

FENOMENOLOGIA E DIREITO



HUSSERL

*Volume 5, Número 1
Abril/Setembro 2012*

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



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

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

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



FENOMENOLOGIA E DIREITO

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 5, Número 1
Abr. /Set.2012

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. 5, n. 1 (abr./set.2012). – Rio de Janeiro : TRF 2. Região, 2008 - v. ; 23cm

Semestral

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

ISSN 1982-8977

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

CDU: 340.12

Diretoria da EMARF

Diretora-Geral

Desembargadora Federal Liliane Roriz

Diretor de Publicações

Desembargador Federal José Antonio Lisboa Neiva

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Paulo Freitas Barata

Diretor de Cursos e Pesquisas

Desembargador Federal Luiz Paulo da Silva Araújo Filho

EQUIPE DA EMARF

José Ricardo de Almeida Horta - Assessor Executivo

Carlos José dos Santos Delgado

Carlos Roberto de Assis Lopes

Clarice de Souza Biancovilli Mantoano

Diana Cordeiro Franco

Edith Alinda Balderrama Pinto

Leila Andrade de Souza

Liana Mara Xavier de Assis

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Luzinalva Tavares Marinho Joaquim

Marta Geovana Fernandes de Oliveira

Thereza Helena Perbeils Marchon

Expediente

Conselho Editorial

Aquiles Côrtes Guimarães - *Presidente*

João Otávio de Noronha

Alberto Nogueira

André Ricardo Cruz Fontes

Augusto Guilherme Diefenthaler

Aylton Barbieri Durão

Emanuel Carneiro Leão

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva

Fernando Augusto da Rocha Rodrigues

Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Jorge Luis Fortes da Câmara

José Antonio Lisbôa Neiva

José Ferreira Neves Neto

Luiz Antonio Soares

Marcus Vinicius Machado

Ricardo Almagro Vitoriano Cunha

Comissão editorial

Aquiles Côrtes Guimarães

Adriana Santos Imbrosio

Ana Claudia Torres da Silva Estrella

Eduardo Galvão de Andréa Ferreira

Luiz Claudio Esperança Paes

Marcia de Mendonça Machado Iglesias do Couto

Nathalie Barbosa de la Cadena

Editado por

Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região - EMARF

Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica

Leila Andrade de Souza

Foto da Capa

Edmund Husserl

Impressão

Tribunal Regional Federal da 2ª Região - SED/DIGRA

Tiragem

800 exemplares

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente:

Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE

Vice-Presidente:

Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFÁCIO COSTA

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal ANDRÉ FONTES

Membros:

Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS
Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO
Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA
Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER
Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ
Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND
Desembargador Federal REIS FRIEDE
Desembargador Federal ABEL GOMES
Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES
Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO
Desembargadora Federal LILIANE RORIZ
Desembargadora Federal LANA REGUEIRA
Desembargadora Federal SALETE MACCALÓZ
Desembargador Federal GUILHERME COUTO
Desembargador Federal GUILHERME CALMON
Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO NEIVA
Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO
Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO
Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO
Desembargador Federal GUILHERME DIEFENTHAELER

SUMÁRIO

Apresentação	13
Fenomenologia e hermenêutica no Direito	15
<i>André R. C. Fontes</i>	
O Conceito de Mundo da Vida	29
<i>Aquiles Côrtes Guimarães</i>	
Por que re-ler o Direito à luz da Fenomenologia II	47
<i>Marcia de M.M.I.do Couto</i>	
Apologia à Teoria da Constituição	57
<i>Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha</i>	
Traços fenomenológicos no pensamento jurídico de Luís Cabral de Moncada	81
<i>Ana Paula Loureiro de Sousa</i>	
Os Relativismos e sua convergência antropológica	103
<i>Gustavo Arja Castañon e Nathalie Barbosa de La Cadena</i>	
Kant e os Fundamentos do Direito Moderno	123
<i>Regina Coeli Barbosa Pereira e Rosilene de Oliveira Pereira</i>	
Justiça e desconstrução: entre as rachaduras da lei	139
<i>Carla Rodrigues</i>	

APRESENTAÇÃO

Todos os artigos aqui publicados estão relacionados, direta ou indiretamente, com o movimento jurídico-fenomenológico, na mesma linha dos números anteriores.

Sendo a fenomenologia um labor infinito de efetuações da intencionalidade da consciência como geratriz de sentidos e significados para o Direito, é natural que toda discussão consistente em torno da aventura do espírito seja bem-vinda.

O Conselho Editorial

FENOMENOLOGIA E HERMENÊUTICA NO DIREITO

*André R. C. Fontes**

Dirigir-me a um leitor culto e especializado no conhecimento do Direito para apresentar uma introdução à leitura dos textos jurídicos seria uma atitude temerária, se esta síntese se tratasse de uma impressão geral ou um primeiro esboço daquilo que poderia ser considerado o elemento fundamental de todo o conhecimento jurídico.

Este resumo, entretanto, pretende dar relevo a uma visão de conjunto, mesmo em bases iniciais, de alguns aspectos da filosofia de Edmund Husserl e ressaltar, vivamente, as características originais e específicas da Fenomenologia aplicada ao Direito, considerada a compreensão dos textos jurídicos, definida como hermenêutica, a ser tomada como ponto de partida.

Ao generalizarmos a noção de hermenêutica não estamos a propor uma nova e original formulação, desprovida dos estudos das fontes teóricas e das ideias preponderantes sobre seu significado,

* 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)

a *communis opinio doctorum*. Sabidamente, não se submete tal assertiva ao que poderíamos chamar de uma unidade, a compreensão mais profunda da hermenêutica, senão a de lucubrações abstratas que estão muito distantes de formar premissas, que permitam definir no que ela consistiria. Ao aprofundarmos o seu aspecto mais profundo e racional, creio que estaremos todos de acordo que a mencionada falta de unidade não nos impede de a reconhecermos como o produto mais refinado de uma atividade do pensamento do jurista.

O aporte mais decisivo da palavra hermenêutica é o que compreende duas perspectivas a ela incorporadas: a *construção* e a *interpretação*. A aparição da primeira, a *construção*, se deve à falta de uma explicitação, num dado texto legislativo, de norma jurídica reconhecida, se comparada à sua expressa previsão, nesse caso submetida à *interpretação*. O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, por exemplo, não é expresso na Constituição da República, mas, se for entendido como um princípio constitucional, integrante das garantias processuais, estará a cumprir a ideia de que a ausência de um texto não impede seu reconhecimento e confrontação de elementos, que produzirão a norma jurídica que se quer ver aplicada!

Um estudo mais aprofundado da palavra *hermenêutica* e do termo grego a ela correspondente, "*hermenèuein*" nos conduziria à tradução como "expressar" ou "interpretar". A aparição do termo hermenêutica vem, entretanto, associado à ideia da Teoria (ou arte) da Interpretação – ao menos como uma corrente da filosofia contemporânea, definida na primeira metade do Século XX, e caracterizada pela ideia de que a verdade seja resultado de uma interpretação. O alcance dessa perspectiva de visão deve, no entanto, consistir no binômio construção-interpretação a formar a hermenêutica.

A vinculação mencionada entre texto e hermenêutica não é, e nem pode ser, a proposição sustentada neste trabalho, porque não

condicionamos a hermenêutica ao campo absoluto do *textualismo*, ou seja, como se a fonte e também a força de todos os enigmas de um texto estivessem nele contidos, e nada existisse fora dele.

Doutro lado, é bom lembrar que o objeto da hermenêutica no Direito não é o Direito mesmo, mas, sim, os *fatos* produzidos pelo Direito, ou seja, a *lei* , nos seus mais variados sentidos e também os *costumes* . São esses os meios ou as formas com os quais a fonte do Direito produz o direito, são as conhecidas *fontes formais* do Direito. Produz o direito pelos fatos (atos normativos) ou os refaz a partir de fatos originados dos *costumes* e dos *usos* . Leis, costumes e usos perfazem o que é objeto da hermenêutica jurídica e de seu resultado; por meio deles chegaremos finalmente ao conhecimento do Direito.

A atividade hermenêutica de busca de significados nos textos jurídicos permanece irreduzivelmente submetida a premissas necessárias. A observância dos atos normativos impõe-se como a luz sob a qual são devidas todas as considerações que se seguem. E a esse especial relevo se presta a Fenomenologia, que permitirá concluir as relações entre o texto e seu conteúdo ou essências, dos quais terá que se valer o jurista para a busca do conteúdo pleno que a hermenêutica oferecerá.

A transparência e o significado do texto obedecem a prioridades que implicarão de modo essencial a forma e o modelo que venha o hermeneuta imprimir ao seu trabalho. Compreender o texto e buscar seu significado para chegar à formação do juízo normativo supõem uma experiência elementar, que em todas as perspectivas será considerada decisiva para a ação hermenêutica. Em seu perseverante esforço, o hermeneuta encontrará, na Fenomenologia, a chave de sua tarefa.

Em sua forma nova e também elevada, a pesquisa da índole cognitiva de um texto jurídico não é simplesmente o reflexo passivo de uma ou outra corrente de pensamento. Tem ela o objetivo

fundamental de distinguir, primeiramente, do objeto material ou ato normativo, aquilo que se nos aparece superficialmente para ser reconhecido. De início, devemos compreender que entre *lei* e *norma jurídica* desdobram-se distintas considerações, que, sejam pela natureza, sejam pelos efeitos, excluem-se mutuamente, a despeito de suas manifestações mais elementares chegarem, por sua vez, às mais complexas e desenvolvidas conclusões. E se refletem na nossa percepção sensorial ao nos depararmos com o texto de lei, como gérmen da formação dessa nova e alargada noção de norma jurídica.

Lei e *norma jurídica* não se confundem. A primeira (a *lei*) é a fonte formal da qual a segunda (a *norma jurídica*) é proposta ou extraída. E não se confundem nem mesmo pela aparente identidade entre a lei, por seu texto, e a norma jurídica em seu preceito, tal como reconhecemos nela estruturado (preceito e consequência). Não há, portanto, uma correspondência biunívoca entre lei e norma jurídica. É desse modo, portanto, que reconhecemos haver crime de estelionato na emissão de cheques acima do limite coberto pelo banco, a despeito de não figurar, de modo expresse, no tipo penal correspondente.

Para estudarmos esse aspecto da norma jurídica, que ilustramos com a contraposição entre lei, texto de lei e norma jurídica, é de todo necessário separá-los da profunda tradição que os acompanha, de todas as teorias e correntes de pensamento que, na sua diversidade de aspectos, certamente estariam longe de nos oferecer alguma síntese como ponto de partida.

A Fenomenologia destaca o conhecimento de toda contingencialidade histórica, de qualquer orientação prévia, corrente de pensamento, peculiaridade ou particularidade, e se prende ao objeto que nos é dado conhecer. A rigor, nem mesmo nos referir à possibilidade de que exista isso que se chama conhecimento, ou, ao contrário, que não exista, será decisivo para submetermos algo

à análise fenomenológica. O que nos interessa é descrever o que queremos dizer, até mesmo quando pronunciamos, por exemplo, a palavra “conhecimento”.

Não é fortuito, assim, que comecemos a exposição com a norma destacada do texto e do ato normativo que lhe dá proposição. Para que possamos refletir, acertadamente, sobre o processo objetivo de captura do que deve ser investigado, devemos cortar, diríamos assim, as amarras com a realidade, como, *verbi gratia*, a historicidade, a existencialidade e até a noção de ser ou não possível, pois dessa maneira é que obteremos a descrição disso que é reputado puro fenômeno, e que é chamado por nós para a sua descrição fenomenológica. Dito de outro modo, uma simples passagem por algum terreno filosófico já nos afastaria do nosso objetivo.

As necessidades internas e as peculiaridades de cada um dos temas submetidos a uma descrição fenomenológica do conhecimento constituirão formas compreensivas, se forem tomadas, tal como nos aparecem em seu modo superficial, ou seja, isoladas e destacadas, para também reconhecermos como um dado, dado imediato a ser revelado à nossa consciência, dado que é percebido diretamente, que é percebido “em pessoa”, que é capturado em presença imediata, antes de quaisquer mediações ou sínteses, e que é determinado pelas leis objetivas do nascimento e da dinâmica da formação fenomenológica, ou seja: que nos permita ter a compreensão intuitiva das suas essências.

A lei permite que o texto que lhe dá forma se manifeste como a própria coisa que o sujeito que busca seu significado e eventual futura aplicação. Pelo texto de lei poderá o jurista verificar que o conteúdo essencial daquele texto se revelará, independente de qualquer sistema de escola, movimento ou pensamento que imponha alguma orientação. Proceder de modo fechado ou

particular, segundo alguma linha de orientação do pensamento, será nesse momento um desvio na ideia de busca das essências encontradas na lei. A própria lei como ponto de partida, com a objetividade real que o retorno à própria lei significa, como o dado pelo mundo ao ser consciente, será o único objeto da investigação, e permitirá termos a intuição originária, mediante uma visão imediata da imediata evidência, a fim de alcançarmos suas essências.

Mediante uma visão intuitiva e reveladora, o sujeito deve agir na busca da coisa mesma, na busca do texto de lei que se deixa falar como a própria coisa buscada pelo sujeito. O conteúdo inteligível do texto, apartado de todo os outros pensamentos dominantes, será a primeira atitude do jurista na sua captura da visão imediata, ou seja, da captura constitutiva de cada um dos aspectos do texto.

Sem qualquer preconceito, o sujeito deverá tomar, como ponto de partida, a busca da coisa mesma, e, dessa forma, deixar o texto falar. A lei que nos é dada imediatamente para ser conhecida nos oferece a única forma de conhecê-la, tal como foi captada numa visão imediata, para assim tornar possível o conhecimento da sua essência.

A lei que nos é dada a conhecer é o fenômeno no qual estará contida a essência que nos interessa, e é por meio do texto que ela aparece. O texto é o que aparece diante de nós como um dado, como um fenômeno. Na análise fenomenológica, a coisa aparece diante de nós, de nossa consciência. É o dado imediato ou o fenômeno no qual estará contida a sua essência. O dado é tomado como fenômeno, e a lei é o fenômeno que queremos conhecer e descrever. Aparece o fenômeno por meio do texto, e somente aparece porque é um fenômeno.

Em suas definições fenomenológicas, o fenômeno é o dado (fenômeno = dado) onde está contida sua essência. O mundo dessas essências é que interessa à Fenomenologia, o mundo de essências puras e universais, contidas nos dados (entenda-se, fenômenos),

desconsiderando todos os demais elementos que poderiam afetar o conhecimento, sejam de ordem sociológica, antropológica, psicológica, filosófica, jurídica ou qualquer outra. Esse primeiro contato é que nos interessa na pesquisa fenomenológica de um texto jurídico.

A busca da objetividade do conhecimento torna necessário afirmar que o objeto do nosso conhecimento é o que é dado ao sujeito e que está presente em sua consciência por uma relação bipolar: sujeito-objeto. E o mais impressionante na análise fenomenológica é que na relação entre sujeito e objeto, na qual fica estabelecido esse caráter bipolar de apreciação, o objeto é essencialmente dado ao sujeito puro, ao mesmo tempo em que o sujeito aparece como essencialmente referido ao objeto.

Essa referência ao objeto se dá por um liame com a consciência do sujeito, que captará como um puro centro de referência a relação de sua consciência voltada, numa vinculação intencional dessa consciência pura, à coisa que se quer conhecer. Por ser uma ciência de experiência e não de fatos, o que interessa à Fenomenologia são as essências, as essências dos dados de fato ou de qualquer outra natureza. E esses fatos, dos quais a consciência intui as essências universais, apresentam-se como fenômenos aqui e agora (*hic et nunc*), como algo contingencial, que até pode não existir. Um som que ouço de outro cômodo poderia ser o de alguém a me chamar ou mesmo uma simples discussão entre um casal vizinho. Nessa base de afirmações, essas essências não são objetos misteriosos ou evanescentes, pois embora distintas dos fatos que lhe servem de investigação fenomenológica, o som ouvido, seja lá o que for, permitirá extrairmos alguma essência, uma essência comum, o *quid* desse fato particular e contingente capturado aqui e agora.

O que entendemos por consciência, na tarefa de conhecer algo, é uma consciência voltada, dirigida àquilo que pretendemos

conhecer. É o que chamamos de consciência intencional, porque se refere sempre a alguma coisa, sempre voltada a capturar como um puro centro de referência de modo intencional, o objeto que nos é dado, e que, nesse sentido, será um objeto que não tem outra existência, a não ser a de ser dado intencionalmente a esse sujeito, a essa consciência, à consciência pura.

A consciência pura não é propriamente um sujeito real, e nem seus atos são mais do que relações meramente intencionais dirigidas ao objeto, e esse último, por sua vez, não é nada mais do que um ser dado a conhecer a esse sujeito. E desse objeto nada mais restará do que ser dado ao sujeito, a uma consciência pura, voltada sempre para esse objeto, a chamada consciência intencional.

A Fenomenologia não é dedutiva e nem empírica. Ela consiste em mostrar o que é dado e em esclarecer esse dado. Não se preocupa em explicar as coisas mediante leis ou pensamentos, nem a reduz a princípios, teorias ou doutrinas: ela se preocupa em considerar o que está imediatamente, o que está perante a consciência, ou seja, o objeto. A Fenomenologia não se destina à aquisição de conhecimentos novos, que serão acrescidos aos velhos, ao exercício de adivinhação ou futurologia, mas, sim, a uma mudança de perspectiva, pois não se prende a especulações teóricas do que é dado à consciência, mas, sim, a uma direção do nosso olhar que, apartando-se das realidades experimentais ou proposições especulativas, segue especificamente para esse mesmo caráter de ser da experiência e, após libertar-se de tudo quanto concerne à nossa subjetividade empírica, submeter o dado à captura de uma essência pura.

Na grande diversidade das relações humanas, a Fenomenologia sequer se preocupa em saber se o dado é algo real ou mesmo atual. Portanto, podemos fazer a análise fenomenológica de um texto romano, cujo fragmento que o encerra sequer seja integralmente conhecido, bem como o de uma lei de um julgamento fictício,

como ocorreu no texto *O mercador de Veneza*, de Shakespeare. A Fenomenologia quer dar à consciência a sua liberdade, e buscar o conhecimento que não existe somente, por coincidência, no sentido psicológico ou dialético ou mesmo científico da realidade, mas, o fundamento de todos esses sentidos, o sentido ontológico, o sentido das essências dessas e de todas as coisas.

À Fenomenologia não interessa o conceito subjetivo, nem a atividade do sujeito, a despeito dessa atividade também ser algo a ser analisado fenomenologicamente, como qualquer outra coisa. O que interessa à Fenomenologia é mostrar o que é dado e esclarecer esse dado. Se o dado é a lei, expressa, escrita ou não, como é o caso dos *costumes*, tomados como *fonte formal* do Direito, independentemente de existirem, de ser sensível como uma escrita cuneiforme ou mesmo experimental, cada objeto sensível e individual terá a sua essência, e à Fenomenologia incumbirá a tarefa de estabelecer, em bases seguras, livre de pressuposições, para todas as ciências, e não somente para o Direito, a suprema fonte, a fonte legítima de todas as afirmações racionais. Por meio da consciência voltada para o objeto, a consciência intencional, a verdadeira consciência doadora original, mediante conexões essenciais do objeto, alcançaremos de forma pura a descrição da essência das coisas.

Ao próprio tempo, o processamento dessa descrição se fará de modo gradual, progredindo de etapa em etapa mediante a intuição intelectual da essência. E alcançar essa essência significa investir contra as coisas, contra as próprias coisas, sem que as outras opiniões interessem. Prescindir de todas as teorias significa eliminar, como ponto de partida, tudo que possa impedir a busca da essência, porque a Fenomenologia não se interessa senão pelas essências.

Devemos na Fenomenologia avançar sobre as próprias coisas. Por coisas entendemos os dados, ou seja, aquilo que vem ante nossa consciência. E esse dado se chama fenômeno, no sentido de

que aparece diante da nossa consciência. E isso não quer significar que algo fique oculto, que se encontre por detrás do fenômeno. Na Fenomenologia, não nos ocupamos de pesquisar o oculto, mas, tão-somente, o dado, aquilo que vemos ante nossa consciência, sem querer saber se esse dado é uma realidade ou não, se é apenas uma aparência, pois, haja o que houver, a coisa estará aí, dada!

Um exemplo: a *Teoria da Pressuposição*, no campo dos elementos acessórios da vontade, no Direito Civil, formulada no seio do mais vigoroso *Pandectismo*, especialmente por Windscheid, na qual a razão de um *negócio jurídico* estaria no que foi “pensado” pelo agente, como uma distinta modalidade ou figura, e não como uma possível designação da intenção das partes no negócio jurídico, não é, como proclamam todos os juristas contemporâneos, reconhecida no direito alemão, no nosso direito ou em qualquer outro. Entretanto, não foi impedimento à formulação de toda uma descrição teórica a seu respeito. Ela não é aceita, o que significaria dizer que ela não existe, mas, se for submetida a uma análise fenomenológica, permitirá, como um dia permitiu, não somente a sua aceitação por alguns juristas alemães, como, também, ser enquadrada em outro campo de atuação, uma espécie de meio termo entre os *motivos* e as *condições* do negócio jurídico, exatamente como entendeu Oertmann em sua obra, ou no campo da *interpretação da vontade* declarada no negócio jurídico, segundo Enneccerus.

Outro exemplo: o *pátrio poder* já não mais vigora em nosso país, ao menos como estabelecido no Código Civil de 1916. O Código de 2002 disciplinou o *poder familiar* e lhe deu vida nas condições de igualdade reconhecida em nosso direito. Pois bem, uma análise fenomenológica do antigo pátrio poder seria perfeitamente possível, mesmo na vigência do código civil atual.

A análise fenomenológica é sempre inicial daquilo que interessa imediatamente ao sujeito, e esse objeto de análise somente é

considerado na sua essência. Eliminamos existência, validade, individualidade e tudo mais. A Fenomenologia é essencialmente descritiva, descritiva da essência do objeto. Ela é sempre a primeira análise, pois somente assim ela procederá com uma ausência total de preconceitos. As opiniões alheias somente interessam se elas próprias forem submetidas à análise fenomenológica. E se estivermos de pleno acordo com essas premissas, veremos que seu exercício não é fácil!

Uma vez cumpridas as tarefas desse momento inicial de leitura fenomenológica, devemos tomar como um *a priori* que ao hermenauta incumbirá a tarefa de formar um juízo normativo. Esse duplo aspecto a ser ressaltado, o texto e a análise fenomenológica (i) para a formação necessária de todo o esforço do hermenauta de formar um juízo normativo (ii), encontra-se assentado na ideia de que a Fenomenologia do Direito comporta, aprioristicamente, figuras que não são encontradas na submissão ordinária da análise fenomenológica.

Dado, consciência e essências são *a priori* fenomenológicos, comuns a todo conhecimento. Ao imprimirmos a atividade fenomenológica ao Direito, nos valeremos de formas *a priori* específicas. Tal é a referência a *contrato* ou *fiança* num texto legal. Em sua missão, o fenomenólogo assegura-se em considerar uma forma extensiva de reconhecimento do dado. E não há antagonismos entre esses *a priori* e a ausência afirmada de preconceito, pois, nesses casos, o reconhecimento do dado não poderá ter uma contradição ou outra maneira de falsear o próprio sentido do dado, do dado tal como se apresenta, em forma de texto com termos que se referem a algo objetivo. Por exemplo: a qualificação feita pelo Código Civil de 1916, e também no Código atual, de 2002, de que *afim é parente*, não afasta a necessidade *a priori* de distingui-los, pois, a despeito a redação da lei, a *afinidade* não se identifica com o *parentesco*.

A principal peculiaridade do conhecimento de um texto legal é a de permitir a formação da norma jurídica, assim entendido, um

juízo normativo, característico e distinto do texto de lei. As relações entre lei e norma jurídica não se desfazem na Fenomenologia, e muito menos na necessidade do agente tomar a hermenêutica, a partir da leitura fenomenológica, a fim de provocar o juízo normativo próprio e esperado. Um exame detido talvez nos permita dizer que o núcleo fundamental da Fenomenologia do Direito, seja a relação entre lei (*rectius*: o seu texto) e as bases iniciais da hermenêutica para a formação *in casu* da norma jurídica. Ao fazer-se essa afirmação, não estamos a apresentar nenhuma oposição aos *direitos fundamentais* como figura central da nossa civilização, e reconhecidos independentemente de existência de texto expresso na Constituição do Estado, mas, sim, darmos as bases dos estudos sobre Fenomenologia, Direito e norma jurídica. O engenho e a atitude de apreciação fenomenológica em nada afastarão a natureza e extensão dos direitos fundamentais, ainda que não estejam submetidos a nenhum rol taxativo, ainda mesmo que estivessem, *ad absurdum*, reduzidos a *numerus clausus*.

No domínio das ideias de qualquer pensamento hermenêutico, dois aspectos devem ser considerados pelo agente. O primeiro, de que em toda interpretação (ou construção) haverá uma estruturação teórica na qual o intérprete tomará assento, segundo as bases estruturais de suas orientações, de suas convicções, de suas verdades. E esse aspecto é comum a toda interpretação. Em segundo lugar, a busca do significado próprio de cada texto, singularmente considerado. O essencial na Fenomenologia é que, tanto um (o primeiro, ou seja, a teoria usada, a critério do intérprete) como o outro (o segundo, ou seja, o significado próprio das palavras do texto) sejam precedidos do momento inicial e originário da análise fenomenológica.

A base da concepção da norma como um juízo é resultado de sua elevação ao nível de atividade pensada e de formação individualizada num único sujeito, numa única consciência. De igual

modo, cada análise fenomenológica de um texto é resultado do esforço de um único sujeito, como o é, em realidade, pela atitude de cada jurista que se dispõe a uma leitura singela e superficial da forma da lei. Se vários juristas reconhecerem no texto a mesma conclusão, ela não será diferente das várias leituras fenomenológicas do mesmo texto, da mesma redação. Todos poderão ter, em um segundo momento a oportunidade de confrontar e verificar as conclusões e sua possível identidade. Se todos eles tiveram, num primeiro momento, a oportunidade de extrair do texto a sua essência, e se essa essência, relativamente ao texto legal, for o pontapé do jurista para iniciar a tarefa interpretativa na qual será formado o juízo normativo, entenda-se, a própria norma jurídica, *grosso modo*, a exigência fenomenológica da busca das essências terá se realizado.

A generalidade e abstração próprias da norma jurídica não são incompatíveis com a perspectiva individual da formação do juízo normativo. Aliás, essa afirmação estará coberta por um princípio jurídico: o *princípio da variabilidade do juízo hipotético-normativo*. Uma expansão própria desse juízo é o que verificamos, como verdadeira e característica atitude do jurista ao conceber a norma jurídica. A norma jurídica é sempre formada no meu *eu* que se expande, de modo a alcançar generalidade e abstração como pretensão do próprio sujeito que a concebe, nos seus efeitos, ou mais propriamente, na sua vigência e aplicação.

O trânsito às formas reconhecidas pelo jurista para ditar os distintos níveis de elaboração da figura normativa, segundo as múltiplas tradições histórico-culturais e tendências do pensamento, será específica em cada caso. E essa é uma tarefa do hermeneuta, do jurista em geral. Um caminho complexo e aparentemente contraditório nos remeterá para um segundo momento, o da atuação das teorias jurídicas, ou seja, *após* a apreciação fenomenológica. Somente depois da leitura fenomenológica de um texto legal é que

as tendências do pensamento jurídico se manifestarão, segundo sua racionalidade diversificada; mas esse é o caminho para as vitórias e revezes de cada jurista para chegar à sua própria cultura normativa. A correta apreciação dessas formas dependerá de cada um, das suas convicções, da sua formação; mas, a exigência de uma elaboração inicial, primeira, original, devida em cada caso, será sempre uma missão da Fenomenologia.

O CONCEITO DE MUNDO DA VIDA

Aquiles Côrtes Guimarães - Professor dos cursos de mestrado e doutorado em Filosofia da UFRJ

O conceito do mundo da vida (Lebenswelt) aparece no debate fenomenológico na última fase do pensamento de Eduardo Husserl. E aparece como tema nuclear voltado para a tentativa de discernimento da condição do homem como ser histórico, num momento de intensificação da crise da cultura européia caracterizada pela vivência do espírito revolucionário em todas as suas dimensões. Embora em vários momentos do itinerário do pensamento husserliano possamos identificar a prefiguração da idéia de mundo vida - notadamente na constante preocupação com a necessidade de retorno “às coisas mesmas” – é no conjunto de ensaios dedicados à Crise das ciências européias e a fenomenologia transcendental que podemos identificar um Husserl mergulhado na vivência da crise da cultura ocidental que permeou a primeira metade do século XX, acentuadamente as décadas de vinte e trinta marcadas pelo sentimento de Guerra Mundial, não somente o pós – Guerra (1914-1918) mas, fundamentalmente, o clima que levaria à Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

A ambiência histórica vivida por Husserl nesse contexto só poderia contribuir para acentuar no seu espírito o aguçamento de

uma crise percebida desde os inícios da formulação do seu projeto de pensamento, lá na última década do século XIX. Husserl sempre conviveu com um sentimento de crise. No alvorecer da sua formação, a crise de fundamentos das ciências em geral. Essa crise atormentava os espíritos mais lúcidos da segunda metade do século XIX. Lógicos, matemáticos, físicos, químicos e tantos outros abrigados pela ampla bandeira do positivismo se encontram numa escada desequilibrada que não oferece nenhuma segurança em relação a fundamentos.

Por um lado, o triunfalismo cientificista fundado na crença em torno da existência de uma cadeia causal na natureza, capaz de tudo explicar ou melhor, capaz de colocar-se à disposição de tantos quantos acreditavam na articulação das leis da natureza como razão de ser da própria natureza. Por outro lado, o labor daqueles que estão interessados em mostrar que distintas são as leis da natureza – leis materiais fundadas na causalidade – das leis ideais ou do espírito. Aí aparece o psicologismo como o equívoco mais devastador a tentar confundir aqueles que estavam interessados na busca de fundamentos para as ciências e, principalmente, para a filosofia.

