

OS FUNDAMENTOS E A CRISE DO DIREITO NA
MODERNIDADE
PERSPECTIVAS FILOSÓFICAS DOS DIREITOS HUMANOS
SEGUNDO A FENOMENOLOGIA

Por

Jorge Luis Fortes Pinheiro da Câmara

Universidade Federal do Rio de
Janeiro

Instituto de Filosofia e Ciências Sociais

Doutorado em Filosofia

Orientador: Prof. Aquiles Côrtes
Guimarães;
Doutor em Filosofia

Rio de Janeiro

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

OS FUNDAMENTOS E A CRISE DO DIREITO NA MODERNIDADE
PERSPECTIVAS FILOSÓFICAS DOS DIREITOS HUMANOS SEGUNDO
A FENOMENOLOGIA

Jorge Luis Fortes Pinheiro da Câmara

Prof. Dr. Aquiles Cortez Guimarães
Orientador

Tese de Doutorado submetida ao Programa de Pós-graduação em Filosofia, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, como parte dos requisitos necessários para obtenção do título de Doutor em Filosofia.

A tese foi _____ com nota: _____(_____), por:

Presidente Prof. Dr. Aquiles Cortês Guimarães;
Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Prof. Dr. Fernando Rodriguez.
Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Prof. Dr. Jorge Coelho Soares.
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Prof^a. Dr^a. Ariane Patrícia Ewald.
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Gilvan Luiz Hansen.
Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro
Maio de 2007

Rio de Janeiro

2007

FICHA CATALOGRÁFICA

Pinheiro da Câmara, Jorge Luis Fortes

OS FUNDAMENTOS E A CRISE DO DIREITO NA MODERNIDADE -AS
PERSPECTIVAS FILOSÓFICAS DOS DIREITOS HUMANOS / JORGE LUIS FORTES PINHEIRO DA
CÂMARA – RIO DE JANEIRO, 2007.

Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Federal do Rio de
Janeiro – UFRJ, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais – IFCS, 2007.

Orientador: Aquiles Côrtes Guimarães

1. Filosofia do Direito 2. Fundamentos do Direito. 3. Direitos Humanos.
4. Fenomenologia – Tese. I. Guimarães, Aquiles Côrtes(Orient.). II. Doutorado
em Filosofia. III. Título.

RESUMO

PINHEIRO DA CÂMARA, Jorge Luis Fortes. Os Fundamentos e a crise do Direito na Modernidade -As perspectivas Filosóficas dos Direitos Humanos. Orientador Aquiles Côrtes Guimarães. Rio de Janeiro: UFRJ/IFCS, 2007. Tese(Doutorado em Filosofia).

Pesquisa sobre os fundamentos do Direito em relação com a crise de sentidos da modernidade com recurso a fenomenologia enquanto ciência eidética. Partindo da inquirição sobre os fundamentos dos direitos para definir um escopo de verificação, busca-se implementar uma concepção que seja uniforme e passível de enfrentamento com a fragmentariedade dos sentidos formulados pelo Direito contemporâneo. A pretensão de invariabilidade dos Direitos Humanos surge como premissa para a redefinição dos sentidos a partir de seu cotejamento com a idéia essencial do Direito a partir da alteridade instituidora da co-presença do outro na formação da sociedade. A formulação de um paradigma unicista da intersubjetividade essencial à construção jurídica resulta em uma perspectiva de solubilidade da própria crise de significação.

ABSTRACT

PINHEIRO DA CÂMARA, Jorge Luis Fortes. Os Fundamentos e a crise do Direito na Modernidade -As perspectivas Filosóficas dos Direitos Humanos. Orientador Aquiles Côrtes Guimarães. Rio de Janeiro: UFRJ/IFCS, 2007. Tese(Doutorado em Filosofia).

Research on the legal bases in relation with the crisis of felt of modernity with resource the fenomenology while eidetic source. Leaving of the inquiry on the beddings of the Rights to define a verification target, one search to implement a conception that is uniform and of confrontation with the fragmentary characters of the directions formulated for the Right contemporary. The pretension of invariability of the Human Rights appears as premise for the redefinition of the directions from its checks with the essential idea of the Rights from alterity of the society. The formularization of a unicist paradigm of the essential intersubjetivity to the legal construction results in a perspective of solubility of the proper crises of meanings.

AGRADECIMENTOS

A Deus, senhor de todas as absolutidades e pai;

A meu orientador Aquiles Côrtes Guimarães por seu elevado senso de humanidade e seus ideais;

A Jorge Coelho Soares que me colocou neste caminho;

A minha esposa Sheila e meus filhos Letícia e Rafael, por seu carinho e atenção constantes;

A meus pais Anna e Lauro, por me fazerem crer, desde sempre, que era possível;

Aos meus colegas de curso Marcos Vinicius, André Fontes, Graça, Nathalie e Maria Lúcia Gyrão, por seu companheirismo e cumplicidade na busca por idéias transformadoras

Sumário

CAPÍTULO 1 – *A questão dos fundamentos*

- 1.1 - *A ESSÊNCIA DOS FUNDAMENTOS*
- 1.1.1. - Aspectos da relação entre fundamento e a consciência intencional do direito.....página 18
- 1.1.2 - A determinação ôntica do fundamento.....página 23
- 1.1.3 – O fundamento em LEIBNIZpágina 25
- 1.1.4 – A questão do fundamento em HEIDEGGERpágina 28
- 1.1.5 – A constituição transcendental do mundo e a *Ereignis*.....página 32
- 1.1.6 – HUSSERL e o método intuitivopágina 33
- 1.1.7 – O recurso à metafísicapágina 36
- 1.2 – *A CAUSALIDADE NECESSÁRIA ENQUANTO CRITÉRIO DE FUNDAMENTO*
- 1.3 - *A NATUREZA DA CAUSALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS ENQUANTO FONTE PRODUTORA DO DIREITO POSITIVO*
- 1.3.1. – O caráter polissêmico do termo direito.....página 40
- 1.3.2. - Os fundamentos do direito em SIMONE GOYARD-FABRE.....página 41
- 1.3.3 – A dimensão política do existir jurídico.....página 45
- 1.3.4. – Estrutura de constituição normativa do direito.....página 48
- 1.4 – *OS SENTIDOS DA CONCEITUAÇÃO E DA VALIDADE DO DIREITO*
- 1.4.1 - Justificação e validade segundo MARIA JOSÉ FALCÓN Y TELLA.....página 58
- 1.4.2 - O sentido da validade do Direito.....página 60
- 1.5 - *A CONSCIÊNCIA COMO REPOSITÓRIO DOS SENTIDOS*
- 1.5.1 - Consciência do direito positivo em sua normatividade.....página 62

- 1.5.2 – A crítica fenomenológica e sua atitude rigorosa em contraponto ao psicologismo.....página 67
- 1.5.3 – A essência na fenomenologia – Instituição da Filosofia enquanto uma ciência rigorosa.....página 73
- 1.5.4 – Percepção ingênua do Direitopágina 76

CAPÍTULO 2 – A CRISE DOS SENTIDOS DO MUNDO E A ORDEM JURÍDICA

- 2.1 – *CARACTERÍSTICAS DA MODERNIDADE E A PRODUÇÃO DE SENTIDOS CONTEMPORÂNEA.*
- 2.1.1 – A contextualização da crise.....página 79
- 2.1.2 – Caracteres e estrutura da modernidade.....página 83
- 2.1.3 – O início da era moderna.....página 84
- 2.1.4 – Descontinuidades e o mundo contemporâneo.....página 87
- 2.2 – *A QUESTÃO DA RAZÃO NA MODERNIDADE -*
- 2.2.1 – A crise científica.....página 90
- 2.2.2 – Poderes morais e os sentidos contemporâneos.....página 93
- 2.2.3 - Reserva de sentidos e a sua descrição pela consciência.....página 98
- 2.2.4 – Pré-compreensão e conhecimento *a priori*.....página 102
- 2.2.5. – A razão científica e a crise dos sentidos na consciência.....página 105
- 2.3 – *A CONSTITUIÇÃO DOS SENTIDOS DO MUNDO PELA CONSCIÊNCIA TRANSCENDENTAL*
- 2.3.1 – Metodologia fenomenológica - A primeira redução.....página 108
- 2.3.2 – A perda dos sentidos do mundo na atitude ingênua.....página 109
- 2.3.3 – O *a priori* do conhecimento.....página 112
- 2.3.4 – Do conhecimento ontológico e sua possibilidade.....página 116

2.4	–	<i>A FENOMENOLOGIA ENQUANTO TEORIA DO CONHECIMENTO</i>	
2.4.1	–	Fundamentação rigorosa do conhecimento.....	página 119
2.4.2	–	Ausência de perspectiva ôntica em tratados e convenções.....	página 123
2.5	–	<i>A FENOMENOLOGIA DA CRISE DO DIREITO</i>	
2.5.1	–	A perspectiva crítica dos sentidos no mundo contemporâneo...	página 125
2.5.2.	–	O determinação eidética do direito.....	página 127
2.5.3	–	Determinação eidética dos conteúdos normativos.....	página 129
2.6.	–	<i>A CRISE NA PRODUÇÃO DE SENTIDOS NA PERSPECTIVA DO DIREITO</i>	
2.6.1	–	Cultura e Direito: ausência de sentidos.....	página 136
2.6.2	–	Princípios Fundamentais no fluxo da historicidade do direito...	página 138
2.6.3.	–	Determinação histórica: uma dimensão dos direitos fundamentais.....	página 140
 <i>CAPÍTULO 3 – O DIREITO EM SUA FORMULAÇÃO FILOSÓFICA</i>			
3.1.	–	<i>INSERÇÃO DAS PREMISSAS NO CONTEXTO JURÍDICO POSITIVO.</i>	
3.1.1	–	Formulação histórica do Positivismo Jurídico.....	página 142
3.1.2	–	Estruturação e modificação do paradigma jurídico contemporâneo.....	página 156
3.2	–	<i>A CONSTITUIÇÃO DOS SISTEMAS POSITIVOS</i>	
3.2.1	–	A influência do romantismo na constituição dos sistemas positivos.....	página 161
3.2.2	–	Os fundamentos do sistema positivista: legitimidade normativa.....	página 163
3.2.3	–	A implicação de valores na ordem normativa.....	página 167

3.4.	–	<i>JUSTIFICAÇÃO E VALIDAÇÃO DO DIREITO</i>	
3.4.1	–	Identificação entre legitimidade e legalidade na reflexividade interna do sistema	página 170
3.4.2	–	Distinção essencial entre fundamento e justificação.....	página 173
3.5	–	<i>O SISTEMA JURÍDICO E SUA ESTRUTURA AXIOLÓGICA.</i>	
3.5.1	–	A apreensão de valores na ordem jurídico-normativa.....	página 175
3.5.2	–	Os Direito Humanos Fundamentais enquanto vetores de constituição axiológica do Direito.....	página 178
3.5.3	–	A alteridade reveladora da <i>ratio</i> dos Direitos Humanos Fundamentais.....	página 180
3.5.4	–	A estruturação autoreferencial do sistema jurídico	página 182
3.5.5	–	A constituição dos sistemas enquanto autoreferenciais.....	página 184
3.5.6	–	Equivocidade da concepção de sistemática exclusivamente auto-referencial para o Direito.....	página 185

CAPÍTULO 4 – A CONSTITUIÇÃO DO ETHOS SOCIAL DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

4.1	–	<i>OS JUÍZOS VALORATIVOS E OS FENÔMENOS JURÍDICOS.</i>	
4.1.1	–	Os juízos valorativos em KANT.....	página 189
4.1.2	–	Premissas para o estabelecimento de juízos valorativos.....	página 191
4.1.3	–	As proclamações de Direito Humanos Fundamentais instituidoras de um <i>Ethos</i> global.....	página 196
4.1.4	–	Dissonância entre autonomia dogmática e juízo valorativo.....	página 197
4.2	–	<i>A INSUFICIÊNCIA DOS ARGUMENTOS DE CUNHO NORMATIVISTA.....</i>	página 208
4.3	–	<i>A CONSTITUIÇÃO DOS SENTIDOS HISTÓRICOS DOS DIREITOS E O CONTEXTO SOCIAL.....</i>	página 209
4.4	–	<i>A CONSTITUIÇÃO DE UMA PERSPECTIVA ANTROPOLÓGICA DE RECIPROCIDADE COM FUNDAMENTO NA ALTERIDADE.....</i>	página 214

CAPÍTULO 5 – <i>A constituição do mundo da vida e a consciência intencional</i>	
5.1	– <i>Husserl e a constituição do Lebenswelt.</i>
5.1.1	– Equívocos conceituais sobre a relação do mundo a vida com a consciência transcendental.....página 218
5.1.2	– A constituição transcendental do LEBENSWELT(mundo da vida).....página 223
5.1.3	– Conceito e definição de mundo da vidapágina 225
5.2	– <i>A QUESTÃO DA CORPORALIDADE NA APREENSÃO DOS SENTIDOS DO MUNDO –</i>
5.2.1	– Limitação tátil do corpo e evidenciação do outro.....página 230
5.2.2	– A intermediação lingüísticapágina 232
5.2.3	– A apreensão intencional da existência do outro enquanto “um outro”página 233
5.2.3	– Insustentabilidade tética da dogmática na fragmentação dos sentidos contemporânea.....página 234
5.2.4	– A inserção do outro na constituição da fundamentalidade jurídica.....página 236
5.5	– <i>NOTÍCIAS HISTÓRICAS DE DIREITOS EM COTEJAMENTOS DE JUSTIÇA</i>página 238
5.6	– <i>A FORMULAÇÃO DE FUNDAMENTALIDADES A PARTIR DA CONSCIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DO OUTRO</i>página 241
5.7.	– <i>ATENUANTES ÉTICAS QUE REAFIRMAM A PERCEPÇÃO ALTERATIVA</i> ..página 246
CAPÍTULO 6 – <i>CONCLUSÃO</i>página 250	
REFERÊNCIASpágina 257	

Introdução

Pensar o mundo e seus sentidos, elucidar à compreensão as questões fundamentais que envolvem o homem na sua relação com a própria existência. Estes, sem dúvida são objetivos visados pela Filosofia desde seus primórdios. A pergunta original sobre o que é o ser, formulada por diversas doutrinas filosóficas, implica em uma atitude de envolvimento com o mundo, com a humanidade, em um compromisso. Com isso erige-se a Filosofia a guisa de meio para resgatar o mundo da insânia em que este se lançou por culpa da prepotência humana. A pretensão de ler os sentidos do mundo como são lidos os algarismos da matemática lançou o homem em uma jornada de idealização da própria existência. Esta idealização afastou o homem de si mesmo, de sua essência, sua humanidade. Todos os saberes tornaram-se tecnologias a serviço da funcionalidade da vida. Os tempos de vida, referidos em eclesiastes 3 na Bíblia, “para tudo há um momento, há um tempo para cada coisa debaixo do céu. Tempo de nascer e tempo de morrer, tempo de plantar e tempo de arrancar a planta ...” foram substituídos pelo ‘sem tempo para nada’ do presente. A espiritualidade humana, expressa nas relações intangíveis que permeavam a

família, o trabalho, a amizade, etc ... foi relegada a dramático esquecimento pela concepção utilitarista de que se revestiram as coisas e as pessoas igualadas as coisas.

Com o Direito o processo não foi menos cruel, evolvido de preceituações clássicas sobre o bem viver, radicalizou-se em seu decisionismo convertido em estatísticas de produtividade e suprimiu-se a sempiterna reivindicação de natureza ética da sua concepção de Justiça. Ao abandono do Direito Natural como paradigma correspondeu um subjugar-se ao tecnicismo e a um emprego autista de teorias argumentativas dissociado da percepção do papel que a crença representa nos sistemas de linguagem. Com isso o Direito viu-se tragado pela crise de sentidos que eclode na modernidade e acirra-se na hiper-modernidade fragmentária. À constatação da emergência desta crise, forjada no cadinho da autonomia referencial do Direito, somente um retorno as idéias de fundamento e essência podem oferecer esperança. Com isso inicia-se a pesquisa com a busca por um fundamento de direito que não seja tético, mas que corresponda a um engajamento do direito no universo humano. A consciência, de forma unívoca assume bem o papel de doadora de sentidos para o mundo e, igualmente, de fundadora do significar, do ser do direito. Esta fundação é associada ao pensamento de Edmund Husserl em sua tarefa intelectual de redescobrir os sentidos da existência humana. Pergunte-se a um humilde agricultor ou marceneiro sobre a vida e provavelmente sua resposta apresentará mais sentidos que a dos eruditos da ocasião. Este o itinerário inicial da pesquisa. Determinar uma conceituação de fundamento que corresponda a sua essencialidade e coerência, em seguida aplica-la à noção do direito para sê-lhe encontrar uma raiz imune aos tautologismos de que se vê revestida a discussão modernamente. Obtendo esta porto seguro com o pensamento de Leibinz quanto ao fundamento em si e de Husserl, na aplicação que dele faz Aquiles

Guimarães, quanto ao fundamento do fenômeno jurídico, impõe-se a tarefa de perscrutar os sentidos em que o fenômeno jurídico se apresenta. Esta divagação é objetivada pela demonstração dos devaneios a que conduziram as Teorias do Direito e da Justiça a uma confusão entre fundamento e conceito, entre conceito e definição e entre definição e utilidade ou funcionalidade. Cada matéria de conhecimento representa um campo válido para o desenvolvimento de idéias coerentes, a confusão destas, porém, corresponderá a insânia referida. Com forma de superar as camadas de entulho provocadas pelo emprego desmedido das idealizações do mundo produzidas pelo apego a atitude ingênua, a metodologia fenomenológica erige-se como mecanismo que permite um retorno às coisas mesmas e com isso pode-se contemplar o Direito em sua essencialidade para estabelecer dois aspectos fundamentais. Primeiro, já mencionado, a natureza apodítica de sua constituição na consciência humana que, através de sua abertura para o mundo, constitui transcendentalmente o Direito. Segundo, a correspondência da constituição do Direito com a intuição de sua necessidade ante a inevitabilidade da coexistência humana. Firmados estes dois aspectos o direito, assim constituído é concebido como erigido sobre as premissas de sua faticidade, sua imperatividade e sua culturalidade axiológica. Estas premissas seriam indicadoras da presença do Direito, de modo que ausente qualquer destes elementos se estaria contemplando algo diverso do Direito o que naturalmente quer dizer que este trabalho não se filia ao pensamento de Hart e outros que supõe haver direito sem coerção, sem império. Por certo em algum futuro poderá haver regulação sem coerção e nesse caso não será mais o Direito de que se trata aqui. Definido os contornos específicos do objeto, passa-se a definir o contexto e o âmbito da crise em que este se insere. A razão moderna, que promoveu a independência do homem das estruturas estamentais que historicamente o jungiam a sistemas políticos e éticos caracterizados pela não adoção dos princípios da

igualdade, da dignidade e da liberdade, foi incapaz de imuniza-lo para novas infecções, as que decorrem da fragmentação e da descontinuidade que a adoção dos princípios citados possibilitou. Livre da opressiva estrutura sócio-econômica das sociedades clássicas a liberdade, de fato conduziu a um individualismo, acirrados pela implosão das utopias socializantes. Tal situação apresenta-se como totalmente adversa ao processo de formulação de sentidos a que se apegou o Direito em sua formulação histórica. A noção de instituição do Direito, que deu nome a importantes compêndios jurídicos, partindo da noção de reserva de sentido como instituidora de poderes morais reconhecidos e regulados pelo Direito caí em franca ociosidade ante a aceleração a que se vê jungida a constituição de sentidos mundanais contemporânea. Ao longo da vida, a mudança de sentidos decorrente da aceleração das comunicações e da superficialidade exigida pelos paradigmas de informação em detrimento de conhecimento, faz com que se viva uma artificialidade e uma descontinuidade que comprometem a idéia de que os direitos seriam repositórios individuais de preservação dos sentidos. Tal eclosão conduz, coletivamente, a uma perda de sentidos do Direito no seu papel regulador, restando-lhe ou um papel repressor ou reduzir-se a menos que direito, despindo de coação e virando mera orientação. Neste tocante o advento dos Direitos Humanos Fundamentais podem representar a implementação de um novo paradigma. A noção de que tais Direitos seriam invariáveis e insuprimíveis, inclusive por seu *status* de primazia principiológica, os revestiria de uma autoridade apta a arrostar as inconstâncias da nova realidade global. Contudo, para que seja possível a adoção destes como critérios de formulação normativa, é preciso alcançar sua essência, seu constituir-se enquanto tal para determinar a possibilidade de sua utilização sem recurso a expressões lingüísticas que, fragmentando ainda mais a percepção do humano a pretexto de analisá-lo como tal, impulsiona sua nulificação efetiva ante a só relevância da pragmática. Na

demonstração do trâmite equivocado dos sistemas meramente discursivos a preceituação de ‘dignidade da pessoa humana’ se presta admiravelmente a verificação da impossibilidade teórica de se arrimar a constituição dos sentidos do Direito em seus postulados. Poucos sistemas jurídicos do mundo devem ter adotado qualquer preceito aviltem a dignidade enquanto tal, porém, mesmo a adoção constitucional desta expressão não impediu sua perversão prática. Quantas ditaduras, afinal, não se dizem democráticas ? O critério deverá então ser outro. É evidente que há um domínio natural na consagração da expressão. A referência à humanidade fundamental de tais direitos remete a condição de natureza do próprio homem. Entretanto, tal constatação ainda se vê carente de um critério mais instrumental, prático. Com isso uma avaliação histórica demonstra que, se é verdade que não se pode falar em Direitos Humanos Fundamentais desde a antigüidade, igualmente é verdade que predomina na história um certo Ethos que torna as ações humanas ponderadas. Embora haja passagens como a destruição de Cartago, na qual até animais foram massacrados e partidos ao meio, certos direitos: à paz, à subsistência, a existência encontram guarida em quase todas as civilizações, desde o início dos tempos históricos, ainda que inseridos em um sistema estamentário onde, p. ex. patrícios detinham direitos que plebeus não possuíam.

Este olhar o outro encontra premissas antropológicas na noção de alteridade pela qual o homem careceria de outro para ter a identificação mundanal. A fenomenologia não é alheia a esta questão sendo fundamental para Husserl o reconhecimento de que o corpo do outro se mostra instrumento para a concepção do próprio corpo, bem como, no campo da sociedade é a comunicação com o outro que dá ao ego transcendental a sociedade e o próprio mundo. Esta noção pode se revestir do caráter

paradigmático citado se concebida a partir de uma concepção fundamentadora, ou seja, para que se possa conceber um preceito jurídico, sua aplicação não pode inviabilizar a possibilidade de constituição de sentidos que o outro potencialmente represente. Assim a liberdade não pode ser integralmente suprimida, a vida deve se revestir em qualquer condição de meios bastantes para subsistência digna, etc ... Aproximando-se com isso no chamado estado axiológico cunhado por Jorge Jaime em seu Ser e valor. Tal concepção não é de todo estranha a humanidade. As principais religiões do mundo estão preches de preceitos que preconizam a mesma prática. Por todas, tem-se o que é dito nos Evangelhos quanto a tratar ao outro como gostaríamos de ser tratados.

Esta a proposta conclusiva da pesquisa, identificar a fundamentalidade da constituição transcendental do Direito na consciência com a indissociável percepção da alteridade corporal como forma de inserção do ego transcendental nos sentidos do mundo da vida através do fluxo dos vividos. Este o arrimo para o enfrentamento, junto com a atitude fenomenológica, única evidenciadora dos sentidos em qualquer contexto, das descontinuidades e fragmentações contemporâneas. O Direito exige, para sua existência que o outro também exista. Com isso, na intersubjetividade constitutiva do Direito, expressa na sua forma comunicativa e na percepção corporal da alteridade, encontram-se as bases para a formulação de assertivas, enunciados, interpretações, aplicações de preceitos jurídicos ainda que privados de poderes morais e reservas de sentido.

CAPÍTULO 1 – *A questão dos fundamentos*

1.1 - *A ESSÊNCIA DOS FUNDAMENTOS*

1.1.1. – Aspectos da relação entre fundamento e a consciência intencional do direito.

O fundamento se dá enquanto causalidade necessária do fenômeno. Esta proposição de WOLF estabelece uma relação entre fundamento e ente fundado que nem sempre é aceita, mas que enfatiza dois aspectos essenciais à noção de fundamento: o primeiro é o de sua necessidade enquanto fundamento. Por ele constata-se que o ente não existe sem que haja um fundamento para seu existir. O fundamento é necessário ao ente fundado enquanto inconcebível que algo exista sem fundamento (*nihil est sine ratione*), conforme proposição de LEIBNIZ. O segundo aspecto é o de causalidade, o fundamento se coloca no âmbito de causa do existir do ente. Esta posição deve ser vista com cuidado. A noção de causa, neste ponto não remonta a uma idéia conseqüencialista. Por causa entende-se a razão de ser, razão do existir e não um eventual ‘para que’ da existência, uma funcionalidade. Assim, juntando-se os dois aspectos, temos que fundamento seja a

causalidade necessária do existir do ente. Têm-se, portanto, que um ente, todo ente, é necessariamente fundado e sua fundamentação se dá remontando à razão necessária do seu existir. Conquanto possa parecer tautológica a afirmativa, a questão remonta a diferença entre afirmar a causalidade como possibilidade e admitir que o fenômeno possua diversas causas – prováveis ou reais e que de diversas causas não se sabe qual a verdadeira; ou estabelecer como imprescindível a determinação da causa necessária, única, ao advento do fenômeno. É óbvio que somente na segunda hipótese se estará agindo com o rigor necessário a que se torne o assunto objeto de proposição científica. Um acréscimo deve ser feito, ainda, à proposição. As duas características (causalidade e necessidade) apontadas, remontam ao âmbito da própria existência do ente. Seu existir é um acontecimento cotejado pela necessidade de fundamento e pela relação de causalidade existencial entre este e o ente por ele fundado. Evidentemente que ambos os conceitos são passíveis de crítica, sob vários aspectos, porém, a coerência das relações que instituem entre si e destes com a noção de fundamento é irresistível. Além disso, as noções apresentadas não se vinculam a funcionalidades ou utilitarismos, ou relativismos de variados matizes, a fundamentação do existir, enquanto questão eminentemente ontológica na sua relação com o ser e nas conseqüências do existir, estabelece as premissas de análise de qualquer variação que o fenômeno possa apresentar. Com isso, a questão sobre a continuidade do ente em suas metamorfoses contextuais é questão intrinsecamente vinculada a delimitação do fundamento do fenômeno. Por exemplo, modernamente surgem setores de aplicação de normas jurídicas que se caracterizam pregar consensualidade, chegam a reivindicar a ausência ou erradicação da coerção. Tal questão invoca a indagação: será que a ausência de instrumentos de coerção descaracteriza a designação de algo como fenômeno jurídico. A resposta, conferida de maneira condicional e lógica será: depende do que se pode definir

como sendo fenômeno jurídico. Trata-se de um silogismo, se o fenômeno possuir a coerção como inerente a seu existir de forma indissociável, a conclusão inexorável será de que se trata de outro tipo de manifestação, um tipo não jurídico, caso contrário será de tipo jurídico. A definição desta relação é indissociável da causalidade, conforme será visto mais a frente, ante a noção de que a fundamentação do ente se dá de forma consentânea com a percepção atualizada do fenômeno. A cada visada intencional da consciência¹, em que esta mira o fenômeno jurídico haverá um fundamentar do mesmo e com isso torna-se à noção de fundamento, enquanto causalidade necessária, indissociável da noção de existir do próprio fenômeno.

O fenômeno jurídico, por sua vez, é um ente que se encontra, devido a sua natureza social, econômica, cultural e política, eivado de uma causalidade indissociável do seu existir. Medram diversas teorias para fundar o direito. Há certo grau de controvérsia substancial e grande confusão etimológica e gnoseológica, envolvendo as discussões sobre os fundamentos do direito. De imperiosa relevância no esclarecimento desta controvérsia é a seguinte assertiva proposicional a respeito da formulação das normas jurídicas.

“Antes que tudo, tenhamos em vista que toda norma emana da consciência, ou seja, a norma posta em circulação tem sempre origem numa consciência que a sugeriu e num conjunto de demais consciências(subjetividades, pessoas) que a tornou possível na órbita da

¹ Expressão própria da metodologia fenomenológica husserliana que será melhor esclarecida no curso da presente pesquisa.

realização fática na esfera do poder político (Legislativo) e no plano da sanção universalizadora da sua eficácia”².

Esta proposição torna-se, por seu caráter causal e não conseqüencial (pois não parte da concepção funcionalista do direito, tão pouco recorre a preceitos sócio-culturais, valendo-se apenas da apresentação do fenômeno em imanência à consciência e da inserção contextual política do mesmo) o paradigma da perquirição sobre a essência do próprio ato de desvelar o direito ao mundo. Ante o aludido no início, pode-se verificar que, o direito, seja qual for a Teoria que se adote para sua fundamentação, é carente de fundamentação. Ou seja, sendo inquestionável que o direito enquanto ente, somente existe se efetivamente se fundar em algo, os movimentos de deslegitimação, de revolução e de insurreição, demonstram sobejamente que a carência de fundamento pode implicar na dissolução do direito, ao menos até que outro surja em seu lugar. Bom exemplo disso se pode colher na experiência russa de pós-revolução. Igualmente a causalidade necessária apresentando-se sob a forma de fundamento, segundo a correlação existencial que estabelece com o ente fundado, expressa a carência de fundamentalidade nas proposições jurídicas. A aludida carência remonta a incapacidade de definição quanto aos sentidos do mundo³. Esta incapacidade, conseqüência do estágio gnoseológico que vivemos, faz com que as contradições e incertezas sejam levadas à conta de aspectos inerentes a operacionalização do Direito que, ao revés de contraditório e incerto, deveria apresentar-se apto a pacificação e estabilidade.

² GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. “*Cinco lições de filosofia do direito*”. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2001. 2ª ed. Página 13.

³ Vive-se um momento das ciências e do conhecimento em que as ditas tecno-ciências dominam o cenário da produção de conhecimento enquanto grande paradigma. Com isso, as ciências do espírito, a cultura e todos os demais meios de apreensão dos sentidos do mundo se subordinam aos equívocos inerentes ao paradigma adotado.

No caso da consciência, enquanto fundamento do direito, esta apresenta em si a soma dos aspectos apontados como características do fenômeno enquanto fundamento de algo. Isso porque a consciência sendo a produtora do objeto precípua do direito, que são as normas jurídicas, é igualmente o local onde se alinham os fundamentos de sua razão de ser. Não se trata evidentemente de argumentar quanto aos aspectos formais das normas ou legislações, mas sim de suas correlações existenciais (com os entes enquanto fenômenos que a colocam em cena no mundo), sua inserção nas vivências (graus ou etapas progressivas de relação com os fenômenos) da consciência intencional (visada de um objeto pela consciência). Forçoso interpretar por consciência, neste caso, não o tradicional repositório da moral individual, mas sim a intencionalidade. A consciência é sempre intencional, ou seja, é algo que se apresenta sempre em relação a um objeto intencionado. Há sempre um objeto que torna a consciência uma consciência deste objeto. Inconcebível a idéia de uma consciência vazia. Esta afirmativa trata de acrescer ao *ego cogito* cartesiano um *cogitatum*, ou seja, instituir a consciência como dirigida aos fenômenos que, por sua vez, somente nela encontram a existência em que são dados a conhecer. Assim tudo pode ser posto em dúvida, do objeto à existência, porém, não pode haver dúvida de que na consciência tem-se a percepção do acontecer do fenômeno. Esta foi a pedra angular dos trabalhos desenvolvidos por *EDMUND HUSSERL* em sua obra de refundação filosófica dos sentidos do mundo a partir da constituição da filosofia enquanto ciência rigorosa (ou seja calcada em proposições de caráter apodítico), desta forma apta a produzir assertivas precisas e lógicas, cujo caráter de certeza e verdade fosse evidente. Daí haver estabelecido que o papel fundamental da filosofia seria, precisamente o de esclarecer quanto aos sentidos do mundo, furtando-se à dúvida, própria de certos sistemas especulativos, e às

relativizações inerentes ao pensamento calcado na exclusiva subjetividade do saber, mormente os empíristas.

1.1.2 - A determinação ôntica do fundamento

Para alcançar condições propícias de esclarecimento sobre a questão posta - quanto a consciência enquanto fundamento do acontecer do Direito - deve-se cotejar a proposição da relação de causalidade necessária entre a consciência e o direito. Para tanto é preciso que se reflita sobre o conceito e os limites do que sejam os fundamentos. Deve-se indagar ainda sobre o sentido em que se está referindo a fundamento. Conquanto já se tenha enunciado que estão sendo adotados os parâmetros cunhados por HUSSERL, tal qual adotados por AQUILES CORTÊS GUIMARÃES, é preciso especificar melhor as premissas que conduzem à adoção da concepção fenomenológica de constituição dos sentidos pela consciência intencional. Filosoficamente a questão não deve assumir contornos mais problemáticos, posto tratar-se de um recurso as teorias, princípios e filosofemas nos quais se assenta a reflexão fundada. Porém, mesmo nesta seara, não são poucas as controvérsias quanto a intensidade da relação entre fundamento e ente fundado. Assim, a definição do quê se entende por fundamento do direito, assume extrema relevância para que se defina um critério pelo qual possam ser obtidos elementos que esclareçam quanto ao ser dos fenômenos cotejados. Sejam eles o direito (a sua essência), o conhecimento, ou a noção de crise (que se constituí na problematização a qual modernamente se submete o direito e de suma importância à esta pesquisa). Pode-se dizer que toda a possibilidade de compreensão

projetada sobre o objeto crise do direito invoca, como uma premissa irresistível, a determinação de um conceito de fundamento que não se prenda ao tautológico discurso de fundamentação legiferante do direito. Fundamentação tão usualmente aceita pelos especialistas do direito e que não conduz a nenhum acréscimo de conhecimento sobre seu objeto. Dizer que a constituição ou o arcabouço jurídico-normativo funda o sistema jurídico implicaria na inviabilização do tema fundamento como possibilidade de esclarecimento quanto aos sentidos do direito e de sua crise. O sentido da norma é revelado por interpretação e não por problematização ou crítica. A toda evidência o caráter normativo e positivado do direito será relevante, mas somente quando se tiver por objeto a determinação existir em sociedade do direito e também sua legitimidade e justificação, o que ainda não é o caso.

Notadamente, ainda quanto a fundamentos, trata-se de uma busca que reverterá em proveito da proposição já firmada, de ser a consciência humana o que funda o direito, ou por outra, ser por ela que se constituem os sentidos do mundo através de seus modos de apreensão. Medra ainda, certa divergência quanto a utilização deste termo (constituição) para definir o papel exercido pela consciência ante o mundo dos vividos. Ocorre que, embora a consciência não possua efetivamente o papel de constituir o mundo fenomênico, e mesmo sem negar sua existência enquanto realidade ontológica, é certo que deste mundo nada sei e nem poderei saber senão por intermédio da consciência. É por meio da consciência que são evidenciados os sentidos do mundo de modo, somente pode ser atribuído *status* de real ao que foi nela constituído. Porém, acredito não é relevante neste momento tal questão enquanto puramente terminológica.

A toda evidência, o percurso para se atingir a assertiva proposta, perpassa por esta etapa geral onde a relação entre fundamento e objeto fundado é examinada. Apenas após o estabelecimento das premissas sobre as quais se desenvolve tal relação será possível a transposição desta para casos específicos, como o do direito. De início, porém, pode-se asseverar que tal indagação prescindirá, evidentemente, dos aspectos meramente acidentais de sua aplicação ao meio jurídico de produção de sentidos, tais como a autonomia normativa das fontes de produção, aplicação e interpretação; assim como de suas fonte de produção meramente técnico-formais. Tais aspectos serão evocados apenas quando da inserção do direito no plano da sua manifestação fenomênica.

1.1.3 – O fundamento em LEIBNIZ

Em Leibniz, encontra-se a referência ao princípio do fundamento com uma remissão à razão suficiente através da causalidade que lhe atribuí o filósofo

“Com efeito, daqui se segue imediatamente o axioma familiar: ‘nada existe sem razão’ ou ‘não há efeito sem causa’ (*Satz vom zureichenden grunde*). De outro modo, existiria uma verdade que não poderia provar-se a priori, ou que não se resolveria em relações de identidade - o que é contrário à natureza da verdade, a qual é sempre idêntica, quer expressa quer implicitamente”⁴.

⁴ Apud HEIDGGER, Martin. “*Essência do fundamento*”. Tradução Artur Mourão. Lisboa - Portugal. Edições 70. 1988. Página 19

Ao estabelecer o fundamento no âmbito de uma relação de identidade e causalidade com a proposição, LEIBNIZ busca afirmar a existência do *principium rationis* com o argumento de que se não existisse haveriam entes que seriam necessariamente sem fundamento, infringindo assim, segundo HEIDEGGER, a ‘natureza’ da verdade em geral. Ainda para HEIDEGGER, LEIBNIZ tratou da questão sobre fundamento na perspectiva deste enquanto possibilidade “O fundamento ou razão suficiente tem uma capacidade explicativa diferente da causa ou razão de ser de ARISTÓTELES. Esta última explica a necessidade das coisas, por que a coisa não pode ser diferente do que é. O fundamento ou razão suficiente explica por que a coisa pode ser ou comportar-se de certa maneira”⁵. Com isso a razão suficiente se destinaria às chamadas verdades contingentes, restando, às verdades necessárias, ter por base a contradição, ou seja, algo seria necessariamente verdadeiro quando, por seus fundamentos, não possa ser de outra maneira. Portanto, a impossibilidade de ser de outro modo, impõe que se reconheça ser do único modo possível.

Embora haja certa divergência quanto aos contornos do fundamento em seu pensamento⁶, WOLFF retorna a concepção necessarista do princípio e adota a máxima latina cunhada, segundo HEIDEGGER, por LEIBNIZ “*nihil est sine ratione*”. WOLFF assenta a idéia de fundamento em uma proposição unívoca, pela qual somente será fundamento de

⁵ ABBAGNANO, Nicola. “*Dicionário de Filosofia*”. São Paulo. Martins Fontes. 2000. Página 475.

⁶ Autores não faltam a afirmar que a submissão de Wolff a Teodiceia de Leibniz era absoluta, chegando mesmo, caso de Julián Marias (*História da filosofia*, São Paulo. Martins Fontes. 2004, pág. 292) a afirmar que seu pensamento (de Wolff) consiste na “vulgarização e difusão da filosofia de Leibniz”. Abbagnano em sua “*História da Filosofia*, vol.07, (Lisboa - Portugal. Editorail Presença, pág. 80) diverge ao assentar que” O sistema de Wolff costuma ser designado como Leibniziano-wolffiano. Na realidade, apresenta características bastante distintas do de Leibniz. Em primeiro lugar, nega o conceito de mónada, como substância espiritual que constituiu tanto a matéria como o espírito; deste modo, abandona-se o conceito dominante de Leibniz, o de uma ordem universal e livre, fundada na escolha do melhor. A ordem do mundo é para Wolff a de uma máquina, sendo por isso necessária e não admitindo liberdade de escolha”.

algo, aquilo de que este algo efetivamente depende para existir. Neste caso, já não se trata de alcançar o fundamento pela via negativa (não poder ser de outro modo) e sim de aprofundar uma concepção necessitarista. Entretanto, somente em CRUSIUS, ao insistir na “distinção do princípio da razão suficiente do princípio da causalidade, justamente para excluir do primeiro o caráter necessitante”⁷, a distinção passou a ser discutida no âmbito do próprio princípio, tornando-se a razão suficiente e a causalidade “expressões do princípio de necessidade”⁸. Esta distinção entre causalidade e fundamento é passível de crítica por admitir a possibilidade de fundamento (razão) dissociada da causalidade, com isso tentaria cindir o que é tautológico. A concepção de CRUSIUS se abriria para pluralidade de fundamentos possíveis. Ocorre que, se o determinante para que algo se estabeleça enquanto fundamento, é que este seja a razão do que está fundando, torna-se evidente que a remissão a fundamentos potenciais nada acrescenta à relação estabelecida de forma necessária. Supor que fundamentos diversos poderiam igualmente servir ao fenômeno(ente) fundado não reveste de rigor científico a pretensão. Tal proposição, ao contrário, conduz à incerteza e, por consequência, enfraquece a crença que possa produzir.

1.1.4 – A questão do fundamento em HEIDEGGER

⁷ ABBAGNANO, Nicola. Ob. Cit. supra pág. 475.

⁸ Idem. Pág. 476.

No desenvolvimento da filosofia de HEIDEGGER, a questão do fundamento tem lugar de relevo, sobretudo por sua variação conforme a presença nas obras: “SER E TEMPO”, “PRINCÍPIO DO FUNDAMENTO” e “ESSÊNCIA DO FUNDAMENTO”. Tal qual o próprio conjunto teórico de sua filosofia, a significação do princípio sofre alterações cronológicas bem representadas pelas referidas obras. Em “*VOM WESEN DES GRUNDES*”, conforme anota INWOOD, “A essência do fundamento é a dispersão do próprio fundar, que aparece de três formas, surgindo transcendentemente, na (1) projeção do mundo, (2) restrição dos entes e (3) fundamentação ontológica dos entes.”⁹, assim anota que “*Dasein* 1. funda, ‘projeta ou transcende para’, um mundo, 2. funda a si mesmo neste mundo como um ente entre outros, tornando-se, portanto, capaz de 3. procurar razões pelas quais isso e isso é o caso. Tudo isto envolve a liberdade”¹⁰. HEIDEGGER assim, apresenta a liberdade como fundamento do princípio: “o lugar de nascimento deste princípio não reside na essência do enunciado, nem na verdade da proposição, mas na verdade ontológica, isto é, na própria transcendência. A liberdade é a origem do princípio de razão (suficiente); com efeito, nela, na unidade de sobrelevação e privação é que assenta o fundamentar que se configura como verdade ontológica”¹¹. Porém, o pensamento de HEIDEGGER, ao atingir uma fase mais histórica, passa por uma mudança de perspectiva. Na obra referida a problemática do fundamento não se projeta em uma relação do ser como fundamento dos entes. Isso quer dizer que HEIDEGGER passa a refletir dentro de uma concepção não causal do fundamento, percebido então enquanto transcendência¹², “Nenhuma razão ou causa podem ser dadas

⁹ INWOOD, Michael. “*Dicionário Heidegger*”. Tradução Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor. 2002. página 75

¹⁰ Idem.

¹¹ HEIDEGGER, MARTIN. Ob. Cit. Pág. 103

¹² “*Dasein* 1. funda, ‘projeta’ ou ‘transcende para’ um mundo, 2. funda a si mesmo neste mundo como um ente entre outros, tornando-se portanto, capaz de 3. procurar razões pelas quais isso e isso é o caso. Tudo isso envolve liberdade, ‘fundo do fundo’”. Apud. *Dicionário Heidegger*. Ob. Cit. Pág. 75

para a nossa livre projeção de mundo inicial. Nossa consciência de um mundo, dos entes como um todo, descobre possibilidade alternativas, tanto para os entes em geral quanto para nossa conduta. Assim podemos perguntar: Por que (fazer) isto e não aquilo?”¹³. Chega a afirmar que o ser é um abismo que lhe impede de atingir a condição de fundamento de algo “o ser não nos oferece nenhum fundo ou base, sobre o qual possamos construir e no qual possamos habitar - como oferecem os entes para os quais nos voltamos. O ser é o dizer-não(*Ab-sage*) para este papel de fundação, ele nega tudo que funda, é a-bissal(*ab-grunding*)”¹⁴. É preciso esclarecer que não se trata de um pensamento que nega a existência de fundamento, pelo contrário ele a afirma negando, entretanto a univocidade e, por evidência, estabelecendo a impossibilidade do ser, enquanto fundamento para os entes, instituir uma relação de fundamentação.

Em verdade, têm-se dois momentos de um pensamento em desenvolvimento. No primeiro momento o reconhecimento do eu no mundo, da existência humana (*Dasein*) que em sua transcendência, seu ultrapassar o ser-em-si para a condição de ser-no-mundo, fundando o próprio mundo que se constitui por sua transcendência. Esta formulação encontra-se no *SEIN UND ZEIT*, já em *VOM WESEN DES GRUNDES* a perspectiva fundante do *Dasein* é repudiada quanto a qualquer pretensão de fundamentação do próprio ser. Ao dizer que ele “nega tudo que funda” é preciso entender que não se nega o ato de fundar, mas sim a pretensão de estabelecer uma relação entre o ser fundante e o ente fundado. O ser nega aquilo que funda, ele próprio não apresenta “fundo ou base”; os entes são fundados pelo ser-no-mundo, entretanto não se relacionam com ele, não o aprisionam

¹³ Idem.

¹⁴ Ibidem.

como um fundamento seu, não o atrelam a uma condição de mero fundamento, de causalidade. É um olhar que se lança no mundo, funda os entes e se dispersa por outros entes.

Posteriormente, HEIDEGGER passa à uma concepção mais histórica (*GESAMTAUSGABE* – obras completas, vol. 65 – *BEITRÄGE ZUR PHILOSOPHIE- VOM EREIGNIS*) segundo a qual este implica uma indagação sobre o fundamento do infundado. Ou seja, a fundamentação do *Da-sein*, a verdade do ser e o acontecimento¹⁵. “O acontecimento funda o *Da-sein* em si mesmo. *Da-sein* funda o acontecimento. O fundar é recíproco. O sustentar assomando, o fundar projetando”^{16/17}.

