele seja acoplado e sustentado por vários subsistemas de interação, como o direito à vida, à dignidade, dentre tanto

outros que não passam de degraus para a conquistas ligadas aos direitos da humanidade. Na medida em que aparentam deficiências conceituaispara a definição do núcleo do mínimo existencial, ineficientes são as intervenções para o enfrentamento da exclusão social absoluta, como retrato da indigência e da pobreza extrema.

O trabalho, portanto, conclui que um passo apropriado para elevar o mínimo existencial à condição de autonomia e isentá-lo de contradições sistêmicas de toda a ordem, estaria na distinção entre a pobreza e desigualdade, enquadrando-o no ambiente de exclusão absoluta, a partir do critério definido e globalmente aceito como "Linha de Pobreza". Dessa forma, o conteúdo do mínimo retornaria já consolidado como indigência e pobreza na pauta das nações e das declarações supranacionais, catapultando-o ao patamar de consideração que os pactos de direitos sociais e econômicos pretendem lhe emprestar. Um direito essencial e universal oponível como direito subjetivo e como dever de relação de cooperação entre soberanias.

Essa linha horizontal de aceitação na ordem internacional refutaria qualquer vínculo com a justiça econômica ou regimes econômicos, quer capitalista, quer socialistas. Um valor absoluto agregado em si mesmo e que não dependeria de interpretações político-jurídicas para a provisão de defesas e garantias, inclusive no âmbito da redistribuição tributária de uma sociedade particular ou nas hipóteses de cooperação transnacional.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GAIER, Reinhard. *Pretensões positivas contra o Estado e a reserva do possível na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal*. Tradução Márcio Flávio Mafra Leal, p. 22-30. II Seminário Internacional Brasil-Alemanha, Thompson Flores (Florianópolis/SC), Série Cadernos do CEJ, nº 27. Brasília: CJF, 2011. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/gd/documentos/seriecadernoscej-27brasil-alemanha.pdf. Acesso em 20.02.2017.

FERCOT, Celine. *Le juge et le droit au minimum. Les ambiguïtés du droit à des conditions minimales d'existence en droit comparé* , La Revue des Droits de l'Homme, jun./2012. Disponível em: http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/le-juge-et-le-droit-au-minimum.pdf. Acesso em 20.02.2017.

PERLINGEIRO, Ricardo. É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais?Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, Ano 1, v. 2, p. 163-185, set./out. 2013.

PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*, SP: Saraiva, 2012.

PIKETTY, Thomas. *A Economia da Desigualdade*. Tradução André Telles. RJ: Intrínseca, 2015.

YOUNG, Katharine G. *The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content*, 33Yale J. Int'l L.(2008). Available at:http://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol33/iss1/4, p. 113-174 e http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1337&context=yjil. Acesso em 20.02.2017.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Juizado Especial Federal: contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016, Série monografias do CEJ, vol. 21, p. 81. Disponível em: http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/mono/issue/view/130. Acesso em 20.02.2017.

O JUSPOSITIVISMO EM BENTHAM, AUSTIN, KELSEN, ROSS E HART

Reis Friede [1]

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

Palavras-chave: Direito Natural. Jusnaturalismo. Juspositivismo.

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

Keywords: Natural Law. Jusnaturalism. Juspositivism.

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

1. INTRODUÇÃO

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

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

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

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

2. O JUSPOSITIVISMO EM JEREMY BENTHAM

O inglês JEREMY BENTHAM (1748-1832), nos termos de sua *Teoria Utilitarista do Direito*, argumenta que as normas jurídicas devem ser interpretadas sob o prisma dos efeitos produzidos quando de sua incidência concreta. Assim, na ótica de BENTHAM, *justa* é a norma que, uma vez aplicada, produz efeitos *bons*; ao contrário, aquela cuja incidência concreta acarreta consequências *ruins* deve ser reputada como *injusta*.