Pode-se afirmar que o combate ao psicologismo inaugura o pensamento fenomenológico, a partir da obra seminal de Edmundo Husserl intitulada *Investigações lógicas* (1900/1901). No seu conjunto, essa obra é o ponto de desencadeamento do movimento de pensar fenomenológico, mas a crítica ao psicologismo é a sua movimentação central. Em que consiste o psicologismo? Não custa relembrá-lo mais uma vez aqui. O psicologismo é a absolutização do fato psicológico. Tudo decorre da vida psíquica. Psique é a chave da decifração de todos os mistérios que envolvem a existência humana. Foi a crença de Freud e seus discípulos que continuam por aí enganando a humanidade. Ressalvemos apenas que a contribuição de Freud ao pensamento contemporâneo é de extraordinária relevância, pairando acima das pretensões psicanalíticas que redundaram numa

armadilha ao alcance de qualquer aventureiro disposto a explorar a mente, a psique dos incautos. Mas não vem ao caso essa discussão, bastando salientar que o movimento fenomenológico desenvolve preocupações radicais com a questão da estrutura da existência humana, para além da idéia de fato psíquico como fundamento de qualquer modo de saber.

Husserl desmonta os argumentos do psicologismo a partir da idéia de que nenhum fundamento pode residir no fato, no objeto. E o psicologismo pretendia encontrar os fundamentos de todas as ciências no fato psicológico com o primário argumento de que se a mente (psique) é a única fonte produtora do pensamento – científico – só poderia ser ela o fundamento de todas as ciências. Entra aí a questão das leis da lógica a partir da qual Husserl vai destruir os argumentos do psicologismo.

Vejamos. O suposto do psicologismo é que as leis do pensamento estão fundadas nas leis causais da mente. Se é assim, essas leis estariam soltas no campo da pura probabilidade. Logo, não poderiam disciplinar pensamento. Se as leis lógicas derivam do fato psíquico de pensar, como poderiam essas leis regular o próprio pensamento? As leis do pensamento integrariam um processo causal, que pretenderia constituir-se em regra. Como, se o fundamento é o mesmo? Esta é uma maneira simplíssima de resumir as críticas de Husserl ao psicologismo que prolongarão na idéia de uma lógica pura capaz de superar esses impasses. Mas esta seria outra discussão. Entretanto, ela nos interessa na medida em que mostra a direção da compreensão do mundo da vida. O fato psicológico, a ordem da psique, da mente, em última análise, não pode ser considerado como fundamento, conforme o ponto de vista do naturalismo, alias visto sempre por Husserl como atitude ingênua.

Mas vamos à questão da idéia de mundo da vida na fenomenologia. Antes que tudo, tenhamos presente a primordialidade

atribuída ao “vivido” na reflexão fenomenológica. Importa conhecer o “mundo vivido”, o mundo que percebemos tal qual se manifesta à consciência. Entra aí o papel fundamental da percepção. O mundo será sempre mundo percebido, cuja totalidade não é totalidade dos seus objetos, mas totalidade de horizontes alcançados pela percepção. Por aí podemos adiantar que o conceito de mundo da vida está relacionado com decisiva intimidade à estrutura perceptiva da consciência humana. De um lado, a subjetividade, a consciência intencional iluminadora do mundo, como lugar absoluto da sua auto-evidenciação, do seu esclarecimento; do outro lado, a abertura infinita dos horizontes do mundo.

O mundo é constituído no seu caráter de horizonticidade. Em geral, os horizontes do mundo se reduzem à capacidade perceptiva da pessoa humana. A cada indivíduo é dada a potencialidade intencional da consciência para “descobrir horizontes”. A vivência do mundo da vida será sempre a ocasião de descoberta de novos horizontes. Mundo total é totalidade de horizontes e não de objetos. Esses horizontes são percebidos a partir dos modos pelos quais os objetos se dão à intencionalidade intuitiva da consciência. Ver os objetos como fatos é papel das ciências positivas. Ver os objetos como coisas do mundo da vida é papel da fenomenologia.

Um objeto pode ser visto de inúmeras maneiras, ou seja, de inúmeras perspectivas. Ao passar por uma rua e me deparar com um prédio antigo de arquitetura neoclássica, percebo imediatamente o seu estilo, os modos de concretizar na sua construção o ideário neoclássico e assim por diante. Mas se entro no prédio e alcanço o jardim existente no fundo do espaço por ele ocupado, percebo variações estilísticas e imagens que me mostram sentidos distintos daqueles que me foram mostrados ao passar pela rua. Outros horizontes são percebidos no processo de ideação do prédio, na medida em que percorro os seus contornos, os seus ângulos, os

seus modos de aparecer. E vejo que o mesmo prédio, está situado num contexto referencial formado pela iluminação elétrica, pela rede hidráulica, pela rua, pelo bairro, pelos registros públicos, por obrigações tributárias e infinitas outras referências que constituem os horizontes do seu manifestar-se naquele local. Da mesma forma poderíamos dizer que uma árvore tanto pode fazer parte do contexto referencial de uma floresta quanto das significações que adquire isolada num jardim ou numa planície de pastagens. Assim, quando dizemos que o mundo é constituído de horizontes e o seu caráter é a horizonticidade, queremos deixar claro que quase sempre essa circunstância é obscurecida em razão da força creditícia que atribuímos à razão científica manipuladora dos fatos. Para a razão científica um prédio é um prédio e uma árvore é uma árvore, enquanto objetos de constatação empírica. Para a razão fenomenológica, um prédio, além de ser um fato é um dado, uma coisa, inter relacionada num contexto referencial de significações e uma árvore, além de ser um fato é também um dado, uma coisa que me remete a um amplo universo de significações e sentidos. Ou seja, o que é o objeto não se esgota na explicação científica, mas se amplia infinitamente na abertura de horizontes de significações articuladas no contexto referencial do mundo da vida. E, o que é mais importante, os objetos acima apontados permanecem sendo os mesmos. Ou seja, cada objeto integrante do mundo da vida está aberto à visada imediata da consciência intencional, nos seus infinitos sentidos e significações, mas nenhum objeto deixa de ser o que é. O que é, é, configurado na sua essência. Por mais que persigamos as infinitas variações dos modos de apresentação dos objetos pela via das percepções, por mais expressivos que se manifestem os sentidos dos objetos, eles permanecerão objetos, tais quais estão aí como objetos, no seu ser primitivo e originário.

O mundo da vida é o lugar da doxa, da opinião, da formação das mais variadas idéias a partir do sentimento primitivo. Nada mais

livre do que a opinião, porque ela não guarda qualquer compromisso com a razão. Posso, livremente, ter opinião sobre todas as coisas do mundo da vida. Mas a doxa, a opinião, nasce na evidência primitiva do mundo. Temos, à nossa frente, a experiência originária do mundo. Todas as evidências me são mostradas pela intuição imediata dos objetos. E é a partir daí que tem início toda a atividade no campo da episteme do conhecimento. A doxa nos orienta nos contatos cotidianos que mantemos com o nosso mundo particular, com a nossa vivência imediata, mas é nesse grau “primitivo” de vivência que se instaura a auto-responsabilidade do pensador, do nominado filósofo, termo tão desgastado pela tradição do pensamento ocidental.

Mas é no campo da episteme, ou seja, da ciência, do saber racionalizado, que se desdobram as amplas tentativas de explicações, de compreensões e de entendimento do mundo. Assim, da doxa à episteme vai toda a responsabilidade do pensador. Mergulhados no mundo da vida, compete-nos a obrigação de decifrar os seus enigmas e entendê-lo na perspectiva da sua horizontalidade, isto é, das suas infinitas manifestações de sentidos, de horizontes de possibilidades. É responsabilidade do homem descobrir os sentidos do mundo e ordená-lo de acordo co esses sentidos. É para essa tarefa radical que nos convoca a fenomenologia, enquanto ciência universal, capaz de nos revelar a própria possibilidade do mundo e da existência humana, tão ameaçados pelas racionalidades acumuladas ao longo dos séculos que contribuíram para a simulação ou para o ocultamento dos seus verdadeiros sentidos.

Esse caminho da doxa à episteme, da opinião à ciência, levou a humanidade ocidental ao desvio teleológico do qual já falamos. Da intuição imediata do vívido do mundo, passou-se à idealização do mundo, com a perda conseqüente dos seus sentidos originários. Ou seja, matematizou-se e logicizou-se o mundo da vida, esquecendo-se do seu ser configurado nos sentidos que ele envolve, uma vez que

o ser do mundo da vida só se revela na infinitude dos seus sentidos, o mesmo que dizer, das suas essências.

Tudo isso pode parecer uma simples abstração especulativa. Mas não é. Trata-se de um realismo radical frente ao mundo em íntima relação com o papel fundamental da subjetividade transcendental enquanto espaço de evidenciação.

Lembremos que Kant pretendeu submeter o mundo às exigências do espírito, da subjetividade, dos imperativos da razão. A razão legisla sobre a natureza e sobre a moral, a partir de conceitos a priori. A razão, enquanto faculdade do entendimento, é (seria) a imperatriz do mundo. Toda verdade seria ditada a partir dos “interesses” da razão na sua imperatividade absoluta. É a priori forma do mundo. Antes que tudo, o sujeito humano estabelece as formas do mundo e os modos do comportamento humano. Esta é uma visão formalista do mundo que continua viva em nossos dias, sendo inegável a influência dos desdobramentos do kantismo que se espalha ao longo de toda a cultura ocidental contemporânea. O formalismo ditado pela razão é a arma mais eficaz contra todas as maneiras de subversão da ordem. No universo do pensamento jurídico, o positivismo de Kelsen exalçou-se como a mais notável manifestação do espírito a favor da dominância da subjetividade legisladora no mundo contemporâneo. Porque o seu pensamento está entrelaçado com a idéia kantiana de que a subjetividade deve imprimir à natureza os seus propósitos. Daí, confundir a lei com o direito. Os propósitos do espírito, da mente, da subjetividade, para com a disciplina da organização das relações sociais pela via do Estado, são propósitos que nascem “de cima” e pretendem traduzir o mundo da vida a partir de esquemas idealizantes que funcionem como instrumentos de garantia da obrigatoriedade da coexistência que poderia simplesmente ser traduzida como segurança jurídica.

Pois bem. A idéia fenomenológica de mundo da vida parte do suposto contrário. Ao a priori formal, é oposto o a priori material, ou seja, o mundo da vida como ante-predicativo, como origem de toda racionalidade possível, mas como algo que está aí e constitui a nossa vivência cotidiana e o espaço das nossas percepções imediatas. Não existe qualquer separação entre o mundo sensível, real, e mundo inteligível. Essa dicotomia contribuiu historicamente para disseminar todas as formas de nihilismo no processo civilizatório da humanidade, uma vez que o nihilismo (do latim: nihil=nada) é a atitude espiritual assinalada pela idéia de ausência de fundamentos para o mundo e para o homem. Mundo é mundo vivido na concretude da nossa experiência. Seus fundamentos são descobertos a partir da percepção humana dos seus sentidos, dos seus horizontes. Longe da fenomenologia, o nihilismo. O eu penso, o ego transcendental, não constitui evidências de outro mundo além deste que experiência possível e de toda evidenciação possível. Essa evidenciação se realiza na subjetividade transcendental conforme já afirmamos por várias vezes. Por isso, fenomenologia é, fundamentalmente, Fenomenologia transcendental evidenciadora do mundo da vida a partir das “coisas mesmas” que o constituem nos horizontes das suas significações.

Os objetos do mundo são singulares e contingentes. Universais e necessárias são as suas essências. O papel azul que está sobre a mesa é um objeto singular (é papel) e contingente (pode ser destruído a qualquer momento), mas contém em si a essência ou idéia de papel e a essência da cor azul com que se manifesta. A cor é a essência universal percebida no objeto, uma vez que somente neste ela se manifesta na sua singularidade. Da mesma forma, o som é a essência universal da música que realiza a sua singularidade no violino, no piano ou em qualquer outro instrumento realizador da partitura. Não há música sem sonoridade produzida no âmbito da vida espiritual. Ruído de barulho jamais serão confundidos

com música, uma vez que esta está assentada na combinação de sons que pertence à sonoridade universal produzida a partir da sublimidade do espírito humano ou da espontaneidade da vida dos animais, notadamente dos pássaros. Cada objeto do mundo da vida representa aqui e agora os sentidos universais e necessários do mundo. É isso que foi esquecido ao longo da formação da cultura ocidental. Da vivência particular à vivência universal. Do fenômeno à essência. Do aparecer ao seu significado universal. A articulação dos sentidos do mundo se desenvolve nesse processo descritivo de essências em demanda dos horizontes de significados que envolvem o nosso vivido cotidiano. Descortinar os horizontes do mundo a partir das “coisas” que nos rodeiam, tendo em vista que cada uma delas é fonte de infinitos sentidos que constituem o mundo enquanto totalidade de horizontes.

É neste sentido que o mundo da vida é o objeto originário da Fenomenologia transcendental, porque transcendental é a atitude conducente à sua evidenciação. Somente o espaço da subjetividade transcendental, do eu penso, comporta a reflexão radical sobre o mundo da vida na decifração dos seus enigmas, porque é aí que a razão desempenha a sua função mais fundamental, qual seja, a de esclarecer as relações entre as “coisas” com as quais convivemos diuturnamente e a universalidade dos sentidos delas promanados. É o conjunto de objetos do mundo que nos leva à compreensão do mundo. Cada objeto individual tem seus modos típicos de manifestação. Esses modos de manifestação são suas essências, cuja universalidade anuncia à consciência o que é o objeto. O triângulo é uma figura de três lados Mas este triângulo aqui desenhado neste papel é apenas um objeto ideal presente à minha intencionalidade que representa a idéia ou essência universal de triângulo. Os gregos inventaram as primeiras figuras geométricas para a mensuração da terra. Aliás, o termo geometria significa, literalmente, medida da terra, a despeito de toda sofisticação científica a ela conferida pela

posteridade. Tudo isso para manter a lembrança de que uma coisa são as leis reais que presidem a natureza e das quais cuidam os cientistas dos fatos e outra coisa são as leis ideais que promanam do espírito humano – imunes, sobretudo à idéia de causalidade.

O conceito de mundo da vida – Lebenswelt – convida-nos à tentativa de compreensão do universo total do pensamento fenomenológico instaurado por Husserl. Portanto, acompanhemos aqui uma síntese das idéias que convergem para o entendimento desse conceito. Já vimos que o chamamento ao retorno às “coisas mesmas” é um indício a percorrer todo o itinerário do pensamento husserliano. Voltar às “coisas mesmas”, ao mundo vivido, significa reassumir a vivência primitiva do mundo a partir da doxa, do campo da opinião. É necessário desfazer a oposição entre a doxa e a episteme, entre opinião e ciência, introduzida no pensamento desde a Antiguidade grega, tendo em vista que essa oposição é a responsável pelo ocultamento do mundo da vida, com a progressiva idolatria da razão (episteme) em detrimento do vivido imediato a partir da opinião (doxa). A episteme esqueceu-se da doxa e seguiu o caminho da idealização do mundo pela via da razão fabricadora, deixando em segundo plano os verdadeiros sentidos do mundo da vida. O mundo da vida acabou por ser reduzido a um mundo dominado por fórmulas matemáticas.

Husserl retoma e aprofunda o tema do mundo da vida (Lebenswelt) na obra Crise das ciências européias e a fenomenologia transcendental, na qual realiza uma síntese de todas as suas preocupações – se é que alguma vez o filósofo se preocupou com síntese – certo de que a crise da humanidade européia é a crise da filosofia. A filosofia deveria despertar-se do seu esquecimento do mundo da vida para instaurar-se no seu verdadeiro papel de auto-compreensão da humanidade. Os destinos da humanidade européia estariam confiados aos filósofos, enquanto funcionários

da humanidade, destinados a desempenhar a tarefa infinita de auto-constituição do mundo, ou seja, da sua auto-evidenciação. Não se trata de qualquer negação do papel da razão, da episteme, mas de um convite a uma nova racionalidade capaz de recuperar a doxa e erigir-se numa outra atitude frente ao vivido originário. O que funda a episteme é a doxa. Toda racionalidade imposta ao mundo tem seu enraizamento na intuição imediata do vivido na concretude das suas inter-relações. Mas no desempenho do esforço racionalizante, as ciências foram progressivamente se afastando da doxa e, conseqüentemente, do mundo da vida, transformando-o num universo de objetivizações idealizadas pela razão. Esse objetivismo é a bandeira que inspira as ciências desde a antiguidade grega até aos nossos dias. Diríamos, hoje, que o comportamento das partículas atômicas não constitui mais segredo para a humanidade, bastando observar a objetivização dessas descobertas na vivência do mundo eletrônico na nossa experiência cotidiana. É a idealização objetivizante levada às últimas conseqüências, no artefazer dos objetos com os quais somos obrigados a conviver e lidar, sob pena de uma “marginalização” insuportável. Mas o que é o átomo e porque as suas partículas se comportam desta ou daquela forma pouco importa ao espírito da idealização físico-objetiva através dos processos matemáticos e estatísticos. O mundo eletrônico é um fato construído pelas ciências e está aí para mostrar que o mundo da vida, o a priori material que herdamos pode ser usado de inúmeras maneiras por parte do objetivismo das ciências, até mesmo em direção à sua completa desfiguração como lugar primitivo da vivência da humanidade.

A temática do mundo da vida está intimamente relacionada com a atitude radical assumida pela fenomenologia frente ao mundo idealizado pelas ciências e pela filosofia desde a antiguidade grega, conforme vimos acentuando ao longo deste texto. É necessário alcançar uma verdadeira ciência do espírito capaz de dar conta dos sentidos do mundo da vida, para além da idealização desses infinitos sentidos pela objetivização da técnica que tudo reduz a

objetos universalmente consumíveis e descartáveis. Para tanto, retorno ao mundo da vida, ao mundo primitivo, ao lugar natural das nossas intuições primeiras. Nada contra o mundo inventado pela tecnologia. O que importa é compreender o que ele representa em termos de reorganização da humanidade. Ninguém negaria o fato tecnológico que invadiu o mundo de maneira definitiva. Mas qualquer inteligência mediana estaria assustada com as suas conseqüências, sobretudo em razão da ausência de um telos, de uma finalidade que justificasse a loucura da fabricação tecnológica que atinge o auge da sua realização nos nossos dias. Ora, a atitude radical da fenomenologia consiste precisamente em colocar “entre parênteses” este mundo produzido pelos artifícios do objetivismo das tecnociências, bem como o inteiro universo dos objetos do qual partiram as razões idealizantes que o transformaram numa segunda natureza distanciada daquela que herdamos desde os inícios da aventura humana sobre a face da terra. Ou seja, tanto as tecnociências quanto a natureza são reduzidas a fenômenos, enquanto manifestações do mundo da vida, uma vez que cada objeto da nossa vivência está inscrito num universo de objetos a partir dos quais convivemos. Perceber é captar o conjunto de sentidos no campo das singularidades que se articulam enquanto objetos mas que constituem o mundo da experiência originária da qual deriva a visão universal do mundo. Já dissemos que o mundo da vida é constituído de horizontes de sentidos que intuímos a partir das percepções imediatas do nosso vivido, da nossa experiência primitiva do reino da doxa. Esses sentidos ou essências correspondem ao que é específico em cada objeto (a sua invariância) como assinalamento da sua universalidade no conjunto dos demais objetos circundantes na nossa experiência cotidiana.

Assim, a atitude radical da fenomenologia caminha na direção da recuperação do mundo da vida pela via do retorno à doxa, ao vivido imediato, porque somente aí se manifesta a sua estrutura

imediate e universal. Imediata, na medida em que se trata da minha vivência aqui e agora; universal, na medida em que essa vivência originária me conduz a pensar a sua essência, os seus sentidos, cuja universalidade se dirige à compreensão do mundo como totalidade de horizontes de sentidos. A tarefa de recuperação do mundo da vida começa pela recusa da sua idealização por parte das ciências, conforme já vimos. A idealização ou matematização do mundo, obedecendo ao espírito do objetivismo que caracteriza as ciências físico-objetivas, parte de uma visão ingênua dos objetos do mundo, observados nas suas evidências superficiais como se fossem apenas objetos e não coisas portadoras de infinitos sentidos no contexto em que se encontram. Daí a necessidade da suspensão de nossa crença, da epoché, da abstenção provisória de acreditar nas evidências ingênuas trazidas pelas ciências, a fim de retomar os verdadeiros sentidos do mundo, não a partir de fórmulas lógico-matemáticas, mas a partir das “coisas mesmas” tais como se manifestam à intuição perceptiva. Esta é a atitude radical que tem tudo a ver com o conceito de redução fenomenológica de que já falamos, na qual o mundo e as ciências aparecem como simples fenômenos. Portanto, o mundo da vida é uma premissa, um a priori material, cujos sentidos convergem para uma síntese universal enquanto totalidade de horizontes. Esses horizontes são as estruturas de essências intuídas dos objetos a partir do vivido imediato na concretude do mundo enquanto a priori material, enquanto totalidade de horizontes. Esses horizontes são as estruturas de essências intuídas dos objetos a partir do vivido imediato na concretude do mundo enquanto a priori material, enquanto evidência primeira com validade absoluta.

Resta esboçar a análise da questão mais complexa com a qual se defronta a fenomenologia, qual seja a da comunicação do mundo da vida. É o problema da intersubjetividade comunicativa, ou constitutiva, isto é, evidenciadora do mundo da vida. Em princípio, enquanto horizonte universal, o mundo é comum a

todos, pois é o lugar originário da nossa vivência concreta e das nossas percepções imediatas.

Com a epoché, suspendendo provisoriamente a nossa crença na vigência do mundo, colocando-se entre parênteses na prática da redução fenomenológica, encontramos a possibilidade de operar a redução transcendental pela via da interação da consciência com o mundo na sua universalidade. A redução transcendental, recordemos, é a redução do mundo à pureza do pensamento, ao eu penso, ao ego transcendental, à auto-reflexão, em última análise. Mas essa redução não implica nenhuma desvinculação do mundo. Pelo contrário, é a atitude que conduz ao seu esclarecimento originário, à sua auto-evidenciação. Portanto, o mundo da vida é primariamente o mundo da comunicação intersubjetiva que nasce, espontaneamente da vivência do senso comum. É o senso comum que salva a humanidade de desastres mais graves, porque é a base da convivência social, a partir das experiências concordantes que tornam possíveis, na vivência comum, as maneiras de comunicação. Por aí entendemos que a questão da intersubjetividade comunicativa está intimamente articulada com a correlação universal do mundo, pressupondo a sua necessária correlação com a consciência, ou seja, na linguagem husserliana, o mundo “é o correlato da subjetividade que confere o seu sentido de ser e de validade”. Isto significa que o ser e a validade do mundo se esclarecem a partir da interação consciência-mundo enquanto chave matriz da evidenciação do processo histórico-cultural.

Temos o mundo como substrato, como reino das coisas, e o mundo como abertura de horizontes a partir dos quais afirmamos a sua própria indubitabilidade. Os horizontes do mundo esclarecem as dúvidas suscitadas a partir da nossa vivência imediata no universo das coisas que constituem o seu substrato. Não que existam dois mundos distintos. São duas dimensões que caracterizam o Lebenswelt (o

mundo da vida), com uma inter-relação necessária e universal. Vivo esse mundo da vida nas minhas percepções e preocupações cotidianas, além de ser obrigado a trabalhar e produzir alguma coisa revestida de algum valor material ou intelectual para manter a minha subsistência em meio às coisas do mundo. Mas estaremos sempre atentos também à totalidade do mundo configurada na totalidade dos seus horizontes. O que é indubitável, permanece, universal e necessário é o caráter de horizonticidade do mundo percebido a partir da vivência imediata do mundo da vida, na sua mostração a priori. Mundo da experiência é mundo a priori porque somente a partir dele consigo perceber a estrutura universal dos seus horizontes. Antes dos conceitos a priori sobre o mundo constato a existência a priori do mundo da vida. Se desejo idealizá-lo, como fazem as ciências, invento a regra, colocando em primeiro plano o poder legislador da razão e da imaginação científica. Mas se desejo conhecê-lo com toda a evidência, retomo-o como o a priori absoluto, porque dele emanam todas as minhas vivências. Sendo correlato da consciência (intencionalidade) o mundo da vida é o lugar de todo diálogo universal e, conseqüentemente, de toda comunicação possível. E é a comunicação que interliga as subjetividades transcendentais no processo de evidenciação da objetividade do mundo. Ou seja, o ego puro ou transcendental me remete à evidência de um mundo comum a todos pela via da intersubjetividade comunicativa que se expressa na linguagem. Do mundo da vida, enquanto a priori material, ao ego transcendental, enquanto lugar da evidenciação e da comunicação. O mesmo que dizer: redução do fático ao eidético e do eidético ao transcendental no caminho da comunização do mundo, tornando o mundo comum a todos. Mas como compreender e interpretar tudo isso? Eis a questão!

O mundo da vida exige, naturalmente, infinitas interpretações oriundas das inesgotáveis percepções dos seus objetos, conforme já vimos. Essas interpretações nos conduzem à explicitação dos

horizontes do mundo percebidos a partir dos sentidos dos objetos. O mundo da vida é o mundo dado a priori como, em princípio, comum e idêntico para todos nós. A linguagem torna possível a comunicação e esta se realiza dentro de possibilidades discursivas elaboradas no plano da argumentação, sustentada na racionalidade prática que tenta manter a obrigatoriedade da coexistência. Mas o homem é o único ser que se constitui em problema para si mesmo. E nesse itinerário, o mundo é para ele o problema absoluto. Daí, talvez, o nascimento da filosofia e das ciências: o mundo como problema e o homem como problema. E a questão mais relevante diz respeito à intersubjetividade comunicativa da qual depende a própria objetividade do mundo. Este mundo que é idêntico para todos está sujeito à atividade evidenciadora da subjetividade transcendental. Mas existe uma distância entre subjetividade e inter-subjetividade. A evidenciação da objetividade do mundo depende da transposição dessa barreira. E essa barreira só pode ser transposta pela via linguagem. A percepção das coisas do mundo da vida enquanto horizontes de sentidos ou essências nos leva a compreender o mundo como totalidade de horizontes e não como totalidade de objetos, conforme já vimos, mas, ao mesmo tempo, nos transporta para o reino da comunicação. Como tornar possível a comunicação das consciências? Tantas são as teorias em torno dessa questão que nos deixam atônitos frente a uma questão elementar: posso ou não me comunicar com o “outro” de maneira originária? Diria que a comunicação originária implicaria o intercâmbio originário das consciências que, por sua vez, levaria a uma socialidade originária. Essa é uma ilusão a ser abandonada, uma vez que cada ego é uma mônada, uma unidade impemetrável.

Portanto, a questão da intersubjetividade só pode ser entendida a partir de experiências concordantes, não somente no plano das relações inter-corporais mas, também na ordem da subjetividade transcendental evidenciadora do mundo da vida.

Ou seja, desde a experiência do mundo da vida percebemos os seus modos primitivos de manifestação e captamos as essências desse vivido no seu dado imediato. Mas essa experiência imediata não garante a universalidade compreensiva dos seus sentidos, das suas essências. Daí o caminho da objetividade à subjetividade, do mundo da vida ao reino do espaço transcendental do “eu penso”, capaz de esclarecer a dialética consciência – mundo pela via auto-reflexão sobre as suas essências. O que garante a universalidade ou o valor universal do conhecimento do mundo da vida é caráter de universalidade das essências que fortalece o campo da comunicação, posto que espelham os sentidos que descobrimos no reino dos objetos que constituem a ambiência da nossa vida cotidiana. É na ordem transcendental ou do eu puro, repitamos, que o mundo se torna evidente para nós, enquanto idêntico para todos. Comunicação perfeita só no reino das idealidades incorporais. Mundo da vida é o mundo corpóreo e espiritual que vivenciamos na temporalidade. Ver fenomenologicamente este mundo significa redescobri-lo para além de todos os significados a ele impostos pela civilização ocidental. E é a essa tarefa que nos convoca o modo fenomenológico de pensar. Se o nosso espírito está satisfeito com este mundo representado pelas tecnociências originárias do processo de idealização/representação da realidade que se desenvolve desde Platão e Aristóteles, tudo bem. Continuemos na ingenuidade representativa do mundo, sem qualquer interrogação sobre os seus sentidos, cientes de que o desencanto do mundo decorre da vaziez de telos, e de finalidade. Mas se queremos uma destinação distinta para a humanidade não resta outro caminho senão o da interrogação sobre outros sentidos a serem descobertos a partir do mundo da vida, principalmente aqueles atinentes à própria existência humana. Ou seja, a fenomenologia é um convite à redescoberta dos sentidos do mundo e da existência humana.

POR QUE RE-LER O DIREITO À LUZ DA FENOMENOLOGIA II'

Marcia de M.M.I.do Couto²

Já anunciada a importância de uma re-leitura fenomenológica do direito na revista anterior, compete-me esclarecer o real sentido da proposta – trazer com ela a necessária economicidade ao direito.

Não lhes peço que se afastem do que trazem em sua bagagem jurídica, mas que deem sobre ela um outro olhar, um olhar voltado para o mundo da vida, seu lugar de origem. Esta é uma viagem de volta à prova irrefutável, uma viagem que, ao tomar o método fenomenológico como fio condutor, pretende levá-los à supressão de atos processuais inúteis e à redução maciça dos recursos protelatórios.

Ouso afirmar ter Husserl trazido às mãos dos operadores do direito um dos mais eficazes instrumentos de conexão entre a economicidade processual e a segurança jurídica, o método

¹ Texto extraído da Tese defendida em 2011, junto ao IFCS-PPGF, da UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ, sob o título DIREITO DE ESSÊNCIAS: uma releitura dos atos jurisdicionais à luz da Fenomenologia, sob a orientação do Professor Doutor AQUILES CÔRTEZ GUIMARÃES e co-orientação do Professor Doutor FERNANDO AUGUSTO DA ROCHA RODRIGUES.

² Doutora em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro-UFRJ e Juíza Titular aposentada, lotada no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (Santa Catarina).

fenomenológico. Capaz de trazer à luz o real da prova, este método, ao suspender tudo o que não respeite à essência do fato jurídico em julgamento, ou seja, aquilo que o afaste de sua natureza jurídica, o expõe em «carne e osso».

Contudo, esta é apenas uma idéia a ser trabalhada a muitas mãos.