Nas obras posteriores a *SEIN UND ZEIT*, HEIDEGGER “encontra dois sentidos para o princípio da razão suficiente: 1. Ele expressa a exigência da tecnologia moderna de que tudo forneça uma explicação (*ratio*) de si mesmo, represente a si mesmo, para o homem.(...) 2. Ele responde à questão sobre o sentido do ser, dizendo que o ser é fundo e portanto permanece sem fundamento, i.e., agora sem o por quê”¹⁸. Deve-se observar que no pensamento fenomenológico desenvolvido por M. HEIDEGGER não foi reservado espaço para a aceitação de um ego transcendental¹⁹. Para ele, o ser é infundado

¹⁵ INWOD, Michael. Ob. Cit. Pág. 75

¹⁶ Idem.

¹⁷ A formulação do Dasein heideggeriano obedece a uma modificação decorrente da seqüência de obras apresentadas. De uma idéia inicial, na qual haveria correspondência semântica entre Dasein e existência humana enquanto transcendência, ou seja, não na sua simples singularidade mas na sua condição de ser-af. Contudo evolui a expressão em heidegger para da-sein, evoluindo sua definição rumo a transcendência, deixando de referenciar-se no homem(ser) passando a centralizar na relação entre o homem e o mundo. Torna-se mesmo impessoal, embora seja dito que Sein und Zeit não seria mais antropocêntrico que suas obras posteriores. Ibidem. Págs. 30/31

¹⁸ Ibidem pág. 76

¹⁹ O mundo se dá ao ego de forma transcendental enquanto um mundo imanente a este ego, obtido através de visada que se dá no interior do sujeito, de onde emanam as evidências, trata-se assim de um mundo

pois se apresenta como pura abertura: “A relação que constitui o *Dasein* é de um tipo que só é mantido para se abrir a abertura do próprio ser”²⁰.

A ressalva quanto a transcendência do *Da-sein* pela qual o ser-relação (com o mundo) em sua transcendentalidade, não se funda a si próprio sendo ele mesmo sem-fundo, não se dá inutilmente. Trata-se de apontamento de profunda relevância para a pretensão de determinar, oportunamente, um fundamento para o direito. Para tanto a reflexão sobre esta questão, conquanto já delimitada em seus termos absolutos pela razão necessária, deve ser mais refletida. Diz-no DUBOIS que:

“Pode-se mesmo dizer que não há ser sem a experiência que dele faz o *Dasein*, libertando-se do ente – mas essa relação não é para ser pensada como o entre dois termos apartados um do outro: é apenas na relação que o *Dasein* vem a ele mesmo, ao próprio, ao mesmo tempo em que ser vem ao próprio. A ipseidade do *Dasein* é aqui pura vinda ao próprio a partir do ser mesmo: *Ereignis*, acontecimento apropriante que apropria um e outro, um pelo outro”²¹.

A *Ereignis* referida vem a ser o acontecimento com o qual M. HEIDEGGER pretende apreender o mundo em sua abertura a produção de sentidos do ser.

transcendental, a constituição de um mundo transcendente, embora indiscutível, não é acessível ao sujeito que somente vivifica os fenômenos em sua consciência intencional.

²⁰ DUBOIS, Christian. “*Heidegger: introdução a uma leitura*”. Tradução Bernardo Barros Coelho de Oliveira – Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed. 2004. pág. 112.

²¹ DUBOIS, Christian.ob. citada página 112.

1.1.5 – A constituição transcendental do mundo e a Ereignis

No pensamento de HEIDEGGER não há lugar para a consciência transcendental. Seu papel é ocupado pela abertura ao mundo. Esta abertura se apresenta em seu ato de somar-se, cumularem-se as aberturas, como *Ereignis*(acontecimento). O acontecimento é o dar-se o mundo à percepção que dele se faz pela abertura aos seus sentidos. Trata-se de sensível divergência entre o pensamento de HEIDEGGER e de seu mestre HUSSERL. HEIDEGGER, nega à consciência o estatuto cartesiano de evidência apodítica do cogito, em razão de uma natureza antropológica de sua inserção metafísica na reflexão. No dizer de HEIDEGGER:

“A profunda tragédia de HUSSERL estaria, pois, no facto de ele, que se pronunciou pelas próprias coisas e contra todas as construções metafísicas, ter reconstruído, em última análise, o caminho dos sistemas metafísicos modernos sem mesmo se aperceber disso e sem que tenha descoberto os pressupostos que poderiam existir”²².

A controvérsia instaura-se, portanto, sobre uma premissa distintiva das concepções destes dois filósofos, nos seguintes termos: a consciência enquanto doadora de sentidos aos fenômenos através da descrição do fluxo de vivências, instaura um sistema metafísico ? Conforme assinalado acima, M. HEIDEGGER afirma ser esta a “profunda

²² M. Heidegger apud RESWEBER, Jean-Paul. “*O pensamento de Martin Heidegger*”. Coimbra, Portugal. Livraria Almedina. 1979. página 66.

tragédia de HUSSERL”. Sobre isto diz-nos “O autor das *Ideen* esqueceu-se de se interrogar sobre o sentido do eu transcendental. É por isso que a fenomenologia transcendental é uma variação da metafísica do cogito, saída da representação”²³. Nesta crítica inserem-se dois ingredientes: o primeiro, evidente, a acusação de subtrair-se ao objetivo anunciado da fenomenologia: o retorno às próprias coisas, ao vivido em detrimento das construções categoriais apriorísticas com que a metafísica kantiana pretendeu reger a constituição de sentidos do mundo. O segundo ingrediente seria admitir que o recurso à consciência como local de constituição²⁴ dos sentidos do mundo, implicaria um recurso ao modelo antropológico do ego como fonte última do conhecimento humano e, como tal, incapaz de libertar o conhecimento das estruturas que lhe subtraem a liberdade de que efetivamente se constitui.

1.1.6 – HUSSERL e o método intuitivo

HUSSERL, por sua vez entende que a substituição do sujeito transcendental pelo *Dasein* corresponderia a fazer antropologia. Como já anotava GEORGES GURVITCH em “TENDÊNCIAS ATUAIS DA FILOSOFIA ALEMÃ”, segundo HUSSERL “nenhuma teoria poderá fazer-nos duvidar jamais do princípio de todos os princípios: de que toda intuição conduz ao dados imediatos e originários e é uma fonte de conhecimento válida”²⁵. A presença da consciência intencional, conforme se anotará posteriormente, no papel de

²³ Idem.

²⁴ Constituir na terminologia fenomenológica significa evidenciar

²⁵ GURVITCH, Geoges “*Las tendencias actuales de la filosofía alemana*” tradução P. Almela y Vives. Buenos Aires, Argentina. Imprensa López. Página 19.

evidenciadora(constituidora) dos sentidos do mundo é nodal para a formulação da questão do fundamento em HUSSERL. Para não alongar ao extremo a pesquisa pela noção de fundamento, esclareça-se o que se entende por intuição. O método intuitivo é melhor compreendido em sua distinção face ao método discursivo. O primeiro apresenta-se enquanto forma direta de apreensão do objeto, sendo o outro método indireto. Pela intuição, o objeto é dado diretamente, é feito presente a cognição. O método discursivo procura identificar todos os aspectos que caracterizam o objeto, enquadrá-lo em um ou mais tipo de classificação, determinar seus elementos constitutivos, analisá-lo sob pontos de vista e perspectivas distintas para, ao final, conseguir forjar um conceito que se aplique perfeitamente a ele. Na intuição fenomenológica há um recurso, no dar-se o objeto a consciência, que é a redução deste pela suspensão de seus aspectos particulares e psicológicos, contingentes enfim, para que se afaste a existência singular da coisa; e então, afastando de si essa existência singular da coisa, para não procurar na representação senão aquilo que tem de essencial, procurar a essência geral, universal, na representação particular.

Embora tanto HEIDEGGER quanto HUSSERL compartilhem da idéia de que a fenomenologia impõe-se, como método filosófico, ao colocar os entes enquanto fenômenos, na condição de objeto do conhecimento, divergem sobre o itinerário em que o dar-se do objeto ocorre. HEIDEGGER aponta o fato da abertura do mundo, como doação de sentidos do Dasein (do ser em si) enquanto ato fundante, porém, negando o fundamento enquanto relação (seja necessitarista, seja facultativa, seja potencial) torna-se incapaz de fundar por si o que quer que seja, mas apenas possibilitá-lo. Há um aparecimento sobre o

qual nenhum controle ou expectativa se tem; HUSSERL diverge ao estabelecer a consciência na condição de fiadora da própria existência.

A essência da controvérsia está no papel fundamental que HUSSERL atribui a consciência no processo de iluminação dos sentidos do mundo, e no desconforto sentido por seu discípulo por entender que tal questão, contida para ele na estrutura da metafísica e como tal não apodítica, punha a perder a excelente proposição quanto a fundação de uma ciência de rigor. A repulsa a metafísica encontra-se na própria natureza desta. A Metafísica encontra excelente e concisa definição de SIMON BLACKBURN, nela é dito que, qualquer investigação que levante questões sobre a realidade que esteja por detrás ou além das que podem ser tratadas pelos métodos da ciência tem natureza metafísica²⁶. Por ciências, neste caso, somente se pode entender as ciências da natureza, ciências dos dados positivos. Esta definição ajuda a esclarecer o porquê de entender HEIDEGGER que o recurso a metafísica constituir-se-ia em trágico. Ao não submeter-se aos métodos científicos, o estatuto rigoroso de que uma pesquisa filosófica deve se revestir não será cumprido. Aliás, a fundação do pensamento fenomenológico por HUSSERL é indissociável desta busca por rigor. “EDMUND HUSSERL quis fazer da filosofia uma ‘ciência’ rigorosa’, ‘uma ciência realizada em virtude de evidências tiradas do próprio sujeito e encontrando nestas evidências a sua justificação absoluta’²⁷. Desta forma a acusação feita por HEIDEGGER equipara-se a negar que seu mestre haja se mantido no percurso intelectual que inicialmente havia proposto.

²⁶ BLACKBURN, Simon. “*Dicionário Oxford de Filosofia*”. Tradução Desidério Murcho. Rio de Janeiro. Jorge Zahar ed. 1997. página246.

²⁷ DUPUY, Maurice. “*A filosofia alemã*”. Trad. Rosa Carreira. Lisboa – Portugal edições 70,1987. página 95

A pretensão de HEIDEGGER, contudo, encontra um grave óbice na imposição do acontecimento como ato de revelação do mundo. Ao excluir o papel da consciência intencional no processo de apreensão dos sentidos do mundo, resta unicamente aguardar o manifestar-se através do acontecimento. Ou seja, nada podendo fazer para intencionar os sentidos do mundo, fica o sujeito aguardando que se dê o acontecer do mundo a consciência, o aparecimento. O repúdio à intencionalidade por estar cingida ao campo da consciência, sendo assim considerada esfera metafísica por não se submeter aos métodos pragmático-dedutivos das ciências da natureza, não basta para revestir de validade a noção de aparecimento, cuja fugacidade seria imune a qualquer metodologia científica.

1.1.7 – O recurso à metafísica

Conforme se vê, há uma simplificação da questão. Ainda que se admita a hipótese metafísica, é da essência indivisível da fenomenologia seu método enquanto processo rigoroso para determinação de enunciados apodícticos. A questão perpassa um aprofundamento no papel da consciência intencional, do eu transcendental e em outros fundamentos do método fenomenológico, que serão melhor examinados em capítulo posterior. É necessário ainda afirmar que HUSSERL encontrou nas suas conferências em Paris a oportunidade para demonstrar como seria equivocado pretender suprimir a toda a noção de metafísica, apenas o que chamou de metafísica ingênua foi refutado.

“Por fim é preciso eliminar um mal-entendido, gostaria de referir que, pela fenomenologia, apenas se exclui toda a metafísica ingênua e que em si trabalha com coisas absurdas, não a metafísica em geral.

O ser em si primeiro, que antecede e sustenta toda a objectividade mundana, é a inter-subjetividade transcendental, o conjunto das mónadas que se reparte em diversas formas de associação. Mas no interior da esfera monádica fáctica e, como possibilidade essencial ideal, em cada esfera concebível, aparecem todos os problemas da facticidade contingente, da morte, do destino, da possibilidade enquanto exigida sinificativamente num sentido particular, de vida subjetiva individual e comunitária, por conseguinte, também os problemas do sentido da história, etc. Podemos dizer também: são os problemas éticos-religiosos, mas implantados no solo em que se deve justamente situar tudo o que para nós pode ter sentido possível”²⁸.

A refutação é conclusiva, a metafísica não pode ser simplesmente rejeitada, sobretudo, face a tratar de questões cujos sentidos referem-se a constituição do fluxo de vivências histórico-culturais de cada sociedade. Tal fluxo é, por natureza, refratário a análise com metodologia transposta das ciências da natureza (não metafísica portanto), entretanto há de se modificar a abordagem da questão. Adotando a concepção já referida para o que seja metafísica (sua não submissão aos métodos analíticos dedutivos e experimentais das ciências da natureza), resta cunhar para esta um estatuto de rigor que seja igualmente digno do *status* científico. Não por gozar da validade outorgada pelos métodos referidos, mas sim por sujeitar-se a mecanismos de controle e verificação que sê-lhe assegurem o rigor. O rigor não se encontra na metodologia científica estrito senso, a essência do rigorismo científico está na reprodutibilidade dos experimentos. Somente por

²⁸ HUSSERL, Edmund. “*Conferências de Paris*”. Trad. António Fidalgo e Artur Morão. Lisboa / Portugal. Edições 70 LTDA. 1992. página 51.

reprodutibilidade se afere o rigor dos mecanismos de controle e verificação. Esta a essência da proposição de HUSSERL. Não mais a abordagem ingênua, atribuindo a metafísica a condição de física primeira em seu papel de âmbito de reflexão sobre as verdades fundamentais a partir de observações e conclusões inverificáveis, mas deslocando-a para terreno em que sua inserção condiga com a possibilidade de rigor científico. Não a metafísica integrante do estrato ético-religioso da sociedade e sua influência na constituição dos sentidos desta, mas sim a que se coadune com uma nova ciência, de rigor equiparável as ciências da natureza, sem estar deturpada pela crença ingênua no mundo e por infinitos *apriori* cuja fundamentação se perde na idealização de seu próprio universo conceitual.

1.2 – CAUSALIDADE E FUNDAMENTO

1.2.1 – A causalidade necessária enquanto critério de fundamento

Atualmente, desde a superação da resistência oposta por CRUSIUS, o caráter não necessitante do princípio da razão suficiente “desapareceu completamente”²⁹. Assim, pode-se, com razoável segurança, reafirmar que “*nihil est sine ratione*”, tal qual LEIBINZ e WOLFF e determinar que o fundamento é a causalidade necessária ao advento do fenômeno. Um fundamento será aquilo que se considerar como antecedente causal indispensável para o advento do que se pretender fundar, aquilo de que se depende para conferir existência ao ente. O fundar, concordando com HEIDEGGER quanto a isso, não é um ato pretérito, como o é o descobrir ou o inventar. Fundar é estar fundado. É preciso pois, ter

²⁹ ABBAGNANO, Nicola. Ob. Cit. Pág. 476.

cuidado nesta colocação, para que não se confunda o ente fundado com desdobramento ou consequência. A relação fundante implementa uma relação onde o ente ou fenômeno fundado seja assentado na sua causalidade antecedente. Ao dizer é a consciência que funda o direito não se está identificando um com o outro e nem tão pouco estabelecendo, simplesmente, um seqüenciamento lógico. O que se determina é que o existir do direito está baseado na sua condição de criação da consciência humana. Dizer, por exemplo, que o direito se funda na norma ou no ordenamento não está errado, se vislumbramos isto como uma realidade consequencialista. Mas, primeiro, será que todo direito está assente em uma norma ? Será que não seria possível, senão aqui, talvez em outro lugar, um direito estar assente nos costumes ou nas tradições ? O direito comparado e a história do Direito comprovam a veracidade destas assertivas. Tal basta para assentar as premissas em que se deve inquirir o direito quanto a seus fundamentos. São eles o caráter necessarista, causal, contextual e refundacional(sempré refundando o já fundado), recusando-se com isso a utilização da noção de fundamento como substituta de termos não sinônimos como: definição, conceito, justificação ou legitimação.

1.3 - A NATUREZA DA CAUSALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS ENQUANTO FONTE PRODUTORA DO DIREITO POSITIVO.

1.3.1. – O caráter polissêmico do termo direito

A questão dos fundamentos, já devidamente assentada na teoria da causalidade necessária, exige uma transposição para a perspectiva do tema na filosofia do Direito. Trata-se, sem dúvida, de uma tarefa intelectual inexequível se o objetivo for exaurir as possibilidades que suscita. Entretanto, existem aspectos que se relacionam diretamente com o objeto desta pesquisa. Destes seria exemplo a busca por firmar um sentido único para referir o fundamento do direito. Ante a polissemia que a expressão comporta³⁰, bem como face a confusão perene nos juristas quanto a distinção entre fundamento, definição, objeto e conceito, a tarefa de buscar um sentido único serve, ao menos em parte, igualmente à missão de lhe enunciar o fundamento. Qual o significado da expressão sentido neste caso? Por certo há, pelo menos, dois significados em que a palavra pode ser adotada: enquanto se refere a função exercida pelos órgãos receptores de sensações externas (daí a referência ao cinco sentidos humanos) ou a noção de significado mesmo (neste caso o sentido se dá não como sinônimo, mas em razão da sintaxe e da semântica). Ainda pode ser apresentado um outro âmbito de utilização do termo sentido. Este refere-se a direção ou rumo. Para indagar dos sentidos do direito é válida a adoção da noção de significação, mas também, sem dúvida, a de direção. Dado o significado pode-se perquirir por seu fundamento. É evidente que não está sendo questionada a necessidade suprida pelas teorias da validade do

³⁰ Veja-se a este respeito o seguinte esclarecimento de Montoro: “Consideremos as seguintes expressões;

- 1- o direito não permite o duelo;
- 2- o Estado tem o direito de legislar;
- 3- a educação é direito da criança;
- 4- cabe ao direito estudar a criminalidade;
- 5- o direito constitui um setor da vida social.

Se atentarmos para a significação do vocábulo ‘direito’, nessas diversas expressões, verificaremos que, em cada uma, ele significa coisa diferente ...” MONTORO, André Franco. “*Introdução à ciência do direito*”. 23ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais LTDA, 1995. página 33.

Direito. Estas, enquanto tentativas de fundamentar a legitimidade, a incidência, e a submissão geral a seus postulados, conquanto culminem em sua maioria por tornarem-se teorias da justiça ou escolas do pensamento jurídico, encontram espaço e valor na aferição da relação estabelecida pelo direito com as coletividades e Estados a que se impõe.

1.3.2. - Os fundamentos do direito em SIMONE GOYARD-FABRE -

Na obra de SIMONE GOYARD-FABRE, “*OS FUNDAMENTOS DA ORDEM JURÍDICA*”, são perscrutados de forma sistemática, através da sujeição a um itinerário filosófico de filiação, os diversos movimentos de fundamentação jurídica. Neste percurso a análise perpassa os principais sistemas de fundamentação do direito, tanto nas escolas históricas, quanto nas modernas teorias³¹. Como objetivo, parte-se da necessidade de estabelecer uma independência conceitual do direito. Esta necessidade é fundada na percepção de que esta independência, sua especificidade conceitual, vincula-se a autonomização de seu campo com fins de evitar a equivocidade própria do caráter polissêmico inerente ao termo direito. Em suas palavras, a proposta não foi “examinar o percurso genealógico (do direito) numa perspectiva histórica; (sic) iremos considerá-lo do ponto de vista filosófico, na medida em que o olhar crítico que perscruta a compreensão do conceito de direito revela a problematicidade vinculada à sua evolução”³². Preocupa-a, com isso, a pluralidade de sentidos da expressão, sendo a conceituação precisa um de seus objetivos. Observa que “a maturação semântica tendente a livrar o termo direito das interferências e

³¹ No capítulo 3 estas formulações serão melhor observadas.

³² GOYARD-FABRE, Simone. “*Os Fundamentos da Ordem Jurídica*”. Trad. Maria Cláudia Berliner - São Paulo: Martins Fontes, 2002 preâmbulo XIX.

confusões que lhe velavam o pensamento se deu em três ondas sucessivas: seu conceito, primeiro emancipado de suas implicações teológicas e depois de sua ressonância moral, pretendeu a neutralidade axiológica”³³.

A questão passa a ser a de se determinar se tal percurso de emancipação rumo a uma condição axiológica própria, foi suficiente para “libertar o termo direito do peso de seus equívocos”³⁴. A premissa do trabalho encontra-se, conforme se percebe, no âmbito da definição, tanto quanto da conceituação e, talvez pouco refira ao efetivo fundamento tal qual já se estabeleceu em 1.1, ou seja, a perspectiva de uma causalidade necessária. A definição busca estabelecer os limites, os contornos do objeto definido e com isso situá-lo no universo através do espaço que delimita. Sendo o espaço uma constante que é imprescindível a manifestação dos entes, conforme Kant já definira, as definições são recursos preciosos na tarefa do direito enquanto ciência, sobretudo se adotarmos a concepção dogmática. Porém, sua utilização serve unicamente para estabelecer em uma perspectiva negativa o que não é direito. A definição pouco auxilia à revelar a essência do que seja o direito, tão pouco, portanto, permite inquirir sobre seus fundamentos. Como já referido, havendo grande controvérsia sobre o sentido do direito face a polissemia que comporta, considero válido o recurso inicial a uma definição que permita melhor estabelecer o que seja direito.

Para efeito de análise da premissa estabelecida pela autora, adote-se um ponto de partida. Proponho que seja o caráter político da inserção do direito na

³³ Idem.

³⁴ Ibidem.

sociedade. Tal proposição é conferida em razão da constatação de que o aspecto político se apresenta tanto quando se percebe o fenômeno direito em sua incidência empírica, quanto quando este é observado(visado) pela consciência humana. Afinal, mesmo que dada consciência seja incapaz de estabelecer de forma apodítica a existência das outras consciências, de outras individualidades, elas estão perfeitamente delineadas na visada que esta consciência lança para o mundo, como podemos inferir de HUSSERL: “Na atitude espiritual natural viramo-nos, intuitiva e intelectualmente, para as coisas que, em cada caso, nos estão dadas e obviamente nos estão dadas, se bem que de modo diverso e em diferentes espécies de ser, segundo a fonte e o grau de conhecimento. Na percepção, por ex., está obviamente diante dos nossos olhos uma coisa; está aí no meio das outras coisas, vivas e mortas, animadas e inanimadas, portanto, no meio de um mundo que em parte, como as coisas singulares, cai sob a percepção e, em parte, está também dado no nexos da recordação, e se estende a partir daí até ao indeterminado e ao desconhecido”³⁵.

Assim, estando na atitude natural, a consciência humana percebe a existência de outros seres, animados e inanimados, embora não possa fazê-lo em termos rigorosos e absolutos. Com isso se quer dizer que desta evidência não possui, no ato de sua apreensão, outra certeza que não a fornecida pelos próprios sentidos. Mas, enquanto sujeitos a uma atitude natural, esta presença da sociedade humana se faz ainda quando modifico a atitude em que conscientemente percebo. Deste modo o ato de perceber a

³⁵ HUSSERL, Edmund. “*A idéia de fenomenologia*”. Trad. Artur Mourão. Lisboa – Portugal. Edições 70. 2000. página 39.

pluralidade de seres(entes) é co-natural ao próprio ato de perceber. Destaque-se que a noção de atitude natural é essencial ao pensamento husserliano³⁶.

“O mundo apresenta-se como a própria evidência. Por intuição imediata, tenho experiência dele. Mediante os sentidos externos percebo as coisas corporais, como estando simplesmente aí para mim em qualquer distribuição espacial; e presentes, quer eu lhe conceda ou não uma atenção particular, quer me ocupe ou não delas, pensando-as, sentindo-as ou querendo-as. O mesmo acontece com os seres animados(*animalische wesen*) tais como os homens. Estão aí para mim de uma maneira imediata: vejo-os, ouço-os, sinto-os aproximar, toco-os e falando com eles compreendo imediatamente o que imaginam e pensam, que sentimentos possuem, que desejam e querem. Tal como acontece com as coisas, também os seres animados não precisam se encontrar diretamente no meu campo de percepção; todos os seres reais estão aí, sujeitos de determinações mais ou menos conhecidas”.

A toda evidência de que neste saber integram-se mesmo os seres que não se apresentam diretamente sob meu campo de percepção pelos sentidos. “Sei precisamente que se encontram em determinado lugar do meu contorno, imediatamente com-

³⁶ “Não é preciso de forma alguma que essa presença natural do mundo seja alterada quando faço meu o mundo aritmético ou outros mundos, adotando suas correspondentes atitudes. O mundo atual permanece ainda ‘presente’(vorhandene); depois como antes, permaneço engajado na atitude natural, sem ser perturbado pelas novas atitudes. Se meu cogito move-se unicamente nos diversos mundos correspondentes a essas novas atitudes, o mundo natural não entra em consideração, ele permanece no fundo de meu ato de consciência ...” . E. Husserl. *Idée directrices pour une phénoménologie*. Trad. Francesa Paul Ricouer. Apud Salanskis, Jean-michel. “HUSSERL”. Trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo, Estação Liberdade, 2006. página 18.

presentes(*mitbewusst*) à minha consciência, sem que este saber seja algo de conceitual, ‘bastando-me lançar a atenção para esses objetos, ainda que de maneira parcial e as mais das vezes imperfeita, para converter esse saber numa intuição clara(*Klares ausschauen*)’³⁷. Igualmente pelo ato de imaginar e recordar os tenho aí para minha consciência. Esta percepção de nossa inserção em uma pluralidade de sujeitos, todos manifestando interesses e desejos distintos e, por vezes conflitantes, instituí o caráter político do existir em coletividade e constitui-se no campo de vivências da própria consciência. Observe-se que não posso afirmar efetivamente que seja uma realidade a com-presença, especialmente das outras subjetividades, das outras consciências enquanto intencionalidades constitutivas. Concluo isso do fato de agirem independentemente do meu querer enquanto ente e consciência. Porém, apoditicidade, só é possível quanto ao cogito.

1.3.3 – A dimensão política do existir jurídico

Todas as atitudes que adotarmos como consequência desta percepção da com-presença, serão conduzidas, em maior ou menor grau, pelo status político de que se revestirem. Segundo ARENDT “A política baseia-se na pluralidade dos homens”³⁸ ou ainda “A política trata da convivência entre diferentes. Os homens se organizam politicamente para certas coisas em comum, essenciais num caos absoluto, ou a partir do caos absoluto das diferenças”³⁹. Nenhum fundamento poderia ser reconhecido às teorias que

³⁷ MORUJÃO, Alexandre Fradique. “*Estudos Filosóficos – vol. I*”. Lisboa - Portugal, Imprensa Nacional-Casa da Moeda. 2002. p. 184/185.

³⁸ ARENDT, Hannah. “*O que é política – fragmento das obras póstumas compilados por Ursula Ludz*” trad. De Reinaldo Guarany -3ª edição, Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 2002. página 21.

³⁹ Idem página 22.

pretendessem negar o caráter político do direito. Esta assertiva nada possui de pretensiosa se for considerado que o direito se dá a consciência humana na visada(abertura) que esta efetua em direção a outras consciências. No ato de perceber o mundo da vida (*Lebenswelt*)⁴⁰, igualmente nos introduzimos no mundo político e passamos, muitas vezes, da atitude natural a uma atitude política. É nesta atitude política que o direito se impõe como condição necessária a vida em sociedade. Como assevera AQUILES a este respeito “é preciso acreditar em alguma coisa que se manifeste como princípio, como paradigma. Sem esse dado, o fator garantia não se sustentaria nas oscilações do processo de constituição das condições de realização da coexistência na sua originária obrigatoriedade”⁴¹. Portanto, as teorias cotejadas devem apresentar relação com a inserção do direito no contexto político de sua incidência. A necessidade de sua existência se dá pela própria necessidade de contenção do homem. Seja porque sujeito a pulsões, seja porque tendente a recusa do outro, seja por inadmitir obstáculos a consecução de sua liberdade de forma plena conforme historicamente demonstrado, o certo é que impõe reconhecer que é a “atmosfera normativa, que possibilita um sim ao outro, já que, lastimavelmente, a norma se impõe em virtude da tendência natural à recusa do ‘outro’. (. . .) Os tribunais são verdadeiros teatros dos desencontros humanos, das mútuas recusas, das imensas frustrações, das misérias como sub-produto da humana condição”⁴². É bem verdade que, conforme se verá enquanto ponto fundamental deste trabalho, o outro é essencial à própria identificação do homem em sua humanidade, porém,

⁴⁰ “Mundo da vida(realidade histórico-social) é termo técnico consagrado no contexto da filosofia contemporânea para designar os modos de manifestação pré-categorial do mundo, isto é, o mundo no seu estado natural desvestido de qualquer conceito, de qualquer categoria explicativa”. Aquiles C. Guimarães. “Cinco lições de filosofia do direito”.ob.citada. página 20.

⁴¹ CÔRTEZ GUIMARÃES, Aquiles. “*Pequena Introdução à Filosofia Política – A questão dos fundamentos*”. Editora Lúmen Júris Rio de Janeiro, 2000. página 51.

⁴² “Cinco lições ... ob citada. Páginas 22 e 23.

a percepção desta realidade se dá na intuição intelectual através do fluxo do vivido, sendo por vezes mal percebido e apenas reflexamente demonstrado.

Assim o outro é constituído para mim através do corpo deste outro que, graças a semelhança apreendida em relação ao meu próprio corpo, culmina por me dar a mim mesmo. Esta condição se situa historicamente como um fundamento da reciprocidade que, conforme se verá, está demonstrada desde as sociedades mais primitivas. Ocorre que a percepção intuitiva do outro e de certas premissas no trato coletivo, não impede, por si só, que ocorram abusos, submissões, degradações, aos quais o direito vem reprová-los e punir com o objetivo de preservar as condições de co-existência, ou de subsistência da humanidade mesma. O negar o outro é consequência egóica do reconhecê-lo. Sua com-presença torna-se limitadora do ego em sua atitude natural de disposição dos entes ao seu alcance como extensão de si mesmo. Contudo, nesta etapa da pesquisa, basta à questão o quanto seria necessário a fundamentar a ordem jurídica partindo de sua perspectiva política. Assentado na referência apontada, o direito impõe-se a medida em que “o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade”⁴³, e a ele(direito) cabe possibilitar este convívio. Tornar possível a própria sociedade é, sem dúvida, o grande papel do direito.

“O que rege uma sociedade é um conjunto de intencionalidades(consciências) que se dispõe a ordená-la de tal forma que ela se torna possível. Tornar possível a convivência humana é tudo que os

⁴³ Apud REALE, Miguel. “*Fundamentos do Direito*”, 3ª edição, 1998. São Paulo, Editora Revista dos tribunais. Página 03.

aparatos normativos e jurisdicionais têm tentado ao longo da aventura humana”⁴⁴.

É a própria percepção da necessidade de autolimitar a ambição egóica da personalidade humana, tendente a dominação, que nos faz instituir o direito⁴⁵. A implementação de normas de constrição não é uma imposição alheia a nossa consciência, mas sim uma consequência desta mesma consciência em atitude autolimitadora; conforme se verá, mesmo nas sociedades mais primitivas, noções de preceitos similares aos fundados no que se conhece como direito civil atual, já existiam. A consciência constitui o direito e este pode-se dizer que não se trata de uma limitação imposta apenas por relações estabelecidas no plano da sujeição imposto por alguns estados em suas formas primitivas. Embora tais relações igualmente existam e até representem a maior parcela da estruturação original do direito, não se dá como única razão constitutiva, outras noções que serão posteriormente estudadas, de caráter psicológico, cultural e social irão ombrear-lhe na formação histórica dos processos jurídicos e na formulação das esferas de legitimação e justificação do direito.

1.3.4. – Estrutura de constituição normativa do direito

⁴⁴ “Cinco lições ...” ob. cit. Página 23.

⁴⁵ O reconhecimento desta condição como inerente a condição humana não está em desacordo com qualquer idéia que assente no homem os fundamentos de uma ordem jurídica mais justa, desde que haja compatibilidade entre um e outro. P. ex. a ambição humana por dominação pode admitir o reconhecimento a não extermínio da espécie ante a óbvia necessidade de que existam os dominados.

O direito constituído segundo a percepção de necessidade está suspenso em três pilares distintos: a facticidade de sua existência, a axiologia contida em suas normas e a imperatividade de sua incidência. Assim a objetividade do direito projeta-se nas determinações fáticas de seus conteúdos, no caráter axiológico de sua sistemática e na coercitibilidade imperativa inerente a sua vigência. Dispa-se o direito destes aspectos e seu existir deixará de estar causado necessariamente pela obrigatoriedade do convívio humano, ou melhor, deixará de haver a correlação entre a razão(*ratio*) e o ente. Um ente em desacordo com seu fundamento é um não ente, uma nulificação de si próprio, no caso um não-direito. Certamente haverá alguma coisa e esta poderá até ser regulatória, mas direito, na acepção política definida acima, não haverá. Evidentemente que tal assertiva refere-se unicamente ao direito posto normativamente em sua relação com a sociedade em que se instituí. O assim chamado direito natural e a noção de justiça como conteúdo do direito não se encontram balizadas na mesma forma pelo tríplice aspecto apontado.

Nas diversas escolas teoréticas do direito, tanto o direito natural, quanto às noções de justiça, sucedem-se em vários matizes distintos de conceituação do Direito enquanto fenômeno, confundindo a noção de constituição do ente do direito positivo com a de fundamento deste. É comum a apresentação de fundamento que é correlata ao próprio ente, como por exemplo, nos que fundamentam o direito na justiça. Esta concepção, de caráter deontológico, encontra-se presente desde os pré-socráticos⁴⁶. É inequívoco o papel que a noção de Justiça desempenha na constituição dos

⁴⁶ Em Anaximandro encontra-se excelente exemplo, com a chamada justiça dos contrários. “Anaximandro foi, sem dúvida, influenciado pela observação das mudanças de estações, nas quais o calor e a seca do Verão parecem ter como adversários o frio e chuva do Inverno. O constante intercâmbio entre substâncias contrárias é explicado por Anaximandro numa metáfora legalista derivada da sociedade humana: a prevalência de uma substância à custa do seu contrário é ‘injustiça’, e a reação verifica-se através da aplicação do castigo, com a

sentidos do Direito, a tal ponto se eleva sua função que na linguagem popular são signos utilizados para definir um mesmo objeto. Vê-se no mais das vezes a referência a ser ou não ser direito algo que, na verdade se dá ao arpejo das normas jurídicas, mas em contra-senso com noção de Justiça. Contudo, e tal aspecto será oportunamente aprofundado, as noções deontológicas bem como as axiológicas – que igualmente serão analisadas – esboçam Teorias sobre o Direito, porém referem-se ou a sua essência (por essência entende-se o núcleo constante do todo fenômeno, apreensível pelo método da variação eidética⁴⁷), ou a seu atributo constante, mas não indissociável. Porém, o contingenciamento da noção de Direito a uma proposição cujo efetivo advento é episódico, implicaria em admitir que hajam simultaneamente um Direito e um simulacro deste. Um aplicando normas com Justiça e o outro incorrendo em injustiças. A quem creditar um e outro ? Mesmo cotejando com a noção aristotélica de Justiça, onde vemos o estagirita formular diversos sentidos de Justiça⁴⁸ de modo a compreender as diversas hipóteses empiricamente aferíveis, não se percebe a possibilidade de advento da contradição. RICOEUR, a respeito do Projeto de pluralização de WALTZER elabora a seguinte reflexão:

restauração da igualdade, porquanto o prevaricador fica, também privado de parte da sua substância original. Esta é dada à vítima, além daquilo que lhe pertencia, e por sua vez conduz ao excesso, por parte da primeira vítima, que passa a cometer injustiça contra o antigo agressor” Evidentemente que a preocupação do filósofo era a questão dos elementos constitutivos do cosmo - cosmologia(principal preocupação dos filósofos pré-socráticos), contudo a utilização enquanto metáfora da idéia de justiça dá noção de sua problematização já então. KIRK, G. S.; RAVEN J. E.; SCHOFIELD. M. “Os filósofos pré-socráticos”. 1983. Lisboa, Portugal. Fundação Calouste Gulbekian. Página 119.

⁴⁷ Método cunhado por Husserl para determinação do resíduo dos fenômenos. Este resíduo seria a essência do mesmo, posto que despido das contingências e dos relativismos tanto da atitude ingênua, quanto das cargas de pré-conceitos e idealizações impostas a priori ao conhecimento do fenômeno. Em capítulo posterior o método será apresentado e aplicado ao Direito.

⁴⁸ Aristóteles apresentando a teoria dos contrários, identifica os homens injusto e, correlatamente, apresenta as modalidades de justiça a qual eles se subtraíram. Haveria assim o Justo total (obediência a lei e ao que vige para o bem de todos); o Justo particular (no relacionamento direto entre as partes); o Justo particular distributivo (é uma forma de justiça que se exerce por atividade distributiva) e Justo particular corretivo (quando a diferença entre recebimento de benesses e malefício impõe um justo meio termo). Apud BITTAR, Eduardo C.B., “A JUSTIÇA EM ARISTÓTELES” 2ª edição – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

“A igualdade, segundo SÓLON, PÉRICLES, ISÓCRATES, ARISTÓTELES, torna-se um sinônimo de justiça, desde que esta seja entendida como regulando a distribuição de partes iguais ou desiguais nos vários sentidos, que consideramos qualificativos. (. . .) Eis então o projeto: O fim visado pelos igualitaristas é uma sociedade libertada da dominação”.

Ocorre que uma tal sociedade teria que primeiro resolver seu problema com a diferenciação de bens sociais⁴⁹. Entretanto, tais bens são sempre e por consequência da forma adotada pela sociedade ocidental contemporânea, múltiplos e multiformes.

Sob outro aspecto apresenta-se a relação entre Direito posto e obrigatoriedade. Tal questão remonta, dentre outras a célebre oposição formulada por H. L. A. HART ao pensamento de JOHN AUSTIN. Esta polêmica se deu sobretudo em razão da concepção de coercitividade adotada por este e rejeitada por aquele. É bem verdade que não foram contemporâneos tendo AUSTIN publicado as dez primeiras lições de seu curso em 1832 ao passo que HART publica seu *Concept of Law* em 1961. Em resumo, pode-se afirmar que para Austin o caráter sancionatório e punitivo do Direito sempre foi sua característica, sua expressão última. Com isso afirmava que, por trás do funcionamento cotidiano do Direito civil encontrava-se a ameaça do Direito Penal. Em última instância era

⁴⁹ Ricouer prossegue enunciando as três asserções ligadas entre si e inerentes a estrutura da diferenciação:

“ 1 – Os bens sociais são irredutivelmente múltiplos;
2 – Todos assentam num simbolismo partilhado(waltzer fala de shared understandings.
3 – Todos desenvolvem, pela compreensão que os grupos implicados têm deles, uma lógica interna, a saber, razões reguladoras simultaneamente da extensão e do limite da reivindicação”. RICOUER, Paul. “O JUSTO OU A ESSÊNCIA DA JUSTIÇA” Lisboa, Edições Piaget, 1995, página107.

o Direito Penal que garantia as regras básicas do jogo. Em sentido análogo HENRY MAINE dizia que “quando a sociedade passa do pré-moderno para o moderno – trajetória que chama de ‘movimento do status para o contrato’ o direito (tanto civil quanto penal) perde sua inserção no costume social e torna demasiado óbvia sua ligação com a coerção como pano de fundo”⁵⁰. Por seu turno, HART afirmava que AUSTIN fora incapaz de entender a complexidade da legalidade porque a imagem austiniana do direito é a imagem de um grupo impondo sua vontade a outro (por meio de comandos e sanções), além disso HART preconizava que a variedade do Direito extrapolava as relações imperativas através, por exemplo, das leis sancionadoras, como as que permitem que os indivíduos façam testamentos, negócios e contratos, e que desenvolvam uma série de projetos sociais que são corroborados pelo Direito⁵¹. HART na verdade dispunha seus fundamentos na noção de que “padrões bem-sucedidos de socialização preparam os jovens para exercerem seus papéis numa estrutura social em grande parte constituída por práticas vinculadas a regras”⁵². Tal assertiva, além de sofrer com a particularidade de sua incidência a um número reduzido de hipóteses, sofre o influxo da constatação que tais regras são incompatíveis com os sentidos que informam as sociedades modernas. A crise de sentidos torna praticamente autista a pretensão em termos concretos, restando a ela duas hipóteses: uma a da idealização de uma homogeneidade social inexistente⁵³ ou, a melhor perspectiva, uma profunda mudança na educação tendo como método a fenomenologia de HUSSERL, o que implicaria em verdadeira refundação das sociedades contemporâneas conforme ainda se verá, enquanto proposta, nesta pesquisa.

Ainda sobre a coação e a obrigatoriedade, GOYARD-FABRE indaga: “Por que as regras

⁵⁰ Apud. MORRISON, Wayne. “*FILOSOFIA DO DIREITO – DOS GREGOS AO PÓS-MODERNISMO*”. São Paulo, Martins Fontes, 2006. PÁGINA 421.

⁵¹ Idem, página 423

⁵² Ibidem página 427.

⁵³ Única forma de se aplicar a percepção interna preconizada por Hart como meio de apreensão dos sentidos das regras reguladoras ou de regulação por oposição das de coação.

jurídicas são obrigatórias ?”⁵⁴. Esta indagação sugere um questão sobre fundamento. Não se repita esta associação. Ser obrigatória(imperativa), assim como sua natureza valorativa e seu caráter empírico, constituem o próprio ser do direito positivado nas normas, códigos, tratados, constituições e proclamações em geral.

O que funda o direito não é a sua obrigatoriedade. Esta é um atributo do seu próprio ser enquanto direito positivo. Admita-se, por hipótese, a constituição de um direito exclusivamente consensual. A ausência de um momento obrigatório, vinculante, o tornaria inútil para a função de reger as relações coexistenciais necessárias. Tome-se o exemplo dos contratos. Sua celebração se dá sobre certas premissas, uma das mais importantes é a da liberdade de pactuar. Entretanto, uma vez celebrado o acordo, passa a ser obrigatório entre as partes contratantes. A noção de liberdade é correlata a de responsabilidade decorrente de mau uso da liberdade ou não assunção das conseqüências deste uso. Em última instância, percebe-se que, para assegurar a efetividade da tutela, seja usada coerção estatal (como por exemplo na fixação de pena de astreinte – imposição de multa por período de atraso na prestação) ou até a violência de uma expropriação forçada (perda da titularidade patrimonial para honrar pagamento de título executivo). Como caracterizar estas medidas senão como sancionatórias e indicativas da imperatividade e coatividade do direito ?

Há que se distinguir ainda fundamento de validade e legalidade de fundamento ontológico. O direito funda seu estatuto de validade segundo critérios de ordem político-social e sujeita-se aos aspectos históricos contingenciais de sua incidência.

⁵⁴ Ob. Cit. Página 360.

Modernamente vigoram os sistemas democráticos, em outras épocas já foram autocráticos, teocráticos e absolutistas. A desconformidade ante o processo legislativo, face a outorga de competência legislativa constitucional ou pela vontade aglutinada e organizada na sociedade moderna, leva a fenômenos de não validação das proposições jurídicas, sejam nos casos de inconstitucionalidade material ou formal, ou ainda os casos de desobediência civil deslegitimadora dos enunciados jurídicos e nos processos revolucionários e insurgentes. Tais questões nada dizem do ser do direito e assim não se apresentam na categoria de fundamento necessário. Os eventos referidos somente se mostram úteis para cotejar com as proposições que concebem um Direito exclusivamente despido de império, ou um Direito que se manifeste exclusivamente como um discurso organizado segundo regras de comunicação consensuais inerentes ao grupo que sê-lhe submetem. Estas ocasiões se mostram insolúveis ante tais teorias pois, afinal, se não há cogência e sim consenso, por quê da existência de insurgência ? e se as regras são estabelecidas nos jogos de linguagem do grupo social, sendo própria da expressão deste grupo, como se conflitam ? Sem dúvida há uma relação de legitimação e força que não pode ser ignorada, mas que nada diz sobre a essência do Direito (a justiça) ou seu fundamento (a consciência intencional).

A questão da Justiça também deve ser ressalvada pois, como já dito, embora se trate da essência do fenômeno em sua acepção ampla, sendo assim objetivo maior de quem realiza os sentidos do Direito no cotidiano, não pode ser olvidado que certos pronunciamentos jurídico-legais soam a injustiça clamorosa, sem que com isso percam algo de sua condição de Direito aplicável. Por exemplo vejam-se os casos de perda de direitos ante o decurso de prazos anotados em lei (a prescrição cível ou penal), sendo a polícia eficaz e rápida haverá processo e condenação, com a conseqüente instituição do direito a

indenização da vítima; sendo ela inepta, o crime não será esclarecido em tempo hábil e a vítima será novamente vitimada. Trata-se de uma opção legislativa por segurança jurídica como é bem sabido, porém, se considerarmos a ‘justiça em sentido individual’ tal instituto reverbera a injustiça, sem deixar de ser direito.