> "JEREMY BENTHAN é considerado como o principal responsável pelo fortalecimento do utilitarismo na sociedade, e sua influência hoje é maior do que nunca. Todos os autores que abordam questões relativas à análise de *custo/benefício* têm para com BENTHAM uma dívida intelectual." (EDMUNDSON, 2006, p. 72)

Nota-se, pois, que o critério esposado por BENTHAM, para o fim de qualificação dos aludidos resultados, consiste exatamente na noção de *utilidade*. Destarte, *bom*, na ótica do pensador inglês, é o que produz *prazer*; *mau*, por sua vez, o que causa *dor*. No plano social, *bom* ou *justo* é o que tende a aumentar a *felicidade* de todos ou, pelo menos, de um grande número de pessoas (DINIZ, 2000, p. 58).

> "BENTHAM admite apenas o sentido 'objetivo' de direito, identificado pelos juristas medievais. Porém, mesmo neste sentido, o conceito ainda está sujeito a uma construção utilitarista. O que é direito é apenas o que é vantajoso para a sociedade, de onde se segue que nada é imprescritível - quando acaba a vantagem, acaba também o direito. 'Direito' e 'vantajoso para a sociedade' são termos coextensivos. É só nesta base que BENTHAM admite qualquer discussão sobre 'direito' fora do âmbito legal." (EDMUNDSON, 2006, p. 76)

Explica DIAS (2015, p. 147-166) que, "por ser conforme uma noção de natureza humana que busca o prazer e foge da dor", o princípio de utilidade "reconhece que os homens agem de acordo com determinadas finalidades, segundo seus interesses, e coloca como norma que os indivíduos busquem seu prazer ou seus interesses." No mesmo sentido, ensinam MARCONDES e STRUCHINER (2007, p. 116) que, de acordo com o princípio de utilidade, "o bem seria aquilo que maximiza o benefício e reduz a dor ou o sofrimento", do que se depreende que "terão mais valor de um ponto de vista ético as ações que beneficiarem o maior número de pessoas possível".

No que concerne especificamente ao embate entre Jusnaturalismo e Juspositivismo, cabe mencionar que BENTHAM, em sintonia (no seu aspecto global) com as premissas do *Utilitarismo*, formulou críticas ao Direito Natural, justamente por entender que as leis são fruto da vontade humana, consistindo, ademais, em meios que possibilitam a consecução de determinados fins (princípio de utilidade). Com efeito, BENTHAM entende que "não há direitos naturais em contraposição ou distinção aos legais, sendo a expressão uma mera figura de linguagem; e que, quando se emprega essa expressão, no momento que se tenta dar-lhe sentido literal, o resultado é o erro – o tipo de erro que leva à perniciosidade, ao extremo da perniciosidade" (EDMUNDSON, 2006, p. 75).

> "Devido à sua resistência em atribuir qualquer sentido à ideia de direitos naturais, ou de quaisquer direitos morais fora de um contexto legal, ele obviamente nada tinha a dizer sobre os direitos morais utilitaristas (em contraposição aos direitos legais recomendados pelo princípio de utilidade). Portanto, a figura de BENTHAM é importante na história dos direitos por duas razões: em primeiro lugar, por sua crítica negativa da ideia mesma de direitos naturais; em segundo lugar, por sua abordagem positiva dos direitos 'positivos', ou seja, dos direitos legalmente reconhecidos." (EDMUNDSON, 2006, p. 72-73)

3. O JUSPOSITIVISMO EM JOHN AUSTIN

O inglês JOHN AUSTIN (1790-1858), a partir de influências teóricas advindas, principalmente, de JEREMY BENTHAM, mostrou-se preocupado em introduzir um enfoque analítico no âmbito da Teoria do Direito, tendo publicado, em 1832, aquela que é considerada sua mais relevante obra, fruto das dez primeiras lições que havia proferido na Universidade de Londres: *A Delimitação do Objeto do Direito* (*The Province of Jurisprudence Determined*, 1832).