Como já lhes foi dito no capítulo introdutório, o alinhamento entre fenomenologia e direito exige um mínimo de sensibilidade e abertura a uma percepção penetrante, ou filosófica, só estas capazes de dar passagem à essência do fato e da norma.

Não vejo como trabalhar o direito sem ter conhecimento da verdadeira essência de cada instituto, sem ter a exata noção da natureza jurídica da norma, ou seja, sem atentar para sua razão de existir. Isto, a meu ver, subsume-se a uma via de mão dupla, na medida em que o operador do direito se vê obrigado a ir ao fato para produzir a norma e ir à norma para enquadrar o fato. Importante para esta análise é, pois, voltar à fonte, ao mundo da vida, na busca da matéria prima desta usina de produção que é o direito, no que se propõe a regir relações jurídicas que neste mundo se deram. Não vejo como dissociar o direito natural do positivado.

Dar-lhes-ei um exemplo de forma a tornar mais clara a idéia.

Antes, porém, volto à distinção que estabeleci entre as tarefas do legislador e aquela desenvolvida pelo juiz, de modo a estabelecer o primeiro link com a nossa conversa anterior, na medida em que pretendo lhes dar o passo-a-passo do caminho que segui.

Complementares, as funções de Estado, legislativa e judiciária, têm características próprias, servindo a fenomenologia para clarificar seus pontos de congruência e de distanciação. É que estes marcos são estabelecidos pelas essências das metas a cumprir. Assim, se

ao legislador compete triar e pontuar quais comportamentos sociais estão a exigir regramento, ao juiz compete iluminar esta norma, trazer aos contendores através do fato posto em julgamento em que o ato praticado feriu o comportamento desejado pela sociedade como todo e qual dos atores sociais o fez.

Assim, estabelecer a diferença entre experienciar e experimentar pode ser o ponto de partida. Hoje, a norma se impõe crua, fruto de dados probabilísticos. O avanço proposto é uma análise fenomenológica, ou essencial, de seu conteúdo desde o nascedouro. Ler o direito, fenomenologicamente, passa a ser associá-lo ao fenômeno social, ao mundo da vida, ou seja, deixar de lado a eiva probablística, a experimentação, tão a gosto das ciências positivas, para trazê-lo de volta ao real social, àquele que tem por objetivo garantir dignidade humana, o respeito do homem pelo homem, via experenciação.

Para tanto, basta que nos voltemos para uma construção e aplicação do direito idealizada para nós mesmos. Re-ler o direito fenomenologicamente implica em afastar-se de sentimentalidades para imprimir-lhe a clareza trazida pela racionalidade prática. O direito há que exprimir anseios comuns de dada sociedade, seja através da norma ou das decisões judiciais, pois só assim tornar-se-á expressão de um bem comum enraizado e, assim, tornar-se-á eficaz. Pretendo demonstrar inexistir lei como letra morta ou decisão inexecutável desde que nelas haja embutida a certeza exigida pelo convencimento racional. É preciso, entretanto, valer-se da ética material dos valores para alcançar este fim. Fazer ciência em direito exige o que podemos chamar de alargamento desta ciência, senão vejamos:

Estes ensinamentos busquei nas obras de Scheller e em Husserl.

Sheller cuidou da ética material dos valores, para criticar o saber de dominação como única variável para a construção de uma hierarquia de valores e usou a fenomenologia como suporte.

Husserl, frente à provisoriedade das verdades científicas, existentes enquanto úteis, partiu em busca de uma verdade filosófica que estivesse para além das circunstâncias do mundo real, ou do mundo artificial gerado nas ciências. Impelido por esta reflexão crítica, dedicou-se ao estudo de um método que resgatasse para a filosofia seu lugar de origem, para, deste modo, e através de um conhecimento seguro, devolver à humanidade a fé na razão.

Por acreditar que o retorno às coisas mesmas permite aos cientistas uma melhor compreensão das ciências, extraio, de modo antropofágico, dos estudos husserlianos sobre as vivências, estados de consciência, objetos ideais e, deste fenômeno que é estar consciente de algo, o que há de primordial no método fenomenológico para aplicá-lo ao direito, de modo a melhor me valer da motivação que lhe serviu de base.

Faço disto um desafio.

Proponho como supostos: 1. ser a consciência da dignidade humana a interpretação reveladora do respeito à integridade do valor da pessoa; 2. ser o *justo* a relação de equilíbrio entre *liberdade* e *responsabilidade* e 3. ser o *direito* a descrição do que é intuído como *dever-ser* para as relações interpessoais. Este direito, revelado pela consciência intencional, faz-se encontro entre o *sujeito* (cidadão, legislador, aplicador do direito: juiz e jurisdicionado) e *objeto* (relações, bens existentes no mundo da vida), para dar a conhecer o seu verdadeiro *ser*, o fenômeno jurídico, ele mesmo.

Por reconhecer indissociáveis *consciência-mundo*, proponho a observação e descrição prévia dos fenômenos jurídicos, e para tanto os decanto-os de outros conhecimentos. Parto, exemplificativamente, em busca da origem de um de seus institutos, de modo a balizar meu entendimento. A escolha é aleatória, tanto poderia ter recaído num instituto de direito material, quanto numa norma procedimental,

já que a rigor são complementares, e serve a primeira de suporte à segunda, sem fugir a um mesmo fundamento.

Como vínculo a proposta intimamente à busca de fundamentos, e como seu intuito é comprovar a viabilidade da aplicação da fenomenologia ao direito pelo crivo do emprego prático, submeto, de plano, um de seus pontos chave ao exame desta filosofia, que, enquanto ciência de rigor, apontar-nos-á para a importância, ou não, da positivação em direito, como expressão de juridicidade.

Tomo por hipótese ser o *direito natural* a instigação instintiva da própria dignidade humana constituída pela consciência intencional e ser o *direito positivado* reflexo desta exigência, na medida em que deve ser um conjunto de regras reguladoras, que, lastreadas no mundo das relações, se fazem expressão do real, do mundo da vida.

É preciso, contudo, confirmar se a norma lhe serve de garante. Faz-se necessário, como na matemática, fazer a prova real. Para isto, tomo como suposto siga o juiz o processo inverso e verifique se esta norma, feita vontade do Estado, ao estabelecer limites à liberdade e impor responsabilidade aos membros da sociedade que representa, a partir de dados coletados na vida social, mostra-se, ou não, expressão deste valor, que dela é o último fundamento.

Subordino esta hipótese ao estudo de um caso. Parto da exposição do trabalhador a perigo, para, através deste fenômeno, explicar o mecanismo da positivação em direito. Começo por pressupor a inexistência de uma norma posta que garanta ao trabalhador sua integridade física.

Existem neste caso um bem maior tutelado naturalmente (ou, originalmente, expressão que particularmente prefiro) a vida humana, que traz embutida a consciência de sua dignidade, fundamento dos fundamentos em direito, e um contrato. Este contrato abriga uma relação de trabalho, onde dois seres humanos,

livres, pactuam uma relação de emprego onde um disponibiliza ao outro, espontaneamente, mediante subordinação e contra salário, sua força física. Para além desta relação, que seria um vínculo normal de emprego, neste caso, há um *plus*. Esta relação traz em seu bojo uma sujeição da integridade física do trabalhador a um risco. O empregador é responsável pelo risco do negócio e o empregado livre para aceitar, ou não, a condição imposta para a realização do trabalho. Assim, disponho de outro elemento, a liberdade contraposta à responsabilidade.

Impõe-se a previsão legal, já que valores não que ser preservados em nome da sociedade como um todo. Afinal, toda a sociedade é responsável pela assistência social, artigo 204, CC com o 195³ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

³ **Art. 204 CF-** As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no Art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: (Acrescentado pela EC-000.042-2003)

I - despesas com pessoal e encargos sociais; [...]

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Alterado pela EC-000.020-1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o Art. 201; (Alterado pela EC-000.020-1998);

III - sobre a receita de concursos de prognósticos;

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Alterado pela EC-000.042-2003).

§ 1º - As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.

§ 2º - A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

Deste modo, como questão social, este fato chega ao poder competente, o Legislativo. Seguidos os trâmites legais, passa o fato, adquirido sentido e tornado fenômeno, submetido ao processo legislativo, a jurídico, por corresponder à norma positivada. Os artigos 7º XXIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 193 da Consolidação das Leis do Trabalho, Lei 7369 de 20.9.85, IN MTE/SIT 491 de 12.01.2005, NR – 16, a partir da edição destas leis, disciplinam a matéria. O Tribunal Superior do Trabalho dá inteligência a estas normas através dos Enunciados de Súmulas números 70, 191, 364, SDI – 1258. Nasce um direito subjetivo, estruturalmente agora expresso: por um *sujeito de direito*, aquele que pode reivindicá-lo, tirando dele as vantagens conferidas por lei; por um *objeto*, a coisa sobre a qual recai o direito; pela *relação jurídica*, laço a que se submetem os envolvidos por força de lei, e a *proteção-coação*.

A compreensão deste mecanismo é facilitada pela fenomenologia husserliana. Afastada a já aludida dicotomia estrutural entre as coisas do mundo, da consciência, do espírito e do saber, o que brota do mundo da vida na análise do ato ou fato, ou do fenômeno social, do *objeto*, é aquela instigação original, natural, que, tornada norma, fundada em dado valor, serve à mostraçãõ do ser do fenômeno que representa.

Editada a norma, aplicá-la e consequentemente interpretá-la está a exigir de quem o faz siga o processo inverso. É preciso que o aplicador a devolva ao mundo da vida, de modo a buscar sua essência e o consequente fundamento.

Faz-se imperativo ir ao encontro do que têm o fenômeno jurídico e a norma de coincidente, o valor que os sustenta, de modo a reconhecer sua verdadeira natureza jurídica, o que realmente lhe atribui jurisdição.⁴

Volto ao exemplo para melhor esclarecer esta posição. Confirmo,

§ 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no Art. 154, I.[...]

⁴ GUIMARÃES, 2010.

ao observar e descrever esse fenômeno jurídico e essa norma, serem ambos fruto de um só fundamento, a consciência da dignidade humana, que, desdobrada na expressão do que muitos chamam em “direito natural” de defesa do homem enquanto homem, revela-se na integridade física, para compreender bens e valores.

Revelado a si mesmo, este fenômeno precisa mostrar-se tanto pela via direta quanto pela inversa, como já disse, à semelhança da prova real nas operações matemáticas, onde subtraio para chegar à soma ou multiplico para alcançar o dividendo. Em direito, isto se faz por intermédio da interpretação reveladora, como *consciência de ...*, ou seja, consciência de duas vias, uma que permite ir do fenômeno à norma e outra, que dá lugar para que ele retorne através dela quando do preenchimento do ato ou fato sob exame.

Neste caso, o risco, como condição imposta ou admitida por contrato, encontra-se subordinado a acontecimento futuro e incerto. Esta condição traz embutida uma obrigação que se resolve sem adimplemento. Condição aleatória, como nos seguros, somente uma das partes assume os riscos pela outra, pagando o empregador ao empregado, mês a mês, valor correspondente a uma apólice de seguro, remédio jurídico imposto pela norma àquele que expõe a vida do outro a risco iminente. Delineia-se a natureza jurídica do instituto, no exemplo, *indenizatória* e, com ela, seus desdobramentos.

Suposto da constituição do direito *in casu*, o desvelamento da natureza jurídica do instituto a aplicar é fundamental à produção da sentença e ao reenvio da norma à sociedade. Isto, em última análise, constitui a aferição de sua eficácia em bases fenomenológicas.

Resta, assim, confirmada a hipótese pela fenomenologia, que, nesta sua mobilidade de *consciência de ...*, permitiu fosse exposta não apenas a essência do fato, mas descortinado o *modo como* este fato se transforma em fato jurídico. Dizer o direito a partir do conhecimento de sentidos passa a ser disto simples consequência.

Esta produção, voltada para o que Husserl chamou de sentido último do fenômeno, ou sua essência primordial, se faz expressão do bom direito, na medida em que lhe serve de estofa tanto para o normar, quanto para o teorizar ou para o interpretar.

E disto faço prova através do exemplo dado. A norma, ao atribuir *natureza indenizatória* ao instituto, o que faz em última análise é impor ao empregador atue sobre a causa, já que o valor pecuniário final, na prática, lhe traz prejuízo. A não integração ao salário é das providências legais a mais profilática. O valor recebido, por irrisório, afasta a acomodação do empregado, para dar passagem à busca do resgate do bem maior. Assim, o que a norma traz embutido é a *consciência de...*, preservar a vida em sua integridade, a natureza essencial de um conteúdo de valor, que há de produzir o alinhamento de todos os segmentos envolvidos para fazer cessar o risco. Empregado, empregador, responsáveis pela tutela dos direitos do trabalhador, Ministério Público, Ministério do Trabalho e Emprego e aplicadores da lei são instados a voltar-se para o bem tutelado. Sistêmico, o direito não abriga distorções. Simples, as consequências jurídicas, neste caso, reclamam à vida, à saúde do trabalhador.

Com isto, quero demonstrar que tão-somente a partir da manifestação do fenômeno, da realidade fática feita sentido é possível chegar à essência do fato e da norma. Intenciono provar que a constituição da norma, seja ela confirmatória (legislativa) ou iluminadora (judicial), se dá a partir da apreensão da invariança deste fenômeno e de suas conexões, que, descritos, tecem a mostraçã do *ser* da norma, enquanto expressão de um valor, ou unidade significativa ideal.

A análise semântica, por insatisfatória, não leva ao fim colimado. Impõe-se deixar que a norma, seja ela de natureza material ou processual, se mostre à consciência na vivência de seus sentidos. Para isto, proponho como critério seja feita uma análise da natureza essencial do conteúdo de valor desta norma jurídica. Tal procedimento, todavia, está a exigir do intérprete ou

do aplicador abertura à intuição emocional. Só esta intuição pura, ao servir de fio condutor à percepção do valor puro, decantado de sentimentalidades, facultar-lhe-á uma melhor direção da observação.

Ao caminhar com a norma desde a sua construção até a aplicação, é possível compreender a importância da consciência intencional constituinte na formação deste processo. Decorrente de vividos intencionais, consciência de algo, *in casu* fato, que, repetido no mundo da vida, passa a lei a referir-se intencionalmente a este algo, sob pena de fazer-se letra morta à falta de eficácia.

No fazer-se expressão de vivências intencionais reside a importância da posituação do direito. É preciso deixar claro que este vivido não se trata de um vivido qualquer, mas de vividos em pura essência, de ter o olhar voltado para o que antes passara despercebido, pois “na própria essência do vivido não está contido apenas que ele é consciência, mas também do que é consciência, em que sentido determinado ela o é. [...] Por vividos em sentido mais amplo entendemos tudo aquilo que é encontrável no fluxo dos vividos, [...] em momentos reais deste fluxo e em suas partes concretas.” (HUSSERL: 2006, p.89, 90).

Sob esta ótica, não existe norma sem um fenômeno e um valor determinado que a precedam. Vou além e afirmo depender qualquer produção em direito desta sustentação. Pensar a norma, a doutrina, interpretar ou elaborar peças como petições, pareceres ou decisões exige, necessariamente: voltar às estruturas de identidade numa multiplicidade, presença e ausência, partes e todos, reconhecer sentidos, voltar ao fenômeno que lhes deu causa, reencontrar o valor que os funda.

Este é, a meu ver, o tributo devido pelo jurista a Husserl. Essa possibilidade de perceber a constituição do direito a partir do mundo da vida, o poder minimizar a objetificação hoje embutida em todas as ciências, o obter a certeza e oxigenação pretendidas, tendo por ferramenta o universo em essências.

APOLOGIA À TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha¹

I - INTRODUÇÃO

O curioso título decorre da crítica que pretendo empreender à posição de Richard Posner, manifestada em *paper* intitulado *Against constitutional theory*. Para tal desiderato impõe-se um breve esboço do referido texto, a fim de que fiquem claras as minhas ressalvas à posição ali sustentada.

Em um primeiro momento, pode parecer estranho um artigo sobre a importância da teoria da Constituição no corpo de um periódico que concentra análises no campo da fenomenologia, contudo, as reflexões que se seguem têm um escopo e um âmbito muito mais abrangente do que inicialmente transparece no título.

A veemente crítica que desfiro contra a posição de Posner tem um alcance que ultrapassa as suas pontuais considerações, atingindo de frente um estado de coisas que parece marcar o cotidiano

¹ Doutor em Direito Público (PUC-MG) e Juiz Federal.

jurídico brasileiro, em que o Direito é assumido basicamente com um papel instrumental para o alcance de metas político-econômicas, desprovidas de qualquer fundamento de ordem moral. Falo aqui em política no uso precário do termo, portanto, fora daquela ambiência aristotélica que vê na *polis* o meio que potencializa a realização das virtudes do indivíduo. Aqui, ao contrário, a política desfoca a sociedade e se concentra no público icônico² para, não raro, travestir certos interesses partidários espúrios. Nesse viés instrumental, o Direito acaba rebaixado ao nível de subserviência a estratos políticos supostamente mais elevados.

Portanto, a escolha de Posner como alvo de minhas críticas não foi aleatória, pois me parece que nele se tem um claro exemplar do modelo jurídico decadente que pretendo evidenciar.

II – CONTRA A TEORIA CONSTITUCIONAL

Richard Posner é juiz federal da Corte de Apelações dos Estados Unidos da América para o Sétimo Circuito e Professor da Universidade de Chicago. Tem uma vasta produção literária na área do Direito, destacando-se como o corifeu do *Law and Economics*. Em artigo publicado há mais de dez anos sustentava uma radical reorientação das pesquisas universitárias na área do Direito, haja vista que na prática dos juízes da Suprema Corte do seu País as suas decisões não se baseiam em fatos e dessa constatação não se está autorizado a inferir que há uma necessidade de um estrato teórico, “a menos que dizendo à Corte para dispensar maior atenção às realidades sociais possa contar como uma asserção teórica” (POSNER, 1998, p. 12).

Assim, firma ele posição contra a teoria constitucional, exatamente porque imprestável ao fim a que se deve destinar, qual

² Apropriação que aqui faço do modelo icônico de povo a que se refere Friedrich Müller em sua obra “Quem é o povo” (MÜLLER, 2003).

seja, o de aparelhar os juízes com informações sobre a realidade social, a fim de que possam decidir com maior dose de segurança os casos que lhes são submetidos à apreciação; e não, deixarem-se conduzir, em meio à escuridão em que se encontram, por valores pessoais ou outras fontes supostamente espúrias ao mundo do Direito.

E esse vício é reticente, posto que os teóricos do Direito, ao invés de dedicarem-se à exploração de temas mais relevantes (porque úteis, na perspectiva do autor), seguem conduzindo um jogo político-retorizante bicentenário, que chamam de teoria constitucional.

Por teoria constitucional entende Posner “o espaço destinado ao desenvolvimento de uma teoria aceita generalizadamente para guiar a interpretação da Constituição” (1998, p. 1). A par do conceito tautológico, dá-se aí por satisfeito e já avança sério golpe sobre ela, ao afirmar que “nada pretensamente suficiente para garantir o nome de teoria é requerido para decidir casos em que o texto ou a história da Constituição proporcione um guia seguro” (1998, p. 2). E pretende sustentar a sua afirmação exemplificando que “nenhuma teoria é requerida para determinar quantos senadores cada estado deve ter” (1998, p.2).

Apesar de secular, a teoria constitucional não daria sinais de encerramento e tampouco de progresso, e isso decorreria de dois aspectos importantes, a saber: primeiro, a sua ausência de força normativa, do que derivaria a sua incapacidade para influir no acordo entre pessoas não predispostas a aceitar as prescrições políticas dos teóricos; e, segundo, a autossuficiência do seu público, ou seja, os teóricos constitucionais não estariam voltados aos juízes ou advogados que efetivamente atuam, mas apenas aos próprios professores de Direito e áreas afins, o que faz com que o mundo acadêmico entre em divórcio com a realidade com que se deparam os operadores do Direito. Assim, tem-se uma “academificação” da

teoria constitucional, que é parcialmente justificada por Posner nos seguintes termos (1998, p.4)³:

[....] Existem muito mais professores de direito do que costumava, o que torna possível para eles ter uma considerável audiência para os seus trabalhos, mesmo se eles são lidos apenas por outros professores de direito, como é largamente o caso com relação à teoria constitucional. Além disso, como a teoria constitucional se torna mais “teorética”, menos conectada à prática do direito, ela se torna cada vez mais transparente a professores de outras áreas, tais como teoria política e filosofia moral; e daí significa que o quantitativo de teóricos constitucional cresce ao ponto da autosuficiência. O Direito Constitucional circula hoje em um meio que é largamente opaco ao juiz e aos advogados atuantes.

Essa “academificação” seria a causa, sobretudo, do divórcio entre a realidade das práticas constitucionais empreendidas pelos juízes e as matérias que são alvo de pesquisas pelos *scholars*. Portanto, a teoria constitucional tende a omitir-se diante dos maiores problemas constitucionais, os quais seriam necessários ao conhecimento empírico, essencial às decisões judiciais.

Posner procura respaldar as suas conclusões em dois casos submetidos à apreciação da Suprema Corte, um referente à questão da admissão de mulheres no Instituto Militar da Virgínia e outro referente à discriminação de homossexuais.

No primeiro deles, a Academia Militar, com a sua fama de promoção de um método adversativo para a formação de cidadãos-soldados, dado o rigor dos treinamentos, não permitia o acesso

³ [...] there are so many more law professor than there used to be that it has become possible for them to have a nonnegligible audience for their work even if their work is read only by other law professors, as I believe is largely the case with regard to constitutional theory. In addition, as constitutional theory becomes more “theoretical”, less tethered to the practice of law, it becomes increasingly transparent to professors in other fields, such as political theory and moral philosophy; and by this means the ranks of the constitutional theorists grow to the point of self-sufficiency. Constitutional today circulates in a medium that is largely opaque to the judge and the practicing lawyer.

de mulheres ao seu quadro discente. Essa exclusão foi afastada por decisão da Suprema Corte, sob o fundamento de que estaria fundada em uma crença ultrapassada quanto à diminuta capacidade feminina para determinadas tarefas, quando comparada a dos homens. Os juízes teriam sido demasiadamente influenciados pela equivocada analogia entre segregação sexual e discriminação racial. O fato é que, segundo Posner, questões relevantes sequer foram tocadas no julgamento em questão. Para o magistrado, ainda que se acredite (sem uma adequada reflexão ou pesquisa sobre o tema) que a história da sociedade reflita um tratamento injusto e opressivo em relação às mulheres, daí não se pode concluir que uma específica discriminação seja também assim qualificada. De fato, Posner afirma que ficaria surpreso se todos os juízes da Suprema Corte acreditassem que a distinção de banheiros femininos e masculinos em locais públicos configuraria uma espécie de segregação a ser superada.

Para Posner, uma questão essencial estaria em saber se a exclusão das mulheres do Instituto Militar lhes causaria mais prejuízo do que aquele decorrente da sua inclusão para a formação dos cidadãos-soldados.

Mais ainda, se a decisão da Corte pudesse servir de precedente para que muitas outras mulheres pudessem ser admitidas nas mais diversas instituições de ensino, talvez aí residisse um bom motivo para tomar a decisão na linha adotada, mas não era esse o caso, já que a segregação em questão era especificamente para aquela escola militar, em razão do “sistema de ensino” ali adotado.

O que Posner deixa claro é que juízes devem decidir não com base em princípios abstratos, mas segundo um cálculo de eficiência dos resultados de seus possíveis juízos, uma economia da decisão judicial. Tanto é assim que, independentemente dos princípios em jogo, a despeito da crítica empreendida contra a

decisão da Suprema Corte, ele mesmo não assevera tenha ela sido certa ou errada, mas apenas que a sua fundamentação teria sido precária, em razão de não haver levado a cotejo elementos factuais supostamente relevantes para o deslinde do caso. E isso é evidente quando sustenta que a mesma decisão poderia ser bem justificada se constatada a possibilidade de formação de um precedente que influenciasse o comportamento social em casos análogos. Mas o problema é que isso não teria sido sopesado, e sequer haveria notícia de uma proliferação de recusas de admissão de mulheres em outras instituições de ensino.

Poder-se-ia ainda afirmar que algumas mulheres ostentam índices de desempenho muito superior ao de alguns homens, razão pela qual, a genérica vedação de acesso delas ao Instituto Militar não se sustentaria, sendo melhor que lhes desse a oportunidade de mostrar as suas próprias capacidades em cada caso. Entretanto, para Posner, estatisticamente esse percentual de mulheres diferenciadas seria irrisório, razão pela qual não seria eficiente admiti-las sob tal fundamento. Confira (1998, p. 15)⁴:

Uma política de conceder a todos uma chance para provar para si mesmo (a sua capacidade), ao invés de uma projeção preliminar de um possível sucesso, seria altamente ineficiente. Se apenas uma pequena percentagem de mulheres, relativamente aos homens, são qualificadas para suportar um treinamento adversativo, a consideração individual de candidaturas de mulheres renderia poucos benefícios.

Para as pretensões deste pequeno estudo não é mais necessário avançar pelos exemplos dados, pois o essencial já foi descrito. Posner não pretende submeter as decisões da Suprema Corte a um teste de correção, fundado em um determinado paradigma teórico; ao contrário, sua crítica àquelas decisões não se voltam a um juízo de

⁴ A policy of giving everyone a chance to prove himself or herself, in lieu of a preliminary screening for likelihood of success, would be highly inefficient. If only a minute percentage of women, relative to men, are qualified to undergo adversative training, individual consideration of women's applications would yield few benefits.

correção, elas podem até estarem certas; apenas se nota que os julgamentos são conduzidos em meio ao vácuo de informações, o que evidencia um vício de fundamentação. Essa “razão prática” precária é devida à influência negativa da teoria constitucional, já que se ocuparia de questões que seriam alheias às atividades concretas dos operadores do Direito.

A proposta é então de uma revolução copernicana no meio acadêmico, no sentido de ultrapassar a temática ancilosada sobre que se debruçam os teóricos, de forma que sejam incitados a melhor ocuparem o seu tempo no tratamento de questões que efetivamente sejam úteis ao cálculo de eficiência necessário ao respaldo das decisões judiciais.

Nessa linha exposta, Posner se autointitula um pragmatista, sem pretender com tal estampa acondicionar no conceito uma doutrina jurídica rígida e bem delimitada, mas vê aí basicamente a ideia de uma atitude cujo núcleo seria “um instrumentalismo que, voltado para o futuro, tenta mobilizar o pensamento como uma arma capaz de deflagrar ações mais eficazes” (POSNER, 1994, p. 28).

III – O PROBLEMA DO IMPACTO ECONÔMICO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Nessa linha pragmatista, pretende-se municiar o juiz com a linguagem eficiente da análise econômica, a fim de que a sua intromissão na complexa engenharia social não se dê de forma tal que acabe por agravar os problemas que pretende corrigir.

Esses possíveis reflexos negativos poderiam derivar de duas fontes: a explosão de demandas judiciais e o impacto no custeio da execução das decisões proferidas.

De fato, é razoável conceber a possibilidade de que o atendimento em massa das demandas individuais pelo Judiciário possa refletir uma

via privilegiada para a mobilização de pretensões em face do poder público, gerando o que Rogério Gesta Leal denomina de “paradoxo da eficiência” (2010, p. 77), onde a sobrecarga judicial decorrente da explosão de ações acaba por repercutir na impotência para o seu enfrentamento pelos seus órgãos, com consequente colapso da administração judiciária. A análise econômica do Direito apontaria para uma solução conciliadora entre uma “Justiça que não se transforme num peso-morto do aparelho produtivo, num entrave à atividade econômica, mas que em contrapartida não transmita à sociedade a ilusão de uma justiça gratuita e inesgotável, que geraria o incentivo ao sobreuso (à “sobrejudicialização”)” (ARAÚJO *in* LEAL, 2010, p. 9)⁵.

A par desse problema, a própria intervenção judicial na efetivação de direitos constitucionalmente assegurados pode gerar a exaustão de recursos necessários ao atendimento universal da sociedade, já que “muitas proclamações de direitos, por solenes e grandiloquentes que sejam, não inventam para elas mesmas as suas próprias possibilidades de concretização” (LEAL, 2010, p. 12). Assim, seria ponderável que os custos econômicos das decisões judiciais deixassem transparecer que o Judiciário estaria sendo captado por minorias privilegiadas de litigantes que acabaria por torná-lo, não parte da solução, mas do problema da injustiça social.

Essa tensão se mostra clara no âmbito do direito à saúde, contemplado em reiteradas oportunidades na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), destacadamente em seção própria introduzida no âmbito da disciplina dispensada à seguridade social (arts. 196 a 200). Parece-me ser suficiente destacar

⁵ A questão é relevante, pois tenho observado um intenso debate acerca da necessidade ou não do manejo prévio da pretensão autoral diante da Administração Pública, como requisito para a admissibilidade das demandas judiciais, a fim de que se faça presente o interesse de agir da parte autora, já que, sobretudo no âmbito das demandas previdenciárias, em que a ineficiência administrativa da autarquia gestora dos benefícios é patente, há um encaminhamento massivo dos pedidos diretamente ao Judiciário, especialmente no âmbito dos Juizados Especiais Federais, antes mesmo de qualquer postulação junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

os seus arts. 6.º e 196, em que o primeiro introduz a saúde no rol dos direitos sociais, e o último estabelece ser ela um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Prevendo ainda a Carta de 1988, em seu art. 195, III, §10, que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada que constitui um sistema único (SUS), certo é que todos os entes da federação são responsáveis por sua efetivação. Esse singelo arcabouço normativo já basta para justificar a proliferação de demandas judiciais que veiculam contra municípios, estados e a União a pretensão de custeio de tratamentos especiais e fornecimento de medicamentos necessários à recuperação da saúde.

Argui-se que o atendimento judicial generalizado a tais pedidos acaba por esgotar o manancial de recursos públicos, deixando a administração judiciária refém de “proclamações de direitos que, desligadas de uma sensibilidade aos impactos nos custos, permitem que grupos tomem de assalto recursos comuns, esgotando-os antes que todos os grupos possam ter o acesso a esses recursos que o Direito formalmente lhes garantisse”, tal como ocorre com a denominada “indústria de liminares” (LEAL, 2010, p. 10).