Quanto à vigência e validade, portanto, como são desta forma concebidas, também poderiam ser de outra, caso outras fossem as regras constitucionais legitimadoras. Neste sentido SIMONE GOYARD-FABRE apresenta lúcida proposição ao afirmar que: “compreender a normatividade inerente a uma ordem jurídica exige que nos coloquemos no interior dela e que, por processo ascendente, remontemos até sua última razão de ser”⁵⁵⁵⁶. Esta assertiva remonta, conforme assevera a autora, a KANT, cujo pensamento passa a ser desenvolvido por KELSEN, a quem GOYARD-FABRE atribuí haver conduzido-o a ponto de estabelecer, na idéia de liberdade que é seu horizonte numênico⁵⁷, a capacidade da razão de fornecer a si mesma sua lei – a autonomia que somente o homem pode pensar e impor a si mesmo como um dever – tal conceito tem uma força extraordinária. Portanto, o direito positivo, devido a sua fundamentação, é um caminho voltado para o mundo numênico, em cujo horizonte se constituem a (sic)consistência e a

⁵⁵ Idem página 366

⁵⁶ É preciso muito cuidado com esta proposta de colocar-se no interior de um ordenamento ou sistema. A autonomia axiológica e técnica do Direito pode representar um alheamento quanto aos sentidos do mundo e com isso a perda da relação entre a consciência e o objeto intencionado gerando uma nadificação do fenômeno, tal qual ocorre quando um juiz julga um fato alheio ao contexto sócio-cultural-histórico em que ocorreu o evento.

⁵⁷ “Número > Na filosofia de Kant, termo que designa a realidade considerada em si mesma – a coisa-em-si (Ding-na-sich), independentemente da relação de conhecimento, podendo apenas ser pensada, sem ser conhecida. Opõe-se a fenômeno que designa o objeto sensível precisamente como objeto da experiência. O número é assim a causa externa da possibilidade do conhecimento, embora seja, enquanto tal, por definição, incognoscível”. JAPIASSÚ, Hilton e MARCONDES, Danilo. “*Dicionário de Filosofia*”. 3ª edição. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor. Página 198.

dignidade da condição humana⁵⁸. Com isso, pretende a autora fundar na liberdade que o homem possui, em virtude de “fornecer a si mesmo sua lei” ou seja, dispor racionalmente sobre uma constituição jurídica da sociedade que atenda aos princípios fundamentais da razão prática - a razão em seu uso empírico, conforme ressalta ser o pensamento de Kelsen a partir de Kant (em *Crítica da razão prática*). Neste itinerário os princípios são instituidores dos conceitos e dos sentidos. Conforme anota Pascal a pretexto de distinção da razão prática para a razão pura:

“Em lugar de proceder dos sentidos aos conceitos e dos conceitos aos princípios, como na *Crítica da razão pura*, nós iremos aqui dos princípios aos conceitos e dos conceitos aos sentidos, se for possível: ‘Isso porque agora temos que nos haver com uma vontade, devendo considerar a razão, não em sua relação a objetos, mas a esta vontade e à sua causalidade’⁵⁹.”

Estes princípios seriam então as leis estabelecidas pela razão. A liberdade constituir-se-ia em fundamento do direito, fundamento apto a estatuir a dignidade da pessoa e a humanidade do sistema jurídico como modos do ser do direito; esta liberdade seria então ditada pela razão que a fundamentaria.

⁵⁸ Ibidem página 368.

⁵⁹ PASCAL, Georges. “O pensamento de Kant”. 8ª edição. Trad. Raimundo Vier. Petrópolis. Editora Vozes. 2003. página 127.

Entretanto, da mesma autora, pode-se referir a obra “*Essai de critique phénoménologique du droit*”⁶⁰, na qual a presença do pensamento de EDMUND HUSSERL auxilia, sobremaneira, a compreender os sentidos do direito tal como se apresentam ou constituem ante a consciência intencional. Esta consciência, descrevendo os sentidos do mundo, igualmente constituí, de forma transcendental este mesmo mundo (frise-se que não se trata de uma negação da existência de um mundo real, mas apenas, como se verá, da restrição do acesso a esta a uma necessária intermediação pela consciência). Da referida obra destaque-se, apenas para demonstrar o distanciamento ante as concepções contemporâneas acima apresentadas, a seguinte proposição: “*La législation transcendentale de (sic)l’esprit est doné le fondement de toute l’œuvre juridique; et la conscience transcendantale en est la source originare*”^{61/ 62}. A ênfase em sustentar que a consciência transcendental é a fonte, a origem de toda ordem jurídica, contrasta com a intenção de situar na liberdade, enquanto fundamento de todos os princípios da ordem jurídica, em consonância com uma concepção racional do mundo.

O retorno husserliano as coisas em si, em geral e no pensamento inicial de GOYARD-FABRE, recebe apenas ligeira menção, entretanto, desta, pode-se destacar que “A fenomenologia será, portanto, um método de investigação antiidealista e antipositivista; será anti-sistemática. Ao lançar sobre a própria coisa um olhar perscrutador e profundo, o fenomenólogo, num trabalho de investigação cuja radicalidade exige operar por patamares

⁶⁰ Goyard-FABRE, Simone. “*Essai de critique phénoménologique du droit*”. Paris, Librairie Klincksieck, 1972..

⁶¹ Idem.. página, 291.

⁶² A noção de consciência transcendental será melhor abordada no próximo tópico. Pode-se resumidamente afirmar que seja o resultado do método fenomenológico que, subtraí, pela redução, o mundo objetivado tal qual percebido pelo homem quando em atitude natural e em seguida restituí este mundo, de forma eidética(essencial) a consciência que então se acha em atitude transcendental.

sucessivos, irá até as raízes da coisa”⁶³. Em verdade, HUSSERL, conforme assinala a filósofa francesa, não dedicou mais do que algumas reflexões obliquas ao sentido do direito. Com maior inserção no direito são relatadas as reflexões de ADOLPHE REINACH(discípulo de HUSSERL) e PAUL AMSELEK.

Ocorre que o recurso à concepção husserliana de constituição de sentidos não foi abordado mais a fundo no trabalho da autora e não foi abordado novamente em outras obras. O compromisso fenomenológico é irrefutável. Quem a ele se converte passa a perceber o mundo sob uma atitude específica e abrangente de todas as situações, a atitude fenomenológica. Entretanto, tão pouco houve expressa refutação de seus trabalhos anteriores. Com isso, o fato de tratar-se de uma perspectiva que exige de quem a adota verdadeira conversão ao seus postulados, permite concluir que a praticidade do dogma da razão universal, de fácil compreensão e explanação, porém incompatível com questões como intersubjetividade, rigor científico e influência do contexto de local, espaço e tempo; faz com que sua adoção seja efetuada pelos adeptos dos sistemas mais práticos e dogmáticos.

1.4 – OS SENTIDOS DA CONCEITUAÇÃO E DA VALIDADE DO DIREITO .

1.4.1 – Justificação e validade em Maria José Falcón y Tella.

⁶³ Ibidem. Página 277.

Em outra perspectiva pode-se listar o trabalho de MARIA JOSÉ FALCÓN Y TELLA, sobretudo em sua obra “*Conceito e fundamento de validade do Direito*”⁶⁴, onde busca dissecar as teorias que são referendadas quanto a validade do direito. Observe-se que, inobstante a crítica já formulada, a validade guarda relação com o fundamento, mas não se pode objetar a afirmativa de que este assume amplitude maior em relação ao seu objeto que aquela. Assim, por válido temos que ter algo em sincronia com seu fundamento, porém, a simples validade não é capaz de esgotar os sentidos de fundamento que o objeto apresenta. Por exemplo, a já mencionada questão da validade formal das normas.

No texto referido alude-se à possibilidade de agrupar as teses de validação em três sentidos distintos:

“No que diz respeito ao âmbito jurídico, e num sentido técnico, referido as normas, pode concretar-se o significado do fenômeno da validade do seguinte modo: a) corresponde à idéia de que a norma de cuja validade se trata, possua ‘determinado conteúdo’ conforme à esfera do Direito Natural, à esfera dos valores, à justiça. B) estabelece como sentido a simples idéia de ‘existência’ da norma. A norma será válida, neste segundo sentido, se formalmente existe. Finalmente estabelece a validade em uma terceira direção vista como a ‘obediência’ efetiva tanto do

⁶⁴ FALCÓN Y TELLA, Maria José. “CONCEITO E FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DIREITO”, tradução Stefani Borba de Rose Trunfo - 2ª edição. Porto Alegre: Ricardo Lenz editor, 2000. páginas 28/30

cidadão(destinatário primário) como dos Juizes e Tribunais (destinatários secundários)”⁶⁵.

Assenta assim seu pensamento no trinômio: justiça natural, normatividade e coercitibilidade. Veja-se que, sob tais fundamentos, podem-se agrupar a maioria das teorias que se propõe a fundar o direito em sua validade. Entretanto, qualquer das proposições que se adote, seja isoladamente ou em simbiose de algumas delas, será invariavelmente parcial e, portanto insuficiente. E por quê ? Por se limitar a validade dos enunciados jurídicos, pouco ou nada referindo sobre sua formulação, sobre a relação que decorre de sua inserção na vida e no existir dos homens ou mesmo quanto ao *ser* destes. Afinal, tais questões somente são postas de forma correta se for adotado, por ponto de partida, o reconhecimento de que o mundo, a sociedade, em suma, a ordem política em que se irá inserir o direito enquanto ente, não é constituído a priori por uma ordem racional, qualquer que seja. Ou seja, é preciso que se renuncie a ilusão, ingênua, de que os fenômenos em sua aparência, são absolutas correlações com suas essências. Esta crença no mundo enquanto ele é, segundo uma racionalidade legislativa e organizadora, é ingênua por impedir que o sujeito do conhecimento o transcenda para alcançar as coisas como elas são e não como aparentam ou enquanto discurso sobre elas próprias.

1.4.2 – O sentido da validade do Direito

⁶⁵ Idem

A doação do mundo somente ocorre com a abertura que a ele se faz pela consciência intencional. Abandonando a atitude natural(ingênua) passo a buscar, não mais as coisas como se apresentam, mas seus conteúdos, suas essências. Neste aspecto medra igualmente certa divergência entre o pensamento de HUSSERL e HEIDDEGER. O objeto da divergência entre ambos é o recurso que o primeiro faz a consciência(transcendental) intencional como desveladora dos sentidos do mundo ao passo que o segundo entende que tais sentidos se dariam por um aparecimento, acontecimento(*Ereignis*) deste mundo em sua essencialidade. Inobstante a controvérsia a seguir abordada, ambos estabelecem que a inquestionável existência do mundo, obtida pela intuição de sua imanência, não instituí conhecimento científico de caráter rigoroso. Com isso não serve de *apriori* para a constituição de qualquer sistema de validação posto partir de uma certeza indemonstrável que se vale de critérios igualmente indemonstráveis e, por isso mesmo, despídos de rigor. Isto ocorre por não ser dado ao sujeito(ser do homem) conhecer deste mundo senão quando este aparece(para HEIDEGGER), ou se dá a conhecer (é intencionado) pela atitude do ego cogito(para HUSSERL).

Este mundo, considerado como a ordem dos seres na sua presença espaço/temporal, não se esgota com o somatório desses seres reais com-presentes a intuição, de maneira clara ou obscura, e que restringem o campo atual da percepção. Tudo o que é atualmente percebido, é com-presente e determinado. Pode-se considerar que esta totalidade é em parte penetrada e em parte envolvida por um horizonte obscuramente consciente de realidade indeterminada. Este horizonte pode emergir à percepção por uma incidência da atenção. Com esta atenção formam-se presentificações, primeiro de conteúdo obscuro, que clarificando-se pouco a pouco, ajudam a fazer surgir outros entes; assim se

forma uma cadeia de coisas determinadas que, dilatando-se continuamente, se articula com o campo atual de percepção. Com isso, por tais correntes, podem-se estabelecer as premissas do fenômeno jurídico tal como se apresenta a consciência cognoscente, ou seja o desvelar do fenômeno se dá com a presentificação do mesmo a consciência intencional. Neste desvelar as características e contornos se tornam auto-evidentes, porém nada dizem sobre a forma como se constituíram nesta consciência transcendental, e assim pouco dizem de seu fundamento. É preciso atingir seu conteúdo eidético para tanto. Conquanto possam elencar diversas premissas e características fundamentais do direito positivo, as teorias que insistem em fundá-lo sem recurso a sua constituição transcendental, culminam por conduzir a um ocultamento do próprio fenômeno em sua realidade eidética.

1.5 - A CONSCIÊNCIA COMO REPOSITÓRIO DOS SENTIDOS

1.5.1 Consciência e fundamento do direito positivo em sua normatividade.

O resultado dos esforços intelectuais referidos no tópico anterior é louvável, porém, sujeitam-se a consideração de que, ainda que se conclua um percurso intelectual deste porte com o benefício de uma melhor e mais clara conceituação do Direito, e ainda que se consiga definir o fenômeno Direito balizando-o em suas fronteiras com a moral, com a linguagem, com a metafísica, etc ... restaria indagar se, com isso, chegou-se a uma causalidade necessária ao fenômeno. Mesmo a noção de direito fundado na liberdade constituída de princípios fundamentais, encontra-se assentada em uma razão legisladora,

doadora de significados, entretanto carente de resposta a indagação: O quê funda esta mesma razão doadora de sentidos ? E ainda por quê esta razão funda o direito ?

Conforme já insinuado anteriormente, a inquirição deve ser respondida no âmbito da descrição dos sentidos em que se constitui o direito enquanto essencialidade. Somente recorrendo ao próprio ser do direito, tal como este se dá a conhecer, é que poder-se-á falar de fundamento, sem recurso a categorias e preconceitos irresistíveis a um questionamento rigoroso. A causalidade fundante é a que se erige a guisa de causalidade necessária, como já restou determinado. Ocorre que o ser 'é' em uma relação com o mundo, e segundo Heidegger, ele próprio 'é' sem fundo. Não se constitui uma vinculação. Funda e segue a diante, por isso não ter ele próprio seu fundamento e ele não pode se constituir em fundamento do que fundou. Com isso os limites e balizamentos propostos podem até esclarecer melhor sobre o ser do direito, mas pouco farão para fundá-lo, da forma como se definiu o que seja fundamento.

Ontologicamente há um fundar que se dá independente da relação com o mundo, ou melhor, se dá em correlação, mas sem vinculação. Projeta-se, segundo Heidegger, na realidade do *Dasein* e exime-se na alteratividade do *Da-sein*, ou seja funda o ente mas não se vincula a ele, o ser aí segue adiante em sua abertura para o mundo. A proposição que melhor comporta as questões relativas a fundamentação, neste caso, é a que busca o fundamento sem relacioná-lo com limites ou funções, simplesmente se colocando na condição de constituidor necessário do fenômeno percebido. Portanto, ao se concordar com estas colocações, estabelece-se uma cisão entre o fundar e o definir ou conceituar. O fundamento não será mais a essência aparente do fenômeno (seu limites) ou seu processo

constitutivo, tal como preconizado. Olvidem-se assim as questões próprias das chamadas teorias da justiça. Desvincule-se mesmo, para esta tarefa, direito de Justiça e procure-se a fonte de constituição originária do Direito. Com a noção apresentada por HEIDEGGER o objeto passa a ser correlacionado ao seu próprio aparecer. Isso não relega a justiça a um papel de mera característica do fenômeno, mas estabelece que não se admite seja a justiça a causalidade necessária do direito enquanto tal. Igualmente a proposição quanto a constituição transcendental se dá com a mesma consequência. Embora a redução do direito a sua essência permita, em uma atitude axiológica, atingir a Justiça, e neste sentido até o senso comum o demonstra quando se vê que há utilização popular das expressões direito e justiça enquanto sinônimos, quando se diz: “isso não é direito” quando se quer dizer que algo não é justo. Esta percepção, porém, conforme já manifestado, não põe o direito na sua causalidade necessária pois a própria noção de justiça evolve para proposições fragmentárias contextualizadas segundo época e cultura, conforme já visto. É também relevante anotar a realidade de existir aplicação do Direito ao arrepio da noção idealizada de Justiça, sem que isso represente violação ao ordenamento posto. O ser e o fundar, portanto, não se confundem, embora um dê a indicação sobre o desvelar do outro.

Conforme já assinalado anteriormente⁶⁶ ao renegar os equívocos, vê-se que a causalidade necessária do direito esta assentada inegavelmente na consciência humana. Tal assertiva se acha em perfeita consonância com o pensamento fenomenológico tal qual apresentado por EDMUND HUSSERL em sua obra de fundamentação do pensamento filosófico e, mais que isso, do próprio conhecimento humano em sua atividade cognitiva. Que status estaria conferido a filosofia em seu pensamento e qual o destaque que a

⁶⁶ Pág. 23

consciência nele encontra ? Referindo-se a DESCARTES, HUSSERL, em sua célebre conferência de Paris afirma que o objetivo das Meditações seriam “uma plena reforma da filosofia inclusive a de todas as ciências. Pois estas são apenas membros subalternos de uma ciência universal, a filosofia”⁶⁷. Esta proposição está afirmada no resgate parcial que efetua em as “*Meditações Cartesianas*”:

“Essa situação atual, tão funesta, não é análoga à que Descartes encontrou em sua juventude ? Não é o momento de fazer reviver seu radicalismo filosófico ? A imensa produção filosófica de hoje, com sua mistura desordenada de grandes tradições, de re-começos e ensaios literários da moda - visando não ao esforço, mas ao ‘efeito’ - não deveríamos, por nossa vez, submetê-las a uma revolução cartesiana e levar a efeito novas “*Meditationes de prima philosophia*?”⁶⁸.

A proposta husserliana se fez no sentido de, retomando o pensamento radical sobre novas bases, calcar a filosofia enquanto uma ciência rigorosa, possuidora de “fundamentos absolutamente certos”⁶⁹, “fundamento absoluto”⁷⁰. Este interesse pauta assim, desde os primórdios, a elaboração fenomenológica consoante a necessidade de constituí-lo enquanto uma ciência geral, rigorosa e de fundamentos absolutos.

⁶⁷ HUSSERL, Edmund. “*Conferências de Paris*”. Ob. cit. página 09/10

⁶⁸ HUSSERL, Edmund. “*Meditações cartesianas - introdução à fenomenologia*” tradução Frank Oliveira. São Paulo, editora Madras Ltda, 2001.

⁶⁹ Idem página 25

⁷⁰ Ibidem. Pág. 26

É importante que se reafirme, desde logo, que esta pretensão a universalidade sempre foi inerente a própria filosofia. Para tanto, porém, não se deve chegar ao atrevimento de propor uma definição unívoca para o que seja a filosofia, embora estas existam. Nem será necessário chegar a tanto. A história da filosofia é repleta de pensadores que, independentemente do rótulo adotado por sua reflexão (metafísica, ética, lógica, estética, epistemologia, filosofia do direito, da religião, das ciências, etc...), buscavam clarificar, esclarecer, lançar luz sobre a sua percepção natural do próprio existir. Não se reconhece reflexão filosófica exclusivamente sobre o não existir. Não é com certeza o caso do ser-de-outro-modo de HEIDEGGER, que não nega o ser, apenas reflexiona-o. Filosofar é necessariamente refletir sobre algo; para produzir proposições sobre esse algo que o tornem mais claro ou lhe agreguem outros conhecimentos ou evoluam a si próprios. Admitindo-se ou não a possibilidade de através da filosofia produzir-se enunciados originais e problematizar questões fundamentais (polêmica envolvendo o Círculo de Viena), a verdade é que esta atividade se dá de forma inerente ao espírito humano em sua incessante busca por compreensão. Compreensão do mundo, de si próprio, do outro, de Deus, do Universo, do espaço, do tempo, do ser, do ente, da linguagem, etc

É certo que na noção de filosofia já se subsumiu todo o conhecimento ou abrangia todo o conjunto dos conhecimentos que o homem podia alcançar. Valendo, para tanto como saber racional. Assim sendo, seria correto afirmar que a filosofia é a ciência dos objetos do ponto de vista da totalidade, enquanto as ciências particulares são os setores parciais do ser, províncias, recortadas dentro do continente total do ser. Entretanto, esta perspectiva em nada altera ou modifica a proposição inicial de que seja qual for o emprego que se faça do termo Filosofia, este se achará sempre vinculado a compreensão, a

esclarecimento, a algum tipo de conhecimento. Mesmo quando vinculada a atividade filosófica, a constituição de um sistema no qual se reestrutur a sociedade ou o próprio mundo, o ponto de partida se acha em alguma análise ou compreensão de percepções apreendidas por quem a ela se propôs. Como associar tal concepção com a proposição de HUSSERL para quê se possa aferir a assertiva ? A caminhada proposta pelo filósofo alemão inicia-se com o emprego do termo ciência. A idéia de ciência implica duas acepções distintas, a que “lhe reserva caráter de fenômeno cultural, e a que lhes conferem um sentido verdadeiro e estrito”⁷¹. Para atingir um esclarecimento quanto ao sentido empregado, evidentemente o de verdade, deve-se abdicar de qualquer relação com a acepção cultural do termo, “não há identidade entre as ciências como fenômeno cultural e as ciências ‘no sentido verdadeiro e estrito’”⁷². Evidentemente a noção de cultura científica será retomada quando se anotar a chamada crise de sentidos do mundo moderno, posto que será no aspecto cultural que tal crise se mostrará mais aguda. Porém, a relação analisada modifica-se de perspectiva. Enquanto fenômeno cultural, a ciência é percebida em sua relação com a sociedade em geral, ao passo que enquanto produtora de enunciados ‘verdadeiros e estritos’ ela é percebida em si mesma. Esta pretensão a produção dos enunciados verdadeiros, apodícticos, para alguns, é merecedora de críticas contemporâneas que fulminam a fenomenologia ante a inacessibilidade da efetiva verdade. Apenas o desconhecimento das assertivas da fenomenologia quanto ao que seja verdade pode justificar estas críticas, porém tal questão será oportunamente abordada.

⁷¹ Ob. Cit. P. 27

⁷² Idem.

1.5.2 – A crítica fenomenológica e sua atitude rigorosa em contraponto ao psicologismo

Conforme já referido, a fenomenologia se caracteriza por uma crítica a ciência e a cultura moderna, crítica esta assentada, sobretudo, nos modos de produção de sentidos destas. Desde a apropriação do pensamento aristotélico pela teologia, gradualmente ocorreu um afastamento da indagação filosófica quanto a essencialidades, ao ser dos fenômenos, conduzindo a um gradual ocultamento do mundo da vida (*Lebenswelt*). As ciências passaram a constituir liturgias metodológicas e extratificações categoriais que se tornaram substitutos da apreensão e desvelamento originário dos sentidos mundo. Como proposta basilar para este trabalho tal como o fora para a Filosofia de Husserl, estabeleceu-se a idéia de fundamentação da filosofia como uma ciência de rigor. Com invejável formação lógica e matemática (no esteio de tradições consagradas na filosofia, como no caso de LEIBNITZ que desenvolveu o cálculo infinitesimal) HUSSERL compreendia o desvio perpetrado pela cultura européia. Empreendia-se então um processo de ‘naturalização da razão’, tal empreendimento se dava como uma forma de aplicar à tarefa filosófica de esclarecer os sentidos do mundo, do ser e do ente, tarefa ontológica portanto, a crença de unidade espaço-temporal do ser. Deve-se lembrar que KANT assumiu em sua tarefa intelectual a idéia de que o tempo e o espaço seriam “os princípios da forma do mundo sensível”, tais princípios, formas *a priori* puras da intuição, estabeleceriam as condições necessárias da experiência. A unificação do ser, no espaço e no tempo conceberia a natureza. Desta forma, a natureza, concebida pelo trinômio ser, tempo e espaço, fundaria o mundo em todas as suas possibilidades e, em especial, conceberia a razão e a consciência. Ressalte-se que, conquanto seja apenas resultado de confusão quanto a percepção

husserliana da inserção da consciência transcendental no tempo, alguns autores contemporâneos vão sugerir uma aderência do próprio HUSSERL A uma concepção similar, o que representaria sua adesão a um relativismo da constituição apodítica do mundo. Os defensores desta idéia acreditam que a obra seminal “*Crise das ciências européias e a fenomenologia transcendental*” represente a adoção de uma tal crença, bem como uma total viragem do pensamento anterior. Em verdade, tal obra representa a abordagem de uma nova perspectiva para o método fenomenológico. Com ela, ressalte-se que sem abandonar qualquer dos preceitos tradicionais constitutivos da fenomenologia, confere-se um novo sentido a este método adotando o mundo da vida enquanto temática desta nova reflexão. No capítulo 04 são dedicadas algumas linhas que dirimem esta dúvida demonstrando não haver ruptura com o fundamento da metodologia fenomenológica tal como desenvolvida desde os prolegômenos das “*Investigações Lógicas*”.

De imediato, porém, aborde-se um aspecto essencial das preocupações teóricas de HUSSERL, qual seja a prevalência da concepção rigorosa da filosofia enquanto forma radical de apreensão dos sentidos do mundo, em detrimento da apologia ao psicologismo para o qual tendia a sociedade de então. Conquanto tenha sido aluno de FRANZ BRENTANO e acompanhado assim as digressões psicológicas deste, no evoluir da concepção fenomenológica, esta investe contra o dito psicologismo, tendência dominante nos meios intelectuais. Esta tendência conferia-lhe papel preponderante na formulação dos enunciados válidos em termos científicos, quando em questão os atos de percepção, reflexão, impulso, controle, ideação, etc ... Ou seja, conferia-se ao psicologismo grande relevo na gnoseologia, a ponto de muitos entenderem as “leis do pensamento como supostas leis naturais”, as quais seriam as verdadeiras leis dos processos intelectivos, sendo

as próprias leis naturais apenas uma “província” sua pois, somente pelo psicologismo, se poderia deduzir as leis presentes nos processos naturais. A crítica de HUSSERL expande-se por diversas áreas do pensamento quando vertida sobre a questão. Nos referidos ‘*Prolegomenos*’ ele apresenta uma série de refutações.

O ponto fundamental das objeções lançadas encontra-se na crítica inerente ao naturalismo, e, por consequência ao psicologismo como uma parte deste movimento, pelo simples fato de que “Nenhuma lei natural é cognoscível *a priori*, nem demonstrável com evidência intelectual. O único caminho para demonstrar e justificar uma lei semelhante é a indução, partindo dos fatos da experiência”⁷³. Assim o caráter empírico dos processos cognitivos naturalistas e, por consequência, os psicologistas também, os torna insuscetíveis de formulação *a priori*. A observação dos fatos naturais se apresenta como inerente ao método de formulação das leis naturais e psicológicas. Ocorre que o empirismo próprio destes processos somente é capaz de formular enunciados vagos. O simples fato de dependerem de reprodução em condições ideais para obtenção de iguais resultados, justifica a veemente crítica que se faz a estas concepções idealizadas das ditas ciências, que viam na física newtoniana um vigoroso paradigma. Modernamente, Teorias como a da indeterminação, tem servido para negar-lhes os atributos paradigmáticos de que se locupletavam. HUSSERL recorda textualmente a questão da Teoria da gravitação e do reconhecimento de outras Teorias tão satisfatórias quanto ela e que seriam igualmente aplicáveis aos mesmos casos. Ocorre que tais leis sujeitam-se a críticas sobre sua absoluta validade e, por vezes apresentam-se como vagas ou pouco rigorosas face a sua

⁷³ HUSSERL, Edmund, “Investigaciones logicas”. Trad. Manuel G. Morente e José Gaos. Madrid, Biblioteca de la Revista do Occidente. página 76.

reprodutibilidade apenas em condições ideais. Apesar disso, pode-se dizer que, ao contrário das ciências naturais, cujas conclusões pretensamente exatas acham-se sob forte questionamento, as leis lógicas puras são sempre válidas *a priori*. Tais leis não se justificam empiricamente ou tendem a ser demonstradas por indução. Sua validade é obtida por evidência apodítica. Com isso, pode-se concluir que a investida se faz não contra as ciências naturais ou a psicologia, e sim contra o status conferido a estas no campo das ciências e da gnoseologia. Posteriormente, HUSSERL vai estabelecer que “a psicologia pode agora ser definida como a ciência das aparições psíquicas, e a ciência natural, como a ciência das aparições físicas”⁷⁴.

Evidentemente que a adoção de postulados vagos enquanto premissas, resultariam na impossibilidade de fundar o fenômeno jurídico em bases lógicas e rigorosas, posto que inegavelmente se prestariam a relativizações. Tal consequência lembra ao homem-medida de Protágoras, que em seu escrito sobre a verdade teria enunciado a célebre frase “o homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, enquanto são, das coisas que não são enquanto não são”⁷⁵. A respeito desta assertiva, a lição platônica pela boca Socrática no *‘Teeteto’* é bastante elucidativa, assim diz PLATÃO pela boca de SÓCRATES:

“De modo geral, agrada-me sua doutrina, de que tudo o que aparece para alguém, existe para essa pessoa. Só o começo de sua proposição é que me surpreende, por ele não dizer logo no início de sua obra, A Verdade, que a medida de todas as coisas é o porco ou o cinocéfalos

⁷⁴ HUSSERL, Edmund. *“Investigações Lógicas: sexta investigação: elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento”*. Tradução Zeljko Loparc´ e Andréa Maria Altino de Campos Loparc´. São Paulo, Abril Cultural, 1980. Coleção Os Pensadores. Página 171.

⁷⁵ ROMEYER-DHERBEY, Gilbert. *“Os Sofistas”*. Tradução João Amado. Lisboa / Portugal, edições 70 LTDA, 1999. página 23.

ou qualquer animal mais esquisito ainda, porém capazes de sensações. Seria o melhor exórdio para um discurso a um tempo brilhante e desdenhoso, com mostrar-nos que, se o admiramos como a uma divindade por causa de sua sabedoria, em matéria de discernimento ele não bate nem os girinos, quanto mais um ser humano. Como diremos, Teodoro? Se a verdade para cada indivíduo é o que ele alcança pela sensação; se as impressões de alguém não encontram melhor juiz senão ele mesmo, e se ninguém tem autoridade para dizer se as opiniões de outra pessoa são verdadeiras ou falsas, formando, ao revés disso, cada um de nós, sozinho, suas opiniões, que em todos os casos serão justas e verdadeiras: de que jeito amigo, Protágoras terá sido sábio, a ponto de passar por digno de ensinar os outros e de receber salários astronômicos, e por que razão teremos nós de ser ignorantes e de freqüentar suas aulas, se cada um for a medida de sua própria sabedoria ?”⁷⁶.

A refutação feita ao psicologismo tende a imputar a este a mesma condição relativista atribuída por SÓCRATES(PLATÃO) a PROTÁGORAS. Antes, porém importa lembrar que, de início, HUSSERL aderiu a tendência dos que buscavam associar a lógica ao psicologismo. Em seu trabalho “*SOBRE O CONCEITO DE NÚMERO E FILOSOFIA ARITMÉTICA*” buscou basear na Psicologia os princípios fundamentais das ciências matemáticas⁷⁷. Posteriormente o mestre moraviano, desiludiu-se com o relativismo da teoria, pois “O fato de nosso espírito estar de tal modo constituído que não possa raciocinar contrariamente ao princípio de contradição ou às regras das diferentes figuras de silogismo, não

⁷⁶ PLATÃO. “*Teeteto*” tradução Carlos Alberto Nunes. 3ª edição. Belém, editora Universitária UFPA, 2001. página 64.

⁷⁷ FRAGATA, Júlio. “*A fenomenologia de Husserl como fundamento da filosofia*” Braga / Portugal. Livraria Cruz. 1959. página 33.

significa portanto que o princípio de contradição ou essas regras constituam as leis naturais explicativas da constituição funcional ou psicológica do espírito. É patente que tal confusão levaria a um relativismo pelo menos específico, com todas as suas trágicas conseqüências. Identificadas as leis do conteúdo do ato com as leis que regulam o processo psicológico, é claro que a verdade, que constitui seu conteúdo, ficaria dependente do processo psíquico, ou seja, da constituição da natureza humana, e por isso ‘não existiria se não existisse essa constituição assim como seria também diversa com a diversidade da mesma’⁷⁸. HUSSERL pugnava por um caráter absoluto para a verdade, “válido em si mesmo prescindindo da existência de qualquer constituição psicológica da consciência ‘pois a frase não existe nenhuma verdade’ tem um sentido idêntico ao da frase ‘existe a verdade de que não existe nenhuma verdade’ ”⁷⁹.

1.5.3 – A essência na fenomenologia – Instituição da Filosofia enquanto uma ciência rigorosa

A fenomenologia concebe a filosofia como ‘ciência dos fundamentos’, portanto como ‘ciência primeira’. Assim renovar a filosofia, implicaria na ‘reorientação de todas as ciências’⁸⁰ à conta da questão dos fundamentos. O ponto de partida desta reorientação à subjetividade se dá pela compreensão de que o ato perceptivo é um ato da consciência que percebe, de modo que a percepção de algo externo se dá enquanto um acontecimento interno. Com isso o *ego cogito* de DESCARTES é homenageado enquanto instância única de evidenciação dos sentidos dos fenômenos. Por fenômeno deve-se

⁷⁸ Idem páginas 36 e 37.

⁷⁹ Ibidem página 37.

⁸⁰ ZILLES, Urbano. “A fenomenologia husserliana como método radical – Prefácio a tradução da Crise da humanidade européia e a filosofia”. Porto Alegre, EDIPUCRS. 2002. página 19.

entender que seja tudo o que se dá a consciência como aparecimento, tudo o que aparece à consciência. É o ‘manifestar-se do mundo dos objetos’, entendendo que por objeto aqui não se tem somente os inanimados ou as coisas, percepções, sensações, enfim; os elementos reais e irrealis também são fenômenos que se dão à consciência (assim tanto os objetos perceptíveis – reais, como outros, idealizados como na imaginação, a ideação e a lembrança). A distinção lógico-científica entre facto ou acontecimento e fenômeno não encontra aplicação, ao menos sob este aspecto, na doutrina fenomenológica⁸¹. SALANSKIS adverte que, nas INVESTIGAÇÕES LÓGICAS, se “distingue três sentidos da palavra consciência: o primeiro, segundo o qual a consciência é o ‘tecido dos vividos psíquicos na unidade do fluxo dos vividos’; o segundo, pelo qual ela é percepção interna; o terceiro, segundo o qual ela é o nome genérico de nossos atos psíquicos. Essas três significações são, no final, coordenadas, tornadas solidárias na filosofia de HUSSERL, mas é importante que originariamente ele tenha dado prevalência à primeira”⁸².

A consciência, para esta pesquisa, é o local onde se constituem os sentidos do mundo. Através dela o mundo dos fenômenos me é dado a conhecer. Não se nega a existência real dos objetos dos fenômenos, nem tão pouco instituí-se uma noção puramente idealista ou representativa do mundo. Não é dizer que o mundo só existe na constituição deste na consciência, não se nega que os objetos possam ser reais e ter existência fora da consciência que os descreve, porém abandona-se a atitude ingênua de crêr nestes elementos em sua objetividade, tal como se apresentam enquanto um em si

⁸¹ “Assinalamos já que um enunciado é o símbolo lógico de um facto(ou acontecimento), sendo a palavra fenômeno reservada (segundo a terminologia científica) aos factos minuciosamente estudados, determinados sem ambigüidade, ou seja, quantitativamente”. BOLL, Marcel; REINHART, Jacques. “*A história da lógica*”. Trad. A. J. Pinto Ribeiro. Lisboa / Portugal. Edições 70. 1992. página 63.

⁸² Ob. Citada página 21.

mesmo. Aos fenômenos somente se tem acesso através da consciência, local onde o mundo da vida se constitui em sentido e significado. A consciência constitui o mundo a medida em que, na sua abertura a este mundo fenomênico(dos objetos), percebe (objetos reais, objetos ideais e objetos imaginários) e preenche de significação a consciência quanto ao dito objeto e assim constitui o mundo em seus sentidos.

Importante frisar que não se tendo acesso ‘as coisas mesmas’ o que a consciência percebe é o “estado das coisas”, ou seja, as coisas no seu iluminar-se pela consciência, para utilizar a expressão heiddegeriana. A percepção dos objetos é sempre relativa a uma certa perspectiva que, em princípio, determina a forma como o objeto é intuído para descrição de seus sentidos. A única forma de superar esta relativização da coisa quanto a seus sentidos é a utilização do método eidético para se atingir à essência deste objeto. Para isso é forçoso reconhecer que todo fenômeno possui uma essência, posto que sendo possível designá-lo, nomeá-lo, desdobrá-lo, aprender com ele ou criticá-lo, é porque ele contém algo que é seu, que o torna o que é e não uma outra coisa, caso contrário ele nada seria. A faticidade do fenômeno não esgota sua potencialidade de significação, caso contrário as possibilidades acima não existiriam. Portanto, o fenômeno é irreduzível a sua dimensão fática. Ele se apresenta como fato, porém, no apresentar-se a consciência, no ato de dar-se a abertura que a consciência apresenta para percebê-lo, ele se faz dotar de um sentido. Quer dizer que um objeto é sempre percebido como dotado de um sentido. O estado de coisa em que se encontra o fenômeno encarrega-se de dotá-lo deste sentido. Com isso pode-se afirmar que, assim como a visada intencional da consciência não é capaz de esgotar os estados possíveis, tão pouco seus sentidos poderão ser apreendidos em sua integralidade, em suas infinitas possibilidades.

1.5.4 – Percepção ingênua do Direito

A atitude natural nos prende a uma percepção ingênua do mundo. Seu corolário é a crença no próprio mundo tal qual se apresenta e em seus sentidos a partir da apreensão intencional direta ou indireta que fazemos em nosso dia-a-dia. Tal atitude confere um certeza ao apreendido que não condiz com a infinita capacidade de produção de sentidos de que a mais comezinha das coisas reais é capaz. Esta crença obsta ao ente que alcance as coisas propriamente ditas, perpetuando-se através das ideações e categorizações que perpetram o ocultamento do mundo e das coisas em si consideradas. A superação desta ingenuidade, da premissa de objetivação do mundo, pelo naturalismo e pelo objetivismo, depende de se compreender que na “vivência o ente não é pura e simplesmente objecto; possui um sentido que exprime as suas possibilidades de interpretação e que lhe é dado pelo horizonte que predetermina esse sentido, representando o nexa de sentido em função do qual se compreende ou interpreta um acontecimento”⁸³. Desvendar os sentidos conferidos pelo mundo em sua horizonticidade é imprescindível para estabelecer a fundamentalidade do ente.

No caso do direito reconhecido que toda a norma emana da consciência, ou seja, que a norma posta em circulação tem sempre origem numa consciência que a sugeriu e num conjunto de demais consciências (subjetividades, pessoas)

⁸³ MORUJÃO, Alexandre Fradique. Artigo “*Estrutura e sentido do ‘Mundo da Vida’*” publicado a Revista Portuguesa de Filosofia. . Braga / Portugal. 1988. página 379.

que a tornou possível na órbita da realização fática na esfera do poder político(legislativo) e no plano da sanção universalizadora de sua eficácia”⁸⁴. A afirmativa nada tem de pretenciosa, como já dito, se insere na perspectiva dos fundamentos do direito mesmo em sua normatividade positivista, aliás, o objeto da presente. Com isso, não se está ignorando a questão do problema representado pela instituição de fundamentos para o Direito. Implica, em verdade, numa incursão profunda as esferas ontológicas, axiológicas e deontológicas do Direito, cabendo a outra parte deste trabalho efetuar esta tarefa. Por ora, a questão se circunscreve a fundamentação da normatividade jurídica. Conforme se verá, embora muito se escreva sobre teorias da justiça, e já se mencionou algumas no tópico anterior, a origem do ordenamento pouco vem sendo discutida e abordada. Assentando-se o mesmo na consciência e tendo, anteriormente, já se destacado três atributos indissociáveis de seu caráter fenomênico: axiologia, facticidade e imperatividade, é possível desincumbir-se melhor da tarefa. Entretanto, são os processo da consciência ante o fluxo de vivências em sua tarefa de preenchimento, os encarregados de instituir a normatividade com que se apresenta o direito em sua causalidade necessária. O imperativo de operacionalização do direito positivo de ser autônomo em sua incidência ante a vontade legisladora original, ante a intencionalidade dos instituidores da norma, não representa nenhum problema. Não se está tratando de hermenêutica e sim dos sentidos do direito positivo. Estes sentidos serão necessariamente percebidos em sua gênese e em sua incidência. Nestes pólos, entre eles, se constituí uma crise de sentidos que subtraí progressivamente a capacidade de ordenar as relações políticas entre os homens em sua vida em sociedade.

⁸⁴ “ Cinco lições ...” página 13.

Considerando que a norma jurídica enquanto “garantia imaginada consensual e operatória das relações das pessoas entre si e destas com o Estado” destinando-se esta a “manter, em última análise, o equilíbrio existencial da pessoa humana, no trecho histórico de sua vida”⁸⁵, é em sua funcionalidade que os sentidos vários da normatividade se expressam. A subsistência da humanidade, portanto, seria inviável se não fossem produzidas as normas jurídicas e se estas não estivessem inseridas em uma ordem valorativa cujos sentidos estão contidos na cultura e historicidade das sociedades onde se produz. Pode-se então asseverar que a consciência, ou as consciências (de cuja efetiva interação nenhuma prova pode ser rigorosamente obtida), elaboram normas segundo a visada do mundo que lhes permite apreender certos sentidos dos fenômenos. Sentidos cuja relação com os valores culturais e históricos da mesma sociedade de seres humanos (consciências) impõe a esta própria sociedade seja sua regulação, seja sua prevenção ou seja sua repressão. Trata-se de um descobrir o Direito pela consciência. Como diz AQUILES “descobrir o Direito significa doar sentidos à conduta humana na conflitualidade dos interesses disciplinados normativamente”⁸⁶.

⁸⁵ “Cinco lições ...”. página 13

⁸⁶ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. “*FENOMENOLOGIA E DIREITO*”. Rio de Janeiro, Lúmen Júris editora, 2005. página 53

CAPÍTULO 2 – *A crise dos sentidos do mundo e a ordem*

jurídica

2.1 – *Características da modernidade e a produção de sentidos contemporânea.*

2.1.1 – A contextualização da crise.

O tema da crise de sentidos carece primeiramente de definição quanto à situação contextual que lhe determine o conteúdo de significação, afim de que se estabeleça seu âmbito de inserção. Evidentemente que tal premissa não implica uma reconstrução de sentidos originários, pois qualquer reflexão sobre uma proposição já formulada ou um conhecimento obtido se acha igualmente contextualizada com o momento em que é feita. Como adverte HANS-GEORG GADAMER, em remissão a GOETHE “que cada qual seja a sua maneira um grego, mas que o seja”⁸⁷, ou seja, não se pode efetivamente

⁸⁷ GADAMER, Hans G. “*hermeneutik im Rückblick*”. Tradução Arturo Parada. Madrid, Espanha. Editora Cátedra, S.A., 1998. página 201.

voltar atrás e pretender reconstruir os sentidos tais quais se deram no momento em que ocorreu o fenômeno visado. Também em HUSSERL encontra-se esta preocupação. O mundo da vida, em seu fluxo contínuo de vivências, submete à descrição dos sentidos da vida que são apreendidos a perspectiva vinculada ao momento, ângulo e condição em que é feita.

Esta noção de impossibilidade de reconstrução fidedigna dos sentidos é importantíssima para esclarecer equívocos até mesmo conceituais. Conforme será oportunamente abordado, um grave equívoco na percepção fenomênica da sociedade está em aplicar juízos éticos e valorativos contemporâneos a períodos anteriores. Desta forma, por exemplo, a crítica que se possa fazer a chamada escravidão moderna (tal qual vivida no Brasil) não pode ser levianamente transposta a chamada escravidão clássica. Igualmente os juízos axiológicos em um e outro período devem ser formulados diferenciadamente. Os valores eminentemente sociais carregam, em sua gênese, a vinculação à esta relatividade. Entretanto, é preciso esclarecer que tais considerações não se referem a esfera ontológica do ser. Conforme anota JORGE JAIME “Os valores encontram-se nas coisas, confundem-se nelas ? Parece que não, pois os valores são precários; desaparecem das coisas e estas permanecem com todo o seu ser (. .) o valor não é a coisa, reside nelas, mas não se confunde”⁸⁸.