Contrapondo-se aos rumos jusnaturalistas de sua época, AUSTIN empreendeu esforços no sentido de estabelecer – organizada, sistemática e analiticamente – os aspectos conceituais do Direito, buscando promover a separação entre este e a Moral, embora admitisse a existência de conteúdos morais no âmbito do sistema jurídico. De fato, o Direito, afirma JOHN AUSTIN, existe independentemente de ser *injusto*, isto é, sua validade deve ser aferida sob o aspecto conceitual, e não a partir de fundamentos morais. Uma lei *existente*, menciona AUSTIN, *existe*, ou seja, é *lei*, ainda que a aprovemos ou não.

> "A existência da lei é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra. Se ela existe ou não é uma investigação; se é ou não compatível com um suposto padrão é uma investigação diferente. Uma lei que realmente existe é uma lei, ainda que possamos não gostar dela, ou ainda que ela difira do texto pelo qual regulamos nossa aprovação ou desaprovação. Essa verdade, quando formalmente anunciada como uma proposição abstrata, é tão simples e óbvia que parece inútil insistir nela. Por mais simples e óbvia que seja quando enunciada em expressões abstratas, a enumeração dos casos em que foi esquecida esgotaria um volume." (JOHN AUSTIN, citado por MARCONDES e STRUCHINER, 2015, p. 91)

De acordo com as lições de EDMUNDSON, AUSTIN não admirava a expressão *Direito Natural*, tendo em vista que, na sua ótica, tal locução ensejava uma "analogia com as leis da natureza – tais como as da Física", devendo, pois, ser evitada.

> "Se o apelo aos direitos 'naturais' é apenas um apelo à moralidade, então os direitos naturais não passam de direitos morais. Mas 'moralidade' é também um termo ambíguo. No entender de AUSTIN, ele pode se referir tanto ao código moral convencional, ou positivo, da comunidade, como ao código moral ideal proclamado por Deus. Se o apelo for à consciência moral – *ainda em desenvolvimento*, da comunidade, ele deve ser entendido como referente a um 'direito divino'. Há dois tipos de *direito divino*: o revelado e o não revelado. Os direitos divinos revelados encontram-se no âmbito da lei divina revelada, isto é, em mandamentos ou escritos bíblicos de inspiração divina." (EDMUNDSON, 2006, p. 87)

JOHN AUSTIN é destacado por ter concebido – a partir de inspiração teórica buscada nas reflexões de JEREMY BENTHAM – o Direito como um autêntico conjunto de *comandos/ordens* (amparados na ideia de *coerção*) oriundos do *soberano* no exercício do seu poder ilimitado (Teoria Imperativa do Direito), razão pela qual, na visão austiniana, este não se submete ao próprio Direito por ele estabelecido, podendo utilizá-lo, portanto, como um instrumento de poder.

> "AUSTIN assume como tarefa de sua formulação teórica separar o objeto do direito dos elementos que frequentemente são tomados equivocadamente como jurídicos. Para tanto, apresenta a noção de soberano como central, tornando-a, conjuntamente com as de 'comando', 'sanção' e 'hábito de obediência', os elementos do que designa ser a 'chave da teoria do direito'. Com efeito, procede nosso

> autor diferenciações finas a respeito 'das leis' em geral até alcançar lista que considera ser o foco da análise do estudo do Direito. A partir desse ponto, descreve as características do soberano e a importância dos componentes elementares do Direito. Nesse contexto, a ideia de comando e de sanção mantém relações próximas com a noção de soberano. Porque o comando é a ordem ou desejo editado ou pronunciado pelo soberano, e sanção é a consequência; e esta manifestação do poder do soberano corresponde ao mal que ele pode infligir se o seu desejo é ignorado ou desobedecido, com o que sua teoria afigura-se de extrema simplicidade e clareza: se uma norma *N* pertence a uma ordem jurídica *OJ*, isso significa que ela, a norma *N*, foi ditada pelo soberano." (SGARBI, 2006, p. 28)

Nesse contexto, cumpre ao juiz, ao decidir os mais diversos casos que se lhe apresentam, aplicar exatamente o *comando* advindo do *soberano*. Não obstante, diante da inexistência de um *comando* ajustável ao caso concreto, deve o juiz resolvê-lo como julgar mais adequado, posto que tacitamente autorizado a fazê-lo pelo mesmo *soberano*. Com efeito, sob o prisma de tal construção teórica de AUSTIN, a autorização tácita para decidir acaba por tornar tais decisões tomadas pelos juízes em autênticos *comandos* do *soberano*.