É nesse sentido que se põe a recomendação de Rogério Gesta Leal (2010, p. 237):

Quando se fala em saúde pública e em mecanismos e instrumentos de atendê-la, mister é que se visualize a demanda social e universal existente, não somente a contingencial submetida à aferição administrativa ou jurisdicional, isto porque, atendendo-se somente aqueles que ocorrem de pronto ao Poder Público (Executivo ou Judicial), pode-se correr o risco de

esvaziar a possibilidade de atendimento de todos aqueles que ainda não tomaram a iniciativa de procurar o socorro público, por absoluta falta de recursos para fazê-lo.

Portanto, o problema acaba sendo projetado para as consequências da decisão judicial, sendo elas quem servirão de parâmetro para os juízos de valor que serão tomados e, portanto, podemos dizer que temos aí um certo “realismo consequencialista” como fundamento das decisões judiciais.

Um exemplo dado pelo próprio Posner talvez deixe isso mais claro. Tratando da questão da adição de camadas de revisão pós-condenação no âmbito da justiça criminal, ele afirma que tal prática está associada à crença na superação de qualquer dúvida acerca da questão de saber se foram ou não violados os direitos do réu no processo penal. Entretanto, não se pondera o custo da introdução dessas instâncias recursais e se eles são justificados em relação a uma possível redução dos erros judiciários. Confira (1994, p. 218)⁶:

É necessário equilibrar o que podem ser leves ganhos na redução de um tipo de erro (violação dos direitos dos acusados) contra os custos no incremento de um outro tipo de erro (aceitação equivocada das pretensões de correção dos acusados), enfraquecendo a finalidade do processo criminal e sobrecarregando as cortes em detrimento dos acusados com reivindicações válidas que se perdem nesse tumulto.

Nesse contexto, juízes liberais e conservadores se debatem acerca da influência dessa ampliação dos recursos em matéria criminal, os primeiros acreditando que pouca influência daí deriva para o aumento do índice de criminalidade ou mesmo o comprometimento dos recursos que poderiam ser destinados a outros programas sociais; ao passo que os últimos admitem que

⁶ The need is to balance what may be slight gains in reducing one type of error (violating the defendant's rights) against the costs in increasing another type of error (mistaken acceptance of the defendant's claim of right), in undermining the finality of the criminal process, and in burdening the courts to the detriment of defendants with valid claims that get lost in the shuffle.

a ampliação dos direitos dos réus acarretam um incremento dos índices de criminalidade, além de impor pesados custos ao sistema judicial, duvidando ainda que tais medidas acarretem a redução da condenação de inocentes. Nesse quadro, Posner se surpreende não pela falta de acordo, mas com a pouca urgência sentida pelos profissionais do Direito quanto ao tema, que se mostram desinteressados nesse âmbito consequencialista de pesquisa, além de não estimularem seja ela empreendida no meio acadêmico.

IV – A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO POR UMA ÉTICA CONSEQUENCIALISTA

É possível conceber uma ordem jurídica em que as considerações de índole moral, inclusive quanto à justiça das normas positivadas, fiquem postas de fora do sistema do Direito. Um tal modelo pode-se afirmar positivista, exponenciado na figura de Hans Kelsen, para quem a validade jurídica não deve ser buscada em outra ordem normativa que não a do próprio Direito. Assim é que ele põe tudo isso em termos de um escalonamento hierárquico de normas que culminarão em uma norma hipotética pressuposta, seja no âmbito da tentativa de validação por um suposto direito natural, seja na assunção de um direito em bases teológicas. Em qualquer caso, teríamos que perguntar o que nos obriga a obedecer os ditames da natureza ou de Deus, respectivamente.

Para o jusfilósofo austríaco, o modelo positivista é o que melhor se apresenta entre os candidatos à resposta, exatamente porque não parte de uma pressuposição de caráter metafísico, mas de uma convicção subjetiva, determinada por fatos objetivos. É que a norma fundamental não é um pressuposto que decorra “da livre imaginação, pois se refere a fatos determináveis objetivamente: o estabelecimento de uma constituição e os atos que, com base na constituição, criam e aplicam normas gerais e individuais de uma ordem coercitiva” (1998 ,p. 257).

Essa cisão entre direito e moral é também seguida por Ricardo Guibourg, quando assevera que o estudo daquele geralmente se volta a três objetivos: identificar o que é o Direito, para o fim de argumentação acerca do seu conteúdo, na hipótese de existência de alguma controvérsia; estabelecer o modo como a sociedade se comporta em relação às condutas por ele regidas; e valorar as condutas e as próprias normas como justas ou injustas (2010, p. 12). O terceiro propósito é isolado da linha de argumentação daqueles que se dizem positivistas, como o próprio Guibourg, que assim justifica a sua posição (2010, p. 13)⁷:

Bastará, para resumir a argumentação a respeito, assinalar que, em matéria axiológica, não existem métodos intersubjetivos confiáveis para dirimir as diferenças de opinião, de modo que uma ciência cujo objeto deve determinar-se com recurso a coincidências emocionais dificilmente alcançaria a univocidade necessária para obter algum consenso acerca do seu conteúdo.

Vejo Posner alinhado às correntes positivistas, na medida em que nega importância às teorias morais para a aplicação do Direito, pois o julgamento pragmático proposto por ele é refratário a considerações morais abstratas, já que o juiz deve vincular-se aos fatos disponíveis, no sentido de uma ordem consequencialista envolvida no cálculo de resultados da decisão. Assim, elucubrações de cunho filosófico ou qualquer outro de índole “teórico-abstrata” não encontrariam espaço no âmbito da atuação judicante.

Essa visão estreita do fenômeno jurídico desconsidera os seus fundamentos, além de passar despercebidos os múltiplos sentidos normativos, encobertos pelo entendimento meramente operativo. Daí a lúcida constatação de Aquiles Guimarães (2003, p. 20-21):

⁷ Bastará, para resumir la argumentación al respecto, señalar que en materia axiológica no existen métodos intersubjetivos confiables para dirimir las diferencias de opinión, de modo que una ciencia cuyo objeto hubiera de determinarse por apelación a coincidencias emocionales dificilmente alcanzaría la univocidad necesaria para obtener algún consenso acerca de su contenido

Se os fundamentos do Direito se assentassem no campo da normatividade, estaria aberto o caminho para a legitimação da barbárie, uma vez que “em nome da lei” tudo é possível, até mesmo a insensatez dos juízes. O direito transcende a lei, na medida em que se situa na atmosfera do poder criador do espírito e não do teatro da operatividade das normas que ele inspira, na radical historicidade da razão humana [...] Portanto, fundamento é algo situado muito além da normatividade.

Por isso, parece-me escoreita a lição de Miguel Reale, quando inclui os fundamentos no plano da validade da regra jurídica. Para o saudoso jurista, ao lado da validade formal (vigência) e da validade social (eficácia), necessário ainda que a norma respeite padrões de validade ética, que lhe sirvam de fundamento. Isso nos projeta ao campo da axiologia, penetrante na sua percutiente tese, que restou conhecida como teoria tridimensional, em que o Direito, como realidade histórico-cultural resultaria da interação dinâmica e dialética entre fato, valor e norma⁸. Por isso mesmo é que “a sentença deve ser compreendida como uma experiência axiológica concreta” (REALE, 2005, p. 62).

É da essência da ética penetrar no âmago dessa rede valorativa que dá sentido a toda atuação humana. Portanto, a pretensão de assumir o Direito como algo dado, em que a carga valorativa que o marca se esgota em um momento monogenético pretérito, não se ajusta ao modo de ser do homem, em que a sua vida se desdobra em possibilidades, no contexto de uma existência carregada de valores que permitem evidenciar os múltiplos sentidos abertos pelo mundo.

Todo formalismo que pretenda esgotar-se em si mesmo desencontra-se do mundo da vida, tangenciando as múltiplas

⁸ A simples evidência de uma tríptica dimensão no Direito não é uma postura intelectual inovadora e tampouco lhe confere a dignidade de uma posição teórica. Como assevera o próprio Reale, “de teoria tridimensional propriamente dita só se pode falar quando se inferem consequências sistematizadas daquela constatação” (2005, p. 89). Assim, para maiores detalhes da interação mencionada, remeto o leitor à obra citada.

possibilidades da existência. Não por outro motivo a severa crítica que empreendi à matematização do Direito, escorado nas lições de Husserl, constantes da sua “crise da ciência europeia e a fenomenologia transcendental”. Ali deixei claro que ao caricaturizar o mundo, idealizando-o, perde o homem o que tem de mais próprio, a sua humanidade, que cede espaço ao sem-sentido da vida tecnicizada de um mundo desvalorado⁹.

V – A REFLEXÃO ÉTICA COMO PRESSUPOSTO DA ATUAÇÃO JUDICIAL

Dentre as inúmeras classificações atribuídas às sentenças judiciais, tem-se aquela que leva em consideração a natureza do provimento jurisdicional invocado. Se a demanda tem por objeto a mera declaração da existência ou não de uma relação jurídica controvertida, daí derivará uma eficácia meramente declaratória. Por outro lado, o caso submetido à apreciação judicial pode requerer uma intervenção condenatória (no sentido de obrigar alguém a pagar determinada quantia, entregar determinada coisa a outrem etc.) ou desconstituir determinada relação jurídica, caso em que teremos os provimentos condenatórios ou constitutivos (aí incluídos os constitutivos negativos ou desconstitutivos). Essa decantação das sentenças em estratos diversos pode projetar uma tentativa de distinção entre sentenças que estabelecem o que é e aquelas que fixam o que deve ser, entre ato de conhecimento e “ato de vontade”.

Não seguirei com os exemplos porque os concebo como inadequados e decorrentes de um desvio de percepção. Pontes de Miranda já percebia que mesmo nas sentenças condenatórias, deveriam elas estar escoradas no acerto prévio da relação jurídica controvertida, razão pela qual ali também haveria certo grau de declaratividade presente. E assim, acabou por introduzir

⁹ Para maiores detalhes ver CUNHA, 2012.

índices numéricos em que a classificação das sentenças se daria em razão não de critérios distintamente estanques, mas de uma prevalência quantitativa entre os graus de qualidades inerentes ao ato (cargas de eficácia)¹⁰.

Vou além e afirmo que mesmo as sentenças declaratórias não se limitam a declarar um estado de coisas, como mero ato de conhecimento. Ao contrário, essa declaração é institutiva, porque somente após essa “definição” do estado de coisas controvertido é que se pode reconhecer e exigir os direitos que dele derivam¹¹. Exemplifico: se peço ao juiz que reconheça que a cobrança de determinado tributo se deu em desconformidade com a lei, ao assim ver acertada a situação na sentença, deriva para mim o direito de compensar os valores recolhidos a tal título com outros que sou obrigado a pagar, um “direito de abatimento” que acaba derivado da declaração judicial mencionada. Portanto, há uma eficácia constitutiva (de direitos) mesmo nas hipóteses de sentenças denominadas “meramente declaratórias”.

Essas considerações preliminares se prestam a identificar em toda decisão judicial além de um ato de conhecimento, uma efetiva decisão, uma tomada de posição sobre determinado dilema da vida social, particularizada naquela demanda específica que é levada à apreciação do juiz. Aqui, portanto, estamos envolvidos em um campo da ética, partindo da premissa de que ela está voltada à ação, ou a que ação deve uma pessoa realizar. Em um sentido abrangente estaria ela voltada a reflexões acerca de como devo conduzir a minha vida. E aí temos expectativas também em relação ao comportamento dos outros, no sentido do que eles esperam de mim e eu deles.

¹⁰ Para maiores detalhes ver MIRANDA, 1998.

¹¹ Com isso, mitigo a ideia de falácia naturalista, ao insinuar certa coalisão entre o mundo do “ser” e do “dever ser”, ou seja, ao declinar um juízo do primeiro tipo, a ele já estaríamos estruturalmente ligados a determinadas formas de comportamento exigidas.

No contexto da atividade judicante, temos um exemplar privilegiado do campo da ética, pois a ação judicial (como a atividade que o juiz desempenha; não no sentido técnico-jurídico que a expressão pode assumir) tem uma imediata interferência na esfera pessoal daqueles que se encontram em debate no processo, interferência essa que pode afetá-los nos mais significativos espaços existenciais, como a liberdade e, em alguns locais, até mesmo a vida, reforçando ou frustrando os seus projetos.

No seu cotidiano o magistrado necessariamente enfrenta dilemas éticos que procura decidir legitimado em um arcabouço teórico e normativo que dá substrato aos seus juízos¹². Assim, não se pode partir daquela classificação equivocada dos atos judiciais para turvar a carga ética de que se reveste a ação dos juízes, mesmo nos denominados provimentos declaratórios.

Temos exemplos sobremaneira claros no âmbito da atuação “abstrata” do Supremo Tribunal Federal (STF), em que atos normativos são sindicados pela Corte, para o fim de ver atestada a sua conformidade ou não com a Constituição. Em um processo “sem partes”, não se está diante de um “caso concreto”, mas de uma demanda com impactos gerais, ainda que decorrente de uma decisão declaratória (daí o nome das referidas ações como declaratórias de constitucionalidade, ADC, ou de inconstitucionalidade – ADI). Entretanto, é exatamente dentro desse espaço de atuação que o STF vem decidindo acerca da possibilidade ou não de aborto de fetos anencefálicos, de pesquisa com células-tronco embrionárias, dentre inúmeras outras questões que são costumeiramente inseridas no campo daquelas reflexões que se costuma chamar de ética aplicada.

Já esbocei mais acima algumas considerações acerca da

¹² Daí o dever incondicional de fundamentar as suas decisões, previsto no art. 93, IX, da CRFB/99 (“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”).

polêmica já milenar da participação entre as instâncias jurídica e moral¹³, mas deixo assentada a premissa, aqui não fundamentada adequadamente, de que não se pode conceber um sistema jurídico legítimo com desconsideração do elemento moral, muito embora reconheça, na esteira dos ensinamentos de Miguel Reale¹⁴, que podemos ter regras jurídicas que não tocam aquele campo, tal como ocorre com as regras de competência fixadas na Constituição (as regras de estrutura em geral) ou as que determinam a mão de direção em determinada via pública¹⁵. De qualquer forma, teríamos uma infinidade de exemplos onde o que está em jogo é coisa diversa, são determinações para a orientação de nossas condutas no trato com os outros, a fim de que se tenha uma convivência pacífica, como nos inúmeros ilícitos penais tipificados em lei, quando se trata das regras de dosagem das penalidades, do regime disciplinar dos servidores públicos etc. Aqui “o justo” é uma expectativa perene para a legitimação do sistema jurídico.

Assim, dado o caráter ético das “ações judiciais”, o problema da teoria constitucional (ou, mais propriamente, do vigor de uma teoria do Direito) acaba relacionado também à própria necessidade de consideração de uma ética da decisão judicial.

No plano de justificação pretendido por Posner, a correção da ação judicial estaria alicerçada nos efeitos provocados pela decisão mesma, o que consagra um deslocamento do plano

¹³ Como assinala Robert Alexy, “O principal problema na polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral. Apesar de uma discussão de mais de dois mil anos, duas posições fundamentais continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista” (2009, p. 3). Os positivistas basicamente estabeleceriam um conceito de direito sem a inclusão de elementos morais, firmando a tese separatista, ao passo que os não positivistas defendem a tese da vinculação. E prossegue afirmando que pela primeira corrente, “o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais” (2009, p. 3).

¹⁴ Nesse sentido a sua afirmação de que “fora da Moral existe o ‘imoral’, mas existe também o que é apenas ‘amoral’, ou indiferente à Moral” (1986, p. 42).

¹⁵ As regras que fixam o número de senadores por estado-membro da federação, por certo também são amorais, mas daí não se pode avançar a desnecessidade de qualquer lastro teórico nesse caso, tal como afirma Posner, pois se efetivamente não necessitamos de maiores argumentos para tal quantificação, por outro lado, a distribuição numérica não igualitária entre os entes federados deverá ser muito bem justificada, sob pena de violação ao princípio federativo e, ao menos nesse sentido restrito, a quantificação dos senadores deve obediência a limites justificados por uma teoria constitucional.

da fundamentação para algo *a posteriori* e empírico. E isso, se encarado seriamente, por mais paradoxal ou estranho que possa parecer, provoca uma total perda de fundamento. O exemplo por ele utilizado da proliferação de oportunidades recursais para a detecção de falhas na condenação bem dá mostra de como essa “ética consequencialista” tergiversa com os direitos fundamentais.

Imaginemos que os acadêmicos convocados por POSNER tenham concluído, com base em extensa análise de campo, que os altos índices de condenação criminal pela prática de crimes hediondos têm deflagrado um estado avesso àquele pretendido pela política criminal, já que vêm incrementando os casos locais de prática de tais crimes, não importando a que título ou em razão de que causa isso venha ocorrendo. O que interessa aqui é a constatação de um dado fático: a permanência ou mesmo o incremento do índice de criminalidade, mesmo diante de uma intensa atuação dos juízes na aplicação de sanções penais e na sua execução. Ademais, vamos admitir que os mesmos pesquisadores tivessem atestado que a quase totalidade dos detentos, após cumprirem a pena que lhes foi imposta, reincidem. É de concluir-se que a condenação criminal não tem sido eficiente, seja na função de reabilitação dos criminosos, seja no caráter preventivo que deriva do seu elemento cominatório. Pois bem, considerando os altos custos envolvidos na persecução criminal, esse cálculo de eficiência autorizaria os juízes a extinguir *ab initio* os processos criminais sob sua direção ou deixar de punir os acusados, independentemente de sua culpabilidade?

Valho-me ainda de um exemplo proposto por Elliot Sober, em que um grotesco homicídio foi cometido em uma pequena cidade, havendo a polícia descoberto que o autor do crime está morto. Entretanto, se divulgasse tais fatos, ninguém acreditaria nas suas informações, gerando um progressivo tumulto social, com possibilidade de inocentes virem a ser indevidamente feridos ou

mortos pela sede de vindicta decorrente da comoção social deflagrada. Por sua vez, se um estrangeiro solitário, sem laços familiares ou de amizade conhecidos, estivesse perambulando pela cidade e fosse certo que poderia ser incriminado falsamente, inclusive com a possibilidade de ser-lhe aplicada a pena capital, ali prevista no ordenamento, na certeza de que tal medida eliminaria a comoção intestina instalada, ainda assim deveria a polícia assim fazê-lo? (SOBER, p. 423). Estamos diante novamente de uma questão de um mero cálculo operacional das ações judiciais, no sentido do peso dos resultados que delas poderiam advir, como fundamento para o decidir.

Ainda mais, que dizer do cálculo estéril de resultados aplicado à questão do uso da tortura como meio para a obtenção de informações? É bem possível que um dano enorme recaia sobre um considerável número de pessoas e que tais danos possam ser evitados diante da informação buscada, o que “justificaria” o emprego de meios de violência física ou mental para obtê-la, quando daquele cálculo resultasse constatado que, do ponto de vista econômico, o prejuízo decorrente da falta da informação buscada é inferior àquele impingido à saúde do informante. Entretanto, fica de fora desse espectro argumentativo a própria indignação que provoca a admissão da tortura. O elemento moral não é sopesado e, nessa linha, a dignidade da pessoa é desconsiderada, e com ela o próprio peso dos direitos fundamentais, os quais são fundamentais em duplo sentido, como elementos básicos da própria existência, que servem de substrato e condição de possibilidade para o exercício da liberdade; e, por outro lado, tais direitos são fundamentais porque se prestam a servir de fundamento para as decisões judiciais interferentes na esfera da liberdade dos jurisdicionados.

O resgate dessa dimensão ética somente é possível na via da estética valorativa (no sentido da sensibilidade a valores), na educação do nosso agir para a visão dessa dimensão de essências

que são encobertas no modo técnico da ocupação cotidiana. A tal desiderato, o método fenomenológico bem se situa como postura intelectual que nos abre o mundo da vida, usurpado por uma idealização econômica, de que a metodologia de Posner parece ser um bom exemplar.

Pois bem, o longo alcance da fama de Posner como empreendedor revolucionário de uma “Filosofia do Direito” pragmática é o eco de uma sociedade já desalinhada com os sentidos mais vitais que encarnariam os valores essenciais à realização da humanidade do homem. Daí porque somente o recurso ao processo de reprodução educativa para reverter um tal estado de coisas, pelo que, ao contrário do que propõe Posner, urge uma revalorização da Teoria e da Filosofia do Direito, na esperança de que “temos que nos convencer da realizabilidade dos valores num mundo de velocidades incontrolláveis, de simultaneidades dispersas, de sobreposição dos efeitos simbólicos, imaginísticos, à realidade do mundo da vida” (GUIMARÃES, 2003, p. 19).

A proposta de Posner evidencia a submissão a um “praticismo” negligente com a reflexão sobre os fundamentos da ação jurídica. E isso é pernicioso, porque (GUIMARÃES, 2003, p. 69):

Na ordem utilitária sobre a qual são tecidas a sociedade e as instituições que a sustentam não há lugar para a reflexão em torno do que funda, mas do que funciona, do que é útil. Felizmente, a Filosofia do Direito não é útil para nada, na medida em que não se trata de mais um utilitário a ser adquirido, mas de uma disciplina que deve ser exercitada como instrumento de desutilização de um mundo perdido na utilitariedade obscurecedora da infinitude de horizontes dos seus sentidos.

Daí porque “no Direito e na moral, particularmente, a advertência para evitar questões espinhosas pela observação do

que funciona não é apenas inútil; ela é ininteligível” (DWORKIN, 2006, p. 64-65).

VI – CONCLUSÃO

Para Posner a atividade decisória empreendida pelos juízes carece de considerações de índole metafísica, que nada mais fazem do que estruturar retoricamente o discurso jurídico. Exatamente por isso, o raciocínio jurídico deve ser blindado contra interferências de ordem moral ou qualquer outra teórico-abstrata e concentrar-se nos elementos fáticos imediatos, que permitam estabelecer um cálculo consequencialista dos resultados da decisão adotada pelo juiz, a fim de justificar ou não o seu juízo, em termos econômicos. Estabelecida nessas bases, a decisão judicial carece de informações de ordem prática, dispensando elucubrações teóricas que adornam a vida acadêmica. Daí projetar-se Posner contra a teoria constitucional.

A posição de Posner pode ser assumida como positivista, à vista da desconsideração de elementos morais no âmbito do raciocínio jurídico, mas essa postura é reducionista e desconsidera a dimensão valorativa da existência humana mesma.

A incitação a uma atuação judicial que funcione à base de um cálculo econômico acaba por desvalorar aquele agir e submeter o juiz a uma dimensão técnica, no sentido de que a “boa” decisão seria aquela que funciona. Essa postura está alinhada à prevalência da dimensão tecnicista do mundo hodierno, em que a velocidade de tudo que acontece é escorada na proposta de um produzir-se que se reproduz, onde o que vale é o que funciona, e nessa perspectiva deve também o Direito se alojar nessa lógica do funcionamento operativo. Com isso, perde-se a dimensão ética da validade do Direito, o que acaba gerando um desalinhamento entre o mundo do Direito e o mundo da vida.

Fica então a exortação de que o seu funcionamento deve ser assumido enquanto realização da trama de valores que orientam o jurídico como fenômeno; não a mera obtenção de resultados economicamente avaliados.

A fenomenologia, como ciência rigorosa destinada à evidenciação de essências, pode ser um instrumento adequado a desvelar esse estado de coisas e contribuir para a substituição de um modelo de Direito que pretensamente funcione por um outro que seja fundado.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- GUIBOURG, Ricardo A. **Derecho, sistema y realidade**. Buenos Aires: Astrea, 2010.
- GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Cinco lições de filosofia do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- KELSEN, Hans. **O que é justiça?**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**. Brasília: ENFAM, 2010.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. V. 1. Campinas: Bookseller, 1998.
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- POSNER, Richard. **The problems of jurisprudence**. Cambridge: Harvard University Press, 1994.
- _____. Against constitutional theory. **New York University Law Review**, v. 73, n. 1 (abr. 1998), p. 1-22. Disponível em http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv2/groups/public/@nyu_law_website__academics__fellowships__hays_civil_liberties/documents/documents/ecm_pro_059249.pdf. Acesso em 17/fev/2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SOBER, Elliott. **Core questions in philosophy**. 4. ed. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2005.

TRAÇOS FENOMENOLÓGICOS NO PENSAMENTO JURÍDICO DE LUÍS CABRAL DE MONCADA

*Ana Paula Loureiro de Sousa - Universidade Lusófona; Centro de
Filosofia da Universidade de Lisboa*

Luís Cabral de Moncada foi um dos precursores da fenomenologia em Portugal no âmbito da reflexão jusfilosófica¹, como se pode verificar, de um modo informativo, nos escritos da Polémica (1928-1929)² e de forma mais consistente e desenvolvida nos seus estudos filosófico-jurídicos, *Valor e sentido da democracia*, (1930), «Prefácio» à tradução portuguesa de *Filosofia do direito*, de Gustav Radbruch (1933), *Direito positivo e ciência do direito* (1944), *A caminho de um novo direito natural* (1945), *Será a jurisprudência uma ciência?* (1947),

¹ Luís Cabral de Moncada nasceu em Lisboa em 1888, fez os seus estudos no colégio dos Jesuítas de S. Fiel (1900 a 1906), licenciou-se na Faculdade de Direito de Coimbra (1906-1911), doutorou-se na mesma cidade, em 1918, ascendeu a professor catedrático em 1924, na secção de ciências histórico-jurídicas e em 1958 jubilou-se. Faleceu em Coimbra em 1974.

² Luís Cabral de Moncada teve um convite da Associação Académica de Coimbra, para comemorar a data do 1 de Dezembro. Apresenta a comunicação, “1940 Restauração do pensamento político português”. Esse texto foi publicado em opúsculo e, posteriormente, inserido nos *Estudos de história do direito*. Ora, meio ano após essa conferência, Vitorino Nemésio escreve na revista *Seara Nova*, em Maio de 1928, um artigo criticando Moncada e o teor da sua conferência. Moncada responde-lhe em Junho desse ano na revista *Nação Portuguesa*. Começa a polémica entre Nemésio e Moncada que só termina quando António Sérgio intervém a favor de Nemésio. Nesta altura, em 1929, a polémica vai ser exclusiva entre Sérgio e Moncada.

Sobre epistemologia jurídica (1948), e, ainda, os de feição mais ontológico-metafísica, O problema do direito natural no pensamento contemporâneo (1949) e, mais tardiamente, O direito como objecto de conhecimento (1969).

Os textos da Polêmica, nascidos da discussão que Moncada teve com António Sérgio, versam sobre as relações epistemológicas entre o ser e o dever-ser, entre o ideal e o facto sensível, a política e a ciência, os meios e os fins.³ Neles já se encontram em gérmen as correntes modernas do pensamento germânico, como o neo-kantismo, a filosofia dos valores e a fenomenologia, bem como o contributo dessas correntes para a defesa de uma ética material dos valores e de uma ontologia pluralista. Apesar de não encontrarmos muitas referências nestes textos à fenomenologia entrevemos alguma aproximação àquela corrente de pensamento nas seguintes ideias: em «Breve Esclarecimento de algumas Teses de Filosofia Política, Moral e da História», elucidando a noção de «realismo crítico», ou realismo integral, Moncada escreve uma nota, muito breve, sobre a fenomenologia admitindo-a “como um critério de verificação e de controle para todas as especulações nos domínios das ciências do espírito”⁴. Ainda neste texto, e em «Ideal e Facto Sensível» a respeito da concepção de sociedade defende que viver pessoalmente é viver num horizonte comunitário no qual se realizam os projectos e fins espirituais que vão dando origem à cultura e à história, por isso a sociedade é dinâmica e aberta, constituindo-se a partir da relação com o outro, a lembrar-nos as palavras husserianas, “a comunidade das pessoas como comunidade de vida pessoal num primeiro passo é o “explícito ser-vivo –em- união com outrem no compreender intuitivo, do seu experienciar, da situação de vida e do seu agir”⁵. No que concerne à noção de consciência também

³ Os textos têm como tema, «O Ideal e Facto Sensível, Política e Ciência, Meios e Fins», Março de 1929, «Método Científico, História, Política (Moral) e Tradição», Abril de 1929; «Idealismo e Realismo – Fim de uma Polêmica Inútil», Julho de 1929; «Breve Esclarecimento de Algumas Teses de Filosofia Política, Moral e História», Nov. de 1929.

⁴ Moncada, Luís Cabral de, «Breve Esclarecimento de Algumas Teses de Filosofia Política, Moral e História», Rev. Nação Portuguesa, Tomo I, Série VI, 2º fascículo, nº 3, Nov. de 1929, p. 180.

⁵ HUAVERI, *(A Crise das Ciências Europeias e a Fenomenologia Transcendental. Uma Introdução à Filosofia*

encontramos alguma afinidade com o pensamento fenomenológico, porquanto Moncada sustenta que a consciência não se pode definir como meramente psíquica, mas envolve um sentido transcendental. A consciência debruçando-se sobre o mundo numa atitude de “pura especulação” descobre a “imagem, a objectivação, alguma coisa que se exteriorizou (...) e se «precipitou» dos seus próprios dados imediatos”⁶. Neste sentido, aparece como uma cadeia ou conjunto de experiências vividas tendo cada uma delas a sua própria essência. Mais tarde, esta ideia será desenvolvida quando o jusfilósofo luso refere o conceito da consciência como intencionalidade. Igualmente, converge com a fenomenologia na ideia de história. Próximo das palavras husserlianas, “a história não está aí como um armazém”⁷, considera que o devir histórico é dinâmico compreendendo-se como uma unidade completa de fins, convergências e divergências.

Pensar a história é pensar a consciência, ou seja, é descobrir não só que há tempo fora e para a consciência, mas que a própria consciência é tempo (consciência «categoria-histórica»)⁸. Seguindo esta linha de pensamento, anos mais tarde, relaciona história e filosofia num sentido que relembra as palavras de Husserl, “Não há qualquer dúvida de que temos de nos aprofundar em considerações históricas, se devemos poder compreender-nos como filósofos e compreender isso que em nós quer surgir como filosofia”⁹. Deste modo, a «situação histórica» é o âmago no qual os problemas nascem para a consciência de uma época, dotados de novas perspectivas e conexões vitais, “colhidos de uma nova experiência que lhes dão uma figuração especial e única”¹⁰, logo a história não é um

Fenomenológica), trad., Diogo Falcão Ferrer, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, Lx, 2008, p. 311. Cfr., HUAXXVII (*Europa: Crise e Renovação. A Crise da Humanidade Europeia E A Europa*) trad., de Pedro Alves, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, Lx, 2006, p. 119 e segs.