Ante o tema direitos humanos, o assunto invoca cuidados deste tipo, pois o estabelecimento de princípios fundamentais de direitos humanos com soberana primazia face as demais regras legais avocou a questão axiológica para um primeiro plano. Neste plano, pode-se apontar aqueles que erigiram a supremacia de tais princípios à guisa

⁸⁸ JAIME, Jorge. “*Ser e valor*” vol. 1. 2ª edição. Rio de Janeiro. Academia Brasileira de Filosofia. Página 159.

de uma objetividade ideal⁸⁹ (caso de SCHELER e HARTMANN). Para estes a questão se inseria em um contexto de reconstrução dos sentidos platônicos visando ombrear as idealidades objetivas da matemática e da física àquelas decorrentes da reflexão filosófica. Ocorre que, na temática específica dos direitos humanos fundamentais, a questão axiológica não se apresenta ingenuamente. O tema se faz acompanhar de duas perspectivas inseparáveis: o sentido histórico de seu desenvolvimento cultural em sociedade e uma inseparável vinculação ontológica com a assunção de nossa condição humana. Tais questões são apresentadas por REALE quando propõe o reconhecimento do

“homem como o valor-fonte de todos os valores porque somente ele é originariamente um ente capaz de tomar consciência de sua própria valia, da valia de sua subjetividade, não em virtude de uma revelação ou de uma iluminação súbita de ordem intuitiva, mas sim mediante e através da experiência histórica em comunhão com os demais homens”⁹⁰.

Prosseguindo, REALE aponta que “a objetividade das invariantes axiológicas se funda sobre a historicidade radical do homem, o qual dá origem e legitimidade às demais invariantes axiológicas, que não se inferem dedutivamente e in abstracto da idéia de pessoa humana, mas sim, concretamente, no processo histórico”⁹¹. Neste momento a temática ainda não se mostra oportuna, mas é fundamental que se reafirme que os sentidos dos fenômenos que se apresentam a consciência perceptiva são infinitos, embora não se contradigam, e a inserção do homem no fluxo de vivências do mundo da vida, se não chega a relativizar estes sentidos, engano cometido por muitos, ao menos os sucede de forma a parecer que

⁸⁹ REALE, Miguel. “*Paradigmas da cultura contemporânea*”. 1ª edição, 1999. São Paulo, editora Saraiva. Página 104.

⁹⁰ Idem. página 107.

⁹¹ Ibidem.

sobre um mesmo aspecto o mundo poderia apresentar ambíguo ou contraditório, fato que implicaria negar-lhe validade epistemológica e impor uma eterna busca pelo chamado ‘ser’ do ente. Busca talvez fadada ao fracasso.

Assim a delimitação temporal e contextual da análise apresenta-se sob duas motivações: primeiro restringir o âmbito de perspectiva dos sentidos a serem apreendidos e depois situar os aspectos críticos como inerentes a um período determinado, permitindo a utilização de conceitos e definições próprios deste período aos aspectos que sejam abordados.

Na delimitação de um lapso para a análise da referida crise, é natural que se opte pela modernidade em razão da influência que suas características vão exercer sobre os sentidos apreendidos do mundo, bem como por evidentemente constituir o âmbito contemporâneo de seu desvelar. Com isso não se nega a existência da idéia de crise desde que a humanidade se articulou em sociedades primitivas. Entretanto, ocorre que as crises surgidas ao longo da trajetória humana apresentaram-se sob diversas perspectivas diferentes, sendo sua superação o estágio seguinte da humanidade. Com isso não se está aderindo a proposição de ORTEGA Y GASSET quanto a um esquema de crise, mas reconhecendo que qualquer estrutura, seja social, política, econômica, etc ..., e inclusive as culturais, tende a resistir aos ímpetus transformadores. Como consequência desta resistência, acentua-se um contexto crítico. Com isso a idéia de crise trás incita a noção de superação e com ela o advento de um novo estágio em uma perspectiva dialética. Neste tocante a perspectiva de uma crise de sentidos encontra seu âmbito contemporâneo fundado

em suas raízes modernas. É, portanto, na modernidade que se vai perquerir pela existência, natureza e extensão da crise.

2.1.2 – Caracteres e estrutura da modernidade.

Primeiramente deve-se observar que este período (modernidade) possui espectro de definição muito amplo, podendo ser estendido desde sua aurora, por volta de 1789, com a Revolução Francesa até os dias atuais. Em verdade, ainda se vive no âmbito de estruturas cunhadas pelo advento do período moderno. A respeito de uma pretensa superação do período moderno com advento de uma pós-modernidade, convém elucidar que não há, efetivamente, uma ruptura entre a modernidade e a pós-modernidade que enseje a diferenciação essencial destes períodos supostamente distintos quanto a características e a produção de sentidos. Há, como se percebe em autores como FREDERIC JAMESON⁹², profundas diferenças quanto a questões estéticas e culturais em geral, porém, conforme se verá, a substituição da ordem estamental pré-moderna, em sua superação moderna pela igualdade estamental, não apresenta feições radicalmente novas, ainda que passíveis de crítica. Tão pouco o sistema econômico/político liberal se viu superar por modelos que representassem mais do que variações, mais ou menos radicais, do que se apresentava nas anteriores. Observe-se ainda, com PERY ANDERSON que “uma vez que o moderno – estético ou histórico – é sempre em princípio o que se deve chamar um presente absoluto, ele cria uma dificuldade peculiar para a definição de qualquer período posterior,

⁹² JAMESON, Frederic. “*Pós-modernismo – a lógica cultural do capitalismo tardio*” trad. Maria Elisa Cevalco. São Paulo, editora Ática. 2000. capítulo 1 – Cultura, páginas 28/29.

que o converteria num passado relativo”⁹³. Deste modo, a definição de qualquer período como posterior a modernidade, enfrentaria um obstáculo semântico face a absoluta presentificação que o termo invoca. A expressão pós-moderno que entrou em voga nos anos 70 se propunha, assim, uma tarefa ingrata e, para muitos, inútil: sugerir uma sucessão sem contradição, mas sim com aprofundamento. A pós-modernidade representaria uma radicalização de fatores inerentes ao período moderno. Radicalização esta que teria que sugerir uma superação para encetar o reconhecimento de tratar-se de nova fase. A hipótese de ser algo superado por si mesmo parece tautológica, embora muitos tenham aderido a ela.

2.1.3 – O início da era moderna

É fundamental a constatação de que, nesta modernidade tardia em que ainda se vive, alguns dos aspectos contidos embrionariamente na aurora deste período, germinaram e atualmente atingiram maiores dimensões. Assim, quando da ruptura com a ordem aristocrática, valorizou-se o indivíduo contra as corporações e estamentos. Tal aspecto, individualismo, só fez crescer atingindo-se, atualmente, um estágio onde a razão eleita pelos iluministas (humana) jaz subjugada por outra (tecnológica) que, sujeita a idealização do mundo que lhe é própria, possibilita que este se fragmente em toda a realidade apreensível. Esta consequência não se deu levemente. Um dos motes de tal processo foi uma crítica a modernidade, sobretudo em função de sua racionalidade fundamental. “O que os críticos da modernidade, os ‘pós-modernos’, elegeram em troca da racionalidade moderna e seus grandes temas (o progresso, a ciência, a revolução, a

⁹³ ANDERSON, Pery. “*As origens da pós-modernidade*”. Rio de Janeiro, Jorge Zahar editora, 1999. página 20.

felicidade, a verdade, etc ...) foi a valorização do particular, do fragmentário, do efêmero, do microscópio, do sensual, do corpóreo, do prazer, etc ...A ‘pós-modernidade’ rejeita decididamente a predileção pelas grandes síntesis, pelo conhecimento das causas primeiras, pela busca do sentido da história”⁹⁴, a era contemporânea aproxima-se da idéia de um individualismo ou egotismo absoluto onde as particularidades, a necessidade de se diferenciar e os temas fracionários, partindo do campo estético, alcançaram uma dimensão cultural consagrada, dentre outras questões, ao efêmero e transitório, o que acarreta a referida perda do sentido da história. Há uma hipertrofia dos domínios do mundo fazendo com que “Cada domínio apresente uma vertente excrescente, desmesurada, ‘sem limites’”⁹⁵. O individualismo inerente ao período moderno se exacerba e radicaliza na customização dos bens, que devem ser ou parecer exclusivos.

“Até os comportamentos individuais são pegos na engrenagem do extremo, do que são prova o frenesi consumista, o doping, os esportes radicais, as bulimias, as compulsões e os vícios ...De um lado, os indivíduos, mais do que nunca, cuidam do corpo, são fanáticos por higiene e saúde, obedecem a determinações médicas e sanitárias. De outro proliferam as patologias individuais, o consumo anômico, a anarquia comportamental. O hipercapitalismo se faz acompanhar de um hiperindividualismo distanciado, regulador de si mesmo, mas ora prudente e calculista, ora

⁹⁴ MICHEL, Zaidan Filho. “*A crise da razão histórica*”. Campinas / SP, Editora Papirus, 1989. página 116.

⁹⁵ LIPOVESTSKY, Gilles. “*Tempos hipermodernos*”. Editora Barcarola, página 55.

desregrado, desequilibrado e caótico. No universo funcional da técnica, acumulam-se os comportamentos disfuncionais”⁹⁶.

Trata-se, à toda evidência, de uma acentuação do individualismo que, já precocemente, na aurora da modernidade se poderia vislumbrar. O dístico: *‘liberdade e igualdade’*, conquanto distorcido no período de gestão do Comitê da Salvação Pública de viés comunitarista, enunciava a tragédia da exasperação do individualismo que faria sucumbir a expressão real da igualdade sob a premissa das desigualdades sócio-econômicas, posteriormente tão bem acentuadas por Marx.

2.1.4 – Descontinuidades e o mundo contemporâneo

A expressão modernidade enquanto âmbito histórico e cultural deste contexto, abre-se para diversas possibilidades de definição. Com isso corre-se o risco de não alcançar a condição necessária a sua problematização, ou seja, um balizamento que institua limites à estrutura de produção de sentidos desta forma social. Assim tomemos as palavras de AGNES HELLER sobre o arranjo social moderno:

“As funções que homens e mulheres devem exercer não são mais determinadas por uma estratificação hierárquica fechada; pelo contrário: no desempenho de certas funções, eles mesmos definem sua posição na hierarquia social do poder, da riqueza e da fama. Cada vez menos

⁹⁶ Idem. Página 56.

o cotidiano participa na alocação de posições hierarquicamente fixas; riqueza, poder e fama são crescentemente determinados pela posição que homens e mulheres ocupam durante suas vidas dentro da hierarquia das instituições econômicas, políticas e culturais. Isso significa que, em princípio os homens nascem livres porque nascem contingentes: no momento de seu nascimento, nada está escrito em seus berços. Em princípio, suas possibilidades são ilimitadas. Nascer livre é nascer sem determinações, liberdade é igual a vazio. Este vazio precisa ser preenchido com conteúdos pelas escolhas e pelos atos do homem e da mulher modernos. (. . .) Possibilidades livres cobram um preço, a vida torna-se arriscada. Homens e mulheres que acreditam em si mesmos por seus sucessos têm que odiar seus fracassos”⁹⁷.

A definição apresentada evoca dois aspectos essenciais da modernidade: o fim das estratificações sociais hierarquizadas, marca das sociedades pré-modernas, e a outorga ao indivíduo de uma responsabilidade pela condução de sua vida, em seus sucessos e fracassos que, na fase anterior, não existia. Tal outorga, carrega consigo uma noção de insegurança, de abandono, pois se a condição de servo medieval era estigma, era também, por sua vez, segurança de sua condição e razoável certeza de seu porvir. Tentar julgar esta condição com a noção moderna de vida em liberdade seria inverter a proposta gadameriana, ou seja, tentar que os medievais fossem, ao mesmo tempo, modernos. Evidentemente a afirmativa quanto a ausência de estratificações estamentárias

⁹⁷ HELLER, Agnes. Artigo “*Uma crise global da civilização*” publicado em “*A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*”. Rio de Janeiro, editora Contraponto. 1999. página 16.

pode ser submetida a uma posição crítica se for cotejada com os processos contemporâneos de acumulação e transmissão de capital. Neste contexto não é difícil imaginar uma estratificação social de ordem não-estamentária determinada pela detenção de capitais ou de força de trabalho, e pela sucessão hereditária. Deve-se lembrar a advertência de MARX ao indagar: “em que se baseia o capital, isto é, a propriedade privada dos produtos do trabalho alheio ? Se o próprio capital não se reduz ao roubo ou à fraude, então necessita do concurso da legislação para sacralizar a herança. Como alguém se torna proprietário de fundos produtivos ? Como alguém se torna proprietário dos produtos que são criados por intermédio desses fundos ? Mediante o direito positivo. O que se ganha com o capital, com herança de uma grande fortuna, por exemplo ? Alguém que herda, por exemplo, uma grande fortuna, na verdade não ganha imediatamente, por intermédio disso, poder político. A espécie de poder que essa posse imediata e diretamente lhe transfere é o poder de comprar, que é direito de comando sobre todo o trabalho de outros ou sobre todo o produto desse trabalho que existe, atualmente, no mercado. O capital é, portanto, poder de governo sobre o trabalho e os seus produtos. O capitalista possui esse poder, não por causa de suas qualidades pessoais ou humanas, mas na medida em que ele é proprietário do capital. O poder de comprar do seu capital, a que nada pode se opor, é o seu poder”⁹⁸.

Entretanto, a efetivação da divisão social a partir de classes, organizadas de acordo com a detenção de meios de produção e de capital, não representaria na instituição de uma alteração essencial das estruturas e relações igualitaristas trazida pela modernidade. Sob o aspecto estamentário, ao contrário dos sistemas aristocráticos, os

⁹⁸ MARX, Karl. “*Manuscritos econômico-filosóficos*”. Trad. Jesus Ranieri. São Paulo, Boitempo editorial. 2004. Página 40

sistemas modernos adotam princípios e regras pelos quais todos são iguais na condição de cidadãos – igualdade civil. À lei compete implementar distinções que atendam as condições específicas de cada um, sem com isso alterar as condições básicas de igualdade perante a lei da sociedade republicana e democrática. As distinções decorrem então da realidade social e econômica em que tais lei irão incidir.

HELLER prossegue colocando o que entende como características da modernidade:

“A dinâmica moderna se caracteriza por uma negação constante e pela justaposição, pela crítica e pela idealização. Por exemplo: ‘Esta instituição é injusta, uma outra seria justa: deixe-nos ter uma outra; esta estória não é verdadeira, é ficção: há uma outra verdade; isto não é uma virtude, não há virtudes: apenas interesses – e assim por diante. Esta dinâmica, não só contribuiu para destruir o antigo edifício social, hierarquicamente estruturado, mas também foi acomodada pelo novo arranjo social moderno. Logo, o mundo moderno não é destruído, mas mantido pela negação. Ele se desenvolve na negação, pois ela e a idealização são as condições de sua reprodução”⁹⁹.

Desta forma, situamos a indagação quanto aos sentidos do mundo em um âmbito de desvelamento contemporâneo e o identificamos com a modernidade, recusando teorias que proponham a efetiva vigência de outra era, dita pós-moderna.

⁹⁹ Idem.

Há ainda um outro aspecto, talvez ainda mais relevante, que caracteriza a modernidade de forma incomparável. Trata-se do implemento de uma racionalidade diferenciada. CHÂTELET lembra DESCARTES que afirmava ser objetivo da razão “tornar o homem senhor e possuidor da natureza”¹⁰⁰. Na verdade tratava-se de fazer o homem livre das submissões impostas pela sua condição natural. A razão se inscreveria neste processo como instrumento pelo qual se põe à natureza sob análise, submetendo-se esta a ser transformada pela razão humana. A ordem natural ditada por uma razão divina já não funda a realidade e tão pouco empresta os sentidos que desta se pretende obter. KANT coloca a questão fundamental desta racionalidade com uma série de indagações: Como pode haver a verdade? Como posso conhecê-la ? Assim ele vai interrogar sobre as próprias possibilidades da razão. A crise que se vai desenvolver no seio da cultura irá decorrer exatamente de uma distorção destas possibilidades.

2.2 – A QUESTÃO DA RAZÃO NA MODERNIDADE -

2.2.1 – A crise científica

O evoluir da modernidade trouxe para a filosofia, conforme já mencionado, a questão dos fins da razão. Esta questão foi incrementada pelo extraordinário desenvolvimento das ciências. As ciências naturais e suas sucedâneas, as tecnociências, atingiram níveis de elaboração e de influência no cotidiano que jamais haviam sido

¹⁰⁰ Apud CHÂTELET, Françoise. “UMA HISTÓRIA DA RAZÃO” trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro, Jorge Zahar editor. 1994. página 89.

registrados. Com isso perpetrou-se um desvio epistemológico. A idealização, em parte responsável pelo próprio advento das tecnociências enquanto parâmetros racionais, gradualmente foi sendo associada a metafísica e esta execrada por sua inadequação ao método experimental. A consequência deste processo foi o incremento da objetivação do mundo. A origem da crise se deu com a convicção de que a verdade do mundo apenas se encontra no que é enunciável no sistema de proposições da ciência objetiva. Evidentemente que as questões fundamentais quanto ao ser, em sua destinação e situação perante os fenômenos percebidos e ante o mundo em seus sentidos (o que sou, que é o mundo, que significado existe no que se constitui perante mim enquanto mundo), e aquelas ligadas à própria condição das vivências espirituais do homem (refletir, julgar, decidir) não se encontravam entre as proposições válidas, de acordo com o sistema científico positivo adotado. A execração da metafísica, sob qualquer forma que adote, torna-se emblemática deste processo.¹⁰¹ Tal ataque ao pensamento metafísico se deu, não sem alguma resistência por parte dos que crêem no fundo metafísico das tragédias contemporâneas. Trata-se, porém de fato determinado que apenas a supressão das vivências espirituais pela consciência, através de uma submissão obscurecida ao apelo da reflexão, pelo racionalismo da sistemática positivista, possibilitou que houvesse adesão voluntária e até entusiástica como se verá adiante, a tais perpetrções. Contra este itinerário e suas funestas consequências de artificialização da humanidade, sujeita então a uma grosseira e impessoal

¹⁰¹ Deve-se notar que esta proposição recorrente de eliminação da metafísica dos processo cognitivos e, por via de consequência, epistemológicos, culmina por tornar-se ela própria uma metafísica igualmente, pois partindo de enunciados preconcebidos não encontra desenvolvimento empírico racional para sua proposta. Anotem-se, por todos, as seguintes considerações de António Brás Teixeira a respeito do positivismo: “Recusando a metafísica em nome de uma metafísica que se ignorava, a de um materialismo que procurava garantir-se pela ciência natural, o positivismo era, ele próprio, uma filosofia e uma metafísica, se bem que minoradas e inconscientes, que a revisão do conceito de ciência de que partia e a teorização das ciências do espírito ou da cultura ou ciências humanas acabaram por tornar gratuita e insustentável”. In “*SENTIDO E VALOR DO DIREITO – Introdução à Filosofia Jurídica*”. TEIXEIRA, António Brás. 2ª edição. Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003. Lisboa. Página 24.

racionalidade, cujas bases teóricas assumiam um encobrimento do mundo da vida, dos fenômenos tal qual se dão a consciência intencional que os apreende, insurge-se HUSSERL. Em “*A crise da humanidade européia e a filosofia*” preocupa-se com a destinação da humanidade sob a égide de processo gnoseológicos que, supondo apreender leis imutáveis dos processos empíricos tal qual nos domínios das ciências naturais, possibilitassem a constituição de leis ideais sobre a constituição dos sentidos do mundo, sem recorrer ao sujeito. Em seu débâcle, HUSSERL opõe a noção de *Lebenswelt* (mundo da vida) ao projeto implementado pela cultura e humanidades européias em sua objetivação do mundo. Este “*a priori* concreto” em que se constituí o mundo da vida, é o lugar das afecções Kantianas e onde se dá intuição dos sentidos da própria vida na fenomenologia. HUSSERL apresenta assim seu pensamento a partir de dois enfoques distintos: em *MEDITAÇÕES CARTESIANAS*, ele apresenta suas reflexões sobre o ego e a consciência transcendental, seu papel na constituição do mundo e a natureza apodítica de suas produções de sentido. Esta apoditicidade era, e continua sendo, garantida pela adoção da atitude fenomenológica e pela apreensão dos sentidos conforme doados pelo próprio fenômeno, com renúncia a atitude ingênua de supô-los como plenamente apreendidos no ato meramente perceptivo. É importante asseverar novamente que HUSSERL jamais renunciou a esta perspectiva. A consciência, enquanto instância em que as dimensões físicas, psíquicas e espirituais são conhecidas, jamais escapa a condição de premissa. Afinal, apenas dos fenômenos, enquanto conhecidos pela consciência, é que se pode atestar certeza. Posteriormente HUSSERL acresce a suas reflexão outro ponto: o mundo da vida. Para URBANO ZILLES, ele: “considera o mundo da vida como origem e fundamento das ciências objetivas. (. . .) Considerava o mundo da vida como um novo ponto de partida no caminho para a fenomenologia transcendental, sobretudo para a subjetividade transcendental, da qual brotam, em última análise, não só as ciências objetivas,

mas o próprio mundo da vida. Dessa maneira, na fenomenologia husserliana, o mundo da vida exerce uma dupla função: a) a função de fundamento em relação as ciências e b) a função de fio condutor para o retorno da fenomenologia à subjetividade constitutiva do mundo”¹⁰². A produção de sentidos do mundo contemporâneo estaria assim comprometida pela adoção de instrumentos incapazes de atingi-los. Por um lado, pela sujeição aos modelos epistemológicos das ciências enquanto métodos de produção de sentidos ante a exclusividade de sua metodologia para apreensão de tais sentidos no mundo da vida, por outro, pela atitude ingênua com que se pretende efetuar esta tarefa.

2.2.2 – Os poderes morais e os sentidos contemporâneos -

Nas sociedades modernas, “a ameaça parece ainda mais grave por causa da transformação das experiências da vida cotidiana, com a introdução, nos lares e mesmo na vida íntima, de uma tecnologia sempre em mudança. Tem-se que mudar de hábitos, idéias, credos – e reaprender praticamente tudo, três vezes na vida”¹⁰³, “Quanto tempo se consegue resistir ? Quantas vezes podem as pessoas mudar de atitude na vida ? Quantas vezes podem as pessoas mudar de profissão ? Quantas vezes podem assumir novas orientações ?”¹⁰⁴. Estas indagações constituem reflexões espirituais que afetam a própria ordem do ser. Sem render homenagem às ideações representativas da vida que embutem, tais indagações, se vertidas sobre si mesmas, remetem a uma indagação maior quanto ao próprio sentido do mundo para o ego cognoscente. A impossibilidade de estabelecer um

¹⁰² HUSSERL, Edmund. “*A crise da humanidade européia ea filosofia*”. Introdução e tradução Urbano Zilles. 2ª edição. Porto Alegre. EDIPUCRS, 2002. página 46.

¹⁰³ Ob. citada. Página 19

¹⁰⁴ Idem.

esteio seguro na inconstância representada pelas questões colocadas, impõe a eclosão de uma crise cujo âmbito de incidência será a da própria doação de sentidos ao mundo e, por conseqüência a existência do ego como sujeito cognoscente neste mundo. Tal crise estende-se, peculiarmente, às relações sócio-políticas e culturais, sobretudo na família, núcleo responsável pela introdução do indivíduo na estrutura de significações da sociedade, e que inculca nos seus membros a noção de valores como moral, responsabilidade, justiça, etc Na família, talvez a mais antiga reserva de sentido da humanidade, constituiu-se, tradicionalmente um núcleo que alcançava e envolvia três gerações. Conforme nos alerta HELLER, homens e mulheres talvez estejam conscientes das suas responsabilidades diante das gerações futuras, mas “somente em termos abstratos”, pois em função da rapidez do processo de transformação, homens e mulheres “têm pouca clareza dos resultados de suas ações (. . .) Dificilmente podem imaginar como seus netos viveriam e o que fariam”. A autora aponta na direção dos poderes morais como instrumentos de reserva de sentidos na sociedade¹⁰⁵. Lista enquanto poderes: a família, a sociedade civil, o Estado e o direito em si mesmo. Resguardando-se contra os riscos da idealização representada pelo modelo de poderes morais, a autora pugna por implementar um sistema de valorização-preservação destes poderes como forma de preservação da sociedade. A premissa para isso seria a “liberdade representada pelo sistema político das sociedades democráticas e politicamente liberais, posto que tal sistema procuraria a defesa dos direitos individuais e das condições para estes serem postulados, em democracias liberais modernas, tanto o liberalismo quanto a democracia determinam em conjunto as fatores formadores dos poderes morais, e assim elas são poderes morais em si mesmas”¹⁰⁶. HELLER posiciona-se por uma sociedade onde haja um equilíbrio entre estes dois fatores: liberalismo político e democracia. Alude em seguida que a formalização destes

¹⁰⁵ Obra citada. Página 112

¹⁰⁶ Ob.citada. página 31

dois poderes, num grau mais ou menos igual, concederia a sociedade uma grande chance de sobreviver e até mesmo progredir.

Há evidente contradição nos postulados apresentados. Afinal, se a modernidade deu causa a uma crise de sentidos que afeta a constituição dos sentidos do mundo, esta crise se manifestaria, conforme a própria HELLER aponta, também nos “poderes morais”, a menos que a produção de sentidos destes não se submeta a mecânica do processo transcendental da consciência. Seria correto dizer que a crise decorrente da modernidade que atinge a humanidade é particularmente intensa no que foi definido por HEGEL como poderes morais, afinal família, sociedade civil, Estado e direito são entes que se encontram profundamente atingidos pela crise dos sentidos. Tomem-se as hipóteses referidas à conta de poderes morais para submetê-las a uma análise mais detalhada. A família vem sendo vituperada pela modernidade, sendo seu papel transferido para várias instâncias, das quais HELLER observa, com preocupação, serem as mais preocupantes as comunidades étnico/raciais ou fanático/religiosas; com isso a sociedade civil se dissemina em uma multiplicidade de instâncias e propostas sociais que negam a valoração das reservas históricas de sentido em troca de novas e pulverizadas construções de sentido. O Estado se acha na encruzilhada de sua própria legitimidade, assolado por sua incapacidade de articular globalmente políticas que congreguem os povos e internamente dividido entre ilusões políticas e tentações autoritárias diversas. Naufragando na própria incapacidade de produzir, para suas sociedades, sentidos de sua existência que se comuniquem com os do povo consolidando um consenso sobre seus objetivos e os seus meios para atingi-los, o Estado moderno encontra-se igualmente em crise. Premido, ora pelo gigantismo, ora pelo minimalismo, não é capaz de gerir as expectativas historicamente deduzidas e, atualmente

convoladas na insatisfação demonstrada pelo grau de participação política nas sociedades contemporâneas. Da mesma forma percebe-se o descompasso ante sua atuação na gestão do bem comum e a absoluta incapacidade de evidenciar os sentidos de sua existência para a própria sociedade que o integra e legitima, se cotejado pelas aspirações destas mesmas sociedades.

Resta, assim, o direito enquanto estrutura ou sistema de intervenção substitutiva nos conflitos sociais e interpessoais. Quanto a este é preciso formular uma distinção entre o direito natural e o direito positivo. Basicamente, pode-se afirmar que o direito que funda os sentidos do fenômeno jurídica perante as sociedades contemporâneas, conforme já assentado, é o positivo em seu papel de viabilização, através de normas imperativas, da co-existência dos membros desta mesma sociedade. O direito natural, instância não normativa e não imperativa do direito, realiza papel fundamental na doação de sentidos ao conjunto da ordem jurídica, sobretudo ao colocar em questão a essência do direito enquanto justiça de seus enunciados e de sua incidência nos casos concretos. No campo dos Direitos Humanos, o Direito natural é a instância em que se naturaliza o homem enquanto fonte de evidenciação estes Direitos. Como diz AQUILES, a pessoa humana se erige como foco iluminador dos seus próprios direitos, porque dela derivam todos os desejos e aspirações¹⁰⁷. Porém, é preciso não fazer confusão. O paradigma do direito natural foi dogmaticamente superado pelo positivismo jurídico, sendo sua relevância teórica relegada a um plano puramente filosófico. Este Direito Natural, de caráter ético e natureza racional, não se confunde com a percepção de um direito natural fundado em uma

¹⁰⁷ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. “*Fenomenologia e Direitos humanos*”, Rio de Janeiro, Lúmen Júris. 2007. página 59

perspectiva ontológica, decorrendo da humanidade do ego transcendental. De certo, a dita reserva moral seria assentada na idéia de direito positivo face a sua capilaridade, amplitude, legitimidade e coercitibilidade, bem como pelo fato de se inscrever a Constituição, no mais dos casos, no esteio das tradições do povo como é o caso da Constituição americana. Quanto ao acerto desta colocação, pode-se antecipar que o direito não se erige a partir, simplesmente, da enunciação estatal de sua existência e vigência. Há uma necessidade de legitimação deste agir estatal e, quando tal legitimação não se acha presente, surge a reação, seja pela desobediência, seja pela insurgência. Também a concordância entre a produção normativa e os paradigmas sócio/culturais em que se assentam, erigem-se em relevante fundamento do correto exercício pelo direito de sua função.

Evidentemente que tal dinâmica, em razão de sua inconstância e da freqüente mutação de significados, ante as mudanças promovidas no seio da própria sociedade pela já mencionada incrível evolução das tecnociências, implementando não somente uma linguagem em constante mutação de sentidos, mas, sobretudo, uma cultura de massas e de consumo além dos limites próprios da cultura, atingindo a própria existência, impõe a necessidade de constituição de reservas de sentido com as quais a percepção do sujeito enquanto consciência, situando-o em seu fluxo de vivências estabelecendo os critérios de sua correlação com o mundo da vida, possa ser apreendida e compreendida. A reflexão exige que os sentidos em que o mundo se apresenta, através dos fenômenos, sejam passíveis de compreensão e de apercepção.

2.2.3 - A reserva de sentidos e a descrição dos sentidos do mundo pela consciência.

Todos os sentidos do mundo são produzidos pela consciência em sua abertura intencional para os entes(fenômenos). Pode-se dizer que os tenho enquanto estou aí para o mundo. O ato de perceber contém uma intenção e ao intencionar produz um sentido desta coisa em minha consciência. Na verdade, o sentido produzido foi apreendido da própria coisa visada, é ela que me confere seus sentidos. A coisa então somente o é pelo sentido em que lhe apreendo. A consciência é assim a doadora de sentidos pelos nexos que se formam entre ela e o objeto intencionado. É evidente que a situação gera uma relatividade aparente a qual, posteriormente, será esclarecida com a noção de variação das percepções em razão da expressão temporal dos vividos. Contudo, a invariabilidade do sentido apreendido é inquestionável pela doação que ocorre, conforme aduz HUSSERL “Realidade e mundo são aqui justamente designações para certas unidades de sentido, quer dizer, unidades do ‘sentido’, referidas a certos nexos da consciência pura, absoluta, que dão sentido e atestam a validade dele, justamente desta e não de outra maneira, de acordo com a essência própria deles”.¹⁰⁸ Tão pouco esta apreensão de sentidos se dá em qualquer ato de percepção. Em verdade, apenas ao nos darmos conta do que percebemos é que se torna

¹⁰⁸ HUSSERL, Edmund. “Idéias para uma Fenomenologia pura e para uma Filosofia Fenomenológica”. Trad. Márcio Suzuki. Aparecida, SP; Idéias e Letras, 2006. páginas 128/129.

possível a reflexão e com ela a efetiva apreensão fenomênica do fluxo dos vividos. A consciência é correlacionada com objetos que a ela se apresentam para serem conhecidos. Desta forma, quando conhecemos um objeto que foi percebido (ato de percepção que se dá mediante os sentidos perceptivos ou por um ato de recordação, imaginação, ideação, ditos universais), ocorre uma situação de correlação imperfeita.

No plano externo, temos o objeto percebido, porém a percepção do objeto se dá internamente na consciência. “Ter consciência dos atos que são por nós registrados são vivências. Consciência, neste caso, não quer dizer que a cada momento nós temos que dizer ‘agora estamos vendo, tocando’. Consciência significa que, enquanto nós olhamos, nos damos conta de que estamos vendo, ou que, enquanto tocamos, nos damos conta de tocar. Depois, podemos fazer uma reflexão sobre essa consciência”¹⁰⁹. Em suas “*Investigações lógicas*”, adentra a fundamentação desta característica da consciência – de ser intencional e relativa a um objeto. Contudo, esta condição não se dá segundo um único tipo de referência intencional, “Há diversas modalidades específicas essenciais de referência intencional, resumindo, da intenção (que constitui o caráter descritivo do gênero ato)”¹¹⁰. De igual modo referindo-se à sua concordância com a lição de Brentano, diz-nos que “Todo fenômeno psíquico contém em si algo como seu objeto, embora nem todos do mesmo modo.”¹¹¹ As formas como intencionamos os objetos são variáveis, embora o objeto possa ser o mesmo. A esta unidade objetiva dá-se o nome de unidade objetiva do conhecimento. “Com respeito ao conteúdo intencional entendido como o objeto do ato, há que distinguir-se o seguinte: o objeto tal

¹⁰⁹ BELLO, Angela Ales. “*Introdução à Fenomenologia*”. Tradução Ir. Jacinta Turolo Garcia e Miguel Mahfoud, Bauru, SP. Edusp, 2006 páginas 32/33..

¹¹⁰ HUSSERL, Edmund. “*Investigações lógicas*” Traduzido do alemão por Manuel Garcia Morente e José Gaos. Madrid, Biblioteca da Revista de Occidente. Página 491.

¹¹¹ Idem.

como é intencionado e pura e simplesmente o objeto que é intencionado. Em todo ato é ‘representado’ um objeto como determinado desta ou de outra maneira; e enquanto este é, eventualmente, o objetivo de variadas intenções, judicativa, afetiva, , etc (. . .) podem brotar múltiplas representações novas, todas as quais podem pretender representar o mesmo objeto, precisamente por virtude da unidade objetiva do conhecimento. O Objeto que é intencionado é o mesmo em todas elas, porém a intenção é distinta em cada uma”¹¹². Portanto, o que se percebe não é o objeto em si, mas o que a consciência intuiu como sendo o objeto. O objeto, percebido segundo a forma como é intencionado, é sempre o mesmo, mas esta unidade somente é perceptível em sua essencialidade.

“Este objeto intencional é constituído pelas diversas realizações de síntesi da consciência e aparece em sua estrutura geral se trata de percepções, memórias ou imaginações: ao redor do núcleo, o ‘tema’ do objeto intencional estende um campo temático, cercado por um horizonte aberto. No horizonte é sempre dada automaticamente a consciência da própria corporalidade, que também pode ser tematizada. A seqüência de temas inter-relacionados – chamemo-los ‘vivências’ – ainda não é significativa em si, mas fundamento sobre o qual pode surgir o sentido. Pois vivências que não ocorrem simples e independentemente, mas para as quais o eu volve sua atenção, ganham um grau maior de definição temática, tornando-se “experiências” delineadas. As experiências individualmente consideradas ainda não teriam sentido. Mas quando um núcleo de experiência se separa da base da vivência, a consciência capta a relação desse núcleo com as outras experiências. As formas mais simples dessas

¹¹² Ibidem página 513/514.

relações são entendidas como ‘igual’, ‘semelhante’, diferente, igualmente bom, igualmente ruim, etc ...Assim se constitui o grau mais elementar do sentido, O sentido nada mais é do que uma forma complexa de consciência: não existe em si, mas possui um objeto de referência”¹¹³.

É importante frisar que a história e a cultura de um povo ou civilização permite que “sejam formadas reservatórios históricos de sentidos e de instituições o que alivia o indivíduo da aflição de ter de solucionar sempre de novo problemas de experiência e de ação que surgem em situações determinadas. Se a situação concreta for idêntica nos traços essenciais com outras constelações já conhecidas, então o indivíduo pode recorrer a patrimônios de experiência e modos de agir já familiares e ensaiados”¹¹⁴, estas doações de sentido seriam originárias e delas decorreriam situações concretas em que tais sentidos se consubstanciariam em novas significações a partir dos modos de visada da consciência sobre o fenômeno. Da impossibilidade de se recorrer a tais reservatórios, posto que, face ao ineditismo da situação vivida, não existe reserva de sentido que a ela se aplique, surge o desconforto, o conflito e, face ao processo de constituição do mundo na consciência transcendental, chega-se ao perdimento do próprio mundo. As variantes intencionais das representações do objeto carecem, mesmo em suas diferenças, do estabelecimento de relações que lhe confirmem sentidos. A impossibilidade de atribuir sentidos aos conteúdos intencionais leva a impossibilidade de atribuição de quaisquer sentidos. Com isso o mundo se torna sem sentidos e, ao homem/consciência, se torna impossível sua evidencia-lo, posto encontrar-se alienado deste mundo que não desapareceu, mas lhe ficou interdito.

¹¹³ BERGER, Peter L. e LUCKMANN, Thomas. “*Modernidade, pluralidade e crise de sentido – a orientação do homem no mundo moderno*”. Trad. Edgar Orth. Petrópolis, editora Vozes, 2004. páginas 14/15.

¹¹⁴ Idem. Página 19

2.2.4 – Pré-compreensão e conhecimento *a priori*.

Na produção dos conhecimentos que fundamentam as relações intencionais, há uma raiz, uma base, formada por um *apriori* pois, “o ato do conhecimento é um ato cultural, uma vez que no instante mesmo em que se pensa algo, algo se objetiviza como elemento transubjetivo, que, por mais elementar que seja, compõe o mundo da cultura”¹¹⁵. HUSSERL Diverge, entretanto, do caráter de subjetividade pura emprestado ao ato cognoscitivo, por entender que assim todo objeto se converteria em sujeito. Para ele há uma relação entre o objeto e o sujeito na qual se produz experiência cognoscitiva e pelo qual se evita a confusão de um com o outro.

“Se, penso eu, o ato cognoscitivo culminasse num eidos imanente à subjetividade pura, a ‘relação concreta do conhecimento se converteria em sujeito, verticalizando-se num ponto que absorveria misteriosamente o ângulo que o constituía, ângulo esse formado pelas linhas da subjetividade e da objetividade e que não é senão o âmbito mesmo da experiência cognoscitiva”¹¹⁶.

¹¹⁵ REALE, Miguel. “*Cinco temas do culturalismo*”. São Paulo, editora Saraiva. 2000. página 42.

¹¹⁶ REALE, Miguel. “*Experiência e cultura*”. São Paulo, editora Saraiva. 1999. página 113.

De qualquer modo a existência da experiência cultural é indispensável para que a objetividade do conhecimento se torne transmissível, afinal lembra REALE “Pode-se dizer que a cultura é também condição a priori transcendental do conhecimento, pois, enquanto este não se torna objetivo e comunicável, não há como se falar em conhecimento propriamente dito. (. . .) há entre conhecimento e comunicação um vínculo incindível”¹¹⁷. É evidente que o desconforto apreendido decorre da incapacidade de alcançar novos sentidos dos fenômenos enquanto me encontro na atitude natural. O *apriori* cultural referido, não se constitui senão com o desenvolvimento de reservas de sentido que lhe forneçam seu estofo. Entretanto, são exatamente tais reservas que se achavam em descompasso com os novos sentidos fragmentários e inconstantes com que se tem de lidar para compreensão formal do mundo. É preciso uma mudança radical na atitude para que esta se torne atitude fenomenológica e, assim, me permita apreender os novos sentidos que estão sendo evidenciados na constituição transcendental do mundo. O método fenomenológico agiria assim como antídoto ao enunciado perdimento ou interdição do mundo.

A Fenomenologia está assente na concepção de que a adoção de uma atitude fenomenológica subtraí o sujeito da atitude natural e permite ao conhecimento atingir universalidades, os objetos universais e os estados de coisas universais. Diz HUSSERL a respeito da possibilidade de uma Fenomenologia que “com efeito, o seu caráter peculiar é ser análise de essências e investigação de essências no âmbito da consideração puramente intuitiva, no âmbito da autopreservação absoluta. (. . .) a fenomenologia quer ser ciência e método, a fim de elucidar possibilidades, possibilidades do conhecimento,

¹¹⁷ Idem página 42.

possibilidades de valoração, e as elucidar a partir do seu fundamento essencial; são possibilidades universais em questão e, portanto, as investigações fenomenológicas são investigações universais de essências. A análise de essenciais é conhecimento dirigido para essências, para objectalidades universais. E tem aqui também o seu legítimo lugar o falar de *apriori*. Pois, que significa conhecimento apriórico – pelo menos, no caso de excluirmos os conceitos empiristas falseados de apriori – senão um conhecimento puramente dirigido para essências genéricas, conhecimento que extrai a sua validade puramente da essência ?”¹¹⁸

Entretanto, a atitude fenomenológica não integra a forma de percepção do mundo das ciências humanas e sociais modernamente. Tais ciências, ocupadas em reproduzir os paradigmas das ciências da natureza, se empenham na próprio processo de afastamento do mundo, de seus sentidos e de suas vivências do campo reflexivo. A esta impossibilidade decorrente do plano de percepção, conjuga-se outra decorrente da crise cultural vivida pela própria humanidade. Esta crise apresentou-se com a gradual transformação da razão científica e vem se mostrando particularmente grave no campo da pré-compreensão dos fenômenos jurídicos. O Direito articulado enquanto linguagem ou discurso, utiliza-se fartamente de conceitos e definições baseados em uma pré-compreensão da realidade fenomênica. Assim noções como contrato, família, bem, patrimônio, etc ... são apreendidas com recurso a uma eficiente pré-compreensão calcada, sobretudo, em três ordens de significação: a jurídica propriamente dita, que estabelece pela própria legislação o significado dos termos de que se utiliza (contrato, manifestação de vontade, sociedade, etc ...) , sócio-econômica, cuja significação é ditada pela realidade contextual de inserção do discurso jurídico em um plano existencial (assim expressões como necessidade, lucro,

¹¹⁸ A idéia de fenomenologia. Ob. Citada. Páginas 78/79.

vantagem econômica, miséria, capital, etc ...) e por fim o maior segmento que é composto por termos cujo significado se dá a partir da pré-compreensão ditada pelo *apriori* cultural (honra, dignidade, lealdade, ofensa, etc...). Em todos os casos o julgador irá se valer de um amplo espectro de pré-compreensão para formular seu julgamento. Entretanto, conforme assinalado, a adoção da atitude ingênua, natural, ante tais núcleos de significação compromete a tarefa de pacificação face a mutabilidade contemporânea dos significados, com conseqüente perda dos sentidos e das reservas de sentido. Neste aspecto emerge a atitude fenomenológica enquanto método adequado a superação da crise com a busca da determinação de sentido a partir da evidenciação dos sentidos contidos no próprio fenômeno apreendido.

2.2.5. – A razão científica e a crise dos sentidos na consciência.

A transformação das ciências em um feixe tecnicista que não contempla o homem em sua dimensão espiritual(reflexiva), foi determinante para que a crise alcança-se a dimensão atual. A ciência distanciou-se da noção de auto-objetivação da razão humana conduzindo assim a um sem sentido do mundo. Embora haja valor no método e no conceito científicos as ciências gradativamente tornaram-se simples técnicas, enfeixadas em conceituações generalizantes e pretensamente definitivas. O caráter objetivo de seus enunciados radicalizou-se e a formulação de leis absolutas de tornou a razão da busca destes enunciados. Com isso, o significado da ciência para a existência humana diluiu-se; as ciências nada mais teriam a dizer sobre a existência humana. Não mais se relacionam as ciências com “os problemas relativos ao sentido e ao não-sentido da

existência em sua totalidade”¹¹⁹. Esta transformação aparece claramente na “prevalência crescente do pensamento simbólico em face da intuição. Em “LÓGICA FORMAL E LÓGICA TRANSCEDENTAL”, era o entrecruzamento desses dois processos complementares que dava lugar à transformação das ciências em técnicas. Em primeiro lugar, perdendo qualquer referência a um solo comum de racionalidade que as guie – assim como a lógica platônica ou a *sapientia universalis* cartesiana – as ciências se tornam ‘especializadas’, quer dizer, desligadas de qualquer matriz que unifique suas operações. Em segundo lugar, o progresso metódico leva a ciência a trabalhar cada vez mais no plano do pensamento ‘puramente simbólico’, o que para um intuicionista como HUSSERL, só poderá significar uma distância crescente entre a ‘ciência’ e o ‘conhecimento autêntico’. Nesse momento, o princípio da utilidade toma a dianteira diante da idéia clássica de teoria e de inteligência, e a ciência tornada técnica teórica repousa muito mais sobre a experiência prática do que sobre uma verdadeira *ratio* de suas operações. Agora, os conceitos científicos serão apenas instrumentos de um ‘cálculo’ com o qual se opera, e as ciências tornam-se aquilo que atualmente são: fontes de proposições ‘praticamente úteis’, mas nas quais as descobertas se fazem apenas pela aplicação das regras de um jogo com signos, que produz indeterminadamente outros signos. E se é assim – concluirá HUSSERL – a racionalidade das ciências é apenas uma ‘racionalidade técnica’”. “Desde então as ‘ciências européias nos sussurram uma compreensão bem determinada daquilo que seria ‘razão’: esta não passaria de uma ‘faculdade’ caracterizada por certos procedimentos e operações, mero ‘cálculo’ mecânico que se desdobra no domínio dos ‘signos conceituais’”¹²⁰. Este processo, anteriormente já referido, induziu igualmente ao afastamento do mundo da vida. O âmbito de produção de sentidos

¹¹⁹ Husserl, apud “*A crise da razão*” Org. Adauto Novaes. Artigo ‘A invenção da crise’ Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. página 84.

¹²⁰ Idem. página 85

originário em seu fluxo de vivência foi embotado pela ilusão objetivista e com isso dissociou-se da apreensão dos sentidos do mundo e das verdades nela possíveis.