4. O JUSPOSITIVISMO EM HANS KELSEN

WAYNE MORRISON, ao discorrer a respeito da visão crítica de HANS KELSEN (1881-1973) em relação à teoria anterior, afirma que o professor austríaco "interpreta AUSTIN como um empirista relativamente simples, o que significa que AUSTIN interrompeu sua análise no nível descritivo geral, sem proceder aos atos interpretativos necessários à contemplação da natureza especificamente jurídica da atividade social observada", asseverando, ademais, o seguinte:

> "Em essência, KELSEN acusa AUSTIN de não ter compreendido a estrutura normativa da legalidade, e argumenta que, no fim, a teoria austiniana pretendeu extrair uma série de proposições 'dever-ser' de proposições 'ser' [...]. As unidades estruturais básicas da teoria de AUSTIN eram observações de fatos sociais, a redução da ideia de regras de obrigações aos comandos de um soberano e aplicação desses comandos; à procura de dados empíricos para criar uma ciência do direito, o observador se dava conta das regularidades de um soberano que costumava ser obedecido e não obedecia a

> ninguém, e que comandava sujeitos que habitualmente obedeciam. KELSEN, porém, perguntou: 'De que modo isso descreve o processo por meio do qual alguém deve obedecer ao direito?'
>
> Para KELSEN, as regras eram as características observáveis (na escrita etc.) de um sistema normativo. As regras eram, portanto, as características de superfície do direito, e as normas sua essência interior; conquanto elas possam ter dado origem aos atos de 'vontade' de um Parlamento, ou à adoção de um costume por um juiz, uma vez aceitas como direitos adquirem existência independente; sua validade não depende da vontade de um mandatário: 'uma norma é uma regra que afirma que o indivíduo deve comportar-se de uma determinada maneira sem afirmar, porém, que tal comportamento seja a vontade específica de alguém'." (MORRISON, 2012, p. 391-392)

A principal obra de HANS KELSEN é, sem sombra de dúvida, a conhecida *Teoria Pura do Direito* (1934). Segundo o magistério de MORRISON (2012, p. 411), tal produção teórica "fala a uma modernidade que está lidando com a democracia, o perspectivismo e a indeterminação do objetivo social", sendo claramente identificada por KELSEN "como um projeto de direito antinatural". Na realidade, conforme anota SGARBI (2006, p. 31), a *Teoria Pura* "não é apenas o nome de um livro, mas de um *projeto*", tendo em vista que a pretensão de KELSEN, em última análise, era conduzir o Direito ao *status* de Ciência Jurídica, intento que, de certa forma, acompanhou toda a trajetória acadêmica do formidável pensador austríaco, cujo escopo teórico sempre consistiu em "estabelecer limites claros, além de respostas, ainda que nem sempre bem acabadas, ao seu maior propósito", vale dizer, "a elaboração de uma teoria do direito positivo que fosse independente dos particularismos da realidade de cada país". Por oportuno, conforme dito pelo próprio KELSEN:

> "A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo – do Direito Positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.
>
> Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito." (KELSEN, 1987, p. 1)

Assim, segundo explica SGARBI, o vocábulo *pura* é "palavra que expressa o que os teóricos do Direito ainda não conseguiram obter, mas que cumpre a ele, KELSEN, viabilizar", isto é, uma "leitura específica da juridicidade, sem interferências de outros campos do conhecimento que não agem na precisa delimitação do Direito", inclusive o pertinente à moral (SGARBI, 2006, p. 33). No mesmo sentido, BUGALLO aduz que:

> "KELSEN, por sua vez, destaca que seu objetivo é construir 'uma teoria do direito positivo', do direito positivo 'em geral, não de uma ordem jurídica especial'. Portanto, 'teoria geral do direito, não interpretação de particulares normas jurídicas', embora 'forneça uma teoria da interpretação'. 'Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto'. Teoria do direito positivo, isto é, do direito 'que é e como é', não do direito que deveria ou poderia ser." (BUGALLO, 2009, p. 11)

Com o advento da *Teoria Pura do Direito*, conforme explica SOARES, "o Positivismo Jurídico converte-se em uma variante do normativismo lógico, aprofundando o distanciamento da Ciência do Direito em face das dimensões valorativa e fática do fenômeno jurídico".