⁶ Moncada, «Breve Esclarecimento de Algumas Teses de Filosofia Política, Moral e História», p. 228.

⁷ HUA, VI, p. 532.

⁸ Vide., Moncada, Luís Cabral de, “«Ideal e Facto Sensível», Rev. Nação Portuguesa, Tomo II, Série V, 2º fascículo, nº 9, Março de 1929, p.206. Cfr., HUA, VI, pp. 84 e ss.

⁹ HUA, VI, Trad. Diogo Ferrer, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, LX, 2008, p.531.

¹⁰ Moncada, Luís Cabral, «A Caminho de um Novo Direito Natural», Imprensa Nacional- Casa da Moeda, Vol.I, Estudos Gerais, Série Universitária, Lx, 2004, p.142.

aglomerado de vivências primárias segundo impulsos e inclinações habituais, mas, já, o resultado do sujeito que num movimento interno sobre si próprio se determina e escolhe submetendo “o conjunto da sua vida a uma vontade geral e reflectida”¹¹. Por último, encontramos outra aproximação à fenomenologia dada na análise que faz sobre o ser e o dever-ser no domínio das ciências naturais e humanas. Opondo-se a António Sérgio, na sua visão monista da ciência, Moncada afirma que o dado não se restringe ao fenómeno espaço-temporal, mas abre-se para o campo dos valores, constituindo-se este como um domínio intermédio – domínio da Cultura - entre o ser e o dever-ser. Nas reflexões posteriores retoma esta posição partindo do pensamento de Emil Lask e Max Scheler.

II

Das considerações estabelecidas concluímos que nos escritos da Polémica a presença da fenomenologia está embrionária. Com efeito, é no ensaio Valor e sentido da democracia que temos verdadeiramente o encontro com aquela corrente de pensamento através de Max Scheler e da sua obra Formalismo na ética e ética material.

Assim vejamos: a primeira referência surge a propósito do sistema de valores do democratismo. À questão se os «valores da personalidade», na concepção personalista, são os mais elevados estando a eles subordinados os restantes valores da sociedade e da cultura objectiva, Moncada, demarca-se de todo o personalismo que foi compreendido a partir de uma razão meramente idealista e abstracta, herança do racionalismo iluminista. A sua crítica incide na sobrevalorização dos valores «formais», condicionantes e mais abstractos e uma desvalorização dos «materiais» considerando muitas vezes os valores «formais» como valores «materiais». Escreve: “Entre subordinar todos os valores da sociedade e da cultura aos valores da «personalidade» e subordinar todos os valores (inclusive os da «personalidade») aos da sociedade ou da cultura a escolha,

¹¹ HUAXXVII, p. 48).

visto tratar-se de «fins últimos», terá de renunciar a todo o carácter científico rigoroso, no sentido de demonstração fundada na «experiência indutiva». Todavia se tomarmos a palavra «experiência» no sentido lato de experiência «imane»nte», de experiência no sentido fenomenológico da palavra, abrangendo o a priori da intuição das «essências», então não será difícil achar também um fundamento «empírico» (lato sensu) para a nossa preferência dada aos valores da personalidade como os mais elevados (...) É numa «experiência» deste modo entendida que se funda a nossa preferência pelo «personalismo» como atitude inicial, a mesma sobre que os fenomenologistas fundam a sua ciência da moral, como por exemplo, Max Scheler”.¹²

Subscrevendo a crítica de Max Scheler à doutrina do racionalismo individualista do Iluminismo, segundo a qual, em traços largos, quanto mais se aproximam do plano da Razão mais os valores humanos e os sujeitos são iguais, e, inversamente, quanto mais ficam no plano inferior dos factos sensíveis tanto mais serão desiguais, o pensador português ensina que a autêntica natureza da personalidade requer a «espiritualidade pura», ou seja, uma individualização mais diferenciada dos sujeitos, pois aquilo que distingue os homens uns dos outros é a profundidade alcançada no desenvolvimento da sua personalidade. Esse desenvolvimento opera-se na passagem de uma vida segundo impulsos e inclinações habituais para um movimento de reflexão que o sujeito faz sobre si mesmo e o seu agir, tornando-se, próximo de Husserl, “o eu que se determina e se escolhe”¹³.

Ainda neste texto, e apresentando afinidade com o pensamento fenomenológico está a crítica elaborada à ideia de «unidade social». A «unidade social», como tem sido entendida, é o resultado da soma dos indivíduos racionais que no decurso histórico têm como suporte das

¹² Moncada, «Valor e Sentido da Democracia », *Estudos de filosofia do direito e do Estado*, vol. I, INCM, Lisboa 2004, nota 63, pp. 187-188.

¹³ HUAXXVII (*Europa: Crise e Renovação. A Crise da Humanidade Europeia E A Europa*) trad., de Pedro Alves, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, Lx, 2006, p. 48.

suas relações e, conseqüente sociedade, a ideia de contrato. Assim sendo, o «todo» constitui-se como uma rede abstracta de relações de usanças, convenções e contratos entre os sujeitos. Estes formam-se a partir do interesse individual dos sujeitos e do sentimento primário de desconfiança de todos para com todos, negando-se a autêntica solidariedade humana. Esta «unidade social» erigida na única possível recusa uma realidade moral superior, a possibilidade de um qualquer valor autónomo diferente do dos indivíduos e não reconhece que a personalidade meta-racional do indivíduo apela, precisamente, para a existência desses valores. Neste contexto, Moncada retoma o pensamento fenomenológico na pergunta: “ não se descobrirá na consciência da personalidade também algo (de que existe uma intuição directa, uma *Wissenschaft*, no sentido fenomenológico, de Husserl ou Scheler), como o pressentimento de uma outra forma superior de «unidade social», correspondendo à ideia de um verdadeiro reino de amor e solidariedade entre os homens?”¹⁴. No seguimento desta questão responde, próximo e concordante com Max Scheler, que a essência da personalidade humana não consiste exclusivamente na Razão, mas está na própria vida, na sua totalidade e em toda a extensão, o que conduz a afirmar que é no sentimento de uma “intuição emocional” dos valores absolutos, ou num a priori do espírito que encontramos a síntese superior do indivíduo e da sociedade, ou seja, a autêntica «unidade social».

Três anos mais tarde, no «Prefácio» à tradução portuguesa de Filosofia do direito, de Gustav Radbruch, traçando a matriz do seu pensamento filiada na escola de Baden, Moncada faz nova referência à fenomenologia a partir de Lask, inspirador do pensamento de Radbruch, o qual num contexto fenomenológico procurou ultrapassar o kantismo e o neo-kantismo. “É, com Nicolai Hartmann, um dos representantes da corrente filosófica que procura uma aproximação entre a fenomenologia – filosofia de tendências intuicionistas e

¹⁴ Moncada, «Valor e Sentido da Democracia », p. 199.

realistas por excelência – e o criticismo”.¹⁵ Tendo em conta a visão kantiana e neo-kantiana e, sobretudo seguindo a perspectiva de Rickert, Lask dirige para o campo da Filosofia do Direito a ideia de que o domínio da Cultura é intermédio entre o da Natureza e o dos Valores.

Acolhendo a visão segundo a qual os valores têm validade independente da realidade constituindo-se como uma sua «significação», numa perspectiva fenomenologista, sustenta que os valores são como essências objectivas, apreensíveis por uma «intuição essencial» (Wesenschau). O «mundo de significações» fornecido por essa «intuição essencial» é o único objecto da ciência jurídica, a qual se funda sobre a «teoria do conhecimento». Assim, o Direito será compreendido através da relação consciência - mundo reconhecendo-se a consciência como intencionalidade. Deste modo, não só rejeita que o Direito esteja fundamentado na psicologia ou na sociologia, mas também esclarece aquilo que é verdadeiramente jurídico do que é psicológico, histórico, filosófico e sociológico. Considerando que o Direito constitui uma parte da «Ciência da cultura» (Kulturwissenschaft), e, convergindo neste ponto com a concepção fenomenológica, Lask por um lado, mostra que o Direito ao revelar-se nos diversos sistemas jurídicos só é possível pela actividade intencional da consciência que descreve “o ser do Direito como uma estrutura de essência ou sentidos que caracterizam originariamente esse objecto”¹⁶, por outro lado, defende que o princípio da formação de conceitos jurídicos será compreendido segundo o sentido teleológico das ciências culturais, sobretudo ideográficas.

III

Estas ideias que apresentámos foram retomadas, desenvolvidas e esclarecidas nos diversos textos que Luís Cabral de Moncada escreveu posteriormente.

¹⁵ *Ob. Cit.*

¹⁶ Guimarães, Aquiles Cortes, «Edmundo Husserl e o fndamento do Direito», *Fenomenologia e Direito*, Cadernos da Escola de Magistratura Regional Federal, vol. 2, nº1, EMARF, p.76.

A primeira observação que se nos oferece fazer concerne ao conceito de Filosofia. Seguindo uma orientação fenomenológica considera o pensador português que a Filosofia começa com os problemas da possibilidade do conhecimento, pois saber o que é qualquer coisa é perguntar, antes de mais, pelo saber do saber¹⁷, daí a primazia dada à gnoseologia e à epistemologia. No entanto, como adverte, ao procurar saber as condições da possibilidade e da validade do conhecimento de uma qualquer realidade, estamos já, simultaneamente, num plano ontológico. Deste modo, estamos face a uma ontognosiologia. A segunda observação prende-se com o conceito de Filosofia do Direito. Esta é interrogação sobre o conhecimento do mundo jurídico. Mas num primeiro momento este mundo, que está aí, revelando-se pela atitude espiritual natural não é ainda conhecimento, apesar de o caracterizar certa referencialidade e intencionalidade essenciais com o tipo de questões a que pretende responder. O saber filosófico sem descurar as preocupações empíricas e práticas procura um “denominador comum racional, no plano da mais alta problemática relativa ao saber, ao ser, ao valor e ao absoluto do direito”.¹⁸

Em termos de matéria do conhecimento, as reflexões de Moncada começam pela epistemologia fenomenológica descritiva. Por ela, se intui e descreve as essências formais e materiais do pensar, as suas estruturas e intencionalidades. A filosofia do direito será, pois, inspirada pelo método fenomenológico, através do qual o «jurídico» e o «político» se manifestam no direito e no Estado, revelando, igualmente, as valorações que presidem a esses domínios. Na dimensão ontológica e axiológica revela a fenomenologia que todo o pensamento tende para um objecto, pelo que a consciência é sempre consciência de si e

¹⁷ Moncada, Luís Cabral de, «Sobre Epistemologia Jurídica», Estudos de Filosofia do Direito e do Estado, vol.II, I.N-CM, Série Universitária, Lisboa, 2004, p.86; Cfr., Husserl, Edmund, A Ideia de Fenomenologia, Trad de Artur Morão, Textos Filosóficos, Ed. 70, pp. 21 e segts.

¹⁸ Moncada, Luís Cabral de, «Sobre Epistemologia Jurídica», p. 85

de algo mais que a transcende.¹⁹ Neste contexto se funda a diferença entre «ôntico» e «ontológico», sendo o primeiro um ontológico fraco, a significar esta expressão que nele está o ser na estrutura particular do objecto tal como este nos é dado, por outras palavras, o ser da atitude espiritual natural; o segundo é um ontológico forte, aspirando e manifestando significação metafísica, permitindo uma teoria do conhecimento capaz de um “autêntico realismo epistemológico dum ser extramental e de consistência ultra-empírica”²⁰.

Reconhece Moncada que só o método fenomenológico possibilita descobrir essas orientações e as hierarquias ônticas que se estabelecem entre elas, esclarecendo “relações de meios e fins, de condicionante e condicionado, a que não é lícito negar a natureza de alguma coisa que é assim mesmo como é, transsubjectivamente valendo para lá do capricho e da vontade dos homens”.²¹ A filosofia do direito, segundo esta orientação fenomenológica é o acto de descrever as essências ou sentidos desse objecto que chamamos direito e se apresenta de forma única, típica, circunscrito no maré magnum dos dados da experiência das coisas sociais, sem se confundir com outros objectos dessa experiência, por isso requer uma metodologia e ontologia próprias, das quais a fenomenologia aparece como o primeiro momento.

3. O conhecimento do direito pressupõe o conceito de direito como sendo a priori, condição de possibilidade da “experiência” jurídica e constitutivo do direito-positivo. Este domínio da jurisprudência implica certos conteúdos intelectuais tidos como reais, porque são dados pela experiência (objecto) e pensados pelo homem (sujeito). Tais conteúdos são os “conceitos jurídicos”, ou

¹⁹ Cfr., Domingues, Garcia, *Da Essência, da Existência e da Valência. Investigações sobre as Raízes Metafísicas do Pensamento e as Perspectivas Transcendentais do Ser*, Separata da revista da faculdade de Letras, Tomo VII, Lisboa, 1939, p. 53ss.

²¹ Idem, Ob.Cit., p. 89.

²¹ Ob. Cit., vol II, p. 46.

as categorias e leis lógicas que constituem o pensamento jurídico, sendo já uma resposta às interrogações, “que é, e onde está, e como funciona, o factor ou pólo subjectivo na elaboração do conhecimento científico do direito? Como opera aqui o sujeito na elaboração do seu objecto”²². Retomando a linguagem da fenomenologia moderna, uma análise gnosiológica dos conceitos pressupõe a noção de intenção. A intenção de um conceito é aquilo para que esse conceito tende, traduz o que o conceito “quer dizer na sua” linguagem implícita como facto da consciência que tende para um objecto, sem o que deixará de ter sentido.

Diferenciando os conceitos em reprodutivos ou objectivos e constitutivos originários, Moncada considera serem estes últimos que se reportam ao direito. E, a sua intenção afirma-se pelas vivências primordiais de valores que naturalmente nascem da própria consciência, orientando-se para o campo da acção e do dever-ser. Deste modo, exprimem todas as criações humanas ou, se quisermos, o próprio ser, na medida em que aquelas criações são o fruto da acção deste, daí decorrendo o seu carácter de imanência.. Pressupõem relações de dinamismo vital ou intelectual, sendo tributários de valores e daí serem constitutivos, pois dão-nos “ a chave de todas as nossas criações do espírito, que somos nós próprios. Como que exprimem e projectam para fora de nós alguma coisa que está já em nós. E por isso lhe chamamos objectivos e originários” ²³ Estes conceitos constitutivos são originários e também objectivos, referindo-se, em si mesmos, a certas específicas objectividades que dão origem à cultura.

4. Inspirando-se na análise kantiana da estrutura da experiência e tendo presente a ontologia formal de Husserl, Luís Cabral de Moncada considera que todos os conceitos

²³ *Ob. Cit.*, p. 50.

«compreendem» outros pensamentos, que, independentes do acto psicológico, se apresentam como objectividades e estruturas específicas, apreendendo-se segundo uma forma especial de intuição (eidética) ou intuição essencial. Por conseguinte, partindo do conceito de direito ou de experiência jurídica como a priori, originário, constitutivo e objectivo a primeira ideia que aquele conceito compreende é a de dever-ser. O direito faz parte do mundo do dever-ser, o qual constitui no pensamento do direito um seu objecto intencional, pois dá-se imediatamente à consciência: é intuitivo, apodíctico, não necessita de demonstração. Próximo do neo-kantismo da escola de Baden, Cabral de Moncada diferencia entre o mundo do ser, da representação, da coisa empiricamente observada²⁴ e o mundo do dever-ser que se reporta a valores, intenções e preferências.

Esta distinção entre estes domínios deve estar na base de toda a reflexão filosófica e estas realidades são ideias, não estão, ainda, definidas. Estabelecem dois domínios de máxima «extensão» e de «mínima compreensão». Olhando, somente, do ponto de vista do pensamento individualizador e coisificador, atendendo, apenas, às representações de fins práticos e valiosos tudo para o pensamento são «deveres-seres», apelos e valores. Na perspectiva das objectivações teóricas e prescindindo da substancialização metafísica tudo são seres e coisas.

Se esta diferença ainda não esclarece o conceito de direito, não deixa de conferir a priori a ideia mais geral que ele engloba, o dever-ser, e a essência significativa que o determina, ser intuitivo, não necessitar de demonstração. A esta intuição do dever-ser correspondem as ideias de valores e de normas. Dever-ser, valor e norma dão-se em correlação. O valor é um fenómeno primário

²⁴ O mundo do ser é o mundo das ciências naturais, cujo desiderato é descobrir as relações constantes e universais entre os fenómenos e formular as leis que as exprimem, tornando o conhecimento acerca da realidade previsível e manipulável pelo homem.

concreto da consciência que se capta por via intuitiva, antes que, sobre ele, se exerce qualquer intelectualização; a norma já manifesta uma construção generalizante, fruto da intersubjectividade das consciências, que implica viver em comum. É uma representação secundária, de natureza intelectual e dialéctica, dos valores. O dever-ser é a síntese da norma e do valor num plano intelectual mais abstracto e generalizante. Só em relação à norma e ao valor adquire sentido, pois sem a ideia de valor nenhum dever-ser teria sentido para a nossa consciência pessoal, do mesmo modo que sem a ideia de norma nenhum valor ganharia significado e eficácia na vida comunitária. Tanto o valor como a norma são “apelos dum dever-ser que os engloba numa mesma suprema e fundamental dimensão do espírito”²⁵. O dever-ser é, pois, o pensamento-síntese de valores e normas.

5. Avancemos mais na consideração do conteúdo do conceito de direito, não esquecendo que os pensamentos contêm em si outros pensamentos, que nos conduzem a significações irredutíveis, àquilo que chamamos «categorias» do pensamento no seu processo de ideação. Ora, precisamente, uma dessas categorias é a liberdade.

Não é possível pensar os valores, o dever-ser e as normas o seu conteúdo noemático, fenomenologicamente, se não tivermos a ideia de liberdade. Na linguagem do autor, “se penso que devo, não é admissível deixar de pensar que posso também e que sou livre. É uma necessidade para o pensamento de dever o pensamento de liberdade. E esta relação interna constitui (...) objectividade necessária, de natureza não psicológica, mas mais do que lógica: noemática e fenomenológica”²⁶ Na verdade, a liberdade concerne a um conteúdo da consciência, uma vivência, um ego que se pensa a si próprio em termos actuais ou potenciais, com o poder ou a

²⁵ *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. II, p. 37.

²⁶ Moncada, Luís Cabral de, *Estudos de Filosofia do Direito e do Estado*, vol. II, p. 55.

possibilidade de eleger fins pré-determinados²⁷. Assim surge como mostração ou descrição dum conteúdo da consciência, no fluxo puro do vivido, que está já implícito no conceito de direito. Daí decorrendo que não se pode pensar a essência-direito sem pensar a essência-liberdade. E, advirta-se, a nossa e a dos outros.

A ideia de liberdade postula a de personalidade, na medida em que ser pessoa implica a capacidade de deliberar e escolher, a qual por sua vez são   possível pela liberdade. Liberdade e personalidade são o mesmo. Na expressão de Moncada, seguindo o método da intuição a pessoa será "o centro de actos livres e de autodetermina  es voluntárias, para o qual as normas, os valores e o dever-ser existem"²⁸

Mas no isolamento ninguém é, nem realiza o seu dever-ser. Toda a nossa personalidade se constitui no dar ou recusar de braços; o Eu pressupõe o Outro; o Ego o Alter Ego, por isso, "o verdadeiro lugar de g nese da intersubjectividade será, assim, a vontade de constitui o de comunidade"²⁹. e são neste sentido, toda a relação com o outro é de colaboração e convivência, e, acrescentamos nós, também pode ser de confronto. Nasce dessa relação os pensamentos intuitivos de relação, relações, parte e todo, um e muitos. Estas noções não são grandezas matemáticas nem lógicas, mas referem-se à ideia de personalidade. Daqui decorre que, o direito   pensado não no sentido de uma mera coexistência de personalidades, mas na via de uma convivência de fins. Esta natureza essencial-relacional está presente no conceito de direito e antes de qualquer experiência jurídica. Nesta teia de pensamentos, a convivência e a colaboração reclamam com igual importância as ideias de ordem e justiça.

²⁷ *Ob. Cit.*, p. 56

²⁸ *Ob. Cit.*, p. 57.

²⁹ Alves, Pedro, *Intersubjectividade e Comunicação. Uma Abordagem Fenomenológica*, Phainomenon, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, p. 97.

A ordem, para exercer a sua função conciliatória, pressupõe no seu íntimo o ideal de justiça. Como conceito a priori do direito, a justiça é compreendida em termos formais e não segundo valores de conteúdo. A ideia de justiça distingue-se da justiça como valor. A primeira é a priori e concerne à vivência transcendental necessária e absoluta; a segunda realiza-se no domínio concreto, concretiza-se como uma vivência existencial e histórica. A ideia de justiça, não se confunde, por isso, com a justiça em sentido ético ou político, por isso, entender a justiça na sua essência-formal, é compreendê-la como a ideia máxima do direito, ou seja, a justiça é a ordem perfeita, que se manifesta como proporção e igualdade, significando que “será justa, (...) formalmente, toda a ordem que assentar na atribuição igual a cada um – no seu ter ou no seu dever fazer – daquilo que especificamente lhe pertence (...)”³⁰

Todas estas considerações, de ordem geral, foram-nos fornecidas por meio da análise fenomenológica das essências formais, das intencionalidades dos actos que temos no cogito da consciência quando praticamos esses actos. Contudo, estas essências formais ou noéticas requerem as essências materiais ou hiléticas, que possibilitam, como adverte o professor de Coimbra, “depois, dentro da região, determinar mais concretamente, como a espécie dentro do género, o «objecto» específico do que se trata”³¹

6. Todavia, compreender o conceito de direito não é, ainda, conhecimento do direito. Partindo desta afirmação Moncada refere quatro momentos de conhecimento jurídico.

O primeiro, corresponde ao conhecimento espontâneo ou vulgar do direito e caracteriza-se por os seus juízos serem “juízos de existência” objectivados, entre outros, nos tribunais, códigos e juízes.

³⁰ *Ob. Cit.*, p. 61. No conceito de direito o que é particular na ideia de justiça é a ideia de igualdade ou proporcionalidade perfeita.

³¹ *Ob. Cit.*, «O Direito como Objecto de Conhecimento», p. 116.

Delimitam o que é e não é jurídico na vida social. Apontam para valores, embora ainda não sejam juízos de valor, são significativos de uma certa realidade, a jurídica, conferindo-lhe um “primeiro” sentido. (juízos de sentido). O segundo é constituído pelo conhecimento jurídico do direito e neste domínio os juízos já são de valor e patenteiam atitudes e vontades dos sujeitos perante a realidade, manifestando as suas preferências e rejeições, aprovações e desaprovações. Nestes juízos de valor manifesta-se uma relação de dever-ser entre, por um lado, um certo valor ou critério de valor e um comportamento da vontade humana e, por outro lado, uma relação de concordância ou não, de aprovação ou não, entre um acto humano já realizado ou a realizar e esse mesmo valor ou critério de valor.

Escreve, “Não há só o «valor» e o «valor em abstracto»; há também os «valores» em concreto; por assim dizer com corpo e alma, com vida, sangue e nervos. Está aí o seu quid de insofismável realidade não física, mas histórica e cultural: a sua característica: objectividade e positividade.”³² Apresentam-se como juízos imperativos-normativos e juízos de valoração, pressupondo os segundos sempre os primeiros. A linguagem do direito é expressiva de tais juízos: alguém em certas condições deve proceder de certo modo; alguém deve deixar que outrem faça isto ou aquilo; tal acto é lícito ou ilícito, e assim por diante.

É no contexto da compreensão ontológico-fenomenológica que Luís Cabral de Moncada medita sobre o sentido axiológico do direito, definindo os valores como “objectos ideais”. Ontologicamente, os valores são seres com objectividade e efectividade, apesar de não serem reais. Estão acima do espaço e do tempo, mas não são construções imagéticas e fictícias do homem. Deste modo, os valores como que se vertem, encarnam na realidade sensível ao serem concretizados sob a forma de fins, que o homem se propõe

³² *Ob. Cit.*, «Sobre Epistemologia Jurídica», p. 69.

atingir, ou como qualidades que se atribuem às coisas. Se, por um lado, são relativos, pois só pelo homem são; por outro, a tendência à universalidade e à objectividade confere-lhes um sentido absoluto, se atendermos a que, já na sua concretização, já na sua intenção são portadores de um certo quid de sentido e validade supratemporais.

O terceiro momento é o conhecimento científico do direito: o direito situa-se no domínio das chamadas ciências culturais e nesse sentido visa compreender os valores espirituais objectivados. Estes, apreendidos como algo individual, único, captam-se, às vezes, num ápice, como visão súbita de sentido de complexas significações tornando este singular em ciência ideográfica. Não obstante, não há ciência do individual, sendo que a ciência do direito, que se considera ideográfica, porque busca a apreensão do único e o “individual-concreto”, passa a nomotética, pois, como todas as ciências, procura o conceitual, o universal, o lógico e a dialéctica, mediante a sua actividade de conceptualização.

Tudo isso implica um processo, assim, na conceptualização, um primeiro grupo de conceitos refere-se às categorias fundamentais, a priori, a título de exemplo, temos a norma ou lei; sujeito de direito; direitos objectivos e direitos subjectivos; ordem e desordem; delito e pena; acto jurídico; lícito e ilícito. Esta rede de conceitos que antecede toda a experiência, é condição de possibilidade, não só do pensar juridicamente, mas também, condicionam a experiência para, posteriormente, elaborar a ciência jurídica. Um segundo grupo de conceitos são os empíricos. Nasce da experiência da vida jurídica de cada época e país, caracterizando a vida social num determinado contexto histórico. Seguidamente temos a construção que é a passagem do “dado ao construído”, isto é, refere-se à logificação dos conceitos, à sua organização, estrutura, hierarquização, universalidade e abstracção. Partindo dos princípios, valores, juízos, raciocínios, factos e finalidades, criam-se os conceitos adequados

à realidade jurídica. Este momento, já científico, complementa-se com a sistematização.

A sistematização é o grau mais elevado do processo científico do direito. Acaba por ser a construção da construção, mais perto da unidade, mais geral e abstracta. Escreve o pensador conimbricense: “O jurista edifica desta arte - dir-se-ia - verdadeiras pirâmides de conceitos abstractos. Procura aí depois subordinar os conceitos menos gerais aos mais gerais, até chegar aos mais altos dos institutos e instituições e classificações destas, e arruma tudo isto dentro de quadros rígidos de pensamento que serão para ele, enquanto cientista, tanto mais verdadeiros e úteis quanto mais completos e fechados forem de modo a caber lá dentro toda a realidade com que se defronta”³³.

Neste processo, através da indução e da dedução, o jurista tanto vai do caso particular para o geral da lei, como faz o caminho inverso. A linguagem por excelência é a lógica que pode ser pura, formal, a priori e abstracta, cuja finalidade é a pura inteligibilidade e compreensão dos conceitos, como pode ser pragmática e programática, tendencial, teleológica e a posteriori em vista do fim prático, isto é, da aplicação do direito à vida social. A técnica jurídica consiste já na aplicação do direito à vida, e também no posterior desenvolvimento do direito para além desses casos e situações. Recorde-se, como exemplo de técnica jurídica, a sentença onde o juiz subsume o caso particular sob o domínio de um ou mais preceitos legais aplicáveis, fazendo uma adaptação do geral e essencial ao individual e existencial.

Na verdade, próximo da interpretação fenomenológica, revelando o direito um sentido cultural, os “sentidos” e “significações” expressos nas leis e que o intérprete tenta captar têm uma objectividade própria. Daí a interpretação objectivista que compreende ou vai à procura de

³³ *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. II, p. 73.

um “pensamento pensado”, objectivado na lei. Portanto, a mens legis que apreende ou interpreta os pensamentos pensados opõe-se à mens legislatoris, ao puro acto psicológico do legislador empírico.

Finalmente, o quarto momento vem a ser o do conhecimento filosófico do direito: no que importa insistir, para não cairmos em repetições, basta-nos lembrar que a filosofia o direito interroga o direito, já não como técnica ou ciência, mas como fundamento, procura nele o que permitiu a sua criação, o que o legitima, o que o valida e, nesse esforço de o pensar na sua dimensão mais radical e profunda, intenta alcançar, mediante um esforço crítico, reflexivo e especulativo, o seu ser e o seu valor

7. Porém não fica tudo dito: qual a região a que pretence o direito-positivo? A resposta não é difícil. Próximo da teoria dos objectos, e na senda da ontologia pluralista do real, a natureza ôntica do direito é ser “espírito objectivo”, reunindo este, simultaneamente, os seres ideais, reais, existentes não-sensíveis e existentes sensíveis.

O “espírito objectivo” é a ideia de direito entendida como realidade histórica concreta: é a ideia de direito constituída por valores, normas, critérios, preferências, interesses, finalidades, em suma, é o direito positivo e cultural. É numa orientação fenomenológica que Moncada compreende a cultura. Consideremo-la nas seguintes palavras: ““O ego socializado num nós comunitário, objectivando-se nas trocas comunicativas imediatas ou mediatizadas é impensável sem um fundo de assunções partilhadas(...) O conjunto dessa assunções dá a base para o conceito fenomenológico de cultura (...) e um “ mundo cultural é um tecido de idealidades que só na medida em que são interiorizadas podem ser apreendidas e compreendidas enquanto tais”³⁴. Nesse sentido, como criação cultural o direito nasce da liberdade humana, sem que antes o encontremos noemáticamente como conceito a priori da consciência.

³⁴ Alves, Pedro, *Intersubjectividade e Comunicação. Uma Abordagem Fenomenológica*, p.104.