A noção de um fluxo de vivências não conduz a um relativismo decorrente de um mundo em constante mutação. As idealidades que HUSSERL enfocara nas meditações, não se dissipam no fluxo. Elas estão embutidas neste referencial, só que ante a impossibilidade de se esgotarem os sentidos do fenômeno, qualquer que seja ele, por achar-se o mesmo sempre aberto a minha visada intencional, múltiplos sentidos se sobrepõem como que “em camadas” nos atos de apreensão. Porém a essência ideal não é descurada e pode ser apreendida. Poderá ser modificada ? Neste caso seu caráter ideal desapareceria em prol de uma nova idealidade. Um simples exemplo pode dar conta disso. Nos processos de ideação utilizemos o casamento como fenômeno observado. Em que consiste sua essência, auxílio mútuo, co-habitação, diversidade sexual dos cônjuges, vínculo de afetividade, objetivo em comum, etc ... As mudanças do mundo em razão do advento de uma sociedade prenhe de outros valores certamente pode conduzir-nos a erradicar noções como co-habitação e diversidade sexual, deixaria de ser casamento ? Não, mas não seria mais aquele casamento. Por isso aqueles sentidos, então apreendidos, tornaram-se falsos ? Não, são perfeitamente apodícticos para aqueles casamentos, daquela época. A fenomenologia se abre para sentidos novos dos fenômenos pois se dá a infinitas visadas. Contudo, sem o recurso a atitude fenomenológica e submetido a fragmentação das reservas de sentido, o que ocorreria seria a dissolução de um dos poderes morais hegelianos e, com isso, um passo no gradual perdimento do mundo e em sua respectiva crise. Assim a razão que não permite a descrição dos sentidos do mundo, igualmente impõe a perda do mundo nas idealizações que projeta e não consegue sustentar com paradigmas conceituais.

2.3 –A CONSTITUIÇÃO DOS SENTIDOS DO MUNDO PELA CONSCIÊNCIA

TRANSCENDENTAL.

2.3.1 – Metodologia fenomenológica - A primeira redução

Existe um passo inicial para se elaborar o processo pelo qual se chega à consciência como constituidora dos sentidos do mundo no ato mesmo desta constituição. Ou seja, para que seja possível reflexionar sobre a correlação consciência/objeto de forma a produzir rigorosamente proposições válidas é preciso, primeiro, efetuar um passo inicial. Tal passo seria a suspensão de nossa crença ingênua na existência deste mesmo mundo. Sua admissibilidade corresponderia a aceitação dos fenômenos e conhecimentos, aprioristicamente produzidos e tal proceder culminaria por enviar nosso raciocínio para as categorias racionais ou entes análogos, próprios de uma metafísica igualmente ingênua. A evidência capaz de fornecer fundamento rigoroso a qualquer proposição científica enuncia que, do ato de apreender os sentidos dos fenômenos, somente tenho evidência apodítica do próprio ato de percepção. Com isso admito que posso não ter existência real, tão pouco o objeto pode a ter, mas não posso negar que percepciono o objeto. Trata-se de uma redução face a atitude natural na qual tudo me é dado perceber ingenuamente.

Suspender a crença no mundo não significa negar o mundo, mas reduzi-lo, para efeito de reflexão sobre ele, ao fluxo dos vividos. Corresponde a afirmar que sequer da minha existência posso ter convicção, tenho unicamente a certeza inquestionável de que conheço dos fenômenos que se desvelam à minha consciência. Tenho a certeza de que percebo e esta percepção é, efetivamente, a única crença absoluta que posso determinar cientificamente e de forma rigorosa. Ocorre que, na atitude natural, temos todo o mundo e de sua existência atestamos estar convictos não por termos desenvolvido rigorosamente esta convicção, mas, na verdade, por cremos ingenuamente que assim seja. Desta forma, cremos ingenuamente que existimos, e que as coisas existem e correspondem ao que delas apreendo quando delas me ocupo. Este mundo que está aí para mim, que se dá a conhecer, não pode efetivamente ser evidenciado em seus sentidos se não for suspensa a crença em sua existência alheia ao fenômeno que se constituí para mim. Trata-se de aduzir que esta não pode ser objeto de análise e reflexão por não apresentar condições para que o seja rigorosamente. O recurso à crença ingênua se faria inexoravelmente. Em algum momento dir-se-ia que isto é assim por tal ou qual razão, sem que para ela houvesse uma causalidade efetivamente necessária, como, por exemplo, nas discussões sobre o por quê do ser que remete ao argumento negativo do por que ser não é não ser.

2.3.2 – A perda dos sentidos do mundo na atitude ingênua

É na atitude ingênua que somos vítimas da perda das reservas de sentidos. A ausência de conhecimento empírico próprio ou herdado da cultura, da tradição e da história, impõe a perda irremediável do mundo quando nela nos encontramos. As

categorias às quais recorro para conferir legitimidade ao ato de apreender os sentidos do mundo, irremediavelmente conduzem as próprias categorias racionais empregadas e o fundamento acaba resultando em mera tautologia. O caminho para determinar esta conseqüência é o mesmo utilizado para demonstrar a instituição da consciência enquanto âmbito de desvelamento do sentidos. Neste estágio de suspensão da crença nos sentidos do mundo(da crença na própria existência do mundo) percebe-se que o mundo se apresenta como uma possibilidade ou uma pretensão, há uma suspensão da crença neste mesmo mundo. Diz HUSSERL que

“Em lugar do meramente existir, ou seja, de apresentar a nós apenas na crença existencial(naturalmente válida) da experiência, esse mundo é para nós unicamente um fenômeno que cria uma pretensão de existência. Isso tem que ver também com a existência de todos os outros eus, na medida em que eles fazem parte do mundo circundante, se bem que no fundo não tenhamos mais o direito de falar no plural. Os outros homens e os animais não passam para mim de dados de experiência decorrentes daquela sensível que tenho de seus corpos; portanto, não posso me servir da autoridade desta, posto que seu valor é colocado em questão. Com os outros eus desaparecem naturalmente todas as formas sociais e culturais. Em resumo não somente a natureza corporal, mas o conjunto do mundo concreto que me circunda, a partir de agora, não é mais para mim um mundo existente, mas somente fenômeno de existência”¹²¹.

¹²¹ Meditações Cartesianas. Página 36.

Ocorre, então, a abstenção na crença empírica da existência do mundo. Assevera ainda que “em todo cotidiano da vida perspectiva” está sempre presente para mim o mundo percebido nessa mesma vida reflexiva. Tendo realizado a suspensão da referida crença, o homem se despe da ingenuidade de supor estar constantemente em contato com o ser das coisas. Esta ingenuidade se dá pela confusão comum entre substância e essência, entre ente e suas qualidades e entre atributos e ser das coisas. A posição adotada impõe que se assumam uma atitude reflexiva, de observar a si próprio enquanto se observa algo e, neste observar, efetuar a suspensão da crença. Alerta-nos, ainda, que o mundo continua a aparecer para mim como antes e sempre, mas “na atitude reflexiva que me é própria como filósofo, não efetuo mais o ato de crença existencial da experiência natural; não admito mais essa crença como válida, ainda que, ao mesmo tempo, ela esteja sempre ali e possa até mesmo ser captada pelo olhar da atenção. O mesmo vale para todas as outras intuições empíricas: representações abstratas, julgamentos de existência e de valor, determinações, posições de fins e meios, etc ; também não executo mais atos de autodeterminação, não ‘tomo posição’: atos que são naturais e necessariamente executados na atitude irrefletida e ingênua da vida cotidiana; abstenho-me de fazer isso precisamente na medida em que essas atitudes pressupõem o mundo e, portanto, contém nelas uma crença existencial relativa ao mundo”¹²². É fundamental não ceder a tentação do solipsismo; não se descreva que exista um mundo da vida, aliás, é por esta crença nele que se busca fundar um método que o torne rigorosamente descrito pela consciência. A adoção desta atitude permite que todos os estados vividos sejam igualados na condição de fenômenos. O desvelamento do mundo à consciência, conforme já visto em 1.1, se dá através da intuição intelectual em detrimento de sua apreensão discursiva.

¹²² Idem página 37

2.3.3 – O *a priori* do conhecimento

É preciso que a intuição originada no vivido seja capaz de preencher, ao menos parcialmente, os sentidos oferecidos pelo objeto intencionado. Com tal preenchimento busca-se atingir a essência do fenômeno. O método fenomenológico é em última instância, um método de descrição das essências como condição para que o eu transcendental atinja o ser. Por tal razão ela, a fenomenologia culmina por se constituir em uma ciência eidética, uma ciência das essências.

Esta a distinção central das concepções de HUSSERL e de HEIDEGGER quanto a apreensão do ser dos entes. HUSSERL supunha serem as essências, e assim o ser dos entes, acessíveis pelas reduções (suspensão seguidas de crenças: transcendental, fenomenológica e eidética) e pela descrição final das essências apreendidas. Portanto, a evidenciação dos sentidos dos entes através da descrição das essências percebidas na intencionalidade com que se visa o objeto, constituiria a porta de entrada para o mundo do *Dasein*. HEIDEGGER acreditava na *Ereignis*, aparecimento do ser sem que para isso possa concorrer a consciência reflexiva. Este aparecimento do ser não decorreria de uma intencionalidade própria a visada de uma consciência intencional, HEIDEGGER vai reprovar a idéia como instituidora de uma concepção metafísica transcendental, justamente o que supunha ser combatido pelo método fenomenológico. A *Ereignis* se daria

independentemente do concurso intencional. O sujeito-consciência deveria estar aberto a percepção deste aparecimento quando este ocorresse.

Independentemente da aceitação das críticas heideggerianas, a diversos pensadores ocorreu a questão sobre como, entretanto, se daria este preenchimento dos sentidos possíveis do objeto. Primeiramente é necessário referir que a reserva de sentidos corresponde a um conhecimento adquirido através da inserção do homem em uma cultura e tradição, pelas quais se torna possível a ele a compreensão dos entes que se abrem a sua percepção do mundo. Como, por exemplo, a linguagem, sem ela o mundo das vivências estaria simplesmente aí para o sujeito, porém este não teria o condão de correlacionar-se com ele por não possuir o conhecimento que significasse os fenômenos apreendidos. Esta reserva se constituiria, assim em uma espécie de *a priori* necessário a atividade de constituição dos sentidos do mundo que a consciência desempenha.

A concepção acima, referente a um *a priori* formado por tradição e cultura, não encontra albergue na teórica heideggeriana, entretanto LEVINAS referindo-se a DUFRENNE aduz que “o *a priori* é o aparecimento, ao longo da experiência, para o sujeito e não pelo sujeito, de significados que esclarecem toda a experiência e tornam possíveis os seus ensinamentos *a posteriori*.”¹²³. Há evidentemente uma questão que reveste a divergência, e trata-se da concepção de que todos os sentidos são fornecidos no aparecimento do ser à consciência. Não seria portanto o caso de se admitir a existência efetiva de um *a priori*, haveria isto sim uma co-percepção, o ser se faria perceber em seu

¹²³ LÉVINAS, Emmanuel. “*Descobrir a existência de Husserl e Heidegger*”. Tradução Fernanda Oliveira. Lisboa, Portugal. Instituto Piaget. Página 218.

aparecimento e com ele as condições culturais e históricas de sua intelectibilidade também se dariam. MAX SCHELER referia-se a tais sentidos afirmando: “O dado a priori é feito ele mesmo de constituintes intuitivos, não por constituintes que seriam ‘projectados’ ou ‘construídos’ pelo pensamento sobre os próprios factos”¹²⁴. Com tal afirmativa SCHELER se contrapunha a noção de juízo sintético *a priori* de KANT, mas não negava a existência de dados *a priori*, apenas os constituía de forma intuitiva. O horizonte de sentidos é fundamental ao manifestar-se do ser, pois, como visto, sem ele o ser não poderia ser refletido no seu aparecer. Como refletir sobre o que não se dá a conhecer? Sem os sentidos estabelecidos pela cultura e historicidade a apreensão não seria seguida da compreensão. Ocorre que esta co-visada, conforme já mencionado, é própria da percepção intencional do objeto. Percebe-se o objeto e seus sentidos são apreendidos no próprio ato de o perceber. O que se enuncia por *a priori*, na verdade é simultâneo, pois se for admitida a existência de conhecimentos prévios ao objeto, sua apoditicidade seria tão questionável, quanto se decorresse de um método de raciocínio sintético e anterior a doação do próprio objeto.

Conforme já visto, o conhecimento se dá no próprio ato de conhecer, não pode ser obtido *apriori*¹²⁵. Não significa que não exista *apriori*, apenas não podemos conhecê-lo desta forma. O campo do pré-concebido (língua p. ex.) se acha evidentemente comprometido pela crise a que já se referiu. Somente com a abstenção da crença no mundo (a dita atitude ingênua consiste em crer no mundo sem dele ter qualquer evidência) é que se formula um juízo capaz de acessar aos sentidos universais. Conforme

¹²⁴ Apud PAISANA, João. “*Fenomenologia e hermenêutica – as relações entre as filosofias de husserl e Heidegger*”. Lisboa, Portugal. Editorial Presença. 1992. páginas 69/70.

¹²⁵ Colocação husserliana em evidente contraposição aos juízos sintéticos Kantianos.

assevera HUSSERL “A *ἐποχή*¹²⁶, que a crítica do conhecimento deve exercitar, não pode ter o sentido de que ela não só comece por, mas também persista em impugnar todos os conhecimentos – também os seus próprios -, não deixando valer dado algum, portanto, também não aqueles que ela própria estabelece. Se nada lhe é permitido pressupor como previamente dado, deve então começar por algum conhecimento, que ela não toma sem mais de outro lado, mas antes a si mesma o dá, que ela própria põe como conhecimento primeiro”¹²⁷. Em prosseguimento HUSSERL acentua que “Se não nos é lícito aceitar ser algum como previamente dado, porque a obscuridade crítico-cognitiva faz com que não compreendamos que sentido pode ter um ser que seja em si e que, no entanto, seja conhecido no conhecimento, então deve poder mostrar-se um ser que devemos reconhecer como absolutamente dado e indubitável, na medida em que está dado justamente de um modo tal que nele existe plena claridade, a partir da qual toda a pergunta encontre e deva encontrar a sua resposta imediata”¹²⁸. Assim é preciso esclarecer que os sentidos conferidos a partir da experiência e da inserção no universo da tradição histórico-cultural, que formam o conjunto de pré-concebidos da consciência não põe à consciência objeto algum. O fenômeno que aparece pela visada intencional da intuição intelectual coloca o objeto e, neste ato de doação do objeto, as essências se apresentam ao preenchimento dos sentidos que o objeto, no modo visado pela consciência, é capaz de produzir.¹²⁹

O sentido somente pode ser dado com o objeto, a prévia doação de sentidos incorreria no risco de que nos alerta HUSSERL. Tal risco produziria o que o filósofo chamou de “desespero céptico” o qual acaba por dizer: “nada de seguro há para mim, tudo

¹²⁶ Epoché, da metodologia husserliana de redução.

¹²⁷ Husserl, Edmund. “A idéia de fenomenologia” ob. Citada. Página 29.

¹²⁸ Idem página 30

¹²⁹ BURGUETE, Maria da Conceição. “*História e Filosofia das ciências*”. Lisboa / Portugal. Instituto Piaget, 2004. página 70.

é duvidoso”¹³⁰. Ocorre que, de início deve-se admitir haver casos em que um ser pode mostrar-se como “absolutamente dado e indubitável, na medida em que está dado justamente de um modo tal que nele existe plena claridade, a partir da qual toda pergunta encontre e deva encontrar a sua resposta imediata”.¹³¹ Quanto a dúvida esclarece HUSSERL que “ao julgar que tudo é duvidoso, é indubitável que eu assim julgo e, por conseguinte, seria absurdo querer manter uma dúvida universal”.¹³² Ou seja, o estar em dúvida é a formulação de um juízo que coloca um conhecimento, conhecimento do meu julgamento quanto a dúvida. Formula-se assim um conhecimento, conheço da dúvida e do porque duvido.

2.3.4 – Do conhecimento ontológico e sua possibilidade

Se for considerado como papel essencial da filosofia o de esclarecer quanto aos sentidos do mundo tal como este aparece à consciência, pode-se concluir que a questão ontológica é por essência a questão da própria filosofia. Afinal, quando se indaga pelos sentidos do mundo, está se indagando por seus fundamentos. O que funda o mundo dos entes, conforme já afirmado, é a consciência, contudo esta consciência é sempre consciência de algo, este algo pode ser material (uma cadeira, uma mesa, um sofá, etc ...), pode ser uma idéia, um sentimento, uma lembrança ou algo imaginado. Sua constituição é sempre idealizada pela consciência, quer dizer, na consciência o ente(fenômeno) se constitui através de sua percepção pela consciência mesma. A consciência intenciona o

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ Idem.

¹³² Ibidem.

objeto, dirige-se, visa, assim ela é sempre intencional e transcendental, pois ela se apresenta enquanto uma estrutura percepção/percebido. O objeto é o transcendente, aquilo que não está na consciência. Somente quanto ao que compõe a estrutura transcendental posso firmar juízos verdadeiros. O transcendente é o ser em si e não adentra a esfera da consciência, salvo na condição de percebido e o percebido distingue-se do ser-em-si, pois se dá por meio de uma visada intencional que o capta segundo o sentido e modo em que foi intuído o objeto. Estes sentidos se submetem a uma evidenciação pela descrição das essências. Assim sendo, a constituição do objeto transcendental se dá em razão do modo como o mesmo é intencionado pela consciência. O objeto pode apresentar-se de diversos modos. Podem modificar ângulos, luminosidade, distância, etc ... O sentido do objeto constituído corresponderá ao modo como este se revelou em sua constituição transcendental na consciência. O mesmo objeto poderá evidenciar sentidos distintos dependendo das visadas que sobre ele se lance, sem com isso jamais deixar de evidenciar suas essências. Igualmente pode ser modificada a atitude com que se intenciona o objeto e, a cada percepção, novos sentidos serem atingidos. Uma árvore pode ser objeto de uma intuição em atitude científica por um biólogo e, nesta condição evidenciar certos sentidos, sendo visada igualmente por um arquiteto poderá evidenciar outros sentidos. As variações podem ser infinitas, entretanto em todas as descrições é possível identificar, pela intuição, a essência do fenômeno e com ela atingirmos seu sentido ideal. “A essência é sempre idêntica a si própria não importando as circunstâncias contingentes de sua manifestação. Trata-se de uma impossibilidade de ser outra coisa que o que é”¹³³. A essência representa a unicidade na pluralidade de sentidos possíveis. Assim, nas descrições que se fizerem da árvore, se respeitados os critérios para

¹³³ DARTIGUES, André. “*O que é fenomenologia?*” 7ª edição. Tradução Maria José J.G. de Almeida. São Paulo. Editora Centauro. Página 17.

sua formulação, chegar-se-á ao resultado final sempre: árvore, porém não se trata da árvore em sua apresentação puramente sensível, mas sim na sua essencialidade.

A constituição perceptível dos fenômenos existentes no mundo e percebida pela sua apresentação no fluxo dos vividos, tem sua correlação existencial comprovada na consciência em sua atividade noético-noemática. Para tanto reconhece-se que o campo de manifestação dos sentidos do mundo é a consciência, a esfera subjetiva-transcendental, por tal razão merecendo a fenomenologia a designação, por parte de alguns, como egologia. A correlação entre objeto e consciência (consciência sempre de alguma coisa e objeto para a consciência), instituí uma correlação entre eles. Este forma o campo da chamada análise intencional, na qual a *noése* é a atividade da consciência e o *noema* é o objeto constituído por essa atividade. Assim chega-se a noção da atividade de constituição do objeto na consciência transcendental como a atividade noético-noemática já mencionada.

Nesta direção apontou o pensamento de HUSSERL quando expõe a questão do conhecimento como central da própria filosofia. Que seria tal conhecimento senão conhecimento do ser ? Portanto, um dos aspectos inerentes a solução da crise de sentidos na modernidade, é a necessidade subsequente, já apreendida por ele, de se retornar as coisas mesmas. Neste retorno, que busca evitar os processos de categorização e conseqüente ocultamento, a proposta ontológica de colocar em cena o ser dos entes, teria efetivo valor, posto que um simples enunciar descritivo dos fenômenos nada acrescentaria à precária situação cognitiva da modernidade em sua incapacidade de desvendar os sentidos do mundo.

2.4 – A FENOMENOLOGIA ENQUANTO TEORIA DO CONHECIMENTO

2.4.1 – Fundamentação rigorosa do conhecimento

É necessário que se indague sobre o processo do conhecimento para definir as formas como a crise já anunciada incide. Afinal o que é conhecer? ORTEGA Y GASSET esclarece a este respeito que a questão vinha sendo colocada em perspectiva equivocada sob a influência de filósofos como HARTMANN:

“O erro fundamental de que padece HARTMANN, e com ele tantos outros filósofos, em rigor, quase todos, procede simplesmente de não notar a radical diferença entre os dois conceitos, de ‘ser’ e de ‘ente’ objecto ou coisa. A luz é uma coisa que sem mais, tenho diante de mim, que está aí. Vê-la não é conhecê-la, mas é o seu estar diante de mim. Pelo contrário, conhecer a luz é saber o seu ser ou essência, e este ser ou essência não está aí, sem mais, portanto, não está na coisa, não consiste simplesmente nela. Se porque a coisa luz tem um ser que a óptica trata de apreender, digo dela que é um ente, devo ter muito cuidado para não confundir o ente com o seu ser porque são completamente distintos. O ente luz, ilumina-me e vejo-o, mas o seu ser, a sua essência, nem me ilumina nem o vejo nem chego talvez nunca a ter plena notícia dele”¹³⁴.

¹³⁴ GASSET, Ortega Y. “*O que é conhecimento*”. Tradução. Inês Andrade. Madrid / Espanha. Fim de século – edições, Ltda. 2002. página 147.

Ocorre que o referido erro dos filósofos se dá em razão de um esquecimento. Após o advento do vigoroso pensamento aristotélico, a questão do ente se sobrepôs aos problemas de ontologia que freqüentavam as reflexões filosóficas desde os pré-socráticos (o ser). Não se trata evidentemente de negar valor a filosofia de Aristóteles, porém reconhecer que “no solo da arrancada grega para interpretar o ser, formou-se um dogma que não apenas declara supérflua a questão sobre o sentido do ser como lhe sanciona a falta. Pois se diz: ‘ser’ é o conceito mais universal e o mais vazio. Como tal, resiste a toda tentativa de definição. Esse conceito mais universal e, por isso, indefinível prescinde de definição. Todo mundo o emprega constantemente e também compreende o que ele, cada vez, pretende designar. Assim o que, encoberto, inquietava o filosofar antigo e se mantinha inquietante, transformou-se em evidência meridiana, a ponto de acusar quem ainda levantasse a questão de cometer um erro metodológico”¹³⁵. Como se deu esta situação de esquecimento ? O esquecimento do ser enquanto tal se dá em razão da institucionalização da metafísica aristotélica como paradigma ontológico das ciências da natureza.

A questão que se coloca é que houve uma, como que, institucionalização do ser na metafísica adotada a partir do estagirita e, com isso, deu-se uma fossilização (expressão de HEIDEGGER) do tema. Explique-se melhor a questão. Em ARISTÓTELES o ‘ser’ é elaborado enquanto substância, segundo LUCE “parece que apenas sentiu que as coisas individuais são substâncias, e que sua substancialidade é o fato primordial e absoluto de seu ser, tendo prioridade sobre quaisquer qualidades que possam

¹³⁵ HEIDEGGER, Martin. “*Ser e Tempo – parte I*” Tradução. Márcia de Sá Cavalcante. 11ª edição. Petrópolis, editora Vozes. 2002. páginas 27, 28.

ter ou quaisquer relações em que possam entrar. Em uma frase famosa, ARISTÓTELES teria acentuado que ‘a eterna pergunta: Que é o ser ? na realidade corresponde a pergunta: Que é a substância ?’¹³⁶. Esta forma de colocação do problema ontológico, culminou por conduzir a discussão quanto a uma categorização de substâncias. A Idade Média viu o pensamento aristotélico ser adotado e modificado, vindo a metafísica a se constituir em ciência única (ciência de Deus) que era a “um só tempo, do ente enquanto tal, de Deus e da substância”¹³⁷. Tal variação do *Theos* produziu sensíveis conseqüências na estruturação da metafísica. No âmbito original é interessante para este trabalho a questão quanto a substância, e a ela se restringirá a análise. “Diz ARISTÓTELES (Metafísica IV, 2) que o ente se diz de muitas maneiras, mas não de modo equívoco, e sim analógico; ou seja, em relação a um princípio único que dá unidade aos muitos sentidos. Por isso o ente é único e múltiplo ao mesmo tempo. (. . .) o sentido fundamental do ser é a substância. Os outros modos dependem deste, porque todos são ou substâncias ou afecções da substância. A cor é cor de uma substância, e se dizemos três nos referimos a três substâncias, e até a privação encerra esta referência”¹³⁸. Em seguida esclarece MARIÁS que “Aristóteles diz concretamente que o ser se diz de quatro maneiras. Esses modos são os seguintes: 1º, o ser *per se* (καθ’ αὐτό) ou *per accidens* (κατά συμβηηκός), ou seja, por essência ou por acidente; 2º, segundo as categorias; 3º, o ser verdadeiro e o ser falso, e 4º, segundo a potencia e o ato.”¹³⁹ Esta forma de conceber o ser, através de categorias, oculta a questão quanto a essência do ser. Enquanto me ocupo em inserir o ser na categoria correta, não atento para a sua dimensão própria, sua essencialidade, seu manifestar-se original. Aliás pode-se mesmo dizer que há

¹³⁶ LUCE, John Victor. “Curso de filosofia grega”. Tradução Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 1994. páginas 122/123.

¹³⁷ MARIÁS, Julián. “História da Filosofia”. Tradução. Claudia Berliner. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2004. página 70.

¹³⁸ Idem página 72.

¹³⁹ Ibidem. Página 73.

uma distorção dos sentidos do ser, sobretudo se for considerada a ontologia desenvolvida pelos gregos.

HEIDEGGER já advertiu enfaticamente quanto ao desvio que se implementou, “a questão sobre o sentido do ser não somente ainda não foi resolvida ou mesmo colocada de modo suficiente, como também caiu no esquecimento, apesar de todo interesse pela ‘metafísica’. A ontologia grega e sua história, que ainda hoje determina o aparato conceitual da filosofia, através de muitas filiações e distorções, é uma prova de que a (sic)*pre-sença* se compreende a si mesma e o ser em geral a partir do ‘mundo’. Prova também que uma ontologia assim desenvolvida decaiu e se deteriorou numa tradição que a degrada e deixa afundar no óbvio, transformada em material de reelaboração (como foi para HEGEL).”¹⁴⁰

Ao referido esquecimento e a distorção conseqüente pode-se imputar, junto com a modernidade e sua manifestação mais recente - modernidade tardia, pós-modernidade ou hipermodernidade, grande parte da responsabilidade pela crise em que vivemos atualmente. Ao esquecer a tradição filosófica de indagação sobre o ser esqueceu-se, igualmente, a indagação quanto aos sentidos do ser e, por conseqüência inevitável, quanto aos sentidos do mundo. Esta indagação, de caráter ontológico, ao desaparecer da cena principal, deixou terreno para que em seu lugar fossem erigidos sistemas calcados nas funcionalidades e filiações das coisas. A soma destas perspectivas, função e filiação, corresponde ao pensamento científico moderno nos aspectos categorial e classificador(filiação) e instrumental técnico(funcional). Estas características evidentemente úteis para o desenvolvimento das chamadas tecno-ciências, em sua

¹⁴⁰ Ser e Tempo. Ob. cit. Página 50.

transposição para as perspectivas mais humanizantes e sociais da sociedade, culminam por reforçar a ocultação do ser e a instilar a crise de sentidos nas diversas formas em que se tenta apreender os sentidos do mundo.

2.4.2 – Ausência de perspectiva ôntica em tratados e convenções

O ser põe o mundo à evidência e descortina seus sentidos, permitindo que se desenvolva a dimensão espiritual da existência humana. A amplitude ética, as formulações morais e espirituais, a realização plena do homem, são manifestações para as quais as tecno-ciências nada dizem. A aridez de humanidade na sociedade que se erige modernamente, contra toda a facilidade oferecida a uma outra ordem espiritual, corrobora a noção de vazio que a instrumentalidade implementa.

No campo jurídico especificamente a elaboração dogmática com base nos direitos humanos assentados exclusivamente nas proclamações demonstra, à sociedade, a insuficiência da humanidade em fundar uma ordem de valores humanos de caráter ontológico. A instituição de normas-princípio e normas-regra tratando de temas cuja inserção no mundo da cultura se dá pela porta da validade formal se presta, desde o início, a relativizações, seja a título de proporcionalidade, de razoabilidade, de vedação ao excesso, etc ... Desta forma retira de seu conteúdo a primazia que se pretende outorgar-lhes e os subordina às tradições hermenêuticas constitucionais contemporâneas com seus riscos de

caráter exegético ou, como alerta RICOUER, das vertentes suspeitas de interpretação¹⁴¹. Nada há de ôntico no reconhecimento destes tratados e convenções como válidos e aplicáveis em razão de seus caracteres de validação formal. Mesmo a inserção em um texto constitucional, conquanto possa se referir ao ser da Constituição enquanto fenomenologicamente acessível, não diz do direito nela inscrito enquanto ser. Desta forma, um direito pode ser tido constitucionalmente como fundamental e sua inserção no mundo da cultura de um povo se dar ao arrepio de um pretenso caráter ontológico. Não é por outro motivo que se tornou comum a advertência quanto a inexistência de direitos absolutos. Nem de outra forma poderia ser, face a estrutura plural da sociedade, à determinação fragmentária de identidades e valores culturais e a heterogeneidade dos contextos de inserção dos referidos direitos. A questão, entretanto, transcende a órbita do tecnicismo jurídico, atingindo a esfera ontológica do próprio direito. A validade e preponderância axiológica de certas normas legais (ou princípios para os puristas) sobre outras (regras estritas) e de umas (princípios) sobre outras (princípios também) obedecem a critérios hermenêuticos que, quando muito, reforçam uma prolatada autonomia do direito face a produção axiológica sócio-cultural. É indubitável que nenhuma resposta será completa ou plenamente satisfatória se não houver recurso a uma concepção ontológica do direito.

¹⁴¹ Paul Ricouer em sua obra “Conflito das interpretações” alerta-nos para a influência no ato de interpretar de fatores: ideológicos, estruturais e inconscientes. Tais fatores influem na elucidação do conteúdo de qualquer preceito normativo por atuarem na pessoa do interprete. André Jean- Arnaud em monografia (“O Direito traído pela Filosofia”) sobre o aspecto ideológico refere-se a influência decorrente da classe social de origem do interprete, denunciando uma vinculação dos magistrados a valores de classe mais abastadas.

2.5 – A FENOMENOLOGIA DA CRISE DO DIREITO

2.5.1 – A perspectiva crítica dos sentidos no mundo contemporâneo

Pode-se agora, buscar a evidenciação da crise da modernidade em sua projeção no campo jurídico. Para tanto relembre-se, primeiramente, o repúdio já feito a uma efetiva distinção entre o período dito moderno e a prolatada pós-modernidade (não por negar a existência de distinções, mas por entendê-las insuficientes, face aos critérios anteriormente adotados para distinguir a modernidade dos períodos estamentários anteriores, para fundar um período efetivamente distinto); e, em segundo lugar, que a modernidade apresenta como suas características a quebra dos paradigmas, a mudança de hábitos e a diluição gradual da reservas de sentido.

O repúdio a crença ingênua no mundo e nos enunciados que sobre este cotidianamente são feitos, a revelia de qualquer recurso objetivo de validação, impõe a necessidade de se colocar a noção de crise sob parênteses. É preciso suspender os juízos preconcebidos e iniciar a tarefa pela indagação: Há, efetivamente, algum tipo de crise incidindo sobre o direito ? Primeiramente, devem-se efetuar duas definições: O quê se está referindo ao enunciar ‘direito’ e segundo o quê se entende por crise.

À primeira questão pode-se seguramente responder que se está referindo ao direito positivo, àquele condensado nos códigos e leis, ao que, segundo GOYARD-FABRE corresponde a quinta essência do direito¹⁴². Este direito produzido pelo Estado e imposto coercitivamente a obediência geral se constitui no objeto da indagação. Por quê ? Em razão da segunda definição exigida. Ao indagar sobre o quê se entende por crise não se pretende estabelecer uma extensa trajetória de pesquisa. A questão se põe sob a perspectiva da efetividade ou eficácia. O fenômeno direito se apresenta segundo uma funcionalidade que almeja desempenhar enquanto sua razão de ser: dispor regras pelas quais a convivência obrigatória entre as pessoas na sociedade seja possível. A idéia de crise, neste caso, se liga ao não cumprimento desta finalidade ou seu cumprimento insatisfatório. Desta forma se a efetiva convivência em sociedade avança para estágios degradantes, está sinalizada a falência ante os objetivos básicos do próprio direito. Nesta verificação há de se levar em conta tanto as atenuantes decorrentes das dificuldades oriundas da complexidade mesma da sociedade moderna, quanto facilidades que a dita sociedade disponibiliza. Resta então indagar: há uma degradação no papel de harmonização do convívio cumprido pelo direito positivo ? A simplicidade da pergunta não comporta, aparentemente a complexidade da resposta. A toda evidência, existem aspectos críticos na relação entre o direito e a sociedade. Destes porém, somente são relevantes para as perspectivas fundamentais abordadas, os que se ligam as dificuldades decorrentes da modernidade ‘tardia’ ou hipermodernidade conforme se verá. Assim vejamos: suspendendo as idéias pré-concebidas de direito positivo, as definições de normas jurídicas, de estatutos, etc ... como se apresenta à consciência o direito? Quais sentidos do fenômeno jurídico se

¹⁴² “Elles sont inscrites dans la lettre même du droit et c’est à juste titre que le Code passe pour être une espèce de bible juridique qui condense, en ses articles, la quintessence du droit. *ESSAI DE CRITIQUE PHÉNOMÉNOLOGIQUE DU DROIT*. Ob. cit. Página 240.

descortinam a uma visada não ingênua ? Que essência do fenômeno apreendido se mostra idêntica a si mesma após percebida de formas variadas ? As respostas poderiam muito bem ser um recurso a teoria da justiça e suas diversas acepções conforme já abordada no capítulo 1. Porém, isto não responderia a indagação da forma proposta, apenas remeteria a outra questão, desta feita acerca da definição do que seja Justiça. Resta evidente que a pergunta visa determinar o âmbito em que se desenvolve o fenômeno jurídico e a incidência de eventual crise quanto a este.

2.5.2. – O determinação eidética do direito

Os primórdios da sociedade e da civilização se fizeram acompanhar de estruturas jurídicas através de sua formulação mais simples, ou seja, a definição de preceitos e a imposição de sanções. Tal realidade influenciou diversos tratadistas que viram no sancionamento de condutas o ser do direito. Evidentemente que a circunscrição do direito a um só aspecto não supre a necessidade de inserção deste na totalidade do conhecimento a seu respeito obtido. Tão pouco satisfaz a apreensão do fenômeno em sua realidade eidética. O direito é sancionatório, porém não é a sanção que constitui o direito, mas que o estabelece em sua individualização face a outras manifestações do Estado. Modernamente se constroem variantes dos processos jurídicos onde a educação, a formação da cidadania e a informação visam substituir as vertentes meramente punitivas do fenômeno. Inegavelmente, mesmo ante tais vertentes, subsiste um caráter regulatório acessível a qualquer pessoa através do senso comum. Se o fenômeno ‘direito’ for suspenso de todos os sentidos em que *a priori* se manifesta e percebido em sua pura manifestação, o

que se mostra é a função de possibilitar o convívio em sociedade. A inexistência de regras jurídicas aplicáveis fora do âmbito da intersubjetividade característica da existência política da sociedade, demonstra a veracidade desta constatação.

Com isso concluí-se que a preceituação de formas regulares para realização de certos atos da vida comunal, bem como a proscrição de outras, tidas então como irregulares ou até ilícitas, apresenta-se como da essência do fenômeno. O dever-ser (*Solem*) substancializa o direito em sua pretensão de determinar os modos de relação social admissíveis. Por certo a esta dimensão transbordam atos e condutas indiferentes ao universo regulatório do direito. Esta realidade apenas reafirma a noção esboçada de direito na medida em que dependendo a subsistência da sociedade de condições mínimas de convívio, ao direito impõe-se a obrigação de se ater a aspectos relevantes. Os campos da moral, da cultura, da tradição e da educação convencional, implementando no âmbito da personalidade dos sujeitos o conhecimento de interlocutores mínimos para o convívio social, se incumbiriam do território não alcançado pelo direito positivo. Como e porquê tanto as regras propriamente jurídicas(positivadas) quanto as de natureza extra-jurídica, se associam a uma sentido valorativo correspondente a noção de Justiça, é algo ainda por ser estabelecido. A única certeza permitida neste momento é a de que tal inserção (da noção de Justiça) está mais profundamente vinculada a noção de alteridade entre corporalidades. A natureza ética do fenômeno Justiça o põe em cena na realidade da co-presença de outrem a consciência transcendental. Conforme assevera Aquiles “os sentidos ou essências da conduta humana portadora de efeitos jurídicos só podem ser percebidos a partir da consciência, da intencionalidade perceptora do justo, na trama inexplicável da

obrigatoriedade da coexistência”¹⁴³ com isso a consciência que põe em questão o Direito na sua condição indissociável de viabilização do convívio obrigatório, põe igualmente a percepção do justo como regra ética de formulação da linguagem jurídica.

2.5.3 – Determinação eidética dos conteúdos normativos

Assim o questionamento sobre o ser coloca-se enquanto sendo o centro do questionamento sobre os sentidos do mundo no plano filosófico. Ocorre que, conforme já deduzido, o ser ou não pode ser acessado por um simples ato de vontade ou, para sê-lo, deve-se sujeitar a atividade noético-noemática de uma análise intencional, conforme a metodologia estabelecida por HUSSERL. Tal metodologia visava descrever as essências e com isso atingir o caráter científico rigoroso que este propôs. Para se chegar a tanto parte-se da constatação da usual adoção de uma atitude natural pela consciência cognoscente. Tal atitude, baseada na crença ingênua no mundo, impede que se alcance a condição necessária para evidenciação dos sentidos originários, por isso deve-se convertê-la em consciência transcendental, ou seja, é preciso que suspenda a crença na realidade do mundo exterior. Com tal suspensão a consciência passa a ser condição de aparição do mundo e doadora de seus sentidos¹⁴⁴. “O mundo, na atitude fenomenológica, não é uma existência, mas um simples fenômeno”¹⁴⁵, o que, repita-se, não lhe subtrai o caráter de real posto que intuído pela própria consciência. Ao efetuar a *Epoché* – a suspensão da crença no mundo e conseqüente confinamento do apreensível aos limites da consciência intencional, produz-se

¹⁴³ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. “*Fenomenologia e Direito*”. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. página 54.

¹⁴⁴ DARTIGUES, André. “*O que é fenomenologia?*” página 21.

¹⁴⁵ “*Meditações Cartesianas – Introdução a fenomenologia*”. Ob. cit. página 27.

um resíduo, a correlação objeto-consciência da atividade noético-noemática. A dita correlação se dá na própria consciência que continua no ego puro. Com isso a redução não afeta a consciência enquanto pura, apenas suspende os sentidos produzidos ingenuamente. A atividade noético-noemática da própria consciência intencional é o resíduo deixado à conta da consciência enquanto ego puro após a *Epoché*. Esta é a evidência resultante da suspensão na crença do mundo. Porém, esta ainda não se encontra apta a fornecer a descrição das essências que constituam efetivamente um conhecimento de caráter apodítico. Segundo DARTIGUES “para alcançar a essência, não se trata de comparar e de concluir, mas de reduzir(ἐποχή), isto é, de purificar o fenômeno de tudo o que comporta de inessencial, de ‘fático’, para fazer aparecer o que lhe é essencial. O que HUSSERL chama de ‘redução eidética’ não se obtém, pois, através de manipulações, mas de um esforço de pensamento que se exerce sobre o fenômeno cujo sentido se busca, qualquer que seja por outro lado a maneira pela qual dele tratam as ciências empíricas. Assim, é por um esforço mental que eu conseguirei descobrir a essência, o ser fundamental de fenômenos tais como percepção, sensação, imagem, consciência, fato psíquico, etc que são tratados por seu lado e com por outros métodos pela psicologia empírica”¹⁴⁶.

Impõe-se a indagação: como se pode distingüir o que seja da essência do ser do não essencial ? HUSSERL pensou a partir de BERKELEY e suas observações sobre a relação de um todo com suas partes não separáveis e instituiu a técnica da variação eidética. Esta técnica consiste em

“imaginar, a propósito de um objeto tomado por modelo, todas as variações que ele é suscetível de sofrer: ‘Revela-se, então, que a liberdade não poderia ser absoluta, que há condições sem as quais as

¹⁴⁶ Idem. página 30.

variantes não seriam mais variantes desse modelo, exemplos da mesma espécie. Este invariante identificado através das diferenças define precisamente a essência dos objetos dessa espécie, isto sem o que seriam inimagináveis, no sentido de impensáveis'. Foi esse processo que HUSSERL chamou de variação eidética”¹⁴⁷.

O recurso a esta técnica, já inserta em uma proposição científica que se pretende não ingênua, reforça o caráter de restauração do papel da filosofia de efetuar enunciados verdadeiros, apodícticos. É certo que esta pretensão é relativizada pelo reconhecimento de que as vivências intencionais onde se dá o fluxo em que são conhecidas as coisas, não se constituem imutavelmente. Há sempre uma perspectiva a informar o momento e o modo de apreensão do vivido. Mesmo que se afirme a essencialidade do que se apreendeu do fenômeno, isto não se traduz em absolutidade. Em “*LÓGICA FORMAL E LÓGICA TRANSCENDENTAL*” aduz HUSSERL que “toda verdade referida tematicamente a intersubjetividade transcendental e, em conseqüência, relativa a esta intersubjetividade, conforme seu modo de ser: ser para si mesmo, ser absoluto”¹⁴⁸. Esta relativização da pretensa apoditicidade do saber fenomenológico não representa um contra senso. O ego transcendental é realidade apodítica. A constituição do mundo na consciência é a garantia desta condição. Apenas se reconhece que, as variações de percepção e as diversas atitudes adotadas, face a ser a atividade cognotiva essencialmente temporal, implicam pluralidade de sentidos.

¹⁴⁷ Ibidem páginas 31/32.

¹⁴⁸ HUSSERL, Edmund. “*Lógica formal y lógica trascendental – ensayo de una crítica de la razón lógica*”. Trad. Luis Villoro. Ciudad de México, Centro de Estudios Filosóficos – Universidade Nacional Autónoma de México. 1962. página 284.

O resíduo, ante a aplicação metodológica da variação eidética aos tratados e proclamações sobre os Direitos Humanos, estabelece uma essência destas manifestações. Seja sob que variação se apresente o Direito Humano Fundamental cotejado, resta sua preponderância face a qualquer outro pronunciamento jurídico que não seja de igual natureza eidética. A relativização destes direitos somente se dá no cotejamento com outros de igual caráter, ainda que se encontre hierarquicamente em igual esfera ou nível de validação. Com isso não se excluem os riscos de invalidação empírica, conforme se verá, mas em termos ontológicos permite-se o estabelecimento de sua natureza entitativa.

Pelas proposições apresentadas, resta evidente a condição da fenomenologia enquanto teoria do conhecimento, senão vejamos. Em HUSSERL vê-se que conhecimento é “um facto da natureza, é vivência de seres orgânicos que conhecem, é um factum psicológico. Pode, como qualquer factum psicológico, descrever-se segundo as suas espécies e formas de conexão e investigar-se nas suas relações genéticas. Por outro lado o conhecimento é, por essência, *conhecimento da objectalidade* (*Erkenntnis von Gegenständlichkeit*) e é tal em virtude do sentido que lhe é imanente, como o qual se refere à objectalidade. O pensamento natural também já se ocupa destes aspectos. Transforma em objecto de investigação, em universalidade formal, as conexões *aprióricas* das significações e das vigências significativas, as leis aprióricas que pertencem à objectalidade como tal; surge assim uma *gramática pura* e, num estrato superior, uma lógica pura (um complexo íntegro de disciplinas graças às suas diversas delimitações possíveis) e, além disso, brota uma lógica normativa e prática como técnica do pensamento

e, sobretudo, do pensamento científico”¹⁴⁹. Considerando-se o trinômio: conhecimento, sentido do conhecimento e objeto do conhecimento como da natureza gnoseológica do manifestar-se fenomênico, vê-se que é deles justamente que se ocupa a fenomenologia como seu objeto principal.