> "A exigência da 'pureza do método' seria a condição da cientificidade da dogmática jurídica. Daí a defesa da ciência jurídica como uma ciência exclusivamente normativa, cujo objeto seria a normatividade jurídica." (SOARES, 2013, p. 162)

Da mesma forma, a aludida *Teoria Pura*, no dizer de SOARES (2013, p. 162), configura uma nítida "reação ao sincretismo epistemológico no conhecimento jurídico", tendo como escopo último afirmar "a autonomia e a especificidade metódica da Ciência do Direito", aspectos que, na ótica de KELSEN, encontravam-se comprometidos "seja pela tentativa metafísica do jusnaturalismo de convertê-la em uma filosofia da justiça", seja pelo propósito "empirista do historicismo e do sociologismo jurídico de subordiná-la a outras ciências que cuidam dos fatos sociais, tais como a história e a sociologia".

A concepção kelseniana envolve, ademais, a *Teoria da Norma Jurídica* (na qual a norma jurídica é estudada como sentido objetivo de um ato criador de Direito dotado de validez) e a *Teoria do Ordenamento Jurídico*, identificado como um *sistema de normas*, disposto hierarquicamente como uma *pirâmide*, no qual a validade de uma norma inferior depende de uma norma superior, que estabelece

os critérios formais e materiais para sua produção (SOARES, 2013, p. 163). Assim, consoante as formulações teóricas de KELSEN, "dizer que uma norma é válida é o mesmo que dizer que *existe* no conjunto normativo e que, por existir, deve ser obedecida e aplicada juridicamente" (SGARBI, 2006, p. 41), do que se infere que, na visão kelseniana, não cabe à Ciência do Direito responder o que é *justo* ou conforme a *justiça*.

> "A Teoria Pura do Direito, como teoria, tem por fim a compreensão das ordens jurídicas independentemente de suas peculiaridades de conteúdo; ela não se ocupa da avaliação moral ou da validade moral particular dos regimes políticos; esta é uma tarefa da política. A validade 'moral' do regime usurpador é outro assunto; não cabe ao teórico, ao analisar o fenômeno jurídico, excluir de seu exame ordens normativas sobre a alegação de que 'isso não é direito'. Como teórico, ao considerar a juridicidade, deve proceder à leitura dos enlaces de atribuição normativa e relatar suas possibilidades, por duas razões: 1) o caráter 'avalorativo' do conhecimento científico; e 2) a impossibilidade 'racional' de se dizer o que é justo." (SGARBI, 2006, p. 55)

Da mesma forma, dissertando sobre a validade da norma sob a perspectiva de KELSEN, BUGALLO registra que "a validade é construída em função de elemento tipicamente kelseniano, isto é, o formal".

> "Como princípio metodológico, KELSEN trata do direito em sua especificidade, isto é, naquilo que configura a juridicidade e, como bom positivista, naquilo que na juridicidade existe de permanente, porque só o permanente é identificável no tempo e aferível. Ora, o permanente, na norma, não está no fato social, político ou fator axiológico, por se tratar de elementos mutáveis, mas na forma, no dever ser, isto é, enunciado de uma conduta devida, que pode ter qualquer conteúdo e, portanto, conter qualquer valor. Tal fator é a validade, a ser aferida, na dinâmica jurídica, pelo processo de produção e dimensionada pelo aspecto formal: a competência. Desta forma, conclui KELSEN, uma norma é válida, se produzida de acordo com o processo estabelecido por outra norma, razão porque a norma produzida tem seu fundamento de validade na norma que regula seu processo de produção." (BUGALLO, 2009, p. 21-22)

A respeito da separação entre Direito e Moral, asseveram BITTAR e ALMEIDA que "validade e justiça de uma norma jurídica são juízos de valor diversos", concluindo os autores, então, que "uma norma pode ser válida e justa;

válida e injusta; inválida e justa; inválida e injusta".