Como ideia, o direito constitui-se como um conjunto de princípios válidos em si mesmos, como o princípio da justiça, da igualdade, da boa-fé, da responsabilidade. Reconhece Moncada que estes princípios, embora válidos por si mesmos, necessitam de ser realizados, o que só é possível quando se consubstanciam na norma, de tal modo que, de simples ideia o direito torna-se aí realidade concreta. E se o direito positivo é o “espírito objectivo”, se é o direito traduzido nas normas, então, a maior parte das normas tem o seu fundamento no direito como Valor.

A problemática é a seguinte: “se é lícito saltar da ordem ontológico-fenomenológica para a ordem ontológico-metafísica, no sentido clássico ou no de realismo crítico contemporâneo?”³⁵.

Se não é possível demonstrar, segundo os métodos lógico-discursivos, a existência de um mundo exterior, transcendente ao homem, e se a pura contemplação dos valores também não nos conduz a ele, todavia, escreve o pensador conimbricense, na senda de Hessen, que “alguma coisa afinal tem realidade e vale, ainda para além do limitado horizonte da existência do indivíduo humano”³⁶.

8. Uma última observação a fazer da leitura atenta dos textos referidos é a que concerne à Justiça e ao Direito Natural.

Ao atendermos a estes elementos estamos a apreciar o direito na sua perspectiva ideal ou como dever-ser e não como direito que é. Estamos, se bem recordamos, a reencontrar a categoria ôntica do sentido ou conteúdo axiológico do direito, daí emergindo a pergunta: “será possível determinar e construir por meios racionais um direito que deva ser?”³⁷. Na verdade, inquirimos se o direito tem, em si próprio, o seu fundamento ou se necessita de fundar-se em

³⁵ *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. II, p. 285.

³⁶ *Ob. cit.*, p. 284-285.

³⁷ *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. II, p. 288.

algo superior e diferente de si, que constituiria a sua razão de ser e de valer.

Recusando as teses do jusnaturalismo essencialista e racionalista, ou as que negam o direito natural, para o pensador conimbricense, o único direito natural admissível é um direito natural de conteúdo variável. Para melhor compreendermos esta tese devemos começar por distinguir, na ideia de direito, o que é o valor formal e o que são os valores de conteúdo. E nessa distinção descobrimos a justiça como sendo o valor formal mais elevado. Com efeito, a justiça é a mais elevada realização do direito. Admitindo que não há, propriamente, uma justiça, mas várias justíças, entre outras, uma justiça capitalista e uma comunista, uma democrática e uma aristocrática, reconhece Moncada que a justiça se apresenta como um valor objectivo, universal, válido em si mesmo e formal naquelas três ideias, *suum cuique tribuere, pacta sunt servanda e neminem laedere*.

A justiça, enquanto conceito a priori, é proporção e igualdade. É justa toda a ordem que fizer uma igual distribuição por cada um segundo o que lhe pertence e consoante os seus méritos; é justa a ordem em que cada um realize as tarefas que lhe são próprias no interior da comunidade. Assim a justiça ordena o individual com o colectivo, concilia os fins próprios de cada um com os fins da vida social. Na procura de equilibrar os fins individuais e colectivos, a justiça funda-se no valor da personalidade humana, a qual se realiza através da liberdade. A “personalidade é – embora abstractamente, é certo – a condição e a fonte de todos os valores, o órgão que nos dá aqui a visão da luz”³⁸. E a liberdade, entende-a o mestre coimbrão à maneira kantiana, ou seja, não se preocupa com o problema do livre-arbítrio ou do determinismo, mas o seu objectivo é mostrar que sem ela jamais o valor, a norma e o dever-ser se podiam manifestar, como já foi referido. Naturalmente que a liberdade é compreendida

³⁸ *Filosofia do Direito e do Estado*, vol II, p. 290.

como sendo histórica, dinâmica e em situação: “A liberdade é uma mostração ou descrição dum conteúdo da consciência, no fluxo puro do vivido, que vai já implicitamente incorporado no conceito de direito”³⁹. Esta relação íntima entre o pensamento de dever-ser e o de liberdade, o “constitui também para nós uma objectividade necessária, de natureza não psicológica, mas mais do que lógica: noemática e fenomenológica”⁴⁰. Nesta perspectiva, podemos afirmar que a justiça nos conduz a absolutizar como preceito valioso não só a personalidade humana, mas também a lei natural, naqueles três princípios que foram enunciados e nos restantes valores espirituais.

Do exposto deparamos com a interrogação feita por Moncada no texto *O Problema do Direito Natural no Pensamento Contemporâneo*: “qual a estrutura desses objectos a que chamamos espirituais, e quais as leis a que teremos de obedecer para os ajudarmos a realizarem-se – e, entre eles, – acima de todos, os da justiça e do Bem – no seio das sociedades humanas?”⁴¹. Esta interrogação coloca a questão de como articular os valores no seu sentido universal e imutável com a verificação de por um lado, a natureza humana ser mutável e, por outro, de que à realização dos valores não serem indiferentes e alheios os condicionalismos sócio-culturais.

Convergindo com o neo-kantismo e na senda de Stammler, advoga uma concepção de direito natural segundo a qual se oferecem à consciência, a priori, determinados ideais éticos, certos princípios morais de valor universal, bem como existem e existiram também sempre no espírito do homem, em todos os tempos e lugares, uma ideia e um sentimento inatos de justiça. Assim entendidos, estes princípios ou valores, por si sós, não fornecem

³⁹ Moncada, Luís Cabral de «*Sobre Epistemologia Jurídica*», vol.II , p. 56 e ainda, a liberdade como o “sentimento dum poder próprio de determinação ou de auto-determinação em vista de certos fins previamente eleitos”.

⁴⁰ *Ob. cit.*, p.40ss.

⁴¹ Moncada, Luís Cabral de, «*O Problema do Direito Natural no Pensamento Contemporâneo*», Estudos de Filosofia do Direito e do Estado, vol. II., p. 160.

conteúdo para a estrutura da vida intersubjectiva, mas patenteiam-se segundo determinados ideais que se manifestam como “uma lei natural, de tendências profundas (que pode ser reflexo de uma inteligência divina, ou de uma harmonia pré-estabelecida, ou do fieri de uma Ideia ou ainda da racionalidade do existente dinâmico: - metafisicamente, tudo isto se equivale”⁴². Deste modo, a Metafísica será o ponto de chegada e não o ponto de partida, pois é a vida que determina, no direito e no direito natural, a matéria do seu conteúdo.

Ao incidirem sobre as múltiplas circunstâncias da vida social, os princípios éticos formais, como o *pacta sunt servanda*, o *neminem laedere* e o *suum cuique tribuere*, sendo mais formais do que materiais, originam tipos e sistemas de ideais distintos, porém, mais concretos de instituições a que se podem chamar outros tantos “direitos naturais”.⁴³

9. Concluímos este nosso percurso sublinhando que Luís Cabral de Moncada foi o introdutor da Fenomenologia no direito em Portugal, ainda que se encontrem estudos de Garcia Domingues, *Da Essência, da Existência e da Valência. Investigações sobre as Raízes Metafísicas do Pensamento e as Perspectivas Transcendentais do Ser* (1939), texto onde revela conhecer autores como Husserl, Max Scheler e Nicolai Hartmann, de Franz-Paul de Almeida Langhans, *a Concepção Fenomenológica do Direito*, (1941), e de António José Brandão, *O Direito. Ensaio de Ontologia Jurídica*, (1942). Porém, embora estes textos façam breves referências à fenomenologia foi, de facto, Cabral de Moncada que reflectiu de forma sistemática, consistente e séria, esta ligação entre a fenomenologia e a experiência jurídica.

⁴² *Ob. cit.*, p. 37.

⁴³ Nas palavras de Moncada: “Tal direito é como que o feixe das múltiplas projecções e reflexos derivados por uma luz única que de repente incidisse sobre a matéria de um conjunto de situações históricas iluminando-a diversamente. É o tipo ideal, paradigmático, do historicamente dado, depois de bafejado pelo sopro de alguns desses valores éticos absolutos e universais”

OS RELATIVISMOS E SUA CONVERGÊNCIA ANTROPOLÓGICA

Gustavo Arja Castañón¹ e Nathalie Barbosa de La Cadena²

O termo 'relativismo' pode ser usado em relação a tantas posições que, quando é usado, é difícil identificar a que tese exatamente está se referindo. Este artigo busca diferenciar os principais tipos de relativismo a partir de seus fundamentos e suas consequências. Igualmente, busca identificar uma tese comum que permita o uso do termo por todas essas correntes de pensamento, e que chamaremos aqui, *convergência relativista*.

O artigo está dividido em três partes. Na primeira, dedicada aos fundamentos ontológicos e epistemológicos, estabelecemos a diferença entre o relativismo ontológico, o relativismo gnosiológico e o relativismo irracionalista. Na segunda, a *convergência relativista* é evidenciada a partir de análise antropológico-filosófica. Na terceira, consideramos algumas consequências de cada um dos três tipos de relativismo.

¹ Professor Adjunto da UFJF. Doutor em Psicologia pela UFRJ.

² Professora Adjunta da UFJF. Doutora em Filosofia pela UFRJ. Doutoranda em Direito pela Universidad de Valladolid.

OS RELATIVISMOS: RELATIVISMO ONTOLÓGICO

Em ontologia, a primeira pergunta a ser respondida é sobre a existência da realidade. Há fundamentalmente duas abordagens diferentes: a primeira guarda relação com a metafísica como teologia, pois os filósofos são classificados em função da resposta que dão a pergunta *‘o que ou quem existe?’*. Ocorre que a maioria dos filósofos admite a existência de um ser independente da subjetividade. Se a investigação fosse interrompida aqui, poder-se-ia dar a questão por vencida e definidos todos os filósofos como realistas. Até os idealistas como Johann Fichte, Friedrich Schelling e Georg Hegel, diante da pergunta *‘o que existe?’* respondem: existe o absoluto. Fichte chama o absoluto de *Eu puro* ou *Inteligência*. Esse *Eu puro* põe-se a si mesmo, e nele estão em tensão *eu* e *não-eu*, sujeito e objeto, finito e infinito. Essa tensão não tem um termo e isso, segundo Hegel, seria um *“mal infinito”*, pois implicaria na não superação das oposições. Com o mesmo objetivo, Schelling propõe a *Filosofia da Identidade* onde chama o absoluto de *Razão*. Afirma a identidade originária entre *eu* e *não-eu*, sujeito e objeto, consciente e inconsciente, Espírito e Natureza, em suma, tudo é Razão. Entretanto, Schelling não oferece um fundamento sólido, simplesmente afirma tal identidade, o que Hegel considera insuficiente. Hegel chama o absoluto de *Espírito*³. Na *Fenomenologia do Espírito*, descreve a trajetória do *Espírito* ao longo da sua própria história, sua reflexão sobre si mesmo e sua autosuperação, e também a trajetória do indivíduo que percorre o caminho do *Espírito* para apropriar-se dele. O Espírito é como uma espiral na qual o particular é posto e resumido dinamicamente ao universal. Nesses brevíssimos lembretes das propostas idealistas é possível perceber que tais compreensões dão a impressão de que o Absoluto existe independente de qualquer subjetividade, mas não é bem assim.

³ HEGEL. *Fenomenologia do Espírito*. Petrópolis: Vozes, 1992. Parte I. p.33

O problema começa a ficar claro na segunda abordagem da metafísica, como ontologia. Considerando que a metafísica estuda as características fundamentais do *ser*, aquelas que todo ser tem e não pode deixar de ter, isto é, as determinações necessárias presentes em todas as formas e modos particulares de ser, a ontologia expressa então uma *teoria da essência necessária dos seres*. A questão central é o *grau de independência* entre a realidade e a mente. A pergunta é: *a existência e o funcionamento da realidade são independentes da mente?*

A partir desse aspecto é possível identificar duas posições distintas: o *realismo* e o *idealismo*. Para o realismo, o mundo, as coisas, as substâncias, as essências têm existência independente de qualquer subjetividade, tem um funcionamento próprio, uma ordem autônoma. Para o idealista, o mundo, as coisas, as substâncias, as essências são reduzidos ao pensamento ou são dependentes de alguma entidade de ordem subjetiva, seja o espírito, a consciência, ou a vontade supra-individual.

Considerando essa segunda abordagem os primeiros filósofos realistas foram Parmênides, Platão e Aristóteles. Esses são os chamados realistas ingênuos, pois creram na atitude natural de afirmar a existência do mundo e de nós inseridos nesse mundo sem colocar isso em questão. Daí porque, para o realista antigo, há uma identidade entre a estrutura do ser em geral e a estrutura do pensar, entre ontologia e lógica.

Já os filósofos modernos passaram a desconfiar de todo conhecimento que havia sobre a realidade, mas isso não quer dizer que estavam colocando em dúvida ou negando a própria existência da realidade exterior e independente, apenas que pretendiam superar o ceticismo e construir um conhecimento seguro sobre ela. Mesmo Kant assume o *realismo ontológico* tanto nos *Prolegômenos a toda metafísica futura como na Crítica da Razão Pura*⁴. Nos

⁴ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 244 [B275-B276]

Prolegómenos, afirma:

O idealismo consiste na afirmação de que não existem outros seres excepto os seres pensantes; as restantes coisas, que julgamos perceber na intuição, seriam apenas representações nos seres pensantes a que não corresponderia, na realidade, nenhum objecto exterior. Eu, pelo contrário, afirmo: são-nos dadas coisas como objectos dos nossos sentidos e a nós exteriores, mas nada sabemos do que elas possam ser em si mesmas; conhecemos unicamente os seus fenómenos, isto é, as representações que em nós produzem, ao afectarem os nossos sentidos. Por conseguinte, admito que fora de nós há corpos, isto é, coisas que, embora nos sejam totalmente desconhecidas quanto ao que possam ser em si mesmas, conhecemos mediante as representações que o seu efeito sobre nossa sensibilidade nos procura, coisas a que damos o nome de um corpo, palavra essa que indica apenas o fenómeno deste objecto que nos é desconhecido, mas, sem por isso, menos real. Pode a isto chamar-se idealismo? É precisamente o oposto.⁵ (grifos nossos)

Fichte, Schelling e Hegel pretenderam superar o criticismo construindo seu pensamento filosófico a partir da *coisa em si*, que para Kant, embora fosse incognoscível, era uma ideia reguladora que garantia o conhecimento seguro a respeito do mundo sensível. Daí porque diante da pergunta *‘o que existe?’* respondem: existe o absoluto. O absoluto é apreendido por *intuição intelectual*. Ocorre que é necessário admitir que não é possível ter a intuição plena do absoluto, isto é, compreendê-lo por completo sem tempo e sem espaço como puramente espiritual e incondicionado. Só nos é dado a conhecer uma pequena parcela desse absoluto, aquela pequena parte que se manifesta no tempo e no espaço sob várias formas. Em outras palavras, o absoluto expande-se no tempo e no espaço, no mundo, na natureza, na história. O problema é que tudo isso se dá dentro do *eu* através de um processo de dedução. O eu partindo

⁵ KANT, Immanuel. *Prolegómenos a toda metafísica futura*. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2003. p. 58.

da *intuição intelectual* do absoluto dele deriva a essência de todas as coisas por intermédio de uma operação discursiva e sistemática. Assim, a essência das coisas, do mundo, é inteiramente depende da subjetividade. A ponto de Hegel afirmar que o absoluto é a razão⁶. A pergunta metafísica ontológica ‘*o que existe?*’ Hegel responde: existe a *razão*. Tudo o mais são fenômenos da razão ao refletir sobre si mesma. A razão concebida como um movimento, como raciocínio, como processo, como dinâmica. Trata-se de uma *razão dialética*, em eterno movimento. Portanto, tudo quanto é, foi ou será não passa de *fenômeno da razão*. Daí porque esses filósofos são chamados de idealistas. Lembrando que idealismo ontológico está definido aqui como a posição a partir da qual as essências ou substâncias dos objetos, das coisas e do mundo dependem da subjetividade.

Sendo assim, o idealista não é capaz de sustentar proposições de caráter universal, não sustenta uma constante no movimento, uma invariável ao longo da história, ou seja, não há essências ou substâncias universais, eternas e imutáveis. O que há é apenas o *movimento*. Tudo é fruto da razão, o “real” é construção da razão, as “essências” estão submetidas ao tempo, e o “mundo” depende da subjetividade. Enfim, tudo é relativo. Hegel buscou fugir do relativismo através da aplicação do *método dialético* que levaria a razão ao encontro do Espírito Absoluto. A história estaria submetida ao progresso, e a liberdade sob o jugo do determinismo. Com a dissolução do indivíduo no processo histórico característica de seu projeto filosófico, o pensamento de Hegel acabou fornecendo mecanismos de justificação de variadas formas de totalitarismo. No lugar do indivíduo, colocou a Razão e suas leis do movimento.

OS RELATIVISMOS: RELATIVISMO GNOSIOLÓGICO

O *idealismo ontológico* tem como consequência necessária

⁶ HEGEL. *Fenomenologia do Espírito*. Petrópolis: Vozes, 1992. Parte II. p.71-72, 87 e 213.

o relativismo, mas o *realismo ontológico* pode ter desdobramentos relativistas ou não dependendo do posicionamento sobre a garantia do conhecimento. É dizer, além de afirmar a existência do real, o *realista ontológico* precisa acreditar na possibilidade de conhecimento desse real e propor um método que garanta tal *cognoscibilidade*.

Embora a substituição da ontologia pela gnosiologia como filosofia de primeira ordem tenha começado propriamente no início da Modernidade, é com a *revolução copernicana* promovida por Kant que a metafísica passa a ser, então, o estudo das *condições de possibilidade do conhecimento*.

Na Idade Moderna são basicamente duas as vertentes da filosofia: a empirista e a racionalista, ambas com desdobramentos no pensamento contemporâneo. Podemos considerar que a tradição empirista moderna tem como precursor Guilherme de Ockham e vai até David Hume. Diante de temas metafísicos, como os universais, por exemplo, a postura mais comum dentre os empiristas é o ceticismo. É o caso, por exemplo, de David Hume. Não se pronuncia a respeito dos universais, apenas considera que, se existissem, não seriam cognoscíveis visto que somente é dado ao ser humano conhecer o que é derivado dos sentidos.

No *Tratado da Natureza Humana*, o objetivo do autor é aplicar à natureza humana o método da observação e do raciocínio experimental preconizado por Bacon e Newton, como bem ilustra o subtítulo da obra: *Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. Para tanto, Hume adota uma postura cética, um ceticismo pirrônico⁷ não radical, pois

⁷ A história do ceticismo moderno é inseparável da interpretação que os Modernos propõem do ceticismo antigo. Todos os pensadores que se declaram céticos, como Montaigne e Hume, fazem-no referindo-se a uma certa ideia de ceticismo. No *TNH*, Hume condena o ceticismo radical por considerá-lo estéril. Adota um ceticismo semelhante ao defendido por Sexto Empírico e Diógenes de Laércio, chamado de ceticismo pirrônico. Nos textos pirrônicos, o ceticismo é de preferência encarado como um empirismo e como um fenomenismo, é uma filosofia cujo critério baseia-se na vida, na experiência e no fenômeno, excluindo as especulações dogmáticas. De outro lado, nas obras de Cícero é predominante a interpretação acadêmica de um ceticismo negador do conhecimento.

está convencido de que o sujeito singular é incapaz de ultrapassar a singularidade de suas impressões e de sua imaginação para alcançar um conhecimento válido universalmente. Entretanto, isso não implica uma renúncia ao conhecimento, nem uma paralisia diante da vida. Não implica um desespero acadêmico, mas apenas a convicção de um relativismo universal. Assim, Hume afasta o ceticismo radical por considerá-lo estéril e errôneo e, no *Tratado da Natureza Humana*, afirma:

*Se nós levarmos nossa investigação para além das aparências sensíveis dos objetos, a maior parte de nossas conclusões serão, eu o receio, cheias de ceticismo e de incerteza (...). A natureza real da posição dos corpos permanece ignorada. Nós conhecemos somente seus efeitos sensíveis e seu poder de receber um corpo. Nada mais está de acordo com esta filosofia do que um ceticismo limitado a um certo grau e uma bela confissão de ignorância nos assuntos que ultrapassam toda capacidade humana.*⁸

Esse limite imposto pelo empirismo, implica num probabilismo⁹, pois considera que nossas concepções sobre as leis da natureza, na realidade, são fruto do hábito e da percepção, o que leva o ser humano a imaginar uma conexão constante entre os fenômenos. E porque a imaginação faz associações e tem uma função reprodutora, isto é, tem a expectativa de ver se repetir o que ela já viu antes, ela introduz em sua visão da natureza uma conexão e uma ordem somente prováveis, não necessárias.

Dessa forma, o limite do conhecimento para o empirista está muito bem estabelecido: é a experiência. A razão também contribui, mas

⁸ HUME, David. *A Treatise of Human Nature*. New York: Ernest C. Mossner Editor, 1986. p. 113 [If we carry our enquiry beyond the appearances of objects to the senses, I am afraid, that most of our conclusions will be full of scepticism and uncertainty. (...) The real nature of this position of bodies is unknown. We are only acquainted with its effects on the senses, and its power of receiving body. Nothing is more suitable to that philosophy, than a modest scepticism to a certain degree, and a fair confession of ignorance in subjects, that exceed all human capacity.]

⁹ HUME, David. *Tratado da Natureza Humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. Tradução Déborah Danowski. São Paulo: Editora UNESP: Imprensa Oficial do Estado, 2001. p. 215-217.

tem um papel secundário, passivo, pois apenas opera as informações (ideias simples) originadas pelo estímulo que os objetos exteriores causam aos sentidos. O ser humano só pode conhecer o contingente. Trata-se de uma razão fraca, incapaz de alcançar qualquer universal. Na melhor das hipóteses é possível estabelecer um conhecimento geral, jamais universal. Assim, o empirismo leva ao relativismo. E o mesmo ocorre com as correntes de pensamento que lhe são tributárias, como o materialismo, o positivismo e o empirismo lógico.

Após a difusão do idealismo pós-kantiano, materialistas e positivistas armados da investigação empírica e da lógica se voltam para a realidade para conhecê-la. Podemos distinguir materialismo e positivismo ao considerar que o primeiro é uma tese ontológica, isto é, afirma algo sobre a natureza do que existe – só existe matéria – e o segundo uma tese epistemológica – todo conhecimento tem origem nos dados sensoriais recolhidos através do método experimental. O resultado ético acaba sendo o mesmo, pois só admitem o conhecimento derivado do sensível e com isso escapam-lhes todas as essências e substâncias. Afastando-se de todo universal, evidentemente, caem num relativismo.

É coerente, então, que os empiristas, os materialistas e os positivistas não tenham desenvolvido qualquer método ou conceito sobre os universais. Aliás, em sua maioria consideram proposições sobre o tema desprovidas de sentido uma vez que não se reverem a qualquer experiência sensorial.

Ocorre que, mesmo se recusando a discutir temas metafísicos e a formular teorias sobre eles, os empiristas e seus descendentes não se livram de afirmações de caráter universal, como, por exemplo, seu dogma fundamental de que todo conhecimento deriva da experiência, ou que tudo é relativo, ou que o indivíduo é a medida de todas as coisas, ou que o critério de significância é a verificabilidade. Todas

essas são afirmações de caráter universal e, portanto, de caráter metafísico. O problema é que todas carecem de fundamento empírico. Essa é uma contradição elementar que atinge o empirismo e todas as correntes que dele derivam como o utilitarismo, o materialismo, o positivismo, o neopositivismo, o pragmatismo, o computacionalismo, e alguns ramos da filosofia da linguagem¹⁰.

OS RELATIVISMOS: RELATIVISMO IRRACIONALISTA

Por relativismo irracionalista tomamos aqueles pensadores que negam que o real funcione sob qualquer tipo de ordem, recusam a existência de uma característica ou potencialidade que defina os seres humanos como espécie, assumem uma postura cética rejeitando a potência da razão para conhecer qualquer coisa para além do imediatamente dado e repudiam qualquer tentativa de universalização dos valores.

O principal autor que articulou essas teses foi Friedrich Nietzsche, e é entorno de suas ideias que definiremos aqui o relativismo irracionalista. As consequências derivadas dessa análise se estendem de forma geral a maior parte da filosofia francesa pós-estruturalista.

Para Nietzsche, assim como para Heráclito, o ser humano deve viver a tragicidade da vida, entender que não há verdades eternas, somente há *vir-a-ser*. Só há movimento. Movimento que simplesmente flui sem qualquer propósito ou ordem. Movimento aleatório, radicalmente livre, sem parâmetro ou direção. Nesse sentido, em *Humano, demasiado humano*, Nietzsche compara a vida e a experiência a uma pintura que *“pouco a pouco veio a ser e, aliás, está ainda em pleno vir-a-ser e por isso não deve ser considerada como grandeza firme, a partir da qual se pudesse tirar uma conclusão sobre*

¹⁰ De Cambridge: B. Russell e o primeiro L. Wittgenstein, de Oxford: A.J. Ayer, F. Waismann e H.L.A.Hart.

*o criador (a razão suficiente) ou sequer recusá-la.*¹¹ Afirma: *“somos nós os coloristas: o intelecto humano fez aparecer o fenômeno e transpôs para as coisas suas concepções fundamentais errôneas.*¹² E ainda: *“Talvez reconheçamos então que a coisa em si é digna de uma homérica gargalhada: ela parecia tanto, e mesmo tudo, é, propriamente, é vazia, ou seja, vazia de significação.*¹³

Assim, contesta e ridiculariza todo e qualquer conhecimento metafísico e afirmações de caráter universal. O necessário e o eterno são fruto de uma razão errônea e pretensiosa. Essa revolta contra os valores ocidentais permeia toda sua obra, que é conhecida por sua série de críticas ao modelo antropológico assumido pela tradição greco-judaico-cristã. É possível resumir suas críticas a duas principais: a insidiosa ambição pelo infinito e a crença arrogante na racionalidade. Como homem não aceita a sua condição de vida, tem uma existência angustiada. A vida é *vontade de poder*. E, *vontade de poder* é tão somente a forma como a vida se dá.

A inspiração para essa compreensão pode ser encontrada na Grécia pré-socrática quando a vida era compreendida como movimento que se move a partir de si mesmo. Vida é isto que desde si, a partir de si, move-se a si mesmo, não há nada para além. Portanto, vida é o movimento autônomo de exposição, ou melhor, de auto-exposição. Sendo assim, a melhor tradução talvez fosse ‘vontade para’, ‘vontade em direção’. Vida é gratuidade, é o aparecer que se impõe, é movimento de retomada que se realiza se alterando. Não está sob o controle do homem decidir sobre a vida, cabe-lhe viver, ser, existir e, neste âmbito, ele tem escolha. Vida é um elemento no qual estamos desde sempre lançados. Não há

¹¹ NIETZSCHE. *Humano, demasiado humano* in Os Pensadores. Tradução de Ubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Editora Abril, 1974. p. 101.

¹² NIETZSCHE. *Humano, demasiado humano* in Os Pensadores. Tradução de Ubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Editora Abril, 1974. p. 102.

¹³ NIETZSCHE. *Humano, demasiado humano* in Os Pensadores. Tradução de Ubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Editora Abril, 1974. p. 102.

escolha, simplesmente vive-se. O homem não é culpado pela sua vida ou pela sua existência, o homem é lançado na vida com a sua finitude, com a sua incerteza, com a indeterminação.

No entanto, para Nietzsche, a vida pode assumir formas que lhe são degradantes, é o que aconteceria no caso do cristianismo. Quando o homem rebela-se contra a vida é porque é incapaz de aceitá-la como gratuidade, um dom, uma pura doação gratuita. O homem vive como um espírito revoltado, isto é, vive um *espírito de vingança*. Não se deve perguntar pelo autor da vida, aquele que deu e porque deu. Esse perguntar o que deu e porque deu seria uma ingratidão, o que é dado não tem autor, nem porque, nem para que: é transbordamento e esse transbordamento é dar-se à existência, é encontrar-se com vida. Vida é viver e ser é sendo.

Portanto, só há uma saída, o homem tem que ser homem, como a vaca é vaca e como a pedra é pedra. Isto é, pedra e vaca não querem ser homem, o homem tem que ser o que precisar ser, só homem. Ele realiza essa sua humanidade sendo apenas homem, assumindo seu destino, aceitando a característica de saber fazer, aceitando a necessidade de fazer e realizando-se fazendo, ou seja, é no fazendo que homem vem a ser o que é, ele liberta a possibilidade própria dele.

Portanto, não há metafísica, não há constante, não há universal, as ações são parte do fluxo que é a vida, sem ordem ou finalidade, simplesmente porque, no mundo, não há ordem nem finalidade.

A CONVERGÊNCIA RELATIVISTA

Tanto o relativismo ontológico dos idealistas, o relativismo gnosiológico dos empiristas e seus descendentes, e o relativismo irracionalista, apesar de partirem de fundamentos distintos, se

encontram, se embaralham e se confundem num verdadeiro nó relativista evidente em suas implicações antropológico-filosóficas.

O desdobramento mais evidente é que para essas correntes filosóficas os seres humanos não compartilham nenhuma característica em comum. A expressão ‘seres humanos’ não representa uma essência, um conjunto de características ou capacidades que caracterizam essa espécie. Admitir tal coisa seria o mesmo que admitir que compartilhamos uma essência, algo universal, atemporal e, portanto, metafísico. Essa é a posição dos chamados *essencialistas* denunciada pelos relativistas.

Para o relativismo ontológico, o que importa é o Absoluto, a Razão, ou melhor, o movimento do todo. A parte, o indivíduo, está inserido nesse movimento, impossibilitado de romper a cadeia de eventos, é levado pelo movimento da história, dissolvido do turbilhão dos acontecimentos. Em nada interfere. Não porque seja passivo, mas porque seus movimentos são determinados pelo meio, o que quer que faça, o que quer que escolha, o faz por ser parte do todo. Não é o indivíduo que determina seu destino, mas os acontecimentos que determinam o indivíduo.

Levado por esse movimento, o que define o indivíduo é o momento histórico no qual se encontra, a família na qual nasceu, a sociedade da qual faz parte, a ordem econômica estabelecida. O sujeito não é apenas parte da engrenagem, mas é definido por ela. A determinação do todo sobre a parte é inevitável, o ser humano não é uma individualidade, não é possível compreender-se como tal, o ser humano é compreendido a partir de suas relações. Portanto, apesar de ser único, está jogado no movimento do Absoluto, é parte de um todo, não tem importância, o que faz, o espaço que ocupa, pode ser preenchido por outro.