A fenomenologia se ocupa da resolução dos problemas que surgem sob estes três aspectos, isolada ou cumulativamente. Assim cumpre o papel de crítica do conhecimento natural em todas as ciências naturais¹⁵⁰. Além disso cumpre o papel de descrever as essências e assim permitir que se alcance o conhecimento sobre o ser dos entes. Com isso os sentidos são estabelecidos evitando-se a crise decorrente da adoção cotidiana por parte do sujeito cognoscente de uma atitude natural, ingênua, perante os dados apreendidos pela consciência. A atitude fenomenológica é infensa a crise de sentidos pois, na constituição intencional do objeto perante si, através da atividade noético-noemática da consciência transcendental, os novos sentidos são apreendidos independentemente de qualquer recurso a uma reserva de sentidos que somente se presta a quem se acha comprometido com a atitude ingênua. No processo cognitivo, a fenomenologia inscreve-se como um processo rendido a necessidade de objetivação lógica na descrição das essências apreendidas. O objetivismo se apresenta quando aponta o objeto do conhecimento, no caso o fenômeno, enquanto doador de sentidos para sua compreensão. O idealismo decorre da crença, justificada e comprovada, na existência de essencialidades ideais como no exemplo da sinfonia em que se percebe a unidade essencial entre todas as formas de execução. Em sua obra refutou o abandono das premissas rigorosas do

¹⁴⁹ “*Idéia de fenomenologia*”. Ob. cit. páginas 41/42.

¹⁵⁰ Idem página 45.

pensamento científico kantiano por parte da filosofia moderna. O desejo de ser ciência haveria abandonado a filosofia e HUSSERL pretendia resgatá-lo¹⁵¹. A forma buscada para este resgate, conforme enunciado, foi a de conferir à filosofia um método capaz de assentar seus enunciado de forma objetiva, este se constituí em um requisito de qualquer proposição que se pretenda científica. “Não quero dizer que a filosofia seja uma ciência imperfeita; digo simplesmente que não é ciência, que não começou a ser ciência, para a qual tomo como critério qualquer fragmento, por pequeno que seja, de um conteúdo doutrinário enunciado objetivamente”¹⁵². O sistema filosófico que pretendeu firmar, de evidenciação dos sentidos, cumpre a função pretendida por seu criador e com isso, põe em evidencia o ser e satisfaz a exigência tanto de rigor, quanto de objetividade que constituem as bases do pretendido processo cognitivo. Seria assim a fenomenologia uma epistemologia, adequada à melhor abordagem da questão relativa a percepção do fenômeno jurídico e de sua relação com a sociedade e sua produção de sentidos.

¹⁵¹ “Pero que reprochamos sobre todo lo que llamábamos debilitación de la exigencia científica de la filosofía, em la medida em que, al menos em su intención y por sus procedimientos, ya no manifiesta el deseo de ser doctrina científica, deseo que contribuyó ampliamente al gran progreso de la filosofía moderna desde Kant”. Edmund Husserl. A Filosofia como ciência estrita. Buenos Aires, Argentina, Editorial Nova. Página 9

¹⁵² Idem. Página 8

2.6. – A CRISE NA PRODUÇÃO DE SENTIDOS NA PERSPECTIVA DO DIREITO

2.6.1 – Cultura e Direito: ausência de sentidos

A incapacidade da sociedade contemporânea de formar, na consciência dos indivíduos, as noções de interlocutores mínimos capazes de inseri-los no convívio social civilizado e de prevenir a realização de condutas atentatórias ao seu regular convívio, vem sendo apontada como uma das causas da pulverização do campo normativo. Esta pulverização de regras conspira contra a pretensão de que haja uma submissão ampla às próprias normas jurídicas. A inexecutabilidade decorre tanto da incapacidade de conhecer do conteúdo das diversas normatizações, como também das inevitáveis confusões decorrentes de equívocos, tanto legislativos quanto hermenêuticos. Legisladores criando legislações confusas e contraditórias e magistrados interpretando-as equivocadamente, conduzem a perplexidade cotidianamente constatada nas páginas da imprensa.

Neste ponto, onde se constata que fenômenos de ordem sócio-cultural peculiares da era contemporânea concorrem para fulminar os objetivos que essencializam o direito, se dá a junção da crise do direito com a crise da própria cultura européia tal como apreendida por HUSSERL. Ambas as questões parecem estar razoavelmente contempladas na definição do direito enquanto atividade reguladora, por via normativa, do convívio em sociedade. Tanto a questão da essência, quanto a da crise, se mostram em uma perspectiva única. Seriam portanto, correlatas em sua apreensão, pois a ausência de condições para

implementação de seu papel mediador na sociedade(essência do fenômeno jurídico em sua apresentação sócio-política) decorreria da impossibilidade de produção de sentidos válidos em uma sociedade imersa no predomínio das tecno-ciências. Tal predomínio impõe ao direito o modelo ou paradigma inadequado da ordem fragmentária e hipermoderna. Ou seja, o direito se pulveriza pois também pulverizados se acham os sentidos da cultura contemporânea, atolados nas ideações próprias das conceituações científicas, que pretendem reduzir tudo a leis e conceitos e com isso realizam a ocultação do mundo da vida.

Definido o objeto de direito, um primeiro aspecto da crise deste apresenta-se, portanto, evidente. O papel regulatório exige a possibilidade efetiva de cognição, compreensão e submissão dos membros da sociedade. Para isso, formam-se os chamados paradigmas ou standards(situações de fato que, por sua tendência a recidiva e por seus efeitos, passam a merecer tratamento jurídico. Esta tratamento poderá ser de validação no caso das chamadas instituições jurídicas ou de repressão no caso das condutas antisociais). Ocorre que, conforme visto, a descontinuidade e as quebras de paradigma atingem a formulação dos sentidos do mundo problematizando a instituição de seus sentidos jurídicos específicos *a priori*. Os membros da sociedade são, assim, confrontados com uma pluralidade cada vez mais pulverizada de normas, cuja capilarização na regência social impõe uma série de ônus desconhecidos da maioria das pessoas que sequer podem apelar a um senso comum ou a um bom senso ante a autonomização do discurso jurídico em seu tecnicismo, por vezes autista. A conjugação deste fator com uma estrutura estatal burocratizada e uma modernidade descontínua em suas significações estabelece os elementos formadores da essência da prolatada crise.

Some-se aos elementos apontados acima, o fato de que predomina, na técnica jurídica, a concepção positiva do sistema, bem como seu caráter decisional. Ambos os aspectos rendem-se a razão técnico-científica dominante nos métodos científicos contemporâneos. Impõe ainda que se afirme o fato de não contar o direito com a ferramenta da verificação empírica de seus enunciados, face a prolatada autonomia do sistema jurídico, pouco afeito a crítica de origem não técnico-jurídica. Desta forma, as leis passam não só a pretender acompanhar os acontecimentos, sempre atrasadas ante o advento dos fatos, mas a dispor sobre eles a partir de premissas que não guardam relação com os fatos em si, mas sim com os modos de produção de sentidos dos sistemas político-econômico e político-cultural, tal como são percebidos na sistemática jurídica. Com isso, os resultados da incidência normativa, de regra, não são cotejados com seus fundamentos em um processo de revisão. Em razão disso tantos escolhos legislativos se acumulam nos Códigos por longos lapsos de tempo.

O resultado da amalgama formada pelos sistemas que regem a atuação dos envolvidos no processo de produção normativa, legisladores, executores e julgadores, ante as características da sociedade é a imposição de uma reformulação dos modos de constituição dos sentidos do mundo. As categorizações, rotulações, classificações que ocultando do sujeito a intuição dos fenômenos, impingem o distanciamento entre direito e sua função. A profusão dos decretos e regulamentos, de efeitos tristemente sensíveis em áreas como a tributária e a criminal, concorrem para alienar o cidadão de seu *status* e reforçam a instituição de mecanismos não oficiais de resolução dos conflitos. Esta prática, inserida na estrutura autônoma que contém o direito positivo em meio a critérios próprios

de formulação, produção e imposição, concorre para o afastamento de seus propósitos e a crise de sua existência.

2.6.2 – Princípios Fundamentais no fluxo da historicidade do direito.

Os princípios fundamentais dos diversos ramos do direito e os próprios princípios gerais do direito, nestes tempos críticos, ressurgem, de um limbo hermenêutico que os havia relegado a um papel exclusivamente programático, dotados agora de eficácia normativa. Porém, a sua inserção na ordem jurídica, se feita sem a preocupação com a redefinição dos sentidos do mundo na contemporaneidade, impõe um choque. Qual sua inserção efetiva na ordem jurídica ? Seriam as invariáveis axiológicas apresentadas por REALE ? Estariam inseridos em uma estrutura deontológica do direito ? Alguns pretendem que se insiram em um novo movimento de filosofia jurídica definido como pós-positivismo. A resposta a esta questão está diretamente associada a indagação quanto aos fundamentos da própria ordem jurídica. Afinal, se durante séculos a ordem jurídica primou por estruturar-se em um conjunto de normas regidas por um sistema de vigência e revogação, sendo este sistema informado pelo legislador ordinário, a modificação para um sistema como o atual, em que a ordem constitucional e mesmo internacional, se dedicam a dispor normas de plena eficácia e axiologicamente superiores, não pode ser considerada ingenuamente.

Diversas suposições passaram a gozar da condição de verdade, sobretudo com a popularização, no meio jurídico, da associação deste movimento a uma

reação contra os absurdos perpetrados na segunda guerra mundial e em conflitos regionais recentes como Bósnia e outros. Bem verdade que tais movimentos partem de um tripé: o advento primordial dos direitos humanos fundamentais nas Declarações francesa e americana, o implemento de proclamações protetivas de direitos fundamentais no pós-guerra e, par-i-passo com isso, o advento da ONU e de órgãos como as cortes interamericana e européia de direitos humanos. O itinerário tradicional, pelo qual se analisam as fases jurídico-políticas correspondentes a cada etapa de proclamações não seria capaz de acrescentar uma linha de esclarecimento quanto fundamento dos direitos no plano da causalidade necessária sem confundir a circunstância de que as normas, no caso, expressam os direitos que, conforme já esclarecido, se fundam nas consciências. Assim, é na consciência que se deve procurar o âmbito de descrição dos sentidos da crise e do enfoque que se passa a conferir aos princípios gerais e fundamentais e aos direitos humanos propriamente ditos, como uma consequência. A tarefa que se impõe seria a de propor uma resolução do problema que se apresenta: fundamentar os direitos humanos e os princípios em que se baseiam, de modo a inscreve-los em uma ordem de sentidos imune as relativizações próprias dos paradigmas contemporâneos, de tal modo que esta sirva igualmente de percurso a ser palmilhado no resgate da funcionalidade social do direito. Desta tarefa emerge, portanto, a possibilidade de fixação de um paradigma filosófico que escape da crise referida.

2.6.3. – Determinação histórica: uma dimensão dos direitos fundamentais

Para a efetiva solução desta questão formulada, deve-se adotar uma premissa. Observados os direitos humanos fundamentais, suspendendo-se os dados já preconcebidos quanto a eles, quais as essencialidades que deixam intuir ? Uma das essências a que se chega, e até sem muita dificuldade, é a titularidade subjetiva destes direitos, quer dizer, sua inserção no campo subjetivo de cada pessoa se faz independentemente da vontade desta pessoa, assim como a defesa projetada constitucionalmente para eles independe de iniciativa da mesma. O que isso quer dizer ? Igualmente sem recorrer a conhecimentos *a priori*, pode-se afirmar que tais direitos são inerentes a condição humana. São direitos que decorrem de um ato de reconhecimento e não de aquisição. Tal reconhecimento se dá em razão da condição de humanidade compartilhada por todos os seres humanos existentes neste planeta. Esta condição é construção historicamente forjada no próprio cadinho das civilizações contemporâneas e suas projeções culturais. O ser humano é ser humano desde que passou a organizar-se em sociedade, entendendo-se que antes sua humanidade apresentava-se sob aspectos meramente antropológicos.

Deste modo, uma indagação sobre a instituição histórica de direitos, associados a condição de humanidade de seus destinatários pode instituir sentidos originários para a determinação eidética de constituição do direito e dos direitos humanos fundamentais enquanto fenômeno. Não se trata, portanto, de admitir que haja um momento preconcebido de nascimento dos direitos fundamentais, mas somente de sua positivação, reconhecendo que sua essência não decorre de decretos e proclamações e sim da própria essência da alteridade que impõe à criação do direito historicamente. É na análise histórica

que se calca uma perspectiva em que os fluxos de historicidade inerentes a humanidade, tornam-se fundamentos da estruturação de um arcabouço de normas que instituem o homem como valor-fonte ou paradigma das proclamações referidas. Com isso é provável que se conclua que, embora tenham ocorrido eventos que marcaram o advento de direitos fundamentais positivados de forma datada, o advento de direitos desta natureza se encontrava no desenrolar da própria existência do homem enquanto ser social. Definidos a inserção filosófica das formulações jurídicas, por tratar esta dos aspectos ontológicos que precedem a análise histórica, esta impõe-se como objeto de busca dos sentidos para os Direitos Humanos Fundamentais enquanto fenômeno.

CAPÍTULO 3 – O DIREITO EM SUA FORMULAÇÃO FILOSÓFICA

3.1. – INSERÇÃO DAS PREMISSAS NO CONTEXTO JURÍDICO POSITIVO

3.1.1 – Formulação histórica do Positivismo Jurídico

A discussão efetuada até o momento, carece de uma definição quanto ao sistema de formulações teóricas da reflexão filosófica adotada. Neste aspecto o positivismo apresenta-se como interlocutor obrigatório ante sua aceitação pelos juristas, bem como, por seu status paradigmático. Convém aproveitar o ensejo e fazer, ainda um breve ementário dos diversos sistemas de fundamentação do direito contemporâneos, antes de prosseguir. Para isso formule-se inicialmente uma definição sobre Filosofia do Direito. Por Filosofia do Direito deve-se entender o processo de reflexão contínuo e problemático, sobre o ser do direito(aspecto ontológico), sobre seu fundamento(ou razão de ser) e sobre seu valor(aspecto axiológico). Com isso ao se indagar sobre os sentidos do fenômeno jurídico e sobre seu fundamento, se está formulando indagações eminentemente filosóficas e somente nesta perspectiva poderão ser auridas respostas. Entretanto, conforme já aduzido alhures neste trabalho, proliferam doutrinas auto-proclamadas filosófico-jurídicas que versam na verdade sobre outros aspectos do fenômeno. Tal ocorre, por exemplo, com o pensamento jurídico. Alerta-nos ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA que por pensamento jurídico temos que seja o “modo próprio de pensar, de raciocinar, de argumentar do jurista, o método ou métodos de este se serve para conhecer o Direito e cujo estudo mais atento se tem desenvolvido nas últimas duas décadas em duas fundamentais vertentes, a primeira orientada num sentido

eminentemente formal, como lógica das normas ou lógica deôntica, interessada, sobretudo, em conhecer as especificidades da estrutura daquelas e preocupada, a segunda, a partir de uma nova consideração da retórica antiga, da tópica e do raciocínio dialético, em construir uma nova lógica do raciocínio jurídico, quer como pensamento problemático ou a partir de problemas, quer nos quadros de uma teoria da argumentação concebida como ‘nova retórica’, quer como teoria da controvérsia, quer ainda como lógica razoável”¹⁵³. Por isso descartam-se as considerações oriundas destas correntes face a não relevância para a análise das questões fundamentais do direito que estão sendo discutidas.

Inicie-se a exposição pela adoção de um critério de classificação das doutrinas filosóficas relacionadas com o direito. SIMONE GOYARD FABRE¹⁵⁴ já mencionada, adota um critério cronológico de apresentação das doutrinas. Inicia seu percurso com a questão surgida entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, ressaltando as etapas de desnaturalização do direito natural (com o chamado retorno ao convencionalismo e o posterior implemento da antropologização e do naturalismo racionalista), e apresentando o processo de positivação com pouca imersão nas vertentes abertas pelo positivismo: evolucionista, social, racionalista, empirista, etc... Ao apresentar o pensamento jusfilosófico do século XX, a autora prescinde do método cronológico e adentra critérios ontológicos, perpetrando porém, uma mistura entre as proposições inerentes a Filosofia do Direito propriamente dita e as formas afins como o pensamento jurídico, as incursões de filosofias no campo jurídico, as Teorias do Direito e da Justiça(nem sempre apresentadas em relação ontológica, axiológica ou deontológica com o direito, o que lhes torna estranhas à designação de Filosofia do Direito). Neste ponto a autora apresenta as vias lógico-formais

¹⁵³ TEIXEIRA, António Braz. Ob. Cit. Páginas 42/43

¹⁵⁴ Os Fundamentos da ordem jurídica. Ob. Cit.

relacionadas ao constitucionalismo; as vias redutoras vinculadas ao pragmatismo ético-social e os denominados caminhos da ‘ontologia jurídica’. Em sua parte final é referido, conforme já visto, e adotado o normativismo crítico com base em um retorno a Kant como fundamento ontológico, explicitamente adotando o pensamento tardio de Kelsen como roteiro para enfatizar que um retorno ao pensamento crítico enfatizaria a necessidade de elaboração do direito passando pela “auto-reflexão, cujo exercício permite ao homem tender para a liberdade, ou seja, para a realização da sua humanidade”¹⁵⁵. Ocorre que ao atingir esta conclusão enfatiza que ela seria uma “tarefa normativa”¹⁵⁶, o que se mostra um contrasenso à pretendida auto-reflexão. Antes de alcançar estas conclusões a autora referiu-se a dialética hegeliana e as investigações de caráter fenomenológico (com destaque a obra de discípulo de Husserl Reinach e Amselek). O critério classificatório referido não se adequa a premissa deste trabalho por não promover um alinhamento sistemático que enfatize a filiação teórica de cada proposição, bem como por promover a equiparação de proposições filosóficas com outras de caráter metodológico e formal. Reale em seus “Fundamentos do Direito” adota uma classificação de caráter ontológico. Em sua obra o autor alinha as diversas correntes do pensamento jusfilosófico enquanto pura categoria racional, fato histórico e social, fato e norma, norma pura, fato cultural, fato institucional, fato normativo e intuição, culminando por apresentar sua teoria do direito em uma dimensão que une aspectos ontológico, empíricos e axiológicos. Trata-se de um trabalho de elevado esmero e profícua análise, em cada tópico aspectos ônticos e axiológicos, deontológicos¹⁵⁷ e genoseológicos, etc ... são apresentados tendo por objetivo enfatizar as

¹⁵⁵ Idem página 369.

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ Por Deontologia adota-se, neste trabalho, a definição de Rosmini que “entendeu por Deontológicas as ciências normativas, ou seja, as que indagam ‘como deve ser o ente para ser perfeito’. Segundo Abbagnano, o

três dimensões que ao final serão jungidas para evidenciação do ser do direito. Sem demérito, as classificações propostas não enfatizam as filiações filosóficas de cada corrente segundo os próprios critérios ônticos, axiológicos e deontológicos que apresenta. Tal critério classificatório será melhor encontrado na obra de BRAZ TEIXEIRA.

Com isso podemos enfocar um grupo de Teorias, as ditas ontológicas, que seriam o positivismo jurídico, o realismo escandinavo¹⁵⁸, o realismo norte-americano¹⁵⁹, o neo-idealismo jurídico italiano¹⁶⁰, a Teoria egológica do Direito e a Teoria

ápice das ciências Deontológicas seria a ética enquanto doutrina da Justiça”. in Dicionário de Filosofia, editora Martins Fontes, página 240.

¹⁵⁸ Realismo escandinavo: Interessante escola de pensamento que assume relevo ao formular “severa crítica perante a metafísica” e por entender como tal “toda a combinação de palavras cujo estatuto não pode ser determinado com certeza por aquele que as emprega” e, sobretudo por investir contra todas as correntes epistemológicas baseadas na idéia do primado da consciência” aludindo que somente o real (mundo empírico dado no tempo e espaço) pode ser objeto de conhecimento. Tendo em Axel Anders Hägerström seu fundador, este movimento restringe as sensações ao campo do subjetivismo e com isso reforça a noção de objetividade realista. A noção de valores para esta escola assume igual feição subjetivista e torna-se insusceptível de formar um estatuto doutrinário sob sua perspectiva. No campo do Direito um aspecto relevante é o de que “sua crítica dos conceitos jurídicos fundava-se na idéia de que eles não são suscetíveis de alcançar o grau de universalidade que caracteriza os conceitos das ciências empíricas ou da realidade dada no espaço e no tempo, porquanto, devido à sua raiz mítica ou mágica, exprimem, necessariamente, sentimentos e associações de sentimentos, a que nenhuma realidade corresponde” Antônio Braz Teixeira, ob. cit.. Com isso HÄGERSTRÖM estabelece a necessidade de uma Constituição ou de normas constitucionais reguladoras do exercício do poder. “O pensamento de HÄGERSTRÖM precede no tempo ao de KELSEN e HART e, como eles, considera o Direito como conjunto de normas e a validade do Direito como uma validade objetiva, independente da vontade contingente das pessoas físicas que concorrem na mesma (legisladores, juízes, funcionários...)” Maria José Falcón y Tella, ob. cit.

¹⁵⁹ Realismo norte-americano: Em aberta crítica ao positivismo inglês(em especial o silogismo mecanicista de Austin), mas gozando de pouca afinidade com o realismo escandinavo, erigiu-se um pensamento onde se procura a “realidade do Direito”, a questão primordial é a de “saber o que é efetivamente e na realidade o Direito vigente num determinado país e em certo momento”. A escola nega ao estatuto normativo e aos precedentes judiciais a condição de formuladores do Direito real e efetivo. Este somente será obtido nas decisões concretas conforme definidas, caso a caso, pelos órgãos judiciais. Com isso somente se poderia falar de Direito com as decisões concretas. As normas e precedentes utilizados nas próprias sentenças não seriam os definidores do Direito e sim as conclusões a que chega, o que ele efetivamente faz. Este neo-realismo, em suas linhas gerais “nega o dualismo metafísico de sujeito e objeto e afirma um monismo radical” in Abbagnano, História da Filosofia, ob. cit, com isso adota-se uma atitude no geral, oposta ao idealismo que, a primeira vista partia do princípio de que o objeto nada é sem o sujeito cognoscente, tendendo a ser visto como uma atividade ou um produto deste

¹⁶⁰ Neo-idealismo italiano: Tendo seus baluartes em Benedetto Croce (1866-1952) e Giovanni Gentile (1875-1944), coloca-se igualmente em oposição ao positivismo em seu legalismo e a concepção organicista do sociologismo e ao realismo. Aduz Teixeira que para Croce o espírito teria uma atividade teórica e um atividade prática, a primeira correspondente a um pensamento e a segunda ao ato que o traduz, a ação. Com isso haveria uma identificação entre espírito e realidade gerando assim as filosofias do Conhecimento e da

tridimensional do Direito. Destas, as escolas realistas e neo-idealista serão apenas referidas, face a sua pouca implicação com a proposta fundamental desta pesquisa, quanto às demais, far-se-á uma análise das formulações de forma mais acurada. As perspectivas puramente axiológicas e deontológicas serão referidas sem uma análise mais profunda conforme explicitado ao final deste capítulo. Sucintamente observe-se o conteúdo destas Teorias¹⁶¹:

Ação. A Filosofia do Conhecimento seria subdividida em Estética e Lógica e a Filosofia da Ação em Economia e Ética. No campo do Direito a Filosofia da Ação seria aplicável, dependendo das formas de que se revestiria para determinar se estar-se-ia sob o domínio da Ética ou da Economia. Ainda segundo Teixeira, no pensamento espiritualista de Croce, enquanto a Economia seria uma forma completamente individual, hedonística e utilitária da atividade prática, a ética traduzir-se-ia em enxertar o contingente no eterno, o individual no universal, o alvedrio no dever. A inserção do Direito na Filosofia Ética de Croce, proposta por Teixeira, não reflete a essência de seu pensamento. O pensamento de Croce vai essencialmente de encontra a uma concepção economicista do Direito. Croce via em Maquiavel seu antecedente, pugnando pelo reconhecimento de que “Todo o consenso é forçado, mais ou menos forçado, mas forçado, isto é, que surge sob a força de certos fatos e, por conseguinte, condicionado: se a condição de fato muda, o consenso, como é natural, é retirado, desencadeia-se o debate e a luta, e um novo consenso se estabelece sob nova condição”, as leis, portanto seriam aceitas e não impostas, sendo acatadas enquanto os indivíduos considerarem conveniente acatá-las. Em seu pensamento o Direito precederia a moral sendo essencialmente amoral, caracterizando-se por ser força enquanto ação eficaz que atinge a um determinado fim útil, com isso as leis, as instituições e os costumes em que se concretiza a vida do estado não são mais do que ‘ações dos indivíduos, vontades que eles atuam e mantém firmemente, concernentes a certas diretivas, mais ou menos gerais que se considera útil promover. Igualmente errado seria o ‘democratismo’ que se baseia no pressuposto da igualdade dos indivíduos, igualdade que, juntamente com a ‘liberdade’ e a ‘fraternidade’, são palavras vazias. No Direito, predominando a atividade econômica como visto, predominaria não uma moralidade abstrata e sim o princípio da conveniência. Para sua Teoria não haveria um Direito Natural pois não haveriam verdadeiramente leis naturais, a tais leis faltaria elemento essencial identificado como o elemento volitivo, não sendo assim admitido igualmente um código eterno ou um Direito universal, tal noção se chocaria com a essencial mutabilidade das leis, consequência necessária do caráter contingente e histórico de seu conteúdo. Giovanni Gentile via no Direito uma dimensão essencialmente ética pretendeu reformar a noção de dialética hegeliana (do conceito ou da realidade pensável) ‘entendendo ser ela referida ao sujeito atual do pensamento, entendido como eu transcendental e não sujeito empírico’. Segundo sua concepção deveria ser implementada uma dialética do pensante e não do pensado, o sujeito é sempre sujeito de um objeto. Quando o sujeito pensa, pensa necessariamente em algo. Gentile somente vislumbra a realidade do objeto pensante enquanto objeto de um pensado, sem uma existência autônoma, externa ao ato do pensamento. Em sua produção voltada para a Filosofia do Direito, Gentile investe contra as concepções organicistas que invocam uma organização social enquanto ente autônomo da sua simples vontade, sujeito a uma utilidade e necessidade de seu existir. Para ele a lei é a vontade do poder que o quer, “o poder soberano, o querer tem-no já em si; e fora dele, onde empiricamente se vê armado de espada, não pode vê-lo senão através do que já tem no seu íntimo, onde está a raiz e a verdadeira substância da sociedade e do estado”.

¹⁶¹ Segundo António Braz Teixeira.

Positivismo jurídico: Tal movimento se dá por extensão ao Direito do pensamento positivista da forma como difundido por AUGUSTO COMTE¹⁶². Para ele “todas as nossas especulações estão inevitavelmente sujeitas, tanto no indivíduo como na espécie, a passar sucessivamente por três estados teóricos diferentes, que as denominações habituais de teológico, metafísico e positivo podem aqui qualificar de modo suficiente para aqueles, pelo menos, que tiverem compreendido bem seu verdadeiro sentido geral”¹⁶³. A enunciação de tais estados corresponde, para COMTE, a etapas evolutivas que iriam progredir da crença teológica onde “todas as nossas especulações manifestam espontaneamente uma predileção característica questões mais insolúveis, sobre os assuntos mais radicalmente inacessíveis a toda investigação decisiva”¹⁶⁴ ao Estado positivo. A etapa Teológica se constituiu de três fases: fetichismo (animismo, totemismo, magia seria os graus de sua evolução), politeísmo, e por fim o monoteísmo. Todas se agrupando sob a idéia de busca por explicação para o ser dos fenômenos a partir da existência da divindade, um ou mais seres ou forças, não sujeitas a observação e não sujeitas a formulação de leis imutáveis que pudessem ser objeto de verificação. COMTE indica como estágio seguinte, a metafísica onde “a tentativa de explicação da natureza íntima dos seres, a origem e o destino de todas as coisas é atribuída a abstrações personificadas, cujo uso, verdadeiramente característico, tem muitas vezes, permitido designa-la sob a denominação de ontologia”¹⁶⁵. O ápice da reflexão Comteana encontra-se na proposição de um estado último e derradeiro, o positivismo. COMTE afirma que “o genuíno espírito positivo consiste sobretudo em ver para prever, em estudar o que é,

¹⁶² A expressão foi inicialmente utilizada por Saint Simon para designar o método exato das ciências e sua extensão para a filosofia.

¹⁶³ COMTE, Augusto. “Discurso sobre o Espírito Positivo”. Trad. Antonio Geraldo da Silva. Editora Escala, São Paulo, SP.

¹⁶⁴ Idem, página 16.

¹⁶⁵ Ibidem, página 21.

a fim de concluir o que será, segundo o dogma geral da invariabilidade das leis naturais”¹⁶⁶. Na exaltação romântica que faz da ciência, o pensamento positivista somente admite a produção válida de conhecimentos quando seguido o método das ciências naturais e com isso, a observação dos fenômenos e sua descrição, estabelecendo uma relação destes fatos com a leis deduzidas da observação, é o único processo para produzir conhecimentos válidos. O positivismo apresentou aspectos que denotaram diferenças entre algumas de suas formas com isso gestando a distinção inicial entre positivismo social (ao qual COMTE se filiou) e positivismo evolucionista.

A aplicação do pensamento positivista ao Direito, melhor examinado alhures, deve-se, sobretudo, à pretensão do positivismo social em construir uma nova ordenação social. Sem ultrapassar os limites do tema para a presente reflexão, cumpre aduzir que o positivismo jurídico encontra entre seus prosélitos HANS KELSEN (que legou uma vigorosa defesa de seus postulados) e NORBERTO BOBBIO, a quem oportunamente se voltará. Cumpre assinalar que, no positivismo jurídico, são adotadas as seguintes concepções (com certas variações de acordo com o autor positivista abordado):

- 1) Conceção voluntarista do Direito (o Direito é posto como ato de uma vontade soberana, nos sistemas democráticos representativos trata-se da vontade do povo através de seus representantes);

¹⁶⁶ Ibidem, página 27.

- 2) Imperatividade e coercitibilidade das normas como definidores do Direito;
- 3) Primado e supremacia da lei sobre todas as demais fontes de Direitos;
- 4) Dissociação radical entre Direito e moral;
- 5) Concepção autonomista e plenificadora do ordenamento enquanto sistema único do Direito;
- 6) Emprego por subsunção meramente declarativa dos fatos as normas conferindo a atuação judicial e interpretativa cunho meramente lógico-declarativo.

Pode-se listar HOBBS, BETHAM, HUME, AUSTIN, KELSEN, HART, BOBBIO, etc ... dentre outros são adeptos desta forma de pensamento. É preciso não esquecer que nem todas as concepções listadas são adotadas por todos seus adeptos, assim como o fato de que alguns pensadores de outros matizes podem adotar alguma(s) da(s) concepção(ões) referidas.

É importante perceber que a concepção neo-idealista italiana, referida em nota à pagina 126, atualiza a existência das normas jurídicas e das estruturas sócio-políticas para o campo do sujeito do poder. A toda evidência, estas proposições, conquanto identifiquem aspectos relevantes da constituição de sentidos do direito, albergam a justificação para que se reconheça a existência do estado absolutista e totalitário. Certas críticas sacadas contra a concepção de um ego transcendental no papel de apreensão e

descrição dos sentidos do mundo, indevidamente identificam-no com o ego totalitário, detentor de todas as universalidades proposto por GENTILE. Tal equívoco se desfaz, sem maiores complicações, na correlação noético-noemática desenvolvida por HUSSERL e na intuição eidética dos fenômenos de sua metodologia, que a distinguem de forma resoluta e clara do pensamento de GENTILE.

Teoria egológica: Apresenta uma concepção na qual o Direito se apresenta como uma realidade cultural. Dividindo os âmbitos de conhecimento em quatro regiões (objetos: naturais, ideais, culturais e metafísicos), determina que cada uma destas regiões estabelece relações distintas nos planos empírico e axiológico, tendo como conseqüência a instituição de uma metodologia própria para serem conhecidos seus objetos.

Os objetos culturais consistem em sentidos aos quais se chega por uma intuição que está assente na vivência existencial deste sentido. Somente por esta vivência se dá o sentido do objeto cultural, sua existência. Dividindo os objetos culturais em mundanais e egológicos, define que os primeiros colocam ou definem o mundo a par do ser humano e os segundos correspondem a ações humanas que simultaneamente são postas pelo sujeito e põe o sujeito enquanto sujeito da ação, tendo, por conseqüência um caráter ou natureza transcendental. Filiando o Direito aos objetos egológicos, este o coloca e por ele é posto, segundo ações valorativamente consideráveis. Com isso o Direito, para esta Teoria é conduta. COSSIO, o formulador da Teoria, concluí assim que o Direito seria ação do homem realizada segundo valorações. Segundo ele o Direito é “ conduta humana em inferência intersubjetiva e não norma que se refere à conduta ou que tem na conduta o seu objeto ou seu campo de ação, porquanto a norma não é o Direito, mas sim a descrição da conduta

que, essa sim, constitui o próprio ser do Direito”¹⁶⁷. O dever-ser normativo, para esta corrente, inscreve-se enquanto disposição de natureza lógica e constitui a ‘representação conceitual de uma certa conduta’¹⁶⁸, as referências que a norma faz a conduta se dão a conta de uma relação de conceito e objeto, a conduta é, portanto, objeto de interpretação. As normas constitutivas do Direito, nesta escola de pensamento, contém dois elementos: a endonorma e a perinorma, uma referindo-se a obrigação, decorrente da existência da norma, para o cumprimento da obrigação e a outra destinada ao Estado que pela sua condição se obriga a fazer cumprir a mesma norma. Ressalte-se que a essência deste pensamento está no reconhecer o Direito na conduta, sendo a norma a representação conceitual desta.

Teoria tridimensional do Direito: Pensamento igualmente filiado a uma concepção culturalista do Direito, nega a redução da norma a um esquema lógico de representação da conduta por entender que esta proposta não contempla o aspecto teleológico, assim como resulta em valoração exclusiva do fato. Para Miguel Reale a norma jurídica é uma “realidade cultural que não pode ser interpretada com abstração dos fatos e valores que condicionaram o seu advento, nem dos fatos e valores supervenientes, assim como da totalidade do ordenamento em que se insere”¹⁶⁹. Direito seria assim uma realidade tridimensional constituída simultaneamente por fato(conduta ou agir humano), valor (ao qual se refere o fato e pelo qual este é apurado) e a norma que busca ordenar o fato em razão do valor que sê-lhe é atribuído. Quanto a questão dos valores a Teoria se alinha a um historicismo axiológico, segundo o qual o valor seria uma intencionalidade historicamente

¹⁶⁷ Apud Teixeira. Ob. cit. página 97.

¹⁶⁸ Teixeira, ob cit página 97.

¹⁶⁹ Idem. Página 100.

objetivada no processo da cultura. “O dever-ser exprime sempre um imperativo, uma norma que pode ou não ser seguida, mas que, seguida, realiza um valor e, desobedecida, nega um valor”¹⁷⁰. Não é dos valores enquanto tais, ou seja, enquanto diretamente apreensíveis pela intuição, que resulta a obrigatoriedade das normas, mas sim da atividade racional que, captando os valores nos fatos, isto é, tais como se revelam através da experiência, os considera e atualiza como a fins, ou seja, convertendo-os em motivo racional de conduta”¹⁷¹. A Teoria avança para afirmar significativamente que no tocante a identificação de uma não equivalência dos valores, determinando-se então que estes sejam divididos em valores-fim e valores-meio. Os valores-fins são aqueles que possuem valor em si próprios e os valores-meio receberiam seu valor dos fins. Indica como valor fim do Direito a Justiça. Diz REALE que “a idéia de Justiça, que, no seu sentido mais geral, exprime sempre proporção e igualdade, é própria do homem como ser racional que vive em sociedade. Vivendo em sociedade e procurando o seu bem, o homem acaba compreendendo a necessidade racional de respeitar em todo homem uma pessoa, condição essencial para que também possa se afirmar como pessoa”¹⁷². Com isso após elaborar precisa argumentação sobre a liberdade como valor meio dentre outros e questionar certas Teorias da Justiça, REALE determina que “o Direito não tem a finalidade exclusiva de realizar a coexistência das liberdades individuais, mas sim a finalidade de alcançar a coexistência e a harmonia do bem de cada um com o bem de todos”¹⁷³. A submissão ao Direito decorreria de sua conformidade com o valor-fim dele mesmo. Ocorre que, conforme salienta o próprio REALE, a autoridade não decide sobre o justo em si, mas parte do estudo das condições

¹⁷⁰ REALE, Miguel. “Fundamentos do Direito”. Página 301.

¹⁷¹ Idem. Página 304.

¹⁷² Ibidem, página 307.

¹⁷³ Ob cit. Página 311.

objetivas sociais, econômicas e políticas, para preferir esta ou aquela norma, com isso afirma que a Justiça não se apresenta necessariamente unívoca no casos em que é invocada. REALE estabelece, desta forma, os elementos que determinam a obrigatoriedade das regras de Direito: “primeiramente em virtude de sua conformidade com o valor-fim do Direito, segundo por motivo de sua racionalidade ou conformidade racional com situações objetivas e, por fim, devido a sua proveniência como ordem de uma autoridade legítima”¹⁷⁴. Estruturado desta forma percebemos o Direito como resultado de uma existência normativa cuja validade se acha condicionada por fatores não exclusivamente normativos, como é o caso da conformidade com o valor-fim. É possível, entretanto, vislumbrar a presença deste valor-fim na formulação dos princípios fundamentais articulados pela Constituição e, com isso, manter-se no plano normativo de validade. Tal constatação irá contrastar com a necessidade de uma fundamentação que não se inscreva neste plano normativo face a sujeição deste a certos consensos e representações variáveis.

De todas as Escolas e Teorias abordadas, resta a percepção de que a concepção ontológica do Direito tende a desenvolver-se mais no plano do ser do Direito, apontando aquilo que ele é, do que no plano de seus fundamentos, salvo quando há uma evidente confusão entre eles. A partir destas considerações, restariam ainda, dentro da questão posta sobre os aspectos em que o Direito se inscreve na sua percepção enquanto fenômeno as perspectivas axiológica e deontológica da sua evidenciação. Como tais aspectos encontram-se cotejados com a ontologia, como p. ex. no caso das invariáveis axiológicas de REALE, uma análise das várias abordagens tornar-se-ia dispersiva, não sendo

¹⁷⁴ Reale, página 315

essencial para a presente busca por fundamentos, posto já estar definido que, na perspectiva adotada, estes serão de natureza ontológica, e sua abordagem será mais geral.

A questão do valor e da Justiça

Há evidentemente uma questão prévia a ser colocada. É possível atribuir ao Direito um fundamento axiológico ? Em outros termos, Teixeira igualmente vai colocar a questão ao indagar: “o Direito constituí, em si, um valor, tem em si o seu próprio fundamento ou carece fundar-se em algo superior ou diverso de si, que será então sua razão de ser e valer enquanto Direito, já que ele, como realidade cultural, só é plena e realmente enquanto vale, enquanto incorpora e realiza valores”¹⁷⁵. A questão remete a uma das discussões mais antigas sobre o direito: a da existência e validade de um Direito Natural. Com isso se estaria colocando o valor do Direito em uma correlação deste com uma “ordem normativa, imanente e manifestada na natureza que é o paradigma, o modelo ou arquétipo a que se deve subordinar o direito positivo”¹⁷⁶. Esta discussão pressupõe o reconhecimento de que o Direito positivo retire sua validade de um valor estranho a ele próprio, não sendo assim um valor em si ou contendo em si um valor. Admitindo que o ordenamento jurídico aure sua validade de realidades ou princípios suprapositivos, estaria posto um problema quanto a forma desta transposição de vez que sendo o Direito Natural suprapositivo, reveste-se de uma intangibilidade que lhe confere perenidade e imutabilidade; ocorre que uma das características do Direito positivo é seu caráter contingente e histórico, decorrente de sua variabilidade imposta pela ambiência de sua inserção social. Normas relativas a um certo período histórico se contextualizam com os valores temporais relativos a este período

¹⁷⁵ Ob, cit, página 155.

¹⁷⁶ Idem. Página 157.

e se incompatibilizam com outros períodos, nos quais tais contextos não estejam presentes. Esta conclusão é inquestionável quando se trata de ordenamento jurídico como um todo, ante a idéia de um Direito Natural concebido de forma totalitária, ou seja, a feição de um modelo geral e preciso do ordenamento positivo existente. Porém, se cotejado com uma concepção de essencialidade, e tendo em conta uma dimensão axiológica de Justiça, a conclusão pode ser modificada. Ou seja, sem admitir a hipótese de um Direito Natural, é forçoso concluir que se tal esfera existe, sua expressão deverá ser reduzida a diretrizes e paradigmas axiológicos do Direito positivo. Com isso se impõe a unificação das duas perspectivas faltantes ao campo de descrições do sentido do Direito, que são as esferas axiológica (referência valorativa a um Direito Natural) e deontológica (consubstanciação do Direito em um plano de concreção da Justiça). É evidente que nem toda concepção de Justiça esteja albergada em uma dimensão jusnatural, mas não será admissível o reconhecimento da existência de uma ordem supra natural se esta não determinar os paradigmas de Justiça para os enunciados jurídicos. As esta premissa reduz-se a análise a ser encetada. Contudo, somente haverá sentido em inquirir sobre eventuais sentidos da Justiça, se a inquirição estiver relacionada com a essência do fenômeno Direito. Conforme já visto, as reflexões apresentadas tanto por ontologistas como as questões de caráter axiológico e deontológico, refletem a persistência de uma atitude ingênua que conduz a uma confusão entre o ser do Direito e suas características e premissas. Tal confusão, conforme já anotado, somente poderá ser desfeita ante o recurso ao método fenomenológico posto ser este o único capaz de fundar enunciados efetivamente rigorosos. Como a questão está se cingindo ao âmbito dos Direitos Fundamentais, face a impossibilidade de construção de ordens jurídico naturalistas totais, devido ao já referido caráter contingente dos estatutos ante as necessidades sociais e sua contextualização

histórica, a este se deve ater o recurso ao método, repita-se, que se apresenta como único apto a produzir os enunciados verdadeiros de forma rigorosa e suficiente a saciar a crise de sentidos que alcança mais do que a epistemologia, a própria gnoseologia.

3.1.2 – Estruturação e modificação do paradigma jurídico contemporâneo

Antes de iniciar a tarefa de indagar sobre a formulação dos direitos, no âmbito da descrição dos sentidos do mundo pela consciência intencional e sua evolução histórica, deve-se buscar definir os parâmetros do paradigma jurídico contemporâneo. A imperatividade desta definição se dá por tratar-se de hipótese correlacionada com a noção de rigor extraída da fenomenologia e com a necessidade de se cingir a um âmbito de correlação. Qualquer sentido historicamente estabelecido, somente poderá ser percebido enquanto tal, ou seja, enquanto um produto da história, vinculado aos valores e a sociedade em que se produziu. Não é possível, rigorosamente, promover sua atualização, por impossibilidade de recomposição dos sentidos originários, conforme já assentado. Entretanto, é possível estabelecer os limites modernos que balizarão a experiência jurídica e que poderão ser formulados em proposições comparativas, desde que respeitada sua condição de parâmetro de correlação. Assim esta definição se faz necessária face a correlação histórica destes com a crise e com a introdução do discurso dos direitos fundamentais.

Primeiramente impõe-se o reconhecimento de que, no plano jusfilosófico, é preconizado ter havido uma substituição de paradigmas no discurso jurídico. O paradigma do Direito natural foi, historicamente, substituído pelo da filosofia do direito. A razão para isso seria a “erosão do paradigma do direito natural”¹⁷⁷. Tal erosão decorreria, inicialmente, do advento do direito enquanto produto de uma ciência exclusivamente positiva, ou seja, o positivismo, que em seu processo de afirmação erigiu-se a guisa de único formulador do direito.

No comento a esta mudança, afirma-se que a ordem de investigação do jurídico secularmente estaria assentada na dicotomia existente entre direito natural e direito positivo, estando o primeiro identificado com um sentido idealista e o segundo com um realista. Conforme acentua BOBBIO: “direito natural e direito positivo eram ambos qualificados como direito na mesma acepção do termo”¹⁷⁸, portanto, historicamente, direito positivo e direito natural diferiam em grau e valor, mas não correspondiam a distintas modalidades, tão pouco difeririam em sua essencialidade, mas somente em fatores contingentes como coercitibilidade, normatividade, etc Havia uma alternância histórica entre ambos. Ora um preponderava e prevalecia sobre o outro, posteriormente havendo a inversão. BOBBIO aponta que em Aristóteles havia a prevalência do positivo sobre o natural, posteriormente, na Idade Média, a relação se inverte e o direito natural passa a ser prevalente.

¹⁷⁷ LAFFER, Celso. “*A reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*”. São Paulo, editora Companhia das Letras, 2001, página 41.

¹⁷⁸ BOBBIO, Norberto. “*O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*”. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo, Ícone editora, 1995, página 26

Gradualmente o advento dos sistemas normativos e do iluminismo conduziu a superação da referida dicotomia por excluir o direito natural da condição de direito em sentido próprio, passando a integrar uma ordem de cunho eminentemente moral. Com isso, “por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito”¹⁷⁹. O recurso a um direito ideal ditado pela razão universal, foi, em um primeiro momento, um dos meios de legitimação do direito positivado e normativo.