> "O Direito possui a nota característica de poder ser moral (Direito justo), e de poder não ser moral (Direito injusto); e, certamente, prefere-se o Direito moral ao imoral, porém não é isso que retira validade de determinado sistema jurídico. Um Direito positivo pode ser justo ou injusto, ou seja, um Direito positivo sempre pode contrariar algum mandamento de justiça, e nem por isso deixa de ser válido. O Direito não precisa respeitar o mínimo moral para ser definido e aceito como tal, pois a natureza do Direito, para ser garantido em sua construção, não requer nada além do valor jurídico. Mais uma vez, deve-se afirmar que o que foi posto pelo legislador é norma jurídica, se consignado internamente no ordenamento jurídico dentro dos moldes procedimentais e hierárquicos suficientes para tanto.
>
> Assim, a conclusão acerca da relação entre Direito e Moral não pode ser outra senão a de que: 'A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral Absoluta, única válida, da Moral por excelência, de *a* Moral'." (BITTAR e ALMEIDA, 2011, p. 396)

Como se observa, "a autonomia do Direito, para KELSEN, só se alcança isolando o jurídico do não jurídico", o que significa afirmar "que o Direito, como ciência, deve significar um estudo lógico-estrutural, seja da norma jurídica, seja do sistema jurídico de normas". Em tal contexto, a "interpretação se torna um ato de definição dos possíveis sentidos da norma jurídica"; com efeito, a "interpretação do juiz, ato prudencial, por natureza, para KELSEN, transforma-se no ato da criação de uma norma individual" (BITTAR e ALMEIDA, 2011, p. 402).

Ainda de acordo com KELSEN (1990, p. 13), o Direito não estaria vinculado a qualquer regime político ideal, posto que, "do ponto de vista da ciência, livre de quaisquer julgamentos valorativos, morais ou políticos, a *democracia* e o *liberalismo* são apenas dois princípios possíveis de organização social, exatamente como o são a *autocracia* e o *socialismo*", não havendo, pois, "razão científica pela qual o conceito de Direito deva ser definido de modo a excluir estes últimos"; afinal, prossegue KELSEN, "o conceito de Direito não tem quaisquer conotações morais".

5. O JUSPOSITIVISMO EM ALF ROSS

ALF NIELS CHRISTIAN ROSS (1899-1979), jurista e filósofo dinamarquês, é reconhecido como um dos fundadores do *Realismo Jurídico Escandinavo*, corrente do pensamento jusfilosófico que concebe o Direito como um conjunto de fatos ou fenômenos psicofísicos, cujo estudo, portanto, deve seguir os "padrões tradicionais de observação e de verificação que animam toda a moderna ciência empirista" (ALF ROSS, citado por SGARBI, 2006, p. 65), de modo a livrar o pensamento jurídico de uma série de pressupostos não examináveis e não alicerçados na ciência.

ALF ROSS, conforme explicado por BUGALLO (2009, p. 11), recusa a filosofia do Direito Natural por se tratar de uma especulação metafísica e desprovida de justificação científica, do que se extrai, por conseguinte, que o "único direito é o Direito Positivo, compreendido como um conjunto coerente de normas vigentes, isto é, efetivas, portanto, observáveis e constatáveis, aferíveis e operacionalizadas através das decisões judiciais com base em diretivas de competência".

Assim, a proposta de ROSS é "desmistificar o Direito e as categorias com que este é tradicionalmente pensado"; para tanto, parte o professor dinamarquês de "uma concepção empirista e antimetafísica do conhecimento", sendo o "Direito entendido como uma fusão de dois elementos", a saber: "(1º) a realidade social que se manifesta por meio da aplicação, pelos juízes, do Direito positivado, e (2º) as normas que funcionam como um esquema para entender as ações dos juízes" (STOLZ, 2007, p. 115).