Para o empirismo, se nenhum conhecimento universal é possível, não é possível afirmar características e capacidades da natureza humana,

nem princípios morais universais. Portanto, ‘seres humanos’ não passa de um nome. É a mesma conclusão do príncipe dos nominalistas, Guilherme de Ockham, confirmada pelos filósofos neopositivistas.

Diante da impossibilidade de conhecer a essência de ‘ser humano’, os indivíduos são todos seres únicos, absolutamente distintos, definidos por suas características físicas, genéticas, biológicas, históricas e sociais. Se cada um possui definições físicas exclusivas e uma história particular, então são seres únicos, inexoravelmente diferentes. Cada ser tem suas motivações, se satisfazem de maneira particular e tem valores únicos. Não há valores compartilhados.

Para os irracionaisistas, o homem está solto. Largado no mundo sem qualquer parâmetro, impossibilitado de conhecer qualquer universal, está preso a um mundo desordenado, a um fluxo de acontecimento aleatório, abandonado a sua própria sorte.

Só que esse modo de ver implica uma ausência de responsabilidade para com o comportamento e os acontecimentos. O homem está entregue a seus instintos, afetos, desejos e prazeres. E, na busca por sua satisfação, lhe é legítimo agir por qualquer meio, sem se sentir culpado. Resta-lhe lutar pela própria vida com os meios que dispõe. O homem deve viver o presente e preocupar-se consigo mesmo, os comportamentos que lhe garantem o sucesso são, portanto, plenamente justificáveis.

Visto que para o relativismo irracionalista tanto Deus quanto universais morais não existem, o ser humano pode entregar-se a seus instintos, exigências, arbítrios, em suma, ao *eu quero*. Em síntese, a liberdade nietzschiana tem três atributos: é necessária porque não é possível renunciar a ela, é gratuita porque desprovida de sentido, e é inocente porque está *além do bem e do mal*, isto é, encontra em si mesma a própria justificação.

Apesar, dos fundamentos distintos é possível perceber através da análise antropológico-filosófica como suas implicações são semelhantes. Todos acabam por negar a natureza humana e os valores universais, afirmar de alguma forma a ausência de uma essência que defina os seres humanos como espécie, a impossibilidade de compartilhar e conhecer características ou potencialidades comuns.

O relativismo leva, portanto, a uma consequência imediata: a afirmação da diferença. Mas uma diferença radical, sem denominador comum. Afinal, a diferença é inevitável. Portanto, diante de tal inevitabilidade, a postura sensata é aceitar tal diferença.

Qualquer tentativa de afirmar o contrário seria negar a evidência dos fatos. Artificialmente tentar igualar o que é naturalmente desigual. Invocar características comuns implica em admitir universais que ou não existem, ou não são cognoscíveis, ou são fruto do arbítrio de alguns insensatos. Isso não é uma questão de razão, um problema filosófico, é uma questão de fé, um problema de crença. Assim, o termo 'essencialista' na boca dos relativistas se torna depreciativo, e geralmente vem acompanhado da falsa denúncia de que admitir a existência de características comuns implica na formatação forçada de todos.

CONSEQUÊNCIAS DO RELATIVISMO ONTOLÓGICO

O relativista ontológico compreende o indivíduo como determinado pelo meio e, portanto, dissolvido na pluralidade. É parte de um todo. O apego ao método dialético impõe uma ordem ao movimento, permite alguma expectativa, os idealistas crêem no progresso, no progresso do *todo*.

Do ponto de vista gnosiológico, acreditam no conhecimento construído a partir da certeza sensível, mas tal conhecimento não

tem pretensões universais. Ele sofre a ação do movimento dialético da mesma forma que todas as outras dimensões do Espírito, dependendo do momento histórico e das condições ambientais.

Na dimensão prática, sua implicação política é o coletivismo. O Estado se torna a representação máxima do coletivo, mas ao menos, resta uma preocupação com o conjunto, com o funcionamento da sociedade e com a satisfação da totalidade. Mas, como o meio para atingir esses objetivos não considera o indivíduo, o respeito à parte é visto como um entrave ao bom funcionamento e ao sucesso do conjunto. O natural é que a parte se sacrifique em nome do todo. Qualquer tentativa de limitação ou de mudança dessa ordem é compreendida como subversão. Daí servir de justificação para regimes totalitários, como o fascismo e o comunismo.

CONSEQUÊNCIAS DO RELATIVISMO GNOSIOLÓGICO

O relativista gnosiológico empirista faz o movimento exatamente contrário, enaltece o indivíduo e suas capacidades exclusivas.

Mas o que impede o relativista gnosiológico, o empirista, de ter uma ciência própria, particular? Ou, porque o relativista gnosiológico não nega a ciência? Devido aos pressupostos dos quais parte: o realismo ontológico e a afirmação da experiência como origem do conhecimento. O empirista não nega a realidade, a aceita, a compreende como algo independente da sua e de qualquer outra subjetividade, além disso, admite que é possível conhecê-la aproximadamente. O instrumento é a experiência. Um instrumento limitado, que só dá a conhecer o contingente, mas ao menos garante determinado tipo de conhecimento sobre o real, a experiência permite sua explicação, previsão, controle e manipulação. Não é o conhecimento dos universais, do atemporal, do reino na metafísica,

mas é o conhecimento do mundo e seus objetos, das relações, do funcionamento, das leis, da técnica. O empirista conhece a dimensão física, corpórea ou material do real, seu funcionamento e sua ordem próprios. Daí não incorrerem num relativismo gnosiológico, pois o real serve de parâmetro e de limite. Não negam a ciência, pelo contrário, a super valorizam.

No entanto, do ponto de vista prático, não há parâmetro exterior que sirva de norte para o conhecimento de valores universais. Quer dizer, conhecemos o outro, mas não reconhecemos nele qualquer identidade, não compartilhamos potencialidades, ao contrário, o vemos como um ser único, um indivíduo com características exclusivas que lhe permitem diferenciar-se, naturalmente destacar-se e justificam o seu sucesso (ou insucesso).

No entanto, convivemos. Convivemos simplesmente porque a convivência é necessária e inevitável, não por reconhecer qualquer semelhança entre mim e o outro. Os indivíduos participam de uma coletividade porque precisam do outro para viver. Uma convivência tensa devido à limitação de espaço e de bens. Portanto, a sociedade nada mais é do que um aglomerado de singularidades que disputam seu lugar ao sol. E, já que a convivência é inevitável, algumas regras são necessárias, mas o ímpeto individual não deve sofrer limitação, refrear a busca por êxito é antinatural. As leis devem conter o mínimo necessário para garantir a harmonia necessária à sobrevivência do maior número possível de pessoas. Qualquer coisa além disso cercearia a motivação básica: a busca pela satisfação dos desejos.

Portanto, mesmo a motivação sendo egoísta, para o relativismo empirista, ainda há uma preocupação com o bom funcionamento da sociedade, a possibilidade de satisfação dos indivíduos e a harmonia do conjunto vez que isso pode facilitar e garantir a felicidade. Sendo a convivência inevitável, para que o indivíduo

inserido nessa coletividade tenha alguma chance de sucesso, é preciso garantir alguma previsibilidade, regras e garantias, caso contrário, a convivência, embora inevitável, iria se tornar ainda mais tensa, instável e inviável.

CONSEQUÊNCIAS DO RELATIVISMO IRRACIONALISTA

O relativista irracionalista se diferencia grandemente dos outros dois tipos de relativismos. É bem mais radical. O relativismo ontológico busca alguma ordem e previsibilidade na aplicação do método dialético. O relativismo gnosiológico tem a realidade, independente de qualquer subjetividade, como parâmetro para o conhecimento. Isso impede a relativização do conhecimento teórico, muito embora não consiga evitar a relativização prática. Agora, o relativismo irracionalista nega qualquer essência, ordem ou finalidade na dimensão metafísica; do ponto de vista gnosiológico, recusa qualquer universal e não oferece parâmetros comuns para o conhecimento; no aspecto moral, o guia dos comportamentos é tão somente a satisfação pessoal. Portanto, não há universais, constantes, limites, finalidade ou ponto fixo.

O conhecimento nada mais é do que uma construção sobre uma vivência que está em constante alteração. A linguagem é incapaz de representar a realidade, e mesmo a lógica repousa sobre pressupostos, aos quais nada no mundo corresponde. *“O mesmo se dá com a matemática, que com toda a certeza não teria surgido se desde o começo se tivesse sabido que na natureza não há nenhuma linha exatamente reta, nenhum círculo efetivo, nenhuma medida absoluta de grandeza.”*¹⁴

¹⁴ NIETZSCHE. *Humano, demasiado humano* in Os Pensadores. Tradução de Ubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Editora Abril, 1974. p. 101.

A liberdade é necessária, gratuita e inocente, é puro *vir-a-ser* parte desse fluxo:

*A nós seres orgânicos nada interessa originariamente em cada coisa, a não ser sua relação conosco em referência a prazer e dor. (...) O que está mais distante daquele grau primordial do [pensamento] lógico é o pensamento da causalidade: até hoje pensamos ainda, no fundo, que todas as sensações e ações são atos da vontade livre; se o indivíduo que sente considera a si mesmo, toma cada decisão, cada alteração, por algo isolado, isto é, incondicionado, desconexo: emerge de nós, sem ligação com o anterior ou posterior. Temos fome, mas originariamente parece fazer-se sentir sem fundamento e fim, isola-se e se toma por arbitrário. Portanto: a crença na liberdade da vontade é um erro originário comum a todo ser orgânico, tão antigo que existe desde que existem nele as emoções lógicas; a crença em substâncias incondicionadas e sem coisas iguais é, do mesmo modo, um erro originário, igualmente antigo, de todo ser orgânico. Mas, na medida em que toda metafísica se tem dedicado principalmente à substância e à liberdade da vontade, pode-se designá-la como a ciência que trata dos erros fundamentais do homem – mas, no entanto, como se fossem verdades fundamentais.*¹⁵

Para Nietzsche, embora não haja ordem nem sentido, há necessidade, pulsão para a vida, para a satisfação, vontade de poder. O humano ressentido e vingativo, que vive sob a moral da cristandade, a moral dos escravos, é apenas uma *ponte* estendida entre o animal e o *super-homem*. O *super-homem* realizará plenamente os atributos dos homens aristocráticos, dentre eles aceitar com nobreza a ausência de sentido. O novo homem deverá substituir os velhos deveres pela vontade própria. O super-homem tornará a si mesmo o sentido da terra. É o que define como *eterno retorno*. Essa atitude é o que Nietzsche chama de *amor fati*. Em suas palavras: *“teus animais bem sabem, ó Zarathustra, quem tu és*

¹⁵ NIETZSCHE. *Humano, demasiado humano* in Os Pensadores. Tradução de Ubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Editora Abril, 1974. p. 103 e 149.

*e tens de te tornar: vê, tu és o mestre do eterno retorno – e esse é o teu destino!*¹⁶

O super-homem está destinado a sê-lo, é naturalmente mais forte, não deve ter vergonha da sua superioridade, ao contrário, deve exercê-la sem limitações. Se há uma regra moral, é bem simples: a lei do mais forte.

CONCLUSÃO

Embora do ponto de vista antropológico-filosófico todos os relativismos neguem a existência de uma natureza humana, seus fundamentos distintos implicam em consequências distintas.

A diferença está na radicalidade das suas consequências. O relativismo idealista ainda prevê uma ordem, tudo se move de maneira dialética. Todos somos partes de um todo e o que importa é a harmonia do todo. Cognoscitivamente não há muita estabilidade, pois a referência varia, mas moralmente ainda há certa igualdade. O relativismo gnosiológico, embora tenha como garantia a experiência, fornece um referente independente da subjetividade o que possibilita segurança no processo de conhecimento. No entanto, moralmente o único valor a ser reconhecido é a individualidade, a diferença. O relativismo irracionalista nega qualquer constante metafísica, antropológica, gnosiológica ou moral. A consequências são igualmente radicais, não há conhecimento nem valores.

Mas todos se unem na crítica aos essencialistas, ou universalistas, negando qualquer possibilidade de apelo à metafísica, a cognoscibilidade dos universais e o reconhecimento de direitos naturais, o que implica na relativização dos valores.

¹⁶ NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra* in Os Pensadores. Tradução de Ubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Editora Abril, 1974. p. 262.

BIBLIOGRAFIA

HEGEL. *Fenomenologia do Espírito*. Petrópolis: Vozes, 1992. Parte I e II.

HUME. *A Treatise of Human Nature*. New York: Ernest C. Mossner Editor, 1986.

HUME. *Tratado da Natureza Humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. Tradução Déborah Danowski. São Paulo: Editora UNESP: Imprensa Oficial do Estado, 2001.

KANT. *Crítica da razão pura*. Tradução: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KANT. *Crítica da Razão Prática*. Tradução Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KANT. *Prolegômenos a toda metafísica futura*. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2003.

NIETZSCHE. *Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro*. Tradução: Mário Pugliese. São Paulo: Editora Hemus, 2004.

NIETZSCHE. *Assim falou Zaratustra* in Os Pensadores. Tradução de Ubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Editora Abril, 1974.

NIETZSCHE. *Humano, demasiado humano* in Os Pensadores. Tradução de Ubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Editora Abril, 1974.

NIETZSCHE. *Para a Genealogia da Moral*. Tradução Carlos José de Meneses. Lisboa: Guimarães & Cia Editores, 1983.

NIETZSCHE. *O Anticristo*. Tradutor: Artur Morão. Lusofonia, 1992. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/nietzsche_o_anticristo.pdf Acesso em: 28 de julho de 2009, 23:43.

OCKHAM, Guilherme de. *Summa Totius Logicae Livro I In: Lógica dos termos*. Tradução Fernando Pio de Almeida Fleck. Porto Alegre, RS: EDIPUCRS, 1999.

KANT E OS FUNDAMENTOS DO DIREITO MODERNO

*Professoras Doutoras Regina Coeli Barbosa Pereira e Rosilene de
Oliveira Pereira - Universidade Federal de Juiz de Fora*

Immanuel Kant (1724 – 1804) foi um grande pensador europeu da modernidade cujo pensamento repercutiu nas diversas áreas do saber humano. Expoente do iluminismo considerava a razão como princípio fundamental para a compreensão de todos os fenômenos. E assim se constituiu no grande defensor de um projeto de libertação do homem pela razão. “AUFKLÄRUNG” representa o imperativo de maioridade da razão.

A razão estabelece a conduta do homem, mas ele só age moralmente porque é livre. A liberdade é o que há de essencial para a fundação de sua moralidade, para o desenvolvimento de sua racionalidade. Para Kant, é a liberdade que harmoniza o homem, pois apesar de todas as determinações impostas do meio exterior, ainda é capaz de recusá-las em prol da moralidade. A razão o faz senhor de si.

Através da razão, o homem cria as leis morais que dão origem ao mundo dos costumes, da civilização. A razão ordena o que deve acontecer emitindo os conceitos e leis para que a vontade possa adotá-los.

A liberdade tem a função de fundamentar as leis morais e jurídicas, estabelecendo as condições ou os princípios que articulam legalidade e moralidade.

A liberdade e a moralidade se constituem base do sistema jurídico kantiano, assegurando ao direito o fundamento de uma legislação racional e universal.

Para Kant a idéia do direito é o que conduz à filosofia crítica, teórica e prática. O direito se ocupa da legislação prática externa de uma pessoa em relação à outra. Ele realiza a liberdade do agir externo na convivência com os demais, visto que no direito o que é fundamental é que a ação se exteriorize. O direito é a forma universal da coexistência das liberdades individuais.

Nos dias atuais é importante considerar o que Kant pensa sobre o homem, pois para ele, todo o homem tem o direito de coexistir com os outros segundo uma lei universal. E o direito constitui-se em legislação universal para garantia da liberdade de todos. É importante reconhecer em Kant que o avanço dos direitos e liberdades fundamentais constituem parte de uma ordem política bem fundada.

1 – O PENSAMENTO POLÍTICO DE KANT E A QUESTÃO DO DIREITO

Kant apresentou uma nova ideia de homem que revolucionou a política. Pensou o homem em uma nova dimensão, como fundamento da liberdade. O que funda a liberdade é o próprio homem sendo esta a sua essência. Homem e liberdade não se distinguem. Seu exercício é comum a toda espécie que constitui o universo, mas a ideia real de liberdade é apenas da espécie humana. Porque pensa, raciocina, o homem torna-se “senhor do destino dos sentidos da liberdade”. A perda da liberdade significa a degradação do próprio homem.

Kant se compromete com teses essenciais do liberalismo na defesa da liberdade. A postura liberal o leva a condenar o paternalismo governamental que transforma os cidadãos em crianças menores, incapazes de decidir o que lhes é verdadeiramente útil ou prejudicial.

A liberdade política assegura o uso público da razão em qualquer domínio. Mas, para a sociedade política a liberdade implica o uso da lei moral. O conceito de lei é de grande importância visto que o homem é entendido como um ser legislador. A liberdade que diz respeito ao homem individual é a obediência à lei que se dá a si próprio, a lei moral, sempre única e mesma para todos. Esta lei é o que a vontade geral, universal exprimiria e que, em teoria não se confunde com a simples vontade da maioria.

A liberdade é a condição de toda vida moral e, portanto, do direito. Assegura direitos e deveres entre os seres livres. O direito é o instrumento necessário ao estabelecimento de uma ordem em que seja possível o exercício da liberdade universal igual. Tanto mais justa é uma lei quanto mais ela se aproxima da racionalidade e realiza com isso a liberdade.

Em Kant, o fundamento objetivo da possibilidade da liberdade é a autonomia da vontade, considerada como “qualidade que a vontade tem de ser lei para si mesma (independentemente de uma qualidade qualquer dos objetivos do dever)”(BOBBIO, 1997, p.62). Não existe nenhuma liberdade sem autonomia, ou seja, sem uma possível e universal autodeterminação racional. E não há nenhuma autonomia sem liberdade. Nenhuma lei prática tem sentido se não puder ser cumprida livremente.

A liberdade faz com que o homem estabeleça leis morais, consideradas a priori, que se referem ao dever. Kant faz a distinção entre a legislação moral e a legislação jurídica, entre ação moral e

ação jurídica. Para ele, a legislação moral implica em obedecer às leis do dever independente de qualquer inclinação. Isso faz com que uma ação seja moral, coerente com o dever, portanto, cumprida por dever. Em contrapartida, a legislação jurídica aceita que uma ação possa ser cumprida em conformidade ao dever, sem se interessar pelas inclinações ou interesses que a determinam, cuidando simplesmente de sua legalidade. Assim, quando o homem age de determinada forma –porque é seu dever, está fazendo cumprir a lei moral.

Kant distingue ainda moral de direito. A moralidade acontece no âmbito interno (liberdade interna), que faz do homem seu próprio legislador. O direito acontece no âmbito da liberdade externa, entendida como liberdade jurídica que “é a faculdade de agir no mundo externo não sendo impedidos pela liberdade igual dos demais seres humanos livres como eu, interna e externamente”(BOBBIO, 1997, p.58).

No entender de Kant (1993), o direito demanda princípios exteriores de determinação para o arbítrio, não tendo por objeto nada além de atos exteriores. O direito acontece porque é preciso compatibilizar o uso externo da liberdade de todos os indivíduos por meio de leis universais.

O direito supõe uma relação entre dois seres que possuam direitos e deveres, razão pela qual aqueles que não os possuem a ambos não podem formar uma relação jurídica. Essa possibilidade de exigir o dever aparece em Kant ligada à possibilidade de uma coação universal para o cumprimento do dever juridicamente posto, isto é, a coercibilidade.

O direito transcende a lei e encontra seu fundamento na consciência humana. Assim, toda jurisprudência, toda doutrina e todas as asserções jurisdicionais se fundam na consciência; todavia esta consciência humana que funda o direito não deve ser reconhecida como geradora do direito (GUIMARÃES, 1997)

Kant considera o conceito de direito a priori, discriminando nele três elementos constitutivos. Primeiramente se refere a uma obrigação correspondente; diz respeito a uma relação externa, prática de uma pessoa com relação a outra. Assim, é compreendido no campo das relações intersubjetivas. Segundo, refere-se às relações entre arbítrios: o meu arbítrio e o arbítrio do outro. Essa relação é fundamental para que exista uma relação jurídica. Entretanto, para que uma relação seja jurídica a intersubjetividade não é suficiente; é preciso que também haja reciprocidade, correspondência entre os arbítrios. Terceiro, nesta relação recíproca desconsidera-se interesses individuais para se atribuir caráter formal ao direito e prescrever “não tanto o que se deve fazer, mas como se deve fazer” (BOBBIO, 1997, p.70).

Kant define o direito como “o conjunto das leis suscetíveis de uma legislação exterior” (1993:44), isto é, como o “conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de outro segundo uma lei universal da liberdade” (apud BOBBIO, 1997, p.70). O direito estabelece a coexistência dos arbítrios, compelindo todos a ingressarem numa ordem jurídica em que os arbítrios de todos se limitem por leis universais.

Direito é liberdade, mas é liberdade limitada pela presença da liberdade de outros. Se eu transgriro os limites que me foram dados pela minha liberdade invadindo a esfera do outro, me transformo em uma não-liberdade para o outro que passa a ter o direito de repelir o meu ato. Assim, a coação se torna necessária para a conservação da liberdade. Kant considera a coação como um meio indispensável para a atuação do direito mesmo porque ela não interfere em sua eticidade. A coação passa a pertencer ao direito e se torna ética, por estar a serviço da liberdade. Sem coação, a liberdade não acontecerá no mundo da sociedade civil, por isso o direito é inseparável da faculdade de obrigar a quem se coloca como impedimento ao exercício da liberdade.

O direito procura estabelecer a justiça para garantir a ordem e a paz social. “O direito como ordem é o meio que os homens, no decorrer da civilização, encontraram para garantir a segurança da vida” (BOBBIO, 1997, p.72). É preciso que a ordem seja justa fundada no respeito à igualdade.

A justiça não permite o abuso da liberdade, faz com que, em uma dada situação, nenhuma das partes seja prejudicada. O fim do direito é garantir a igualdade entre os homens nas mais diversas situações.

Um ordenamento jurídico não pode ser considerado justo se não protege os fracos dos fortes, os pobres dos ricos, se não estabelece com as próprias regras uma medida, ou uma série de medidas, com as quais seja impedida a prevaricação, e todos os membros de uma sociedade recebam igual tratamento com base em certos critérios fundamentais (BOBBIO, 1997, p.73).

Kant coloca no centro do seu conceito de justiça, a ideia de liberdade, seguida da de igualdade, em função das quais pode ser pensado o conceito de ordem na sociedade. Os conceitos fundamentais da filosofia jurídica de Kant são: a igualdade na universalidade, a liberdade e o reino dos fins, representados na ideia de República pura e de paz perpétua. Esses conceitos constituem elementos positivos do pensamento de Kant e traduzem o seu constante inconformismo com o despotismo que trata o povo como incapaz.

Para se ter liberdade, igualdade e cidadania há de se constituir princípios. Tais princípios a priori são assegurados pela sociedade civil: a liberdade de cada membro da sociedade, como homem; a igualdade desses membros, “como súditos”; a autosuficiência de cada membro de uma comunidade, como cidadão. Cidadão é o colegislador da sociedade política.

A justiça que realiza a liberdade é uma ideia que justifica a administração do direito. Tarefa delegada ao Estado para realizar uma ordem plenamente justa, que possibilita a plena realização da liberdade.

Kant reconhece o Estado como uma organização ética, como Estado de Direito. Para ele, o Estado nasce do direito para o direito. Sua finalidade é garantir o desenvolvimento da liberdade individual para que cada um possa perseguir os fins que livremente se propõe. Sua tarefa não é estabelecer fins para cada indivíduo, mas impedir que na busca de seus próprios fins se estabeleçam conflitos na luta pela liberdade.

A finalidade maior do Estado é a constituição jurídica cuja característica é a atividade jurídica, ou seja, “a instituição e a manutenção de um ordenamento jurídico como condição para a coexistência das liberdades externas” (BOBBIO, 1997, p.135).

O exercício da atividade jurídica justifica a ideia jurídica do Estado em Kant, uma vez que vai assegurar a liberdade, a justiça e a igualdade. Cabe ressaltar que, mesmo numa situação de desigualdade social é preciso considerar a igualdade jurídica. Assim, o que vale para um vale igualmente para todos.

O Estado, em Kant, adquire uma concepção liberal, jurídica e formal, contra o paternalismo e a favor de uma emancipação política em que o cidadão seja “dono” de seu destino.

Há de se considerar como sendo mérito de Kant o de ter introduzido, no que tange à fundamentação teórica, a ideia de liberdade no conceito de justiça, que jamais dela poderá ser retirada, por já estar inserida como um valor em nossa cultura.

2 – FUNDAMENTOS BÁSICOS DO DIREITO

Para Kant, o homem apresenta três princípios básicos imprescindíveis à dignidade humana, à cidadania: liberdade, racionalidade e moralidade. Para ele, a liberdade é o fio condutor das ações dos homens. Somente por ela é capaz de fazer uso da razão e tornar-se independente dos instintos naturais.

A ideia de liberdade se relaciona à vontade, considerada como faculdade de se determinar a agir conforme a representação de certas leis. Ela faz o homem escolher só o que a razão reconhece como bom. Mas, a vontade humana está sujeita a condições subjetivas porque pode ser influenciada pela sensibilidade e o homem agir com base na heteronomia da vontade. Entretanto, a vontade pode ser afetada pela razão e fazer realizar a autonomia da vontade. Nesse caso, o homem não se deixa influenciar pelas inclinações, apetites e desejos.

É a vontade que leva o homem a agir por dever, sentir pela lei uma inclinação imediata. Mas, nem sempre nossas inclinações coincidem com as exigências da razão. As impulsões sensíveis precisam ser, então, controladas pela vontade livre.

A liberdade é dada ao homem através da dimensão prática e a práxis contém uma determinação livre fundamentada na razão; isso, propicia ao homem determinar-se diferente da natureza. Surge a racionalidade e ao invés do homem ser coagido a seguir imediatamente a inclinação e os interesses próprios adquire o poder de agir de forma objetiva, universal.

O homem, como um ser sensível, não pode anular suas inclinações e desejos. Eles emergem por si. Daí a necessidade de se auto-impor à obrigação de agir por dever. Kant percebeu na razão prática uma determinação prática universal. Para ele, no exercício de sua liberdade, a razão prática sofre um constrangimento, fazendo aparecer a consciência moral. Assim, o homem precisa tomar consciência de sua liberdade para encaminhar seu agir; tornar-se independente de causas estranhas e influenciar-se pela força da consciência que tem como origem a razão pensada como vontade. A lei só se torna “moral” para aquele que possui razão e vontade.

A lei moral possui uma força poderosa. Quando o homem quer agir atendendo imediatamente às suas inclinações, conforme

Kant, ele sente-se humilhado, mas neste momento a razão desponta para eliminar este impedimento à lei. Por isso, a lei é uma causa de respeito e empreendimento da ação.

O respeito pela lei não é um sentimento espontâneo, mas é produzido por uma causa intelectual, que se dá a priori. Esse sentimento faz com que a lei se transforme em máxima de ação. Todos acatam subjetivamente a lei moral como princípio determinante de ação devido, portanto, ao seu caráter inteligível. Por ele se estabelece máximas da vontade para a execução de ações uniformes e um agir objetivo, racional.

A lei moral é uma lei do respeito que a obediência da lei exige. O homem precisa agir por respeito à lei, isto é, por dever e não simplesmente conforme o dever. O valor moral de um ato está na intenção e não nas ações realizadas pelo homem. Kant estabelece uma distinção entre essas ações, aquelas praticadas por dever são morais mas, as ações praticadas conforme o dever são apenas legais. O princípio da moralidade está na necessidade de agir por dever e por respeito pela lei e não nos efeitos que se espera de nossas ações. Dever e obediência à lei têm o mesmo significado. É uma necessidade prática incondicionada da ação, por isso deve valer para todos e constituir-se em lei para toda vontade humana.

A moralidade não é constituída no exterior, mas é algo intrínseco ao indivíduo por imposições da lei; não pode ser julgada de fora, por isso o conceito de dever não pode ser tirado da experiência.

Conforme Kant (1986, p. 91) “não existe anteriormente no sujeito nenhum sentimento que se incline para a moralidade”. O motivo do sentimento é sensível, mas o motivo da disposição moral deve estar isento de toda condição sensível. O dever moral é isento de qualquer condicionalidade. A moral é um ideal da razão que se

dá a priori, por isso, nenhuma experiência pode dar motivo para concluir a possibilidade de leis universais. Não se pode considerar as condições contingentes para a formulação de leis. Isso seria desastroso para a humanidade. Os conceitos morais não podem ser abstraídos de nenhum conhecimento empírico, portanto, as leis universais não podem se originar das experiências.

A moralidade acontece por meio da relação do homem com a autonomia da vontade, isto é, com a legislação universal devido às máximas por ele estabelecidas. Para uma ação ser permitida precisa concordar com a autonomia da vontade. O imperativo moral não permite determinação externa, não aceita motivos senão aqueles emanados da autonomia da vontade. A dependência da vontade em face ao princípio da autonomia estabelece o dever. E só se pode obrigar a ter dever para com a lei que a vontade gerou. A condição para o exercício do dever é a liberdade, razão de ser da lei moral (*ratio essendi*).

A moralidade é assegurada por meio de mandamentos, ou seja, leis que o homem estabelece para si as quais tem que obedecer independente de seus interesses particulares. Os mandamentos, como imperativos, determinam as ações do homem para impedir que aflore a imperfeição de sua subjetividade. Quando o querer não coincide com a necessidade prática torna-se necessário o estabelecimento de leis para todo ser humano segui-las incondicionalmente.

Conforme Kant, o homem não pode ser um simples objeto da legislação universal, imposta pela lei moral; é necessário que ele seja o seu próprio autor. Não deve receber sua lei de fora; é imprescindível que a imponha a si próprio. Para isso, a moralidade exige que a razão se transforme em legisladora universal. Ao mesmo tempo que o homem estabelece a lei, a ela se submete. Deve estar portanto, submetido à sua vontade e não à vontade do outro. Cada ser racional tem que agir como se fosse sempre um legislador; agir com base na autonomia da vontade.