Percebe-se que o desenvolvimento das estruturas sociais e estatais foi responsável por constituir um direito normativo(expresso por normas escritas) a par do natural. A co-existência destes dois modelos passa a enfrentar oposição com o advento de dois movimentos filosóficos distintos: O positivismo jurídico inglês e o jusnaturalismo racionalista continental. No campo do primeiro pontificou, dentre outros, DAVID HUME para quem “todos os direitos derivam da lei e são por elas atribuídos”¹⁸⁰. A cisão definitiva, porém, não foi fruto do pensamento inglês, e sim vindo a ocorrer com a instituição de um jusnaturalismo moderno junto ao advento da Ilustração. Isso não quer dizer que os movimentos fossem absolutamente incomunicáveis. KANT confessa ter sido fortemente influenciado em sua tarefa especulativa pela obra de DAVID HUME, conforme consta de “PROLEGÔMENOS A TODA A METAFÍSICA FUTURA” onde enuncia que “Confesso francamente: foi a advertência de DAVID HUME que, há muitos anos, interrompeu o meu sono dogmático e deu às minhas investigações no campo da filosofia especulativa uma orientação

¹⁷⁹ Idem.

¹⁸⁰ Apud TEIXEIRA, António Braz. “*Sentido e valor do direito – introdução à filosofia jurídica*”. 2ª edição, Lisboa, Portugal, 2003. página 62.

inteiramente diversas”¹⁸¹. Contudo, a busca inglesa por uma relação empírica demonstrável através da experiência, frustrou qualquer possibilidade de constituir enunciados metafísicos puros e com isso, selou a diferença para com o racionalismo que, no continente europeu, grassava em sua tentativa de construir um naturalismo racionalista.

O recurso a constatação de um estado de natureza e a direitos a ele inatos foi marca do processo de esclarecimento empreendido pelos pensadores da modernidade. A ruptura com o *ancien régime* se deu com uma profunda modificação no paradigma do direito natural. A substituição de um naturalismo (jusnaturalismo de cunho religioso) no qual a ordem estamentária era constituída por um reconhecimento do direito natural do rei ao poder régio, dos nobres a condição aristocrática e do clero a uma parcela de poder temporal, além das prerrogativas eclesiásticas de terras e tributos, somente foi possível pela emersão de um novo naturalismo, de cunho racional. Esta mutação se deu por obra dos construtores do iluminismo, que se dedicaram a implementar a repulsa a idéia de uma ordem natural associada a fé e a natureza enquanto obra da criação divina.

Em substituição a natureza idealizada por uma constituição divina amplamente difundida na Idade Média, o iluminismo apresentou a proposta de um direito natural fundado na razão:

“Essa razão triunfante busca a liberdade, estado primordial do homem; a natureza mostra que os homens nascem iguais, por isso todo privilégio é antinatural; as pessoas podem estabelecer as cláusulas

¹⁸¹ KANT, Immanuel. “*Prolegómenos a toda a metafísica futura*”. Trad. Artur Morão. Lisboa, Portugal, edições 70, 2003. Página 17.

do contrato que institui a sociedade; o indivíduo, portador de direitos imanes (porque naturais), deve ser protegido do poder absoluto pela repartição do poder; a intolerância religiosa, abolida, o Estado, governado de acordo com a vontade geral, por isso as leis devem ser as mesmas para todos”¹⁸².

A constituição de um direito natural racional foi decisiva para que, posteriormente, fosse rompida a dicotomia de direitos (positivo e natural) e apenas o positivo viesse a se firmar enquanto dotado das características de efetividade, imperatividade e coação, essenciais a sua aplicação válida. Veja-se a proposição filosófica de um saber positivo como ponto de partida. BRAZ TEIXEIRA ressalta que “a codificação a que se procedeu na Europa ao longo do século XIX, inspirada no jusnaturalismo racionalista levou a que a atenção dos juristas passa-se a se concentrar, exclusivamente, na interpretação dos novos instrumentos jurídicos dando lugar ao que se denominou ‘Escola da Exegese’”¹⁸³. Assim, mesmo ante codificações de inspiração jusnaturalista, o gradual recurso a métodos hermenêuticos tendo como objeto as normas postas, culminou por exacerbar o caráter positivo dos ordenamentos e “acabou por conduzir em linha recta, como sua natural consequência, ao positivismo e a um entendimento igualmente positivo daqueles códigos e suas disposições de mais evidente e inequívoco recorte jusnaturalista”¹⁸⁴. Esta etapa do desenvolvimento vai levar ao chamado “legalismo

¹⁸² TRINDADE, José Damiano de Lima. “HISTÓRIA SOCIAL DOS DIREITOS HUMANOS”. São Paulo: Editora Fundação Peirópolis, 2002, página 37.

¹⁸³ Ob. cit. Página 62.

¹⁸⁴ Idem.

enquanto resultado do incremento da lei como manifestação do jurídico”¹⁸⁵. FERRAZ adverte ainda que é neste período que o direito passa a ser concebido como *poiesis*, uma atividade que se exterioriza nas coisas externas ao agente e que por isso exige técnica, isto é, uma espécie de know-how, um saber fazer para que um resultado seja obtido¹⁸⁶.

3.2 – A CONSTITUIÇÃO DOS SISTEMAS POSITIVOS

3.2.1 – A influência do romantismo na constituição dos sistemas positivos

Em consequência destas premissas e fortemente influenciada pela gradual concepção dos códigos legais que, a partir do século XIX começaram a se difundir, a constituição do direito positivo legalista se rende a teoria dos sistemas de WOLF e passa a se apresentar enquanto um agregado ordenado de verdades que pressupõe a correção e a perfeição formal da dedução. A necessidade de segurança nos negócios jurídicos impôs, e ainda predominantemente impõe, a estes códigos, que adotassem um caráter de sistema fechado de valores.

O antecedente necessário do positivismo¹⁸⁷, no campo filosófico foi o romantismo alemão, o vigoroso *sturm und drang*(tempestade e ímpeto) pela qual

¹⁸⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. “Introdução ao estudo do Direito”. São Paulo, Saraiva.. Ob. cit. Página 74

¹⁸⁶ Idem. Página 75.

¹⁸⁷ Veja-se a referência a Teoria positivista de Comte como superação dos estados teológico e metafísico em 2.8.

enveredaram os escritores alemães do final do século XVIII e início do século XIX. Este movimento teria por premissa uma revolta contra o racionalismo iluminista. Suas principais características seriam uma exaltação das forças da natureza e a valorização do instinto e do sentimento¹⁸⁸. Com isso HERDER, GOETHE, SCHILLER, SCHLEGEL, HUMBOLT, HÖLDERLIN, SCHELLING, etc ... insurgindo-se contra a razão associada a França e a uma dramaturgia tida como elegante e refinada, opõe-se através de sua barbárie. Neste processo despertam o sentimento de um pano de fundo nacionalista, com futuros comprometimentos evidentes, e, mais de acordo com a questão jurídica, instituem o movimento que mais propriamente introduz o positivismo. Para ABBAGNANO: “O positivismo é parte integrante do movimento romântico do século XIX. (. . .) é fora de dúvida que, nos seus fundadores e nos seus epígonos, o positivismo se apresenta como a exaltação romântica da ciência, como infinitização, como pretensão a valer de única religião autêntica e, por conseguinte, como único fundamento possível da vida humana individual e social. O positivismo acompanha e promove o nascimento e a afirmação da organização técnico-industrial da sociedade, fundada e condicionada pela ciência. Exprime as esperanças, os ideais e a exaltação otimista que provocaram e acompanharam esta fase da sociedade moderna. O homem, nesta época, julgou ter encontrado na ciência a garantia infalível do seu próprio destino. Por isso rejeitou, considerando-a inútil e superticiosa, toda a garantia sobrenatural e pôs o infinito na ciência, encerrando nas formas desta moral, a religião, a política, a totalidade da sua existência”¹⁸⁹. Assim, na ‘exaltação romântica da ciência’, deu-se para o direito o fim da dicotomia entre o direito natural e o direito positivo enquanto duas faces do fenômeno

¹⁸⁸ ABRÃO, Baby e COSCODAI, Mirtes(org.). “*HISTÓRIA DA FILOSOFIA*”. São Paulo, Editora Best Seller. Página 321.

¹⁸⁹ ABBAGNANO, Nicola. “*HISTÓRIA DA FILOSOFIA*”. Vol. 09. trad. Armando da Silva Carvalho e António Ramos Rosa. Lisboa, Portugal. Editorial Presença. Página 70.

direito. A partir deste momento singram mares distintos: o direito é o posto em sua positividade ao passo que qualquer preceito que não comungue da matriz positiva, ver-se-á relegado ao plano moral.

3.2.2 – Os fundamentos do sistema positivista: legitimidade normativa

Com o positivismo inicia-se para o fenômeno jurídico o percurso de sua própria fundamentação em busca de uma condição que lhe permita atender a necessidade de legitimar-se e, ao mesmo tempo, de justificar-se face a sua funcionalidade essencial.

Sem dúvida diversos paradigmas propostos para o discurso jurídico equiparam estas necessidades reduzindo tudo a questão da legitimidade. Nestas proposições percebe-se que a condição de legítimo e de justo ou justificado se confundem. Conforme se verá, tais manifestações partem da constatação da existência de uma correlação tanto com as normas que regem a produção legislativa *lato sensu* quanto com a norma fundamental¹⁹⁰. Ou seja, normatizam tanto a legitimidade quanto a justiça. Contudo, aparentemente trata-se

¹⁹⁰ Para Kelsen “Na norma fundamental acha-se, em última análise, o significado normativo de todas as situações de fato constituídas pelo ordenamento jurídico. Somente sob a suposição da norma fundamental pode o material empírico ser interpretado como direito, isto é, um sistema de normas jurídicas. Segundo a qualidade desse material, ou seja, desses atos que devem ser considerados atos jurídicos, é que se julga também o conteúdo especial de uma norma jurídica fundada num ordenamento jurídico especial. Ela é apenas a expressão da necessária suposição de todo o conceito positivista do material jurídico. Não vale, já que não é criada num procedimento jurídico, como norma jurídica positiva, não é instituída, mas – como regulamento de todas as imposições jurídicas, como procedimento jurídico positivo – é aceita.” Hans Kelsen. “Teoria pura do Direito – versão condensada pelo autor”. . Trad. J. Cretella e Agnes Cretella. 3ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, página 98. Deve-se anotar que “O conceito de norma fundamental, como se sabe, origina-se na doutrina kelseniana, tendo a ele já sido atribuído, pelo próprio Kelsen e outros, os mais diversos sentidos e funções ...” Guerra Filho, Willis Santiago. Teoria da ciência jurídica. São Paulo, editora Saraiva, página 138.

de confusão conceitual. Por legítimo deve-se entender que seja o fenômeno que se dê enquanto causado necessariamente por suas premissas legais ou validamente aceitas. Há uma relação de causalidade inerente a sua existência que se constitui no chamado efeito legitimador. A condição de legítimo se dá, juridicamente, segundo o âmbito de produção do fenômeno jurídico. Quando se trata de norma, a legitimidade encontra-se na correspondência com as normas de produção interna do próprio direito. Utilizando a terminologia de LUHMANN seria o caso de se dizer que decorre da reflexividade da normatização sobre a própria normatização:

“Em todos os casos ela amplia o âmbito das normatizações possíveis; ela possibilita a compatibilização da segurança e da alteração de normas, mobilizando amplamente um complexo normativo e ao mesmo tempo mantendo-o sob controle. Uma constituição não se fixa em algumas de suas determinações, antecipadamente a uma forma determinada do direito, mas apenas regulamenta a forma de seleção do direito variável”¹⁹¹.

Por todo exposto pode-se subsumir que seja legitimidade uma propriedade do ser do fenômeno jurídico, a propriedade de ser refletido no próprio sistema de produção normativa do direito.

Em oposição à afirmativa acima temos WILLIS SANTIAGO para quem “legitimidade pressupõe consenso e assentimento básico em torno de um valor-retor, de uma opção fundamental(pelo menos isso), já que não é possível sequer pressupor um

¹⁹¹ Ob. cit. Página 14.

consentimento generalizado”¹⁹². A proposição não se encaixa no contexto de legitimidade estabelecido pela adoção do paradigma normativo positivista. Em alusão a KELSEN, SAMPAIO FERRAZ esclarece que a ciência jurídica teria por função a descrição do significado objetivo que a norma jurídica confere ao comportamento. O critério para operar essa descrição se localiza sempre em alguma outra norma da qual depende a primeira. O jurista deveria, assim, caminhar de norma em norma até chegar a uma última, que é a primeira de todas, a norma fundamental, fechando-se assim o circuito¹⁹³. O pensamento de SANTIAGO estriba-se não em um positivismo de cunho puramente kelseniano, mas sim em um pós-positivismo segundo o qual a Constituição Federal encontra-se eivada de princípios fundamentais que determinam valores igualmente fundamentais aos quais se deve reportar o conjunto do ordenamento jurídico. Nesta concepção, a noção de justiça, estaria dissociada das postulações naturalistas ou autonomistas e jungida a ordem constitucional mesma. A ordem dos valores contida na principiologia constitucional conduziria ao estabelecimento de uma ordem democrática de direito, promotora da dignidade da pessoa humana e, como conseqüência, necessariamente justa, SANTIAGO diz assim que Justiça é um valor subsumível a um princípio maior (Estado Democrático de Direito). Nesta condição haveria justiça na promoção normativa quando estiver de acordo com os limites definidores do que seja um Estado Democrático de Direito. Por tal estado, sem recurso a maiores elaborações, pode-se afirmar que seja tanto o que se estrutura sem validação de ordens estamentárias, de modo a que cada membro seja igual, como também o compromisso em promover a instituição de uma ordem socio-econômica que assegure a todos pleno acesso aos direitos fundamentais. Sua relação com a sociedade seria, portanto, ativa e atrelada a um

¹⁹² Ob. cit. Página 130.

¹⁹³ FERRAZ JUNIOR. OB. CIT. Página 99.

compromisso de promoção social. Voltando a questão sistemática contudo, ainda que se concorde que Kelsen tenha ao final abdicado de uma norma fundamental enquanto expressão positivada na legislação, optando por entendê-la pressuposta no pensamento, a subsunção do ideal de Justiça ao Estado Democrático de Direito enquanto princípio maior somente é possível na assunção do positivismo ou sua superação principiológica referida, enquanto efetiva última forma da ciência do direito. Willis Santiago afirma a respeito que “para que tais valorações, por definição subjetivas e pessoais, atinjam um estado de objetivação máxima, ao se concretizarem normas em que elas se acham expressas, é necessário que se as verta em princípios jurídicos positivados, os quais possuem diferentes graus de generalidade, caso pertençam a Constituição ou a apenas algum vetor infraconstitucional do Direito”¹⁹⁴ Esta inferência, contudo, nada tem de propriamente axiológica¹⁹⁵ ou ontológica. Os valores calcados em normas tendem a depender da normatividade para sua subsistência e imposição. A noção de um ser do direito enquanto ordenamento e sistema positivado é própria do positivismo, mas não encontra guarida em uma concepção mais fenomenológica. Ser legítimo nada diz sobre a justificação da constituição fenomenológica do direito. Esta constituição insere-se no campo da realidade (do existir) e no campo da justificação (produzir-se segundo os fins enquanto uma causalidade necessária do fenômeno, estes passíveis de serem designados por legítimos, do direito). É perfeitamente crível a conjugação de normas legitimamente adotadas por um sistema, as quais, porém, poderiam ser eivadas de injustiça. É bem verdade que mesmo a injustiça recebe guarida em

¹⁹⁴ Ob. cit. Página 116.

¹⁹⁵ Deve-se observar que a Teoria não é absolutamente refratária a questão axiológica, apenas não lhe outorga relação de essencialidade com o fenômeno, conforme aduz Willis Santiago: “Utilizando-se o divulgado jargão semiótico, dir-se-ia que Kelsen cuidou predominantemente de questões relacionadas à sintaxe, deixando de lado aquelas atinentes à pragmática do discurso normativo. Não lhe passou despercebido, como importa salientar, a relação entre normas e valores, os quais, para ele, adquirem um sentido objetivo ao serem consagrados positivamente pelas primeiras”. Ob. cit. Página 140.

um sistema quando este se estabelece sob dois aspectos para definição do que é justiça. Um primeiro aspecto se dá na correlação entre a norma e o conjunto da sociedade e seus interesses. Nesta hipótese o que é justo para a sociedade, não necessariamente o será para o indivíduo. Em outro aspecto a justiça se apresentaria como unívoca e sempre igual a si própria.

3.2.3 – A implicação de valores na ordem normativa

A dissociação entre os valores fundamentais e o ordenamento posto constitui-se em uma imposição do processo de percepção e descrição dos sentidos do mundo. Convém aduzir a noção básica de valor, tal qual exposta por Jorge Jaime, segundo a qual “valor é a relação entre necessidades humanas – vistas em todas as suas extensões e os bens que as suprem”¹⁹⁶. Igualmente pode-se falar que o direito seja posto e não lograr efetividade por sua não admissão. A constituição de uma concepção do direito fundada na positividade, portanto, fez mais do que dispor o ordenamento enquanto fonte primária do direito, ela efetivamente pratica um ocultamento do manifestar do fenômeno jurídico. Este ocultamento, próprio da razão e da cultura tecnológicas, foi responsável pela idealização da normatização expressa de várias formas. Analisando o advento histórico do fenômeno adverte o próprio SANTIAGO que

“observou-se, então, um fenômeno de ‘jurisdicização’ das relações sociais em geral, que passaram a ser idealizadas e formalizadas nas normas de uma ordenação cada vez mais exaustiva, até chegar à

¹⁹⁶ Ob. cit. 181.

formação de uma verdadeira ‘dupla realidade’: a do Direito, com seu caráter imponderável de deve-ser, ao lado daquela a que ele se destina a regular”¹⁹⁷.

A pretensão de KELSEN era organizar o direito enquanto um sistema de normas denominado de ordenamento, no qual a correlação entre norma e norma fundamental contingenciaria o direito em sua feição imperativa hipotética, relegando a sociedade, bem como a metafísica a uma condição de estranhos ao direito.

“A Teoria pura do Direito de caráter juspositivista interessa-se pelo Direito enquanto o que é e como é sem preocupações axiológicas considerando a JUSTIÇA um ideal irracional, inaccessível ao conhecimento. Assim, uma Teoria Pura do Direito seria a que, em contraposição às doutrinas dominantes no imediato passado, libertasse a ciência jurídica de elementos estranhos, tanto de ordem sociológica como de ordem metafísica, opondo-se, portanto, quer ao sociologismo jurídico ou ao positivismo sociológico de matriz comtiana, quer ao jusnaturalismo”¹⁹⁸.

De se notar que tal sistema de direito não mais repousaria na escola exegética e sim em uma “concepção de sistema fechado de caráter lógico-demonstrativo”¹⁹⁹. O positivismo, valendo-se da ruptura apontada pela filosofia, atribuiu ao direito não apenas a pretensão ao status científico, mas igualmente um procedimento empírico-analítico que, segundo FERRAZ JUNIOR, vai desaguar em um “estatuto teórico que

¹⁹⁷ Ob. cit. Página 143.

¹⁹⁸ TEIXEIRA, António Braz. “*Sentido e valor do direito – introdução à filosofia jurídica*”. 2ª edição, Lisboa, Portugal, 2003. página 63.

¹⁹⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. “*Introdução em estudo do direito: técnica, decisão, dominação*”. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

visa conferir ao direito a capacidade de reprodução artificial(laboratorial) de processos naturais”²⁰⁰. Por tanto a positividade do sistema(ou ordenamento, conforme designação de KELSEN) implementou uma artificialização das concepções naturalísticas que passaram a conferir um aspecto cultural ao próprio direito. Com isso a reflexividade sistêmica convergiu para a constituição do chamado deve-ser do direito. Este dever-ser, enquanto uma projeção exclusivamente jurídica para uma sociedade cujos sentidos não são apreendidos, nem descritos e tão pouco percebidos pelo fenômeno jurídico, se revestido da autoridade outorgada pela sua natureza normativa, devidamente sujeito a legitimidade já esboçada, passa a produzir seus efeitos sem que sequer tenha sido possível definir sua essência. KANT, segundo ADEODATO, ao estabelecer a forma imperativa para o *Sollen*(dever-ser) estabeleceu que a virtude está em agir de acordo com a lei moral universal e é este o sentido específico que lhe confere a vontade metafísica. Essa lei necessária que a razão prática reconhece é mandamento(*gebot*) da razão. A fórmula de qualquer mandamento consiste em um imperativo(*imperativ*). E todos os imperativos são expressos por meio de um dever-ser (*sollen*)²⁰¹. Esta característica da positividade dos ordenamentos jurídicos em geral é percebida nos processos normativos de períodos em que a lei (editada em conformidade com os preceitos reguladores de sua existência) presta culto, em sua incidência empírica, a uma realidade absolutamente estranha aos fundamentos que se supõe gerir o sistema que a gestou. “Para KELSEN, a validade de uma norma de Direito depende, exclusivamente, de ela ter nascido de certa maneira, porque foi criada de harmonia com determinada regra, definida pela norma fundamental da ordem jurídica em que essa mesma norma se integra. Por sua vez, a norma fundamental é apenas a regra básica ou primeira de acordo com a

²⁰⁰ Idem. 68.

²⁰¹ ADEODATO, João Maurício. “*Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*”. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005. Página 36.

qual devem ser criadas todas as normas de uma determinada ordem jurídica”²⁰². Conforme se apreende da história recente da humanidade esta subsunção não comunga com as experiências da humanidade, na qual, por diversas vezes, normas jurídicas foram editadas de acordo com o conjunto de preceitos de sua validação e, entretanto, incidiram de forma atentatória a sua funcionalidade assentada. Não se trata apenas de fomentar uma crítica a uma concepção que se apresenta como formalista, mas especialmente de dissociar esta concepção de qualquer caráter fundamental.

3.4. – JUSTIFICAÇÃO E VALIDAÇÃO DO DIREITO

3.4.1 – Identificação entre legitimidade e legalidade na reflexividade interna do sistema

A adoção de noções meramente formalistas adveio da não percepção do fenômeno jurídico como assentado na premissa da legitimidade (aspecto legal/formalista da produção do direito) tanto quanto na da justificação (aspecto ontológico do direito). A noção de justificação decorre, conforme já anotado anteriormente, da modificação do paradigma do direito, trazendo-o para o campo filosófico em detrimento de sua anterior relação com a dicotomia naturalismo/positividade, o qual impôs aos direito a necessidade de se indagar sobre sua própria essência. A concepção identificadora de direito com as noções de legalidade > legitimidade > regulação, recentemente acrescida da noção de efetividade, remetia-se a um presumido papel de regulação da vida em sociedade com a

²⁰² Teixeira, António Braz, ob. cit. Página 64.

inserção deste em uma perspectiva presuntiva, ou seja presume-se que a aplicação do direito vise a regulação da sociedade. Neste aspecto a autonomização sistemática do direito, conquanto busque impor uma certa reflexividade interna ao fenômenos externos ao direito, vê-se preñhe de um equívoco: a inexistência de referências. Afinal, como pretender reflexionar sobre o que sequer pode ser percebido rigorosamente. A teoria parte da constatação de que os sistemas sociais na forma como são representados majoritariamente pelas ciências sociais influenciadas pelo paradigma das tecnociências, se apresentam como autopoieticos. Esta expressão retirada das ciências biológicas significa que sistemas autônomos dependem de interações com outros sistemas que, sem perder autonomia e individualidade, influenciam as funções e produções destes outros sistemas. A convolação de um fator externo em fenômeno inerente ao próprio sistema, somente merece validação se houver uma real percepção do acontecimento mundano e este produzir uma impressão que crie, modifique ou extinga alguma das manifestações próprias do sistema influenciado. Como o homem, no ato de perceber, o faz ingenuamente, sem efetuar a necessária redução, o que se percebe se dá a conhecer de forma distorcida à observação ingênua. Nesta situação, a elaboração puramente sistêmica do direito peca por não permitir que se editem regras adequadas a efetiva regulação social.

Para evitar tal fracasso erige-se a justificação a guisa de teoria da justiça, buscando inferir critérios que permitam fosse ao legislador, fosse ao aplicador, atuar com justiça. É não efetuar uma confusão semântica. No início do presente trabalho refutou-se as teorias que pretendem fundar na idéia de justo o fenômeno jurídico. Esta refutação decorre da constatação de que o existir, o acontecer do fenômeno não tem, enquanto causalidade necessária, relação com a Justiça deste acontecer. A produção de

injustiças chega mesmo a ser parte do ser do próprio direito enquanto evidenciação. A adoção de sistemas processuais que admitem o duplo grau de jurisdição tem no reconhecimento da possibilidade de injustiças um de seus fundamentos primordiais. É evidente que tais injustiças podem ser suportadas em prol de uma segurança jurídica, daí a tão conhecida coisa julgada material e sua conseqüência pelo decurso temporal da convalidação em coisa soberanamente julgada. Vemos ainda no processo penal na proibição a revisão criminal quando a coisa julgada é favorável ao réu outro aspecto que permite assentir que a injustiça não só seja admitida como até mesmo consagrada. A própria concepção de prescrição penal apresenta-se envolvida em inegáveis premissas injustas se consideramos a função substitutiva que o Estado exerce face a natural tendência a vingança por parte da vítima. É de todo evidente que, em tais casos, trata-se de uma opção do legislador entre um mal menor, no caso a injustiça, e um mal maior, a insegurança jurídica da sociedade.

A idéia de justiça sobrepõe o direito e apresenta-se em sua esfera de justificação, mas não o fundamenta, pois, embora possa ser admitida a noção de que injustiças se produzam eventualmente, sem ferir a noção de justiça como da essência do direito, a adoção de um conceito de fundamento como o feito em 1.1, enquanto causalidade necessária, tornaria impossível a aceitação de uma causa necessária (a produção de justiça) que por vezes saísse de cena e admiti-se seu oposto sem que deixasse de ser considerado direito.

3.4.2 – Distinção essencial entre fundamento e justificação

Qual diferença pode existir entre fundamentar-se na justiça e justificar-se na idéia de justiça ? Conforme visto acima, a adoção da teoria da causalidade necessária, não permite exceção. Ou determinado fator é causa ou não é. Contudo, na questão da justificação por seus fins, a instituição de um dever-ser (*Sollen*) permite a concepção da matéria como subordinada a uma finalidade. O direito se constitui para regular a vida em sociedade criando condições para que a realidade política deste manifestar-se da consciência se dê com o mínimo de risco de conflito e com o máximo de garantias para que, se houverem conflitos, não sejam de molde a colocar em risco a própria existência da sociedade. Dentro de tais parâmetros a tolerância com certas dissensões pode assumir contornos de legítimas integrantes do sistema ou ao menos subtrair-se a condição de contrasenso fundamental.

Tome-se a título de ilustração, face a recorrente utilização de forma paradigmática de uma noção de democracia e estado democrático enquanto fundamento necessário ou referência de justiça, notável comentário de THOMAS JEFFERSON em carta datada de 13 de novembro de 1787 endereçada ao senador WILLIAM S. SMITH , onde por ocasião de uma insurreição em Massachusetts, enunciou que: "What signify a few lives lost in a century or two? The tree of liberty must be refreshed from time to time with the blood of patriots & tyrants. It is it's natural manure"²⁰³. Com isso não se está negando as noções de democracia e nem o conceito de estado democrático de direito, mas somente apontando

²⁰³ Que significam algumas vidas perdidas em um século ou em dois? A árvore da liberdade deve ser refrescada do tempo ao tempo com o sangue dos patriotas e dos tiranos. É a maneira natural. Carta escrita a William S. Smith, em 13 de novembro de 1787. Capturado ao sítio: odur.let.rug.nl/~usa/P/tj3/writings/brf/jeflxx.htm#1787 em 04/11/2006 as 00:12 hs.

na acuidade do comentário efetuado, que a produção de sentidos jurídicos não se coaduna com garantias invariáveis pelo só fato de se pretender fundá-la em uma ordem democrática. Os domínios majoritários somente se revelam respeitadores das minorias quando culturalmente arraigada a noção de liberdade individual. Por conseqüência a pretensão de afirmar que a adoção por princípios constitucionais de uma forma de Estado Democrático de Direito, além de inegáveis efeitos ante o ordenamento vigente (mormente os estatutos penais e processuais penais), implicaria na implementação de um modelo axiológico derradeiro na preservação de direitos fundamentais, seria negar a incapacidade de um tal sistema descrever os sentidos do mundo de acordo com as variações a que ambos estão sujeitos. A insurreição, a objeção de consciência e a desobediência civil apresentam-se como facetas contestatórias que atestam a incapacidade de formulações formalistas serem igualmente invariáveis.

3.5 – O SISTEMA JURÍDICO E SUA ESTRUTURA AXIOLÓGICA.

3.5.1 – A apreensão de valores na ordem jurídico-normativa

Definido, conforme feito anteriormente, que o direito se insere na sociedade com a função de permitir o convívio necessário através da imposição de regras mínimas de convivência, a crise aludida em 2.4 alcança inexoravelmente o direito em sua razão de ser. Neste ponto apresentam-se teorias que buscam formular métodos de evidenciação do fenômeno jurídico que se adaptem a realidade desta época, já definida como sendo de hipermodernidade. A eclosão do paradigma da filosofia do direito, tal qual sustentado, dentre outros por LAFFER, tende a esbarrar nos obstáculos deduzidos no tópico anterior, ou seja, ou junte a produção jurídica normativa a um sistema de normas e princípios, pela qual estes tem a primazia e dispõe, em preceitos de maior abstração e proximidade a idéia de direito, valores que, por meio de proporcionalidade, irão prevalecer ou não de acordo com o caso concreto (note-se que nesta assunção da proporcionalidade novamente se apresenta a relativização como um risco, afinal a idéia óbvia aqui é a de que, entre valores, não os há que tenham caráter absoluto); ou se estrutura uma teoria de justiça que construa um método de determinação do justo caso a caso, como no caso da idéia de “consenso por coincidência parcial” de RAWLS ou do ideal de uma comunicação transparente de HABERMAS. A idéia de que os direitos humanos fundamentais expressem uma proposição ontológica distinta, a partir do reconhecimento de invariáveis axiológicas permite supor a constituição de um sistema de evidenciação do direito em bases diferenciadas, contudo esbarra igualmente em um problema. Veja-se primeiro sua expressão ontológica.

Dentre suas peculiaridades encontra-se a de serem os valores axiologicamente ‘invariáveis’²⁰⁴ preponderantes face ao conjunto dos ordenamentos jurídicos, posto que são valores essenciais à própria subsistência do homem, ele próprio valor fonte de todos os demais valores, conforme assevera REALE: “o homem é o valor fonte de todos os valores por que somente ele é originariamente um ente capaz de tomar consciência de sua própria valia, da valia de sua subjetividade, não em virtude de uma revelação ou de uma iluminação intuitiva, mas sim mediante e através da experiência histórica em comunhão com os demais homens”²⁰⁵. Ocorre que tais direitos têm sua constituição assentada, na generalidade das situações, em momentos modernos da evolução humana. Ou seja, conforme já visto, os direitos fundamentais erigidos a partir da superação histórica da era medieval pela modernidade, sendo fenômeno essencialmente moderno, compartilhariam igualmente da crise de racionalidade/significação trazida pelo advento das tecnociências e que se distinguiria pela inconstância, fragmentariedade, mutabilidade, etc ... Não obstante as tentativas generalizantes realizadas por autores que buscaram associar a liberdade (essência do advento da modernidade) aos direitos humanos fundamentais²⁰⁶, com isso aproximando-se da proposição Kantiana de liberdade fundante das categorias e dos imperativos, a ideia não apresenta efetiva solução para o problema da inserção destes no plano jurídico de forma invariável e subordinante, quando a inconstância e variabilidade marcam os fatos

²⁰⁴ REALE, Miguel. “Paradigmas da cultura contemporânea”. Ob. cit. página 107.

²⁰⁵ Idem.

²⁰⁶ Partindo desta premissa encontramos em Habermas o desenvolvimento de um sistema de cinco direitos básicos que compõem um arcabouço genérico dos direitos humanos ou de sua conotação essencial, todos decorrentes da liberdade como fundamento básico. Estes direitos seriam resultantes essencialmente: da estruturação politicamente autônoma do direito; da estruturação politicamente autônoma do status quo de um membro numa associação voluntária de consorciados sob a ordem legal; da possibilidade de postulação judicial de direitos e da elaboração politicamente autônoma de proteção jurídica individual; da participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os cidadãos exercitam sua autonomia política através dos quais criam direito legítimo e os referentes às condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos anteriores. HABERMAS, Jürgen. “Direito e democracia entre a faticidade e a validade”, vol. 02.

jurídicos com a pecha da relativização e da inconstância, vetor de extremado relevo face a necessidade de segurança jurídica.

O recurso a uma enunciação de liberdade pode apresentar-se vago e passível igualmente de distorções de sentido. A própria liberdade não se coloca como direito absoluto face as necessidades de ordem pública, etc ... Surge assim um momento de perplexidade face a promessa contida nos direitos humanos fundamentais. Tal promessa, a de redefinir o sentido dos paradigmas do direito em uma nova abordagem, tem que se inserir no contexto crítico contemporâneo, caso contrário, nada mais será do que aglutinação de direitos submetidos aos questionamentos de sentido e significação referidos aos demais. Para que esta redefinição ocorra é fundamental a inserção histórica do conceito de direito, de valores e de ontologia. A historização, neste caso, não visa reconstituir um processo que desemboque nos direitos contemporâneos e nem, na esteira do pensamento hegeliano, determinar uma razão histórica constitutiva dos processos que culminam na formulação destes direitos, aliás técnica muito comum entre os tratadistas de direitos humanos fundamentais (recurso a matiz histórica para sua fundamentação). O fundamento será o mesmo de todos os direitos: a consciência humana. A determinação será histórica quanto aos contextos onde diversos matizes se produziram como passagens constitutivas de significações jurídicas. Nestas a percepção do fenômeno, informada pelos horizontes visados e co-visados permite a determinação de padrões perceptivos, sobretudo ao se inserir na noção de mundo da vida enquanto horizonte de significação das vivências da consciência humana. Para que tal processo se dê a contento a definição e delimitação dos significados produzidos filosoficamente no âmbito jurídico faz-se essencial. Com isso, antes do recurso

aos fenômenos na história, urge a imersão nas conceituações e definições do ser dos direitos humanos fundamentais enquanto manifestar-se.

3.5.2 – Os Direitos Humanos Fundamentais enquanto vetores de constituição axiológica do Direito

Os direitos humanos fundamentais, deve-se reconhecer, decorrem de uma concepção essencialmente moderna do próprio direito. Associada a crítica a um nascedouro *jus* naturalista para este mesmo direito, vêm sendo apresentadas sucessivas hipóteses de constituição dogmática do direito em geral, fato que implicará no segmento em cotejo. Conforme anota COMPARATO “A idéia de que indivíduos e grupos humanos podem ser reduzidos a um conceito ou categoria geral, que a todos engloba, é de elaboração recente na História”²⁰⁷. Para os prosélitos deste entendimento o desenvolvimento da razão entre os gregos proporcionou um distanciamento gradual, mas seguro, entre o sentimento de igualdade essencial²⁰⁸ entre todos os seres humanos e as concepções religiosas e, portanto, sectárias.

Com o implemento do pensamento kantiano a noção de pessoa humana se desenvolve sob a concepção fundamental de sua racionalidade. Esta racionalidade que nos permite a livre submissão ou oposição a leis e a instituição de uma natureza ética pela

²⁰⁷ COMPARATO, Fábio Konder. “*Afirmção histórica dos direitos humanos*”. São Paulo, editora Saraiva. 1999. página 11.

²⁰⁸ Conforme ainda se verá, tal igualdade, no plano social, desde seu nascedouro até os dias de hoje vem encontrando restrições. É mais certo falar em igualdade civil e fiscal conforme destaca (?) em História social dos Direitos Humanos.

qual a dignidade humana nos faz individualidades insubstituíveis. Anota COMPARATO, entretanto, que “a criação do universo concentracionário, no século XX, veio demonstrar tragicamente a justeza da visão ética kantiana. Antes de serem instituições penais ou fábricas de cadáveres, o Gulag soviético e o Lager nazista foram gigantescas máquinas de despersonalização de seres humanos²⁰⁹. A despersonalização é, sem dúvida, um mecanismo deste processo de desumanização e se estende a outras manifestações econômico-políticas de maior sucesso que o sistema nacional-socialista e socialista real. Assim a reificação do ser humano igualmente se apresenta como um traço inerente ao capitalismo liberal e de seus avanços em meio a hipermodernidade. Embora tenham se levantado Tratados e Convenções internacionais para repressão e punição aos crimes contra a humanidade, nenhum efeito foi obtido quanto a vinculação destes a uma condição ética intrínseca ao ser humano e sua própria dignidade. Vê-se ainda um consumismo avassalador substituir o status de cidadão com identidade do ser humano na sociedade. Os crimes contra a humanidade ainda são praticados e, embora haja mecanismos punitivos, a punição depende de questões políticas como relação de forças, interesses econômicos e legitimidades.

3.5.3 – A alteridade reveladora da *ratio* dos Direitos Humanos

Fundamentais

²⁰⁹ Idem. Página 22.

O breve itinerário percorrido aponta para uma necessidade: A noção de superação da crise do direito tendo como fundamento o paradigma dos direitos humanos fundamentais, esbarra na inexorável relativização destes em razão da incapacidade de fundação racional dos mesmos em bases superiores. A adoção de um discurso que considere os direitos humanos fundamentais como instituídos de forma absoluta e invariável a partir de sua inclusão em proclamações, mesmo quando recepcionados na parte dura das Constituições, peca pela tautologia de seus próprios fundamentos e pela ambigüidade de sua inserção no mundo. Afinal, como assegurar direitos fundamentais, partindo previamente de um reconhecimento de sua relativização (quando cotejados entre si) sem um critério ontológico para isso? Como pretender esta preponderância de fundamentalidades quando há uma evidente contradição entre seu discurso e a prática das sociedades que os instituíram?²¹⁰, e ainda como implementar este roteiro em uma crise de sentidos do direito que afeta igualmente aos direitos humanos fundamentais enquanto direito positivado? A estas indagações creio que somente uma análise da constituição do mundo da vida enquanto local da realização empírica do existir da subjetividade humana, conforme já manifesto, pode esclarecer.

Na percepção do processo constitutivo do mundo, a contemplação da evolução histórica do direito projeta a noção de alteridade (relação com outro) como um dos pilares que pode permitir avaliar melhor o advento de direitos humanos fundamentais enquanto normatividade em seus fundamentos invariáveis. No ato de intencionar o mundo

²¹⁰ A título de exemplo pode-se dizer que a liberdade instituidora dos direitos fundamentais e seu objeto maior de proteção, também dá ensejo a estrutura econômica caracterizada por alijar dos processos de inserção social (consumistas) parcelas significativas de seus pretensos participantes.

da vida, único universo de pré-existência admissível por ser o campo das “coisas mesmo”, em carne e osso (como dizia HUSSERL), o que se intenciona é a produção originária de sentidos. Neste campo se apresentam os outros sujeitos cognoscentes, as outras subjetividades, às quais não tenho acesso, porém delas possuo a impressão, ou melhor a intuição. Ocorre que a constituição do próprio direito, como um sistema normativo alicerçado na intersubjetividade necessária, se articula dogmaticamente, mesmo sob o paradigma da filosofia do direito/teoria da justiça, sem adotar a perspectiva possível desta intersubjetividade. Nenhum direito será humano e fundamental sem a intenção constituinte desta alteridade. Não se trata de afirmar a demonstração da existência real do outro enquanto elemento imprescindível para a solução da questão dos fundamentos, ou afirmando a própria intersubjetividade de forma absoluta, porém estabelecendo enquanto critério para sua acessibilidade instrumental e reflexiva como intencionalidade da consciência em sua visada do mundo. Ao desvelar os sentidos do mesmo, a consciência cognoscente evidentemente constituiu nesta visada uma percepção de intersubjetividade. A constituição transcendental do mundo na relação noético-noemática inerente a consciência intencional implica na constituição da intersubjetividade nesta mesma consciência e, se não é dado provar sua efetiva existência, é inquestionável que, para o fenômeno tal como intuído no plano subjetivo, ela é inegável. A própria intencionalidade constitutiva do direito em sua função regulatória e instituidora de condições de convívio e viabilidade para a subsistência da sociedade, pressupõem a realidade dos sujeitos cujas relações devem ser objeto de regulação.

3.5.4 – O problema da estruturação autoreferencial dos sistemas jurídico

Superada a questão de se admitir ou não o recurso a uma alteridade fundamental entre os sujeitos componentes da sociedade e envolvidos nas relações jurídicas; bem como assentada a idéia de que o recurso a história da elaboração do discurso jurídico é imprescindível a apreensão dos sentidos em que a alteridade implica na constituição destes mesmos sentidos, volta-se ao tema da fundamentação dos direitos humanos em um plano diferencial. O recurso a esta temática, conforme já esclarecido, acha-se conexo a necessidade de uma refundação do próprio direito que, além de eclipsado em sua crise de sentidos, se acha comprometido na própria realidade empírica pela tecnologicização de seus paradigmas fundamentais. As noções de família, propriedade, sujeito, contrato e até mesmo a facticidade, todas essenciais para os parâmetros de formulação do direito, sofrem o influxo de equiparações, fragmentações, despersonalizações e virtualizações. Com isso a incapacidade do puro recurso as esferas meramente normativas para resolver questões fundamentais vem se tornando mais evidente e comprometendo a sincronia entre o direito e sua função ante a sociedade. A implementação da filosofia do direito como moderno paradigma para a constituição de sentidos deste fenômeno vem apresentando algum sucesso face a tais problemas. Por exemplo: a antiga noção de vigência enquanto tendência a perpetuação do direito normativo(pela qual a norma em vigor tendia a perpetuar-se), foi salutarmente superada por uma concepção dinâmica e sistêmica que implementou uma espécie de ‘disponibilidade temporal’ do direito, as normas são erigidas visando situações transitórias muitas vezes. Com esta noção o direito adquiriu melhores condições de tematização, imiscuindo-se em

níveis cada vez mais amplos da vida social. Esta tendência mostrou-se parcialmente eficaz à necessidade de conferir agilidade ao direito ante a mutabilidade dos sentidos. LUHMANN enuncia que “A disponibilidade temporal do direito possibilita assim, um alto grau de detalhamento de normas jurídicas frente a circunstâncias rapidamente mutáveis e fortemente diferenciadas”²¹¹. Enfatiza ainda que “o direito não mais restringe o desenvolvimento social, pois qualquer estrutura eventualmente necessária pode ser juridicamente codificada(desde que ela possa ser identificada com um grau suficiente de certeza)”²¹². Esta conclusão conduz a noção, já abordada e refutada em sua relação com os fundamentos do direito, de reflexividade da normatização, pela qual o direito passa a refletir a variabilidade do plano social que projeta a realidade da necessidade normativa. A reflexividade acolhida pela concepção sistemática deduzida por LUHMANN, encontra seu arcabouço na funcionalidade do direito. Suas premissas se colocam no plano funcional da interação entre direito e sociedade, abdicando de uma concepção ontológica e tão pouco se permitindo uma problematização deste cunho. A questão então passa ao largo da discussão sobre fundamentos. É de grande valia a noção de normatividade reflexiva interna e externa tanto para estabelecer os critérios de legitimidade do ordenamento, quanto para possibilitar ao direito uma maior sensibilidade às transformações sociais. Porém não estabelece critério ou paradigma aplicável as situações não expressamente refletidas no ordenamento vigente, tão pouco supera a concepção fragmentaria das situações jurídicas ante a hipermodernidade.

²¹¹ LUHMANN, Niklas. “*SOCIOLOGIA DO DIREITO II*”. Rio de Janeiro, Edições tempo brasileiro, 1985. página 11.

²¹² Idem página 12.

3.5.5 – A constituição dos sistemas enquanto autoreferenciais

Na esteira das proposições não jurídicas de LUHMANN vemos os sistemas autoreferenciais ou autopoieticos traduzidos ao mundo jurídico, sendo assim:

“Seu ponto de partida é a consideração dos sistemas sociais como sistemas diferenciados de produção de sentido(sistemas comunicacionais). A prática humana é, de facto, uma contínua comunicação. Só que esta comunicação não se produz no seio de um único sistema comunicacional, de uma só linguagem, mas de uma infinidade de sistemas (economia, política, direito, religião, arte), de múltiplas linguagens, cada qual tendo como referente um certo nível de sentido (os valores económicos, os valores políticos, os valores jurídicos, os valores religiosos, os valores estéticos). E, embora haja, quer uma realidade externa(e comum) a todos estes sistemas(as pessoas de carne e osso, as coisas materiais), quer âmbitos de comunicação estranhos uns aos outros, cada sistema é auto-referencial na medida em que é no seu seio que são definidas as regras de comunicação que têm como referente os valores a que o sistema se refere”²¹³.