Analisando comparativamente as concepções de KELSEN e ROSS a respeito da norma jurídica, SGARBI leciona que:

> "Para KELSEN um fato assume particular significado jurídico através de uma norma que serve de instrumento de avaliação do fato como 'fato normativo'. Por outro lado, essa mesma norma tem significado de norma 'jurídica' na medida em que seja produzida conforme a estrutura dinâmica (estrutura de competências e delegações de competência) de determinada ordem jurídica. [...].
>
> ALF ROSS também afirma ser a norma um esquema de interpretação de certos fenômenos sociais: a estrutura do Direito, em sua teoria, também é dinâmica e em escalões. Todavia, diferentemente de KELSEN, ROSS tem como propósito construir um modelo teórico

> de ciência que seja empírico: um modelo cujas proposições sejam verificáveis com base na experiência, como ocorre com as ciências naturais. Para tanto, diferencia o 'direito' do 'direito vigente'. Sendo que o primeiro, isto é, o 'direito sem adjetivações', consiste em conceito compreensivo do conjunto de normas compreendidas como diretivas; o segundo, é dizer, um 'direito vigente', consiste em expressão empregada para designar as normas efetivamente aplicadas pelos juízes quando decidem controvérsias." (SGARBI, 2006, p. 66)

ALF ROSS, em quatro capítulos da obra *Sobre o Direito e a Justiça* (1953), aborda e critica as diversas correntes fundamentadoras do Direito Natural, afirmando, em síntese, que tais perspectivas teóricas não se submetem a "critérios de verificação ou falsificação", razão pela qual conclui que "as asserções metafísicas relativas às doutrinas do Direito Natural colocam-nas acima de toda força de controle intersubjetivo e deixa a porta aberta para a imaginação ilimitada e o dogmatismo" (SGARBI, 2006, p. 99), cabendo consignar, por oportuno, as seguintes objeções formuladas por ROSS à filosofia do Direito Natural, ora resumidas por BUGALLO:

> "Na *perspectiva epistemológica*, parte do pressuposto de que a veracidade e admissibilidade dos enunciados de conhecimento é função da aferibilidade, comprovabilidade, refutabilidade e controle. Em contraposição, 'as asserções metafísicas não admitem ser refutadas, porque se movem fora do alcance da verificação', razão porque não têm lugar no campo do pensamento científico. Neste contexto, 'a história do direito natural revela dois aspectos: 1º) o da arbitrariedade dos postulados fundamentais sobre a natureza da existência e do homem; 2º) o da arbitrariedade das ideias jurídico-morais desenvolvidas, porquanto seus fundamentos metafísicos não passam de justificativas para apoiar atitudes emocionais. [...].
>
> Na *perspectiva da teoria do direito*, a crítica de ROSS dirige-se ao jusnaturalismo racionalista, que deslocou o tratamento da lei natural, como ordem normativa, para os direitos naturais, reconhecidos a sujeitos de direito. Neste sentido, afirma que 'enquanto o direito natural foi uma filosofia moral para justificar o direito positivo e guiar o legislador, não perturbou seriamente o pensamento jurídico genuíno. Seus postulados de que deve estar conforme com a natureza do homem e com os princípios da justiça não impediam, por si só, um tratamento realista dos problemas de política jurídica', porque, dada sua generalidade, 'os princípios supremos' [...] 'davam ao direito

> uma roupagem moral'. Porém, 'o racionalismo duplicou o sistema jurídico, porque concebeu o direito natural como um conjunto de direitos naturais, acima ou abaixo dos direitos subjetivos positivos'." (BUGALLO, 2009, p. 18-20)

6. O JUSPOSITIVISMO EM HERBERT HART

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

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

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

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

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

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

> habitualmente obedecido e necessariamente isento de qualquer limitação jurídica não pôde explicar a continuidade da autoridade legislativa, continuidade essa que é característica dos sistemas jurídicos modernos; e a pessoa ou pessoas soberanas não puderam ser identificadas nem com o eleitorado, nem com o poder legislativo de um Estado moderno." (MARCONDES e STRUCHINER, 2015, p. 98)