A autonomia é a manifestação da liberdade do homem como ser racional. É o princípio de todas as leis morais e dos deveres que ela exige para consigo. A autonomia é o fundamento da dignidade do homem, princípio supremo da moralidade. Ela leva o homem a estabelecer seus próprios mandamentos e excluir qualquer dever que não tenha origem na lei criada por ela.

Devido à autonomia, o homem é capaz de distinguir o certo e o errado: o que deve e o que não deve fazer. Assim a autonomia da vontade funciona como reguladora, avaliadora, não permitindo uso inadequado da razão. Para Kant, a liberdade pode levar o homem a ultrapassar o limite da necessidade e elevá-lo à sua condição humana, como ser inteligível, legislador universal.

O homem quer seguir suas inclinações, satisfazer seus desejos; quer distanciar-se da lei moral. Mas, a razão impõe que ele siga a lei moral; leva-o a combater o mal dentro de si, controlar seus impulsos naturais, dominar a liberdade de seu arbítrio, transformar-se em um sujeito moral.

A razão deve guiar o agir moral universal. Para Kant, a razão é moral porque institui a lei. Nesse ato, a razão pura se transforma em razão prática determinando a vontade, fazendo surgir uma lei moral universal desconsiderando as máximas subjetivas para estabelecer princípios objetivos de ação. Assim, para que a máxima da minha ação possa servir de máxima universal deve articular-se a uma lei geral que lhe sirva de princípio, certamente, eliminando a influência das inclinações.

Kant garante, através da razão, a universalidade dos princípios morais. Acredita que a característica básica da lei moral é a universalidade, que estabelece sua validade para todo ser racional. A regra moral exige uma universalidade incontestável que só a razão, a vontade pura pode lhe oferecer.

A universalidade estabelece objetividade aos princípios morais.

Fornece uma espécie de padrão para a apreensão da totalidade. Requisita uma realidade estabelecida a priori, independente da realidade subjetiva. Por isso, a universalidade impõe que a conduta elimine totalmente a influência das inclinações transformando as máximas individuais em princípios objetivos de ação. É preciso que minha máxima se articule a uma lei geral que lhe sirva de princípio. As máximas da moralidade devem, portanto, ser lei universal extensiva a todos os homens, por isso devem fundamentar-se nos princípios da razão.

É imprescindível um pensar e um agir universal. A universalidade se fundamenta na liberdade e na moralidade e se torna o único princípio capaz de proporcionar ao homem um “ser” e um “fazer” autêntico. A universalidade é considerada uma condição da liberdade que só se torna objetiva com a autodeterminação da razão. A universalidade acontece através dos fundamentos racionais de determinações. O agir moral universal deve fundamentar-se nos princípios da razão. A articulação entre liberdade e universalidade propicia a fundamentação de qualquer legislação e sua devida interpretação. As regras objetivas (ou leis) emanam da razão pura. Toda ação deve estar subordinada a regras universalmente válidas como condição prática da razão. Entretanto, os limites da universalidade da liberdade, no entender de Kant, não são estabelecidos a priori uma vez que a liberdade pode transcender aos limites estabelecidos.

A universalidade define, de maneira absoluta, a necessidade de uma ação através das leis; isto é, dos imperativos. Segundo Kant os imperativos determinam o agir do sujeito, suas próprias ações mas estas precisam ser determinadas considerando seu caráter universal. Assim, mesmo que o homem procure agir como um sujeito singular, não pode perder de vista seu “ser social”. O homem é responsável por sua individualidade devido à sua subjetividade mas é também

responsável por todos os homens. Estabelece uma lei universal que representa sua responsabilidade para com toda a humanidade. Precisa considerar o outro como extensão de si próprio. O critério de escolha de seu pensar e agir é definido por esta forma universal de legislação. “O querer moral é um querer universal”. (ROHDEN, 1981, p. 74)

A universalidade requisita que o outro seja considerado como fim em si mesmo e nunca como meio. Mas, o que faz do homem um fim em si mesmo é o fato de ser capaz de, como legislador, tornar as suas máximas em máximas universais, e, todos agirem como legisladores, submetendo às leis que dão a si próprios, independente de qualquer motivo pessoal ou obtenção de qualquer vantagem.

A liberdade estabelece o sentimento de vida universal. Ela propicia o consenso. A consciência da liberdade promove o autocontentamento no momento em que o homem adota as máximas morais. Conforme Kant esta consciência, como razão prática, torna as leis cognoscíveis à nossa vontade. Não há uma percepção imediata da racionalidade; há uma auto-reflexão da razão sobre os móveis de suas ações. A consciência, no âmbito moral, advém de uma espécie de constrangimento que a razão prática impõe ao homem ao exercer sua liberdade.

O homem precisa tomar consciência de sua liberdade (liberdade negativa), que é a expressão da dependência da vontade frente às pressões da sensibilidade e agir considerando o conceito de liberdade positiva. Este conceito contém implícito uma independência de determinações estranhas e uma dependência de determinações racionais. Assim, o homem age fundamentado em princípios determinantes da razão que devem receber sua força de impulsão da consciência da autonomia humana.

O princípio universal possibilita o acordo entre o pensamento e as ações estabelecidas no interesse igual de todos. E assim, os

princípios que determinam a ação moral são estabelecidos na relação dos seres racionais entre si. Os mandamentos da lei moral são transformados em imperativos, estabelecendo princípios formais e objetivos para toda conduta humana. Agir seguindo esses princípios é agir conforme a representação da lei e esta é a causa das ações racionais, o que acontece através de juízos a priori estabelecidos pela razão (pura). O homem tem em si o poder de projetar regras, elaborar conceitos. Devido à razão pode dar uma fundamentação suficiente às regras.

A razão prática tem a função de organizar, formalizar, dar forma crítica ao que a razão comum pensa de maneira desordenada, já que não há critérios para determinar o que se deve ou não fazer. A razão estabelece a fórmula do agir humano e, com isso, universaliza a lei, não permite contradição e assegura a moralidade da conduta humana.

A objetividade da vontade, isto é, a determinação que a lei impõe a essa vontade de agir de acordo com a lei e que a torna boa é condição de todo bem. O bem e o mal é o que a razão determina, tendo a lei como fundamento. A razão elabora os conceitos do bem e do mal para que tenham caráter de universalidade uma vez que se constituem em algo supra-sensível. E assim, uma ação conforme a lei é boa em si mesma. A transformação de um desejo em desejo racional ou em vontade requer o uso de regras. A determinação racional da faculdade de desejar significa, neste caso, não simplesmente a sua determinação por regras, mas por leis, ou seja, regras objetivas válidas universalmente.

Kant fala de uma espontaneidade absoluta da liberdade cuja consciência tem poder de conduzir todas as ações humanas à unidade sob uma lei da razão. Esta, como uma espontaneidade, segundo conceitos, produz leis para o arbítrio que é livre porque possui um poder interno de autodeterminação. A liberdade de

arbítrio é assim sua espontaneidade, a qual não se determina por nenhum motivo estranho à razão, mas por lei autônomas, universais.

A liberdade do arbítrio precisa aparecer a cada instante para que a razão possa adequar suas ações às regras objetivas, impostas pela razão pura. A liberdade do arbítrio faz realizar o princípio universal. O homem só pode fazer aquilo que pode ser universalizado, por isso, o arbítrio vai fazer de uma lei da vontade uma máxima própria.

Para que haja ordem social é preciso, no entender de Kant, que haja, não o confronto de arbítrios, mas a limitação do arbítrio de cada um segundo uma lei universal da liberdade, que se regula pela razão, de modo a compatibilizar esses arbítrios. A liberdade, que é um direito fundamental de cada um só pode ser garantida na sociedade civil, se a limitação do arbítrio for igual para todos. É preciso que todos se limitem igualmente no uso de seu arbítrio em respeito à liberdade de cada um. Isso significa que o agir de cada indivíduo deve se pautar em máximas objetivas, não empíricas, mas cuja legislação seja válida universalmente. Agir “justamente” é agir considerando a liberdade do outro, segundo um princípio de igual limitação do arbítrio de cada um, expressão da liberdade como autonomia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ideias políticas de Kant trouxeram a grande possibilidade de humanização do homem. Seu mérito foi considerá-lo na espécie humana e não em sua singularidade, em sua “pessoalidade” para o estabelecimento das leis morais. A razão pura prática, característica própria do homem como ser pensante, torna-se responsável pelo estabelecimento de leis a priori imprimindo-lhes o caráter de universalidade. Em Kant, princípios como liberdade, igualdade e justiça são próprios a todos os homens e não privilégio de alguns.

Ao considerar o homem como seu próprio legislador, Kant reconhece nele a autonomia da vontade, responsável por sua dignidade e diretora da consciência do que deve ou não fazer. O homem deixa de ser “marionete” na mão do outro para ser seu próprio “EU”, para “realmente” se fazer homem, determinar por si suas próprias ações.

Liberdade, racionalidade e moralidade tornaram-se, com Kant, grandes conquistas para os homens a fim de que pudessem exercer a cidadania e gozar de uma vida mais justa, mais humana em sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDT, Hannah. Lições sobre a Filosofia Política de Kant. Tradução e ensaio de André Duarte de Macedo. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.
- BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant. Tradução de Alfredo Fait, 4 ed., Brasília: Ed UnB, 1997.
- GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Cinco Lições de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Limen Júris, 1997.
- KANT, Emmanuel. Crítica da Razão Pura. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1986.
- KANT, Immanuel. Crítica da Razão Prática. Rio de Janeiro: Edições 70, 1989.
- . Doutrina do Direito. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993 (Fundamentos do Direito).
- ROHDEN, Valério. Interesse da Razão e Liberdade. São Paulo: Ática, 1981.

JUSTIÇA E DESCONSTRUÇÃO: ENTRE AS RACHADURAS DA LEI

Carla Rodrigues - Doutora em Filosofia (PUC-Rio), professora do Departamento de Comunicação Social da PUC-Rio, autora, entre outros, de Coreografias do feminino (Editora Mulheres, 2009).

INTRODUÇÃO

O pensamento da desconstrução tem algo a dizer sobre a justiça? A tentativa de responder esta questão está no primeiro texto do livro *Força de lei – o “fundamento místico da autoridade”*, no qual o filósofo Jacques Derrida discute a diferença entre direito e justiça. Nesse artigo, tendo como ponto de partida a articulação feita por Derrida entre força e lei, a fim de discutir os limites do direito no alcance da justiça e as limitações de pensar o direito como mediação, debates que têm como pano de fundo as proposições derridianas de ir além da tradição jurídico-política fundamentada em Kant.

AS FLORES DA JUSTIÇA

Com seu apreço pelo que há de singular na linguagem, Derrida começa a discutir a expressão inglesa “to enforce the law”,

inigualável seja no francês, seja no português em que ora escrevo. Para ele, esta expressão nos lembra que “o direito é sempre uma força autorizada”. A aplicabilidade da lei, a possibilidade de que ela seja posta em prática, estaria implicada no conceito de justiça como direito. Derrida está problematizando esta ligação “natural” entre justiça e direito. A desconstrução sofre, argumenta Derrida. Sofre por não poder encontrar “critério seguro” para diferenciar justiça e direito:

[...] não há direito que não implique, nele mesmo, a priori, na estrutura analítica de seu conceito, a possibilidade de ser “enforced”, aplicado pela força. Kant o lembra desde a Introdução à doutrina do direito. Existem, certamente, leis não aplicadas, mas não há lei sem aplicabilidade, e não há aplicabilidade ou “enforceability” da lei sem força, quer essa força seja direta ou não, física ou simbólica, exterior ou interior, brutal ou sutilmente discursiva – ou hermenêutica –, coercitiva ou reguladora etc. (DERRIDA, 2007, p. 9, em itálico no original).

O problema está em como separar a força implícita no direito, a “força de lei” que dá título ao livro, da violência injusta. Para indicar o caráter desconstruível do direito, Derrida explora os fundamentos do direito e o caráter indesconstruível da justiça, buscando uma distinção entre direito e justiça.

Observo que Derrida promove uma ligação tão indissociável entre desconstrução e justiça que se torna tarefa impossível abordar sua noção de justiça sem explorar as mais diferentes maneiras pelas quais ele explica o pensamento da desconstrução, que assume os contornos de uma “estratégia de ruptura”. John Caputo situa a desconstrução numa distância necessária e estrutural entre a lei e a justiça. É nesse abismo que ele quer pensar a desconstrução, “prestando atenção nas flores da justiça que crescem entre as rachaduras da lei” (CAPUTO, 2007, p. 132). Caputo fala em *gap* – palavra que optei por traduzir como *abertura* – e Derrida fala

num “intervalo que separa a indesconstrutibilidade da justiça e a desconstrutibilidade do direito” (DERRIDA, 2007, p. 27). Ele explora esta distinção quando lembra que a história dos sistemas legais é uma história da transformação das leis, passíveis de aprimoramento, revisão, aperfeiçoamento, crítica, construção e desconstrução (CAPUTO, 2007, p. 16). As leis são construíveis e desconstruíveis, e por isso Derrida entende que a justiça não pode ser reduzida à lei nem ao sistema das estruturas jurídicas.

Recupero o contexto desta afirmação. O livro *Força de lei* é a reunião de duas conferências realizadas por Derrida nos EUA. A primeira, “Do direito à justiça”, foi proferida num colóquio organizado pela filósofa feminista Drucilla Cornell na Cardoso Law School. O tema do encontro era “A desconstrução e a possibilidade de justiça”, um diálogo com os representantes dos Critical Legal Studies, que no final dos anos 1980 chegavam ao fim de uma década de florescimento. O objetivo dos CLSs era demonstrar que a lei é política, não neutra nem destituída de valores, e o sistema jurídico sustenta os interesses de determinados grupos sociais, formando um conjunto de preconceitos e injustiças. As possíveis contribuições do pensamento da desconstrução para os CLSs estavam em debate no colóquio do qual participavam juristas e filósofos.

O contexto justifica o tom de defesa do texto de Derrida, que está rebatendo as críticas à desconstrução como um pensamento incapaz de dar conta das exigências do direito e da justiça. Derrida está confrontando a concepção tradicional de direito, herdeira da concepção kantiana do direito como mediação entre a ética e a sua aplicação concreta. Samuel Weber (1992, p. 251) argumenta que o problema da lei seria “traduzir” a promessa de incondicionalidade para as condicionalidades. Derrida vai além de Weber ao propor que o problema do pensamento seria ousar pensar para além das condicionalidades, para que toda “tradução” do pensamento em lei se

dê a partir do que ele chama de “intensificação máxima”. A questão sobre a “tradução” do pensamento de Derrida numa prática política está em debate na leitura de *Força de lei* no contexto da pergunta inicial desse artigo: a desconstrução tem algo a dizer sobre a justiça?

Derrida afirma que o simples ato de aplicar uma regra em nada tem a ver com tomar uma decisão justa. “Simplesmente porque não houve, nesse caso, decisão” (DERRIDA, 2007, p. 43). Ou seja, aplicar a lei, agir em conformidade com a regra, decidir se um ato está ou não dentro da lei, não é fazer justiça. Para que a decisão de um juiz seja justa, ele não poderia se limitar a seguir uma regra, mas a “reinstaurar” a lei, como se a cada julgamento o juiz reinventasse a lei, garantindo o “frescor da justiça” a cada vez que a lei fosse aplicada:

Para que uma decisão seja justa e responsável, é preciso que, em seu momento próprio, se houver um, ela seja ao mesmo tempo regrada e sem regra, conservadora da lei e suficientemente destruidora ou suspensiva da lei para dever reinventá-la em cada caso, re-justificá-la, reinventá-la pelo menos na reafirmação e na confirmação nova e livre de seu princípio (DERRIDA, 2007, p. 44).

Para Derrida, a possibilidade de um juiz ser livre, justo e responsável diz respeito não ao fato de ele ter sido correto no cálculo em relação à regra ou à lei. Não que, com isso, ele pretenda considerar uma decisão responsável aquela que acontecer de forma improvisada ou estiver fora de qualquer tipo de regra ou princípio. É da tensão entre uma decisão que é tomada não apenas com base na lei, mas também não à margem da lei que Derrida vai situar a justiça. O paradoxo entre estas duas posições que parecem inconciliáveis – nem estar restrito ao cálculo da lei nem estar à margem da lei – reside na impossibilidade de afirmar que alguma decisão é justa, questão que se articula à necessidade da força da lei e da sua autoridade. Não se trata, como pode parecer sobretudo

aos leitores da área jurídica, uma estratégia de desqualificar a lei ou o aparato jurídico na sua impossibilidade de alcançar a justiça, mas de propor uma vigília, uma atenção que acorde esse aparato jurídico de qualquer “sono dogmático” – expressão na qual se pode ouvir ecos de Nietzsche.

Por isso Derrida quer reconhecer a ligação indissociável entre força e lei. Ele discute a questão da força quando recupera a expressão de Montaigne citada por Pascal, *fundamento místico da autoridade*: “Nada, segundo somente a razão, é justo por si; tudo se move com o tempo. O costume faz toda equidade, pela simples razão de ser recebida; é o *fundamento místico da autoridade*”. (PASCAL citado em DERRIDA, 2007a, p. 20, grifo meu). Derrida encontra em Montaigne a afirmação de que não se obedece a leis porque sejam justas, mas porque são leis, porque a autoridade das leis está carregada desse caráter místico percebido por Pascal. Derrida cita o seguinte trecho de Montaigne:

Ora, as leis se mantêm em crédito, não porque elas são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico de sua autoridade, elas não têm outro [...]. Quem as obedece porque são justas não lhes obedece justamente pelo que deve (MONTAIGNE citado em DERRIDA, 2007a, p. 21, grifo meu).

Na associação entre força e justiça Derrida quer demonstrar que esse caráter místico da autoridade está numa força instauradora, que se fundamenta a si mesma desde a sua fundação. Derrida problematiza a ideia de fundação da verdade e da justiça e mostra como o pensamento de Pascal reúne justiça e força e “faz da força uma espécie de predicado essencial da justiça”. Nas palavras de Pascal, citadas por Derrida,

A justiça sem a força é impotente [por outras palavras: a justiça não é justiça, ela não é feita se não tiver a força de ser ‘enforced’; uma justiça impotente não é uma justiça, no

sentido do direito]; a força sem a justiça é tirânica. A justiça sem força é contradita, porque sempre há homens maus; a força sem a justiça é acusada. É preciso pois colocar juntas a justiça e a força; e, para fazê-lo, que aquilo que é justo seja forte, ou que aquilo que é forte seja justo (PASCAL citado em DERRIDA, 2007a, p. 19).

As conexões que Derrida faz a partir dos pensamentos de Montaigne e Pascal o levarão a afirmar que “a necessidade da força está, pois, implicada no justo da justiça”, o que o leva a apontar laços indissolúveis entre força e justiça. “Não obedecemos a elas [as leis] porque são justas, mas porque têm autoridade” (DERRIDA, 2007, p. 21). Na associação entre força e justiça Derrida vai ressaltar o problema da violência da lei, demonstrando que nesse caráter místico da autoridade está uma força que já é intrinsecamente violenta desde a sua fundação. Ou, dito em outras palavras, aquilo que funda a lei – a força de lei – só existe a partir de uma violência que se oculta na lei para que esta possa se apresentar como “justa”. Novamente, não para desqualificar o aparato jurídico, mas para agudizar a percepção de que há força em toda aplicação da lei.

DERRIDA LEITOR DE KANT

Na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant (2004) propõe uma concepção prática do direito como mediação entre a ética e a sua aplicação concreta – e, remetendo ao início deste capítulo, lembro que as resistências de Derrida a “traduzir” a incondicionalidade da hospitalidade em lei se situaria na intenção de resistir a fazer essa mediação no campo do pensamento. Há em Derrida uma recusa em operar nessa lógica da mediação, trazendo para o pensamento essa experiência hiperbólica – a hospitalidade é incondicional, o dom é sem retribuição, o perdão é relativo ao imperdoável, a responsabilidade é infinita, a justiça é inalcançável,

a democracia é *porvir*¹. Em comum a todas essas proposições, estão a recusa da universalidade, o reconhecimento da alteridade, e a busca por singularidades, cujo ponto de partida é o reconhecimento da dessimetria em relação ao outro e a formulação, a partir de sua leitura de Emmanuel Lévinas, de que *todo outro é totalmente outro*.

A razão é apresentada por Kant como uma lei, uma lei à qual se tem total acesso, uma lei cujo único valor está na sua possibilidade de, a partir de um eu consciente e singular, tornar-se universal. Universalidade, para Kant, é a comunhão entre seres racionais que subordinam suas vontades à lei em geral:

A simples conformidade à lei em geral (sem tomar como base qualquer lei destinada a certas ações) é o que serve de princípio à vontade, e também o que tem de lhe servir de princípio, para que o dever não seja por toda parte uma vã ilusão e um conceito quimérico; e com isso está perfeitamente de acordo a comum razão humana nos seus juízos práticos e tem sempre diante dos olhos esse princípio (KANT, 2004, p. 39).

Na universalidade está implícito um apagamento da singularidade, porque o singular só se justifica ou se legitima se tiver um caráter universalizável. Para Derrida, as proposições kantianas só são possíveis dentro da concepção de razão como razão calculadora. Ou seja, a razão calcula a fim de encontrar resultados válidos e universalizáveis, que são “traduzidos”, para retomar a expressão de Samuel Weber, em leis. Derrida, no entanto, vai propor pensar que a única chance de uma decisão justa está naquilo que é incalculável.

Entra em cena a palavra razoável, com a qual Derrida promover alguns deslocamentos importantes. Com a palavra razoável, Derrida vai deslocar a racionalidade como faculdade do sujeito da consciência para um tipo de razão que leva em conta o incalculável,

¹ Mais sobre as hipérboles no pensamento da desconstrução em RODRIGUES, 2011.

que leva em conta a alteridade. Não se trata, aqui, do razoável enquanto *doxa*, moderação, temperança. Com a palavra razoável, Derrida recupera, na etimologia, o verbo *razoar*, que tem o sentido de arrasado, daquilo que é rascunhado, rabiscado, e carrega, portanto, a conotação de precariedade (DERRIDA, 2009).

Para compreender a maneira como Derrida aponta os limites da tradição kantiana, é preciso recuperar a leitura que ele faz de Emmanuel Lévinas, a quem recorre para pensar a alteridade e confrontar Kant e seus herdeiros. Inúmeros de seus textos são dedicados aos temas que perpassam a obra de Kant. *Fé e saber, a religião nos limites da simples razão, O mundo das luzes porvir, a Universidade sem condição, Mochlos, o conflito das faculdades, Préjuges, Donner la mort* e, o que vai nos interessar aqui, *A palavra acolhimento* (LÉVINAS, 2004), no qual Derrida vai a Emmanuel Lévinas buscar suas formulações sobre alteridade.

O percurso de leitura que Derrida faz da obra de Lévinas se aproxima naquilo que o pensador lituano tem de crítica a Heidegger. Para Lévinas, Heidegger foi um pensador que subordinou à relação com o Outro à relação ao Neutro. Lévinas quer confrontar a ideia de totalidade e de neutralidade que ele percebe na ontologia. Para ele, o ético está na relação assimétrica com o outro e não na estrutura referencial proposta pela ontologia de Heidegger (LÉVINAS, 1998). Num gesto que será seguido por Derrida, Lévinas vai propor que, ao contrário do que gostaria Heidegger, a experiência do outro é a primeira, e que ética e justiça só podem ser pensados como abertura à singularidade do outro enquanto outro. Derrida acolheu incondicionalmente o que percebeu de mais potente no texto levinasiano: a ideia de uma ética como filosofia primeira, entendendo ética como um tipo de relação não totalizante com o outro.

Vem do reconhecimento da alteridade a impossibilidade de

afirmar que “sou justo”. Por isso, em Derrida, a justiça está sempre ligada ao outro:

Justiça, se ela deve ser feita com o outro, na infinita distância em relação ao outro, é sempre desigual em relação ao outro, é sempre incalculável. Você não pode calcular a justiça. Levinas diz em algum lugar que a definição de justiça – que é pequena, mas que eu amo, que eu penso que é realmente rigorosa – é que justiça é a relação com o outro. Isso é tudo. Só se você se relaciona com o outro como outro, então alguma coisa incalculável aparece, alguma coisa que não pode ser reduzida à lei ou à história das estruturas legais (DERRIDA apud CAPUTO, 1997, p. 18).

Derrida está se referindo a *Totalidade e Infinito*, obra de Lévinas (2000) que ele considera “um imenso tratado sobre hospitalidade”. É a Lévinas que ele vai recorrer para propor a hospitalidade incondicional, que se articula à questão do direito porque tem como intenção, em primeiro lugar, apontar para a insuficiência das condicionalidades da hospitalidade pensada por Kant, mostrando o quanto a formulação de direitos não dá conta de um conjunto de “outros” que escapam às condições de hospitalidade pensada por Kant.

Justiça e direito, assim, se diferenciam porque o direito estaria dentro “um dispositivo estabilizável, estatutário e calculável, um sistema de prescrições regulamentadas e codificadas”, ou seja, dentro de condicionalidades da mediação prática às quais a justiça não estaria subordinada, com suas características de “infinita, incalculável, rebelde às regras, estranha à simetria, heterogênea e heterotrópica”.

Derrida considera que uma decisão tomada por um juiz nunca pode ser considerada justa: “No lugar de “justo”, podemos dizer legal ou legítimo, em conformidade com um direito, regras ou convenções autorizando um cálculo, mas com um direito cuja autoridade fundadora apenas faz recuar o problema da justiça” (DERRIDA, 2007, p. 45).

Se Derrida, num colóquio com representantes dos CLSs, está apontando para o fato de que a justiça não está simplesmente a serviço de uma determinada força social me parece que tem a intenção de problematizar a possibilidade de reivindicação de uma “lei justa”. Ou seja, na ordem do cálculo é possível, como almejam os CLSs, aprimorar o sistema de leis, torná-lo mais abrangente ou menos discriminatório em relação a determinados grupos, como negros, mulheres ou homossexuais. Mas, argumenta Derrida, sempre reconhecendo que a lei ou o direito nunca serão justos.

Se a justiça é, como a desconstrução, a experiência do impossível, e se a lei é sempre violenta, então se trata de discutir as possíveis mudanças nas leis tendo neste pano de fundo a dimensão da tensão que esta tarefa propõe. Perder de vista a violência da lei, a força necessária para sua aplicabilidade, seria também *aderir* a esta violência, abandonando qualquer perspectiva crítica. Manter-se no lugar de tensão – intervindo naquilo que é calculável e desconstruível na lei e reconhecendo o impossível da justiça – seria a tarefa do pensamento da desconstrução, um pensamento que, como diz Derrida, se pretende conseqüente.

Ao afirmar que a desconstrução *é* a justiça, e que a justiça é impossível, ele não pretende que a simples transformação calculável e calculada seja suficiente. Este seria o mais importante dos deslocamentos propostos por Derrida: pensar a justiça não apenas no campo jurídico, nem no campo da política, nem mesmo no campo da ética, a fim de ultrapassar o mero cumprimento de uma regra moral e universal que apenas aplaque as exigências da “boa consciência”, expressão na qual novamente se pode ouvir ecos de Nietzsche (DERRIDA, 1999, p. 118).

Derrida parte assim da distinção entre lei e justiça, entendendo aí lei como uma construção social, datada, finita, política e histórica,

e relativamente determinada, e justiça como um horizonte ético impossível além de todas as fronteiras da política. Quando remete a justiça ao infinito ou ao impossível, ele não está querendo nos jogar na paralisia dos que, diante de um diagnóstico contemporâneo irrefutável, cruzam os braços e dizem que não há nada a fazer. Ao contrário, entendendo a desconstrução como um “pensamento em ação”, ele propõe pensar a justiça como aquilo que, inalcançável, torna-se o horizonte ético de toda e qualquer ação. Nesse horizonte ético, o “motor” seria o reconhecimento da insuficiência das leis para a promoção da justiça, insuficiência que se reconhece não para defender uma paralisia, mas para por-se sempre em obra.

É preciso “ser justo com a justiça” (DERRIDA, 2007, p. 37). E de que forma ele defende que o pensamento da desconstrução pode fazer justiça à justiça? Questionando os limites do aparelho conceitual, teórico ou normativo em torno da justiça. Esta atitude de questionamento seria uma espécie de ampliação de reivindicação de justiça e não algum tipo de niilismo que apontaria as imperfeições da lei.

Sem abandonar a ideia de uma prática, Derrida parte do ideal heideggeriano de pensamento como ação, sem se fechar na proposição heideggeriana de que a ação ou a tarefa principal do pensamento é restituir a referência ao ser. Derrida foi um pensador que fez questão de manter um compromisso radical em relação ao pensamento, que, para ir sempre além, não pode se ater à ordem do cálculo, das formulações políticas ou jurídicas possíveis. O pensamento como único ou último lugar de resistência.

REFERÊNCIAS

CAPUTO, John D. *Deconstruction in a nutshell: a conversation with Jacques Derrida*. New York: Fordham University Press, 1997.

DERRIDA, Jacques. *Donner la mort*. Paris: Galilée, 1999.

-
- _____. Força de lei: o fundamento místico da autoridade. Tradução de Leila Perrone-Moysés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- _____. Vadios: dois ensaios sobre a razão. Tradução de Fernanda Bernardo. Lisboa: Palimage Editores, 2009b.
- DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar. VERITAS Porto Alegre v. 51 n. 2 Junho 2006.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto Editora, 2004.
- LÉVINAS, E. Descobrindo a Existência com Husserl e Heidegger. Lisboa : Ed. Instituto Piaget., 1998.
- _____. Totalidade e infinito. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2000.
- _____. "A palavra acolhimento". Tradução de Fabio Landa. In: _____. Adeus a Emmanuel Levinas. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- RODRIGUES, Carla. Rastros do feminino: sobre ética e política em Jacques Derrida. Tese de doutorado (Filosofia-PUC-Rio), 2011.
- WEBER, Samuel. "In the name of the Law". In: CORNELL, Drucilla et alii (Orgs.). Deconstruction and the possibility of Justice. Nova York and London: Routledge, 1992.

Impressão e Acabamento



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