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

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

> A fim de complementar a estrutura fundacional da sua teoria, HART cria a noção de *rule of recognition* [*regra de reconhecimento*], que pretende ser um remédio para a falta de certeza do regime de *regras primárias*, bem como o instrumento adequado para a identificação de todo o material jurídico, de modo que o *status* de uma norma como membro do sistema dependa de que ela satisfaça certos critérios de validez estabelecidos na *regra de reconhecimento*. Dita regra, ademais, é uma norma última que subministra um critério jurídico de validez supremo. Neste sentido, todas as normas identificadas com referência a este critério são reconhecidas como normas válidas do ordenamento jurídico. Não obstante, é mister enfatizar que uma norma subordinada pode ser válida ainda que não seja geralmente obedecida, mas uma *regra de reconhecimento* não pode ser válida e rotineiramente desobedecida, pois ela somente existe como uma prática social eficaz e complexa. Então, uma *regra de reconhecimento* existirá como questão de fato se, e somente se, é eficaz. Para a verificação do grau de eficácia da *regra de reconhecimento* se exige, ademais do cumprimento, a aceitação da mesma por seus destinatários, ou seja, que eles a considerem como pauta correta de conduta.
>
> A *regra de reconhecimento* não só estipula a forma que todas as normas jurídicas devem assumir para serem consideradas normas válidas do sistema jurídico, mas também atribui competência e/ou autoridade a certos sujeitos para que ditem e apliquem as normas jurídicas fixando – com base nos direitos fundamentais dos cidadãos e na estrutura política do Estado – os limites de atuação dos Poderes Públicos. Decisivamente, é a presença da *regra de reconhecimento* que articula a ideia de sistema jurídico, ou seja, é ela que distingue o Direito de outros sistemas normativos, como a moral, as regras de trato social e as regras de jogo – dado que estes sistemas não dispõem, em seu interior, de uma regra última que identifique toda e cada uma das normas existentes estabelecendo a sua pertinência e validez." (STOLZ, 2007, p. 101-120)

BUGALLO (2009, p. 3) afirma que o objetivo de HART, no âmbito da *Teoria Analítica*, e dialogando com os *Realismos Americano* e *Escandinavo*, bem como com o formalismo de KELSEN, foi justamente "superar a teoria de AUSTIN, válida para as sociedades primitivas e simples, e construir uma teoria explicativa do direito nas sociedades complexas".

> "Neste sentido, o eixo da teoria está na concepção do Direito como

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

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

7. CONCLUSÃO

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

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

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme A. de. *Curso de Filosofia do Direito*, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2011.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito*, compilação de Nello Morra, trad. e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995.

BUGALLO, Alejandro Alvarez. *Teses Básicas do Positivismo e suas Críticas ao Jusnaturalismo, Lex Humana*, nº 2, 2009.

DIAS, Maria Cristina L. C. *O Direito e a Ética em BENTHAM e KANT: uma Comparação*, Trans/Form/Ação, Marília, v. 38, nº 1, jan./abr. 2015, p. 147-166.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

EDMUNDSON, William A. *Uma Introdução aos Direitos*, São Paulo, Martins Fontes, 2006.

HART, Hebert L. A. *O Conceito de Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito,* tradução de João Baptista Machado, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1987.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, São Paulo, Martins Fontes, 1990.

MARCONDES, Danilo e STRUCHINER, Noel. *Textos Básicos de Ética – de PLATÃO a FOUCAULT*, Rio de Janeiro, Zahar, 2007.

_____. *Textos Básicos de Filosofia do Direito – de PLATÃO a FREDERICK SCHAUER*, Rio de Janeiro, Zahar, 2015.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito – dos Gregos ao Pós-Modernismo*, tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 2012.

SGARBI, Adrian. *Clássicos de Teoria do Direito*, Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2006.

SOARES, Ricardo M. F. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, São Paulo, Saraiva, 2013.

STOLZ, Sheila. *Um Modelo de Positivismo Jurídico: o Pensamento de HERBERT HART*, Revista de Direito da FGV, v. 3, nº 11, jan./jun. 2007.

JUSTIÇA FEDERAL

TRF2

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