Alude assim, a Teoria invocada, a um sistema interno, próprio ao direito, análogo ao que ocorre com a arte(exemplo citado pelo próprio HESPANHA), para elaboração de uma tábua de valores nos quais se insiram os dados sociais. O próprio exemplo da arte é suficiente para ilustrar a desconformidade. A poesia, sob influência do

²¹³ HESPANHA, António M. “*Panorama histórico da cultura jurídica europeia*”. 2ª edição. Sintra, Portugal. Publicações Europa-américa. Página 261.

formalismo romântico, durante mais de meio século sucumbiu a métrica na verificação dos textos poéticos. A definição se fazia formalmente, a condição de poema era outorgada a quem respeita-se o sistema de métrica e de rimas, ao que não correspondesse, não havia outorga. Certamente se fez muita poesia então, só que com outro nome.

3.5.6 – Equivocidade da concepção de sistemática exclusivamente autoreferencial para o Direito

O recurso ao direito em sentido formal e as normas auto-referenciais, seja a que pretexto for, impede que se apreenda o sentido originário da experiência jurídica face a cada caso concreto. O sentido é determinado pela apreensão do fenômeno jurídico tal qual ele se dá no fato concreto, e não segundo uma tábua de valores previamente estabelecida e apta a tradução criptográfica do social. Tão pouco se dá seja firmado um processo apto a acompanhar simultaneamente as modificações de sentido da contemporaneidade. Com isso, reafirma-se a necessidade de uma atitude fenomenológica como instrumento para contraposição ao advento da razão tecnológica tal como advindo da modernidade e contemplado na hipermodernidade. A problemática dos valores(ou melhor das invariáveis) se encontra no plano da mundanidade em que a consciência lança o eu transcendental. Neste plano, o *a priori* cultural é inegável, mas decorre de uma relação marcadamente empírica. Não se forma a referência de sentido sem a experiência *a priori* do mundo da vida. Nesta experiência se formam as relações de significação. Esta abertura ou visada se dá de forma consentânea com a doação de sentidos deste mesmo mundo. Ao dar-se conta a consciência do mundo da vida, informado de sentidos consentaneamente

percebidos e ao não repelir ingênua, leva a que suponha não compreender fenômenos para os quais não formou empiricamente um a priori cultural, uma pré-compreensão. A toda evidência uma educação fenomenológica será, futuramente, capaz de evitar estas situações pela inserção dos indivíduos em um método de descrição das essências aplicável a qualquer hipótese em qualquer situação.

À pergunta quanto a essência da causalidade necessária dos direitos humanos fundamentais, a fenomenologia responde que não se trata de reflexão ou escala axiológica *a priori* do sujeito cognoscente e nem da construção de nada, mas apenas estar em condições de descrever os sentidos que o mundo atual apresenta a consciência intencional. São estes sentidos que irão definir o que se entende por direito, por essencialidade e por fundamento, afim de que, cotejados estes aspectos, seja alcançada a premissa essencialmente invariável do direitos humanos enquanto paradigma para a solução da hipótese de crise de sentidos. Para tanto é necessário primeiro determinar a essência do fenômeno jurídico. Isto já foi feito e por isso se disse que a essência do fenômeno é a percepção do outro na visada intencional constitutiva do mundo. O segundo é estabelecer a relação que este outro determina na referida constituição transcendental. Para isso adota-se inicialmente a elaboração de um mosaico de retalhos da história das relações intersubjetivas. A proposta quanto ao refazimento do tradicional percurso intelectual histórico apresenta duas premissas. A primeira é a de que a busca por identidades axiológicas constitutivas do direito empreendida pela absoluta maioria dos tratadistas da matéria, incorre em um equívoco epistemológico. Tal equívoco consistiria em adotar uma atitude ingênua face ao fenômeno. As categorias de ser humano, humanidade, liberdade, igualdade, dignidade e direito se apresentam como dadas e a perquirição se faz por

encontrar seu nascedouro. Não se coloca a existência destes preceitos e seus sentidos entre parênteses, tão pouco se reflexiona sobre a identidade de significados. Com isso valores contemporâneos são utilizados para julgar eventos e condutas produzidos fora de seu âmbito de significações. Isto é obviamente partir de um conhecimento pré-concebido e contemporâneo, para constituir-lhe suas raízes. Nesta perspectiva incorre-se igualmente em dois erros; primeiro o de tentar recriar fenômenos intuídos em sua originalidade sem estarem sendo vivenciadas as condições em que originariamente ocorreram. Mais uma vez diria GADAMER, conforme já visto: tentando ser gregos sem o sê-lo. O segundo erro está em não se procurar, pelas reduções fenomenológica e eidética apreender, por intuição intelectual, os sentidos do fenômeno tal qual este se apresenta. Ou seja, ao pré-estabelecer o que procuro tratando dos fundamentos dos direitos humanos, deixo de apreender os sentidos originários que o fenômeno me oferece e passo a associá-lo ao que racionalmente foi determinado como sendo seu fundamento. A segunda premissa seria a de estabelecer um marco histórico associado a razão moderna para um processo que se insere na vivência e em seu fluxo intencional. Assim a percepção deve estar associada à descrição dos sentidos do mundo segundo a forma como o mundo se dá a percepção e não segundo a forma como eu o quero perceber. A diferença está justamente na invariabilidade dos direitos humanos fundamentais ante a variabilidade dos sentidos do mundo da vida que podem ser descritos.

O mundo da vida se põe à consciência através das visadas intencionais que esta lança sobre ele e na constituição empírica de seus sentidos culturais. Nenhuma categorização pode permitir que seja alcançada a essencialidade de qualquer destas perspectivas e assim, forçoso se faz um recurso a história da humanidade para que esta, apreendida no seus desvelar-se à intuição humana, permita que se descrevam os sentidos

ligados ao reconhecimento da existência do outro (invariável eidética dos direitos humanos fundamentais e de todo e qualquer direito face a definição adotada de direito na perspectiva regulatória como sendo conjunto de normas que possibilitam de forma segura o convívio obrigatório entre seres humanos). As condições para a apreensão destes sentidos devem ser, portanto, estabelecidas. Em evidente decorrência desta questão impõe-se a determinação da apreensão de relações entre seres humanos em grau de relevância para o fenômeno jurídico. Segundo a premissa estabelecida de que o direito tem em sua função regulatória condição essencial de sua própria existência sob os contornos atuais (imperatividade, estatalidade, cogência, etc ...). A necessidade de regulação decorre da possibilidade de conflito. A forma mais abusiva de conflito é a que se dá quando um lado da relação jurídica intersubjetiva age contra os interesses do outro por intenção malfazeja (de fazer o mal). Com isso não se despreza as hipóteses de erro, de simples discordância ou até de má-fé, porém é na repressão da ação premida pela intenção de prejudicar deliberadamente e indevidamente que a esfera dos direitos fundamentais vem depositando seus mais fortes argumentos.

CAPÍTULO 4 – A CONSTITUIÇÃO DO *ETHOS* SOCIAL DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

4.1 – OS JUÍZOS VALORATIVOS E OS FENÔMENOS JURÍDICOS.

4.1.1 – Os juízos valorativos em KANT

É conhecido lugar comum da cultura contemporânea a afirmação quanto a disposição do homem à prática do Mal. Deve-se estabelecer inicialmente que há duas concepções filosoficamente aceitas para fundamentar a idéia do Mal. A primeira que atua no plano metafísico e institui uma dualidade entre Bem e Mal, na qual ou o Mal se subsume no Bem como nulificação ou nulidade daquele (HEGEL); ou ainda a que considera a existência de um conflito interno do ser no qual lutam os dois princípios. A referência feita acima indica uma segunda concepção filosófica, não metafísica, para o Mal, que é inerente aos defensores da chamada teoria subjetivista do Bem (HOBBS, SPINOZA, LOCKE e sobretudo KANT). Nesta corrente é que se vai encontrar a remissão ao lugar comum apresentado. Mais especificamente Kant em sua “RELIGIÃO DENTRO DOS LIMITES DA SIMPLES RAZÃO”, no capítulo 3 da primeira parte, enuncia: “O homem é por natureza mal”²¹⁴, e arremata afirmando que “a prova protocolar de que tal propensão corrupta tem que estar enraizada no homem podemos apresentá-la à vista da multidão de estridentes exemplos que a experiência nos põe ante os olhos dos homens. Se o que se quer obter daquele estado em que alguns filósofos esperam encontrar a bondade natural da (sic) natureza humana, a saber: do estado de natureza, pode comparar-se com esta hipótese as cenas de crueldade provocadas nas cerimônias sangrentas de Tofoa, Nova Zelândia, Ilha dos Navegantes e as que não cessam nunca nos amplos desertos da América (citadas pelo capitão HEAME), as que não produzem sequer alguma vantagem ao homem, e terão visto barbárie mais do que suficiente para afastar-se desta opinião”²¹⁵. Assim, para Kant, não só haveria uma propensão do homem em geral para o Mal, como a mesma chegaria, em certos casos, a

²¹⁴ KANT, Immanuel. “*La religión dentro de los límites de la mera razón*”. Madrid, alianza editorial, 2001, página 50.

²¹⁵ Idem. Página 49.

constituir-se em um *Ethos* de povos cujos costumes e moral cotidianos volveriam para a reiterada prática deste. PAUL RICOUER por sua vez oferece-nos uma definição de Mal ao afirmar que

“o mal moral designa o que torna a ação humana objeto de imputação, de acusação e de repreensão. A imputação consiste em consignar a um sujeito responsável uma ação como violação do código ético dominante na comunidade considerada. A repreensão designa o juízo de condenação, em virtude do qual o autor da ação é declarado culpado e merece ser punido”²¹⁶.

Torna-se evidente uma questão de fundo entre a proposição Kantiana e a definição de RICOUER. A denominada propensão ao Mal encontra-se apreendida em contornos ético-culturais universalistas ou em transposições de juízos éticos inerentes a um contexto cultural determinado ? ROSENFELD, em analisando a questão, coloca um adendo a perspectiva kantiana ao indagar sobre o aspecto valorativo do que se impinge a título aparente de maldade. Referindo-se aos episódios historicamente afirmados dos fenômenos de conversão religiosa forçada, ele afirma: “pense-se na tortura como meio de conversão e/ou confissão de pagãos, incrédulos ou membros de outras religiões, em que os inquisidores torturavam o corpo de suas vítimas em nome de sua alma, o que poderia, num certo sentido, ser considerado como uma “outra forma” de ver o mundo. O que tem em comum o torturador e o torturado num dito confronto de visões de mundo – tipo *TBernardo De Guy* – onde a própria violência, digamos, é ‘valorativamente’ guiada ?”²¹⁷. Em todo julgamento existe uma “exigência de validade

²¹⁶ RICOUER, Paul. “*O Mal – um desafio à filosofia e à teologia*”. Campinas – SP, Papyrus editora, 1998.

²¹⁷ ROSENFELD, Dennis L. “*Retratos do Mal*”. Jorge Zahar Editor rio de Janeiro, 2003. páginas ¾.

incondicionada”²¹⁸, entretanto “no momento mesmo em que realçamos o caráter absoluto do julgar moral, o perspectivamos em sua própria asserção. E, se ele obedece a uma perspectiva, onde ancorá-lo?”²¹⁹. Fica evidente na divergência entre a elaboração kantiana e a crítica de Rosenfield, que o primeiro ao estabelecer um juízo moral valorativo sobre comunidades e culturas distintas incide em um equívoco.

4.1.2 – Premissas para o estabelecimento de juízos valorativos

A generalização de juízos valorativos somente pode ser eficaz e legitimamente realizada quando se está diante de fenômenos informados de sentidos idênticos ou semelhantes. A adoção de uma tabula rasa para a afirmação de atitudes correspondentes ao Mal humano congênito implica esvaziar seu caráter de validade, justamente por falta de parâmetros. Assim os postulados históricos que informam os juízos valorativos são determinantes da validade das proposições que se pretenda efetuar sobre tal ou qual assunto. Em especial, o caso do juízo ético-moral sobre o Mal se faz especialmente merecedor de nossa atenção. Desta forma duas premissas se apresentam: a primeira, torna inadequada a transposição de juízos valorativos sem que seja demonstrado que a situação fática de seu desvelamento se ache informada por idênticas premissas; a segunda impõe, novamente, o recurso ao método fenomenológico de descrição das essências (descrição edietica) afim de estabelecer a presença da primeira premissa.

²¹⁸ Idem.

²¹⁹ Ibidem.

Veja-se, inicialmente, a guerra como exemplo; fenômeno ao qual CLAUSEWITZ atribui o propósito de servir a um fim político, mas cuja natureza acaba por fazê-la servir a si própria. A aparente contradição entre natureza e propósito é resolvida pela compreensão da relação entre elas. Propósito é o objetivo que dá início a ação, natureza é a condição intrínseca da própria ação. Com isso ao deflagrar a guerra, esta se remete a uma finalidade política, porém, ainda segundo a concepção de CLAUSEWITZ, a guerra em si considerada não se presta a moderação por fins políticos. A mesma deve ser conduzida de acordo com seus próprios objetivos, servindo-se a si mesma. A guerra é fenômeno ao qual se podem aplicar os juízos valorativos diferenciadores com os quais se mitiga a proposição kantiana de uma natureza humana essencialmente propensa ao Mal. A história da humanidade é um relato quase ininterrupto de guerras dos mais variados tipos e matizes. Das conflagrações tribais a conflitos continentais está presente ao longo da história da cultura de todos os povos, em maior ou menor grau. Tome-se um exemplo de KEEGAN: os maoris empreendiam guerra sempre motivados por desejo de vingança e o faziam da seguinte forma: “depois de um reunião pública, na qual recontavam-se as ofensas com veemência”, cantavam-se canções guerreiras e exibiam-se armas, o grupo de guerra partia. Se encontrasse o inimigo em campo aberto e conseguisse romper suas fileiras, a debandada que se seguia tinha conseqüências medonhas: o grande objetivo desses guerreiros rápidos era avançar e nunca parar, dando apenas um golpe em cada homem e aleijá-lo, para que os que viessem atrás pudessem liquidá-los. Não era incomum que um homem forte e rápido, quando o inimigo estava desbaratado, ferisse com uma lança dez ou doze homens de forma a garantir que fossem alcançados e mortos”²²⁰. O autor prossegue enunciando que esses métodos de guerra poderiam ter conduzido os maoris ao extermínio mútuo. Entretanto, duas circunstâncias limitavam esta

²²⁰ KEEGAN, Jonh. “*Uma história da guerra*”. Trad. Pedro . Soares. São Paulo, Companhia das Letras, 2001. página 39.

forma de guerrear, a primeira de natureza militar era o fato de serem construídos fortes nos quais se estocavam alimentos e que representavam abrigo seguro ante a inexistência de equipamentos para a guerra de sítio; o segundo de âmbito cultural (e mais relevante aqui), era o objetivo da guerra, “seu plano era comer o inimigo morto (exceto as cabeças que eram mantidas como troféus)”. “A guerra de vingança não se realizava na base de um por um; simplesmente ter comido o inimigo e tomado uma ou várias cabeças seria suficiente para cancelar uma velha queixa até de mais mortes que as causadas em represália”. É relevante anotar que a quantificação da realidade, com a elevação de quantitativos a condição de valor é um atributo da razão ocidental tal como esta se desenvolveu, sob premissas tecnológicas e matemáticas, a partir da influência de Galileu e outros matemáticos e astrônomos²²¹. Com isso não poucos exemplos podem ser encontrados, nos quais sociedades modernas, ou pelo menos mais modernas que os maoris, conduziram esforços de guerra a instâncias derradeiras em razão de quantificações, reais ou fictícias. Tal é o caso, sem dúvida, da opção pelo uso da bomba atômica contra duas cidades na fase japonesa da segunda guerra. Uma versão dos fatos, hoje muito criticada, baseou-se na idéia de que uma invasão tradicional resultaria em cerca de um milhão de baixas ao invasor (número por certo inflado para valer-se da representação que quantificações produzem na opinião das massas).

O episódio relatado anteriormente se refere a cultura guerreira das tribos Maoris da Nova Zelândia, mesmo âmbito cultural de existência dos nativos de Tofoa, onde KANT se inspirou para determinar racionalmente sua conclusão sobre a natureza humana. Entretanto, embora sem dúvida evitada de violência, a existência de autolimitações

²²¹ A este respeito veja-se CROSBY, Alfred W. “*A mensuração da realidade – a quantificação e a sociedade ocidental de 1250 a 1600*”. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Editora Unesp, 1999.

culturais, circunscreve a compreensão da brutalidade a um produto de situação cultural que não permite o julgamento valorativo formulado por KANT. Outro exemplo possível seriam os Astecas cuja prática guerreira, ainda segundo KEEGAN visava a obtenção de prisioneiros para seus sanguinolentos sacrifícios aos deuses. A prática impunha uma forma de tortura ritual aos cativos, ora por açoites, ora esfolamentos, ora torturas físicas, culminando sempre com a morte sacrificial. Seria esta uma confirmação da aludida propensão ? Não se for considerada sua inserção em um contexto cultural que torne o julgamento moral algo determinado por um desvio epistemológico que o emprego da metodologia fenomenológica torna impossível. Tome-se o seguinte relato:

“Um missionário jesuíta junto aos huronianos descreveu o assassinato ritual de um cativo Sêneca em 1637. Destinado a morrer pelo fogo, foi trazido para a casa do conselho, depois que seus captores tinham se banquetado, para uma noite de agonia. O chefe huroniano anunciou que seu corpo seria dividido, enquanto ele cantava suas canções guerreiras, e então ‘ele começou a correr em volta das fogueiras sem para, enquanto todo mundo tentava queimá-lo (com tições) quando passava; ele guinchava como uma alma penada; a cabana inteira ressoava com guinchos e gritos. Alguns queimavam-no, alguns pegavam suas mãos e estalavam ossos, outros enfiavam varetas em suas orelhas’. Todavia, quando desmaiou, foi gentilmente reavivado, ganhou comida, dirigiram-se a ele com tratamento de parente, que ele retribuía aos que haviam queimado seu corpo, aos mesmo tempo que ‘cantava com voz arfante suas canções guerreiras da melhor forma que podia’. Ao amanhecer, ainda consciente, foi levado para fora, amarrado a um poste e queimado até a morte pela aplicação de machadinhas

em brasa. Em seguida seu corpo foi dividido em pedaços e distribuído conforme o chefe prometera”²²².

A formulação de um juízo de valor contemporâneo sobre estes fatos constitui-se em grave equívoco, infelizmente, bastante usual mesmo nos meios ditos científicos, equívoco este que exposto por HUSSERL em sua crítica a cultura e a ciência ocidentais, pode ser evitado com o repúdio a atitude ingênua em favor de uma atitude fenomenológica. Conforme crítica gadameriana, a impossibilidade de reconstruir os fatores sociais, éticos, culturais em geral, impede a reconstituição dos sentidos que informaram o momento do desvelar original do fenômeno, com isso obstando a pretensão de atualizá-lo ou julgá-lo. A pretensão de fazê-lo, modernamente, corresponderia a uma busca pela formulação de um juízo universalmente válido para todas as épocas, o que é verdadeiro equívoco. Deve-se observar que a formulação de juízos críticos é absolutamente viável, desde que sejam estabelecidas premissas factíveis com o julgamento, por seus termos e fundamentos. Não se invalidam, assim os juízos valorativamente negativos quanto ao agir do homem; é, porém, necessário que a estes corresponda um *Ethos* que os proscra ante a comunidade em que ocorrem as condutas sob exame.

4.1.3 – As proclamações de Direito Humanos Fundamentais instituidoras de um *Ethos* global

²²² “Uma história da guerra”. Ob. cit. Página 223.

O advento de proclamações internacionais instituidoras de direitos humanos e fundamentais, assim como a aceitação da criação de organismos multinacionais de controle e auto-regulamentação do convívio entre as nações e, mais recentemente, a instituição de Tribunais Internacionais, estão na condição de evidências da aceitação, pela comunidade das nações, de ao menos um núcleo de direitos humanos fundamentais. Igualmente pode-se dizer que os eventos que mais recentemente na história mundial, incrementaram a necessidade de sua implementação (as guerras balcânicas e respectivas práticas genocidas), eram, evidentemente, fatos contrários ao *Ethos* instituído pela cultura contemporânea. A singularização dos referidos direitos em sua pretensão de supremacia axiológica e sua vigência submetida a regras diferenciadas, são demonstrativos do que é reconhecido como consequência da banalização do Mal, praticado em escala inimaginável até então, tanto pelos estafetas quanto pelos próceres nazistas e de outras experiências totalitárias como o stalinismo. A crueldade das ações praticadas, quer nos campos de extermínio, quer nas unidades especiais nazistas, quer nos gullags, foram praticadas ao arripio de preceitos de humanidade que, dentre outras, a própria Constituição alemã de Weimar, contemplava. Para que tal processo ocorresse foi imprescindível o contributo do radicalismo dogmático à doutrina positivista/legalista. Anota LAFER que o Direito, em razão de sua positivação promovida pelo Estado, viu realçado seu papel como ‘instrumento de gestão e comando da sociedade através da técnica das ordens e proibições, dos estímulos e desestímulos às condutas humanas. Por isso, o Direito deixou de ser encarado como algo dado pela razão comum que permite qualificar as ações como boas ou más²²³. Este processo, ‘indutor de uma crise no Direito positivo’, nada mais é do que o processo decorrente da hipertrofia da racionalidade técnica. SAMPAIO FERRAZ alude ainda ao saber

²²³ Laffer. Ob. cit. Página 178.

dogmático enquanto sendo “tecnologia em princípio semelhante as tecnologias industriais, é um saber em que a influência da visão econômica(capitalista) das coisas é bastante visível. A idéia de calculo em termos de relação custo-benefício está presente no saber jurídico-dogmático da atualidade”²²⁴. A todo evidência, a implantação dos preceitos globais, visou, por escopo, a difusão e consagração de tais valores a esfera internacional.

4.1.4 – Dissonância entre autonomia dogmática e juízo valorativo

Ainda quanto a forma como se deu o processo alemão, a dogmática favoreceu a implementação de uma jurisprudência dos conceitos e com ela a própria positividade adquire um caráter referencial. No regime nazista, por exemplo a lei deixa de ser garantia e passa a servir de modelo para elaborações baseadas na idéia de princípio subjacente a lei para ampliar sua incidência incluindo o fato. O Código Penal Alemão, editado e 1935 enunciava, em seu artigo 170.-a que: “Se um acto merecer ser punido de acordo com o ‘forte sentimento do povo’, mas não for considerado punível pela lei, o ministério Público verificará se existe um princípio subjacente a uma lei penal que possa ser aplicado ao acto e se a aplicação analógica desta lei poderá ajudar à vitória da justiça”²²⁵. É preciso entender que somente pelo caminho da assunção da lei como fonte de produção do direito e de elaboração secundária (teórico-dogmática sobre a lei) tornou possível a dogmatização conceitual ‘subjacente’, tal construção não se remete a uma concepção metafísica como pretendem alguns, e sim a uma exacerbação da autonomia normativa positivista, haja visto

²²⁴ Ob. cit. Página 86.

²²⁵ Apud MILLER, Richard Lawrence. “*A justiça nazi – a lei do holocausto*”. Trad. Artur Lopes Cardoso. Lisboa, Portugal. Editorial Notícias. 1995. página 65.

dispor a lei, no caso examinado, sobre os critérios de elaboração secundária e hermenêutica. Convém lembrar que à época destas elaborações normativas, a Alemanha ainda gozava de um Estado de direito, embora não mais de fato, e de preceitos constitucionais que asseguravam ao cidadão o princípio da legalidade como garantia. A carta alemã já albergava os valores que se conformam com os Direitos Humanos Fundamentais que, após a guerra e suas atrocidades, foram sacralizados, mas ainda, sem um estatuto de fundamentação que corresponda a condição que sê-lhes pretende atribuir.

A premissa básica para que sejam admitidos juízos valorativos é que os valores aos quais se referem correspondam a um *Ethos* inerente a comunidade ou sociedade, nacionalidade ou etnia em que se pretende produzir um julgamento. Não há sentido em exigir dos índios Ianomâmis, ainda não aculturados de seus valores, que reajam de acordo com valores da cultura ocidental contemporânea. Veja-se o seguinte exemplo: “os ianomâmis foram chamados povo feroz e seu comportamento é extremamente violento. Eles possuem um código de ferocidade(*waiteri*) pelo qual os indivíduos do sexo masculino demonstram sua agressividade e aldeias inteiras também procuram convencer as outras dos perigos de atacá-las. Os meninos são estimulados a ser violentos, tomando parte em jogos ferozes, e ao crescerem são muito violentos com as mulheres. Embora elas sejam os principais prêmios nas trocas e lutas, os homens que as possuem tratam-nas muito mal. Elas são espancadas, queimadas e até mesmo flechadas quando um homem fica raivoso, a própria raiva, as vezes encenada para demonstrar *Waiteri*. As esposas podem esperar proteção apenas se tiverem irmãos na aldeia cuja reputação de ferocidade seja maior que a de seus atormentadores”²²⁶. Seria absurdo pretender estigmatizar

²²⁶ Keegan, ob cit. Página ...

esta conduta como bárbara face aos direitos das mulheres a igualdade de tratamento ante o âmbito de significações e sentidos que se pode descrever no contexto da cultura ianomâmi.

Conforme visto, entretanto, onde a formulação (de juízos de valor) se dá em alguma consonância com a consciência ética da coletividade pode-se falar que será onde se produz o Mal. Torna-se particularmente relevante quando, ainda assim, verifica-se que ocorre uma adesão reiterada e consciente a prática do Mal. Vejamos um famoso exemplo: Em 04 de julho de 1776, foi promulgada em Filadélfia no Congresso Continental das Treze até então colônias Britânicas, a Declaração de Independência dos estados Unidos da América. Nela consta a histórica proclamação contra a opressão de que era acusado Sua Majestade o Rei *Jorge* da Inglaterra. Em seu preâmbulo a declaração anota que:

“We hold these truths to be self-evident.

That all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness; that, to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of governed; that whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or to abolish it, and to institute new government, laying its foundation on such principles, and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect safety and happiness”²²⁷.

²²⁷ Declaração de Independência dos Estados Unidos da América. Obtido ao sítio do Projeto Avalom da Universidade de Yale ...

É notória a consternação decorrente do fato de haver sido escrita esta declaração inspiradora e sem igual, sobretudo, por senhores de escravos e que a escravidão do negro era, à época, considerada uma instituição legal em todas as treze colônias americanas²²⁸. Em outro exemplo veja-se a Alemanha em 11 de abril de 1933, já sob o desiderato nacional-socialista, promulgar uma Lei de Reestruturação da Função Pública Profissional. Nesta constava que “Uma pessoa deverá ser considerada não ariana desde que seja descendente de não arianos, e especial de pais ou avós judeus. Isto será válido mesmo que apenas um pai ou avô seja de descendência não ariana. Este pressuposto aplica-se especialmente se um dos pais ou avós professava fé judaica [...] Caso a ascendência seja duvidosa, deverá obter-se uma opinião do perito em investigação racial nomeado pelo ministro do Interior do Reich”²²⁹. LAWRENCE MILLER, comentando a questão alude que “Em casos duvidosos, considerar-se-ia a condição racial dos bisavós. Um decreto de 16 de setembro permitia que funcionários públicos fossem considerados não arianos se um bisavô fosse de ascendência judaica, independentemente da religião do próprio bisavô”²³⁰.

Nos exemplos acima estamos diante de situações onde existe um *Ethos* determinado por fatores culturais e políticos, expressos na própria declaração de independência(caso americano) ou(caso alemão) na Constituição então em vigor, com base nos quais seria possível formar um juízo valorativo negativo quanto a aludida norma. Tome-se a moderna estrutura política internacional e, tais casos, certamente poderiam ser

²²⁸ Na Inglaterra, ante a fundamentação do clamor por independência na opressão do monarca, Samuel Johnson indagou ante o parlamento: “Como é que ouvimos os mais altos gritos de liberdade entre os dirigentes de negros?”, “A incoerência não era tolerada pelos conservadores americanos que a exibiam como prova da hipocrisia dos rebeldes”. DAVIS, David Byron. “O problema da escravidão na cultura ocidental”. Trad. Wanda Caldeira Brant. Rio de Janeiro, editora Civilização Brasileira, 2001. página 19

²²⁹ MILLER. Ob. cit. Página ...

²³⁰ Idem.

submetidos a Corte Interamericana de Direito Humanos ou Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Na Convenção Européia de 1950 prescreve em seu artigo 25, alínea c, que:

“Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2º e sem restrições infundadas:

[. . .]

c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país”²³¹.

Poder-se-ia aludir que tal juízo somente seria possível após a guerra em razão do que houve na guerra. Porém, se for analisada atentamente, a Constituição da República de Weimar, esta preconizava em seus artigos 109 a 118 de direitos humanos fundamentais, inclusive tratando da igualdade perante a lei e vedando os privilégios baseados no nascimento ou aspectos sociais. Desta forma, já havia se produzido uma noção, ao menos razoavelmente desenvolvida, quanto a igualdade e acessibilidade as funções e cargos públicos. A possibilidade de formação de um juízo de valor contra as medidas nazistas à época é inquestionável.

Como se deu a elaboração dos preceitos referidos(aos quais se fizeram seguir incontáveis outros, sempre de cunho discriminatório até que se alcança-se a chamada ‘solução final’) em um contexto ético previamente demarcado constitucionalmente ? Em março, a assunção do poder pelo nacional-socialismo, fez-se acompanhar, poucas semanas após, do incêndio do prédio do parlamento(Reichstag). Imediatamente convencido, pela

²³¹ Comparato, ob. cit. Página ...

pressão dos partidários nazistas, o Presidente VON HINDENBURG editou o *Reichstag Fire Decree* (decreto do incêndio do Reichstag), com fundamento no artigo 48 da Constituição. Neste decreto, com recurso ao parágrafo 2º do artigo, face a alegada necessidade de defesa contra a ameaça do comunismo, os artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153 da Constituição foram suspensos e com eles as liberdades de circulação, opinião, imprensa, organização e assembléia, as inviolabilidades postal, telegráfica, telefônica e domiciliar também. A busca e apreensão, as ordens de confisco de bens foram permitidas dentro de limites a serem traçados em outras leis ou decretos. Observe-se que, na apurada crítica de COMPARATO, a Constituição não estabeleceu mecanismos de controle para a execução destas medidas, o chamado *check and balances* (freios e contrapesos – sistema de tripartição de poderes com a instituição de mecanismos de controle recíproco), não era eficiente para tais atentados. Fica evidente, entretanto, uma indagação: Se os poderes eram condicionados, em seu fundamento legal, a uma situação motriz, no caso a suspeita de envolvimento político do incêndio, não deveriam ser executadas medidas que fossem limitadas ao que lhe constituiu a causalidade necessária? Que relação isso poderia ter com a edição, pouco menos de um mês depois, de decreto sobre a composição do serviço público alemão em suas etnias, ascendências ou crenças? Haveria aquilo que se designa por abuso de poder, porém não havia a quem se recorrer. MILLER demonstra que a estrutura judiciária estava associada, junto com eminentes juristas como CARL SMITH, a uma idéia que se difundia: a do primado dos interesses da comunidade em detrimento do indivíduo.

O recurso aos poderes excepcionais já fora feito antes, por ocasião do enfrentamento aos separatistas do Reno, isso porém não acarretou maiores conseqüências. Porém, no caso de 1933, houve um aproveitamento da medida por forças interessadas em

assenhorar-se do poder e que contavam com meios para isso. Veja-se melhor o papel que foi desempenhado pelo judiciário na questão:

“O terceiro Reich não tinha uma Constituição formal. Alguém inserido na tradição legal americana poderia descrever a jurisprudência nazi como nada mais do que uma camada superficial civilizada que permitia que a polícia, os acusadores públicos e os juízes satisfizessem os desejos pessoais em nome da justiça. Esse elemento permeava indubitavelmente a jurisprudência nazi. No entanto, esses desejos pessoais tinham origem em idéias e princípios a que a maior parte dos funcionários era inflexivelmente leal. Um americano poderia considerar arbitrários os seus actos porque as vítimas não podiam encontrar qualquer protecção em leis, regulamentos ou precedentes. No entanto, os funcionários não baseavam sua autoridade nessas fontes, mas sim em dois princípios que era utilizados para interpretar leis, regulamentos e precedentes): o dever cívico e a natureza educativa da lei(chamada por vezes lei por analogia)”²³².

O processo da *Gleichschaltung*(sincronização) implementado pela ascensão nazista, deu-se, assim por meios legais já anteriormente utilizados para situações de crise. Entretanto, em tais situações não havia um movimento que dele se apossa-se para construção de um sistema novo, tal como ocorreu a partir de 1933. A sincronização identifica a proposta de adequar a realidade nacional ao projeto comunal nacional-socialista. MILLER aponta diversos exemplos onde a participação na vida comunitária, a inserção nos valores raciais e políticos e a supressão das individualidades integravam a nova ordem e como facilmente foram aceitos pela sociedade. Sem dúvida existiram resistências, porém a adesão as superou em muito. Não se pode assim dizer que o estado

²³² Idem página 62.

constituído então decorreu apenas do aparato repressivo estatal que foi implementado. As grandes manifestações contaram com efetiva e entusiástica participação, senão da totalidade, ao menos de uma ampla maioria. Com isso, pode-se chegar a duas conclusões: a primeira de que nos eventos citados é possível a formulação de um juízo valorativo quanto a ação do Estado e das condutas correlatas do povo; outra conclusão possível é a de que mesmo as garantias constitucionais referidas e as noções humanitárias já existentes na cultura alemãs, não foram capazes de impedir o advento de tão nefastas e inigualáveis proporções. Resta assim a certeza de que as normatizações de cunho positivo e os preceitos científicos nelas fundados, não são fundamento suficiente para o grau de fundamentalidade que se pretenda imprimir aos direitos humanos. Recorde-se a adoção do conceito wolffiano de causalidade necessária para a noção de fundamento. É forçoso recordar também a noção kelseniana de validade normativa segundo a norma fundamental. Por ela, em sua estruturação tradicional e não na derradeira, a validade e legitimidade do ordenamento decorre da submissão e aplicação em dois níveis distintos: o primeiro, submissão por parte do povo; o segundo, aplicação das normas pelos ‘funcionários’ estatais responsáveis por sua imposição. Assim, pela Teoria Pura do Direito, o direito posto em ação na Alemanha Nacional-Socialista, estava de acordo com a norma fundamental.

Os instrumentos normativos podem fundar direitos humanos, porém, no grau e profundidade que sua inserção na ordem democrática permite e até que esta ordem seja, eventualmente, sincronizada em outra. Uma questão se coloca de forma inexorável: A fundamentação de direitos que se coloquem em tal tipo de relação com a sociedade tem que acompanhar o juízo valorativo que se acha implícito neles, desde que se reconheça a necessidade de serem tais juízo formulados nas condições já expostas. Uma

ordem constitucional que funde um estado democrático de direito, por certo assegura tais preceitos, entretanto o que assegura, ontologicamente, esta ordem ? Qual o fundamento em que se baseia a constituição ? A própria ordem brasileira vigente, que adotou preceitos mais relevantes que quaisquer outra que tenhamos tido, o fez em uma assembléia constituinte não exclusiva, com alguns membros não eleitos(os chamados então de biônicos) e vem sendo, em diversas partes essenciais, mutilada pela premência das transformações modernas. Sem questionar estes fatos, apenas constatando-os, pode-se concluir que, diante de um tal quadro, a exclusiva fundamentação em uma ordem principiológica constitucional será temeridade ante a necessidade de embasar os juízos valorativos que se poderá formular em defesa desta mesma ordem. Tais juízos devem se dar independentemente das contingências de maiorias ou eleições representativas. Mesmo a pretendida inclusão de tais direitos em uma ordem axiológica invariável é questionável, e é bom que se lembre, face a mutabilidade da sociedade, não se pode falar, como pensam muitos, em Constituições imutáveis, é próprio dos valores sua mutabilidade. Conforme adverte RIZZATO NUNES na comparação entre princípio e valor:

“Com efeito, têm-se usado os dois termos indistintamente, como se tivessem o mesmo conteúdo semântico. Mas o fato é que, enquanto o valor é sempre um relativo, na medida em que ‘vale’, isto é, aponta para uma relação, o princípio²³³ se impõe como um absoluto, como algo que não comporta qualquer espécie de relativização. O princípio é, assim, um axioma inexorável e que, do ponto de vista do Direito, faz parte do próprio linguajar desse setor de conhecimento. Não é possível afastá-lo,

²³³ A toda evidência o autor distingue entre princípios e valores, não listando estes na categoria de valores absolutos.

portanto. O valor sofre toda a influência de componente histórico, geográfico, social, local, etc e acaba se impondo mediante um comando de poder que estabelece regras de interpretação”²³⁴.

Evidentemente que, a esta asserção, cabe a observação de que no conflito entre dois princípios, um destes não irá se impor, com isso a colocação somente se faz válida no conflito entre normas regra e normas princípio. A assertiva auxilia a recolocar a questão principiológica em seu lugar, ou seja, na Constituição. Mesmo nesta, deve-se ter cuidado por existir um aspecto semântico que pode se dissociar da efetiva incidência do princípio. O Ato Institucional número 5(tristemente famoso AI-5), em seu preâmbulo invocava a motivação para a radical modificação da ordem constitucional vigente(chamada golpe dentro do golpe) dentre tais motivos consta a “preservação da dignidade da pessoa humana”. Curioso notar que, até então, ninguém havia ainda sido preso e torturado pelos órgãos de repressão da ditadura militar, fato que após a edição do ato, tornou-se corriqueiro. Um ato institucional que discursivamente visava, dentre outras coisas, a alegada preservação da dignidade da pessoa humana, perpetrou os atos mais aviltantes contra estas pessoas. Pode-se até dizer que sendo simples preâmbulo, não seria dotado de eficácia normativa, porém a questão é colocar que o jogo de palavras também pode ocorrer no caso de interpretação de texto constitucional e a conotação semântica se dá, por vezes de forma diversa da pragmática do discurso. A necessidade de instituir um critério de determinação de valores passa também pela insuficiência das simples manifestações discursivas. Tem que adquirir um caráter ontológico. Também é preciso atentar para a

²³⁴ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. “*O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*”. São Paulo, editora Saraiva, 2002, página 5.

perigosa relativização que a idéia de valor contingente pode carrear para a segurança da sociedade e do indivíduo dentro dela. Há, por certo uma gama de valores relativos ditados pelos fatores listados, porém, outra parcela deve escapar a esse contingenciamento sob pena de instituir-se uma sociedade sem fontes, sem fundamentos. A questão remete a noção de valor-fonte de REALE e a tentativa de estabelecer valores invariáveis que este empreendeu (invariáveis axiológicas), o que lembra as objeções já lançadas a questão da constituição axiológica da teoria tridimensional, posto que calcada na cultura, na experiência histórica, do povo. De qualquer modo, é crucial que se perceba que a inexistência de algum tipo de absolutidade no âmbito axiológico foi um dos fatores determinantes para que leis absurdas e perversas como as já citadas aqui fossem adotadas, seja na Alemanha, seja no Brasil. A questão posta desde sempre é: onde fundamentar tais valores?

4.2 – A INSUFICIÊNCIA DOS ARGUMENTOS DE CUNHO NORMATIVISTA

Concluí-se assim com a certeza de que, enquanto fundamentalidade filosófica, as proposições de caráter normativista, seja em que grau o forem, não são suficientes para os efeitos que se pretendem. Faz-se uma ressalva a colocação de Kelsen, já mencionada, quanto a uma norma fundamental, não enquanto norma jurídica posta e sim enquanto ‘norma ficta desprovida de positividade, mas pressuposta no pensamento’. Quanto a esta, far-se-á maiores considerações em tópicos subseqüentes.

A questão então, deve ser posta em outros termos de fundamentalidade. Nesta perspectiva é que se apresenta a consciência enquanto plano de evidenciação do direito. Ao se abrir a consciência para a descrição dos sentidos do mundo, ela os intuí de acordo com os fluxos de vivência intencional deste mundo, e que assim se dá no ato de percepção mesmo. É no ato de evidenciar que a consciência percebe os direitos fundamentais em sua absolutidade. Tais direitos são assim intuídos em sua fundamentalidade e preponderância absolutas. Somente quando ocorre o fenômeno apto a provocar a incidência dos direitos fundamentais no plano empírico é que a consciência-mundo do sujeito cognoscente, em sua atividade noético-noemática transcendental, fará incidir concretamente o preceito e constatará sua absolutidade ou não. Tal não afeta, porém, sua inserção na ordem diferenciada das relações jurídicas em concreto. O recurso a história do direito na humanidade se faz necessário para estabelecer os termos em que o fenômeno jurídico se deu a conhecer para a consciência humana no plano da alteridade essencial a sua configuração.

4.3 – A CONSTITUIÇÃO DOS SENTIDOS HISTÓRICOS DOS DIREITOS E O CONTEXTO SOCIAL.

JAYME DE ALTAVILA, em sua clássica obra sobre a origem dos direitos dos povos, assevera ser de natureza contingente a relação do direito face ao acontecer da sociedade. Mesmo que fosse admitida a dogmática enquanto efetiva e última forma do saber jurídico, seria impossível negar que “os artífices dos direitos dos povos, não fizeram outra coisa senão olhar argutamente a sua sociedade e pintá-la. Os retratos jurídicos

apenas revelam os seus estilos, porém as fisionomias estampadas nos pergaminhos, nos tijolos, nas pedras e nas tábuas, eram as mesmas do seu ambiente”²³⁵. É verdade que, por diversas vezes, se depreende a produção normativa do direito em dissonância com a realidade social, porém, mesmo em tais casos, é muito difícil que esta dissonância não esteja em uma situação igualmente existente na esfera social (como no caso de uma opressão de classe). Veja-se, a título de exemplo, a experiência promovida pela *Aufklärung* (esclarecimento ou iluminismo), no campo dos direitos sociais. O fato mais simbólico da revolução filosófico-cultural que o movimento implementou terá sido, possivelmente, a elaboração da ‘Enciclopédia’ de Diderot e D’ALEMBERT. Embora a revolução francesa tenha se celebrizado como movimento concreto de ruptura com a ordem estamentária, a perspectiva intelectual que a idéia de concentrar o conhecimento humano em volumes que confeririam a seus proprietários acesso racional e completo ao conhecimento do mundo, a época era, virtualmente, mais simbólico das Luzes e do esclarecimento. Ao ser publicada a enciclopédia em sua 5ª edição pela Société Typographique de Neuchâtel²³⁶, com impressões menos dispendiosas que as edições iniciais (destinadas a assinantes), tornou-se acessível aos alfabetizados o conhecimento disponível na época. O cerne da publicação era conferir a todos não só acesso ao conhecimento, mas também dessacralizar o conhecimento, popularizando as técnicas e métodos. Com esta proposta se viram fulminados os controles exercidos pela Igreja e pelas corporações de ofício, já então experimentando irreversível decadência. Este foi, sem dúvida o marco fundamental da instauração de um novo ciclo, cujos atos subseqüentes somente fariam, em princípio, se alinhar com a idéia de igualdade contida nesta

²³⁵ ALTAVILA, Jayme de. “*Origem dos direitos dos povos*”. Ícone editora. São Paulo. Página 12.

²³⁶

manifestação. Nesta época, com a conversão dos Estados Gerais em Assembléia Nacional e, posteriormente com a auto-proclamação desta enquanto constituinte, redigiram-se documentos que são, por muitos, apontados como os marcos iniciais da primeira fase dos direitos humanos, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujos principais redatores foram MIRABEAU e SIEYÉS, em 1789 (a 26 de agosto) e a Constituição de 1793. Esta última na verdade obra da ‘segunda revolução francesa’ ocorrida no mesmo ano. Esta conflagração se deu em razão da resistência oposta pela Igreja, aliada ao remanescente aristocrático e com apoio de um setor burguês moderado, contra a Declaração que instituía a liberdade de religião e acirrada pelas seguintes medidas adotadas no período de permissão: a) nacionalização e posterior venda pública dos bens do clero; b) abolição dos votos de clausura das congregações monásticas; c) instituição de regulamentação civil para o clero secular e d) determinação aos bispos e padres que realizassem juramento público de fidelidade à nação e às leis do país²³⁷. A conflagração política mergulhou a França em uma guerra civil, opondo as forças moderadas e conservadoras à aliança entre jacobinos e sans-coulottes que, em abril de 1793 constituíram um governo dirigido pelo Comitê de Salvação Pública. Sob a influência deste Comitê e das forças que o compunham, sendo seu regente então MAXIMILIEN ROBESPIERRE, produziu-se um dos textos constitucionais mais avançados, aprovado em referendo em julho de 1793. O cotejamento das proclamações de 1789 e 1791 com a de 1793 é fundamental para a apreensão das distorções a que se referiu inicialmente. A proclamação de 1789, conforme precisa observação de JOSÉ DAMIÃO DE LIMA TRINDADE, contemplou de forma desigual os direitos fundamentais apreendidos então enquanto direitos naturais conforme já visto. Há um tratamento axiologicamente diferenciado para a propriedade que, embora tratada em apenas um artigo é apresentada

²³⁷ TRINDADE. Ob. cit. Página 62/63

como inviolável e sagrada(único direito a merecer este qualificativo), ao passo que a igualdade não encontra referência enquanto direito natural, sendo referida apenas nos termos da igualdade civil e fiscal, nenhuma menção a igualdade social. O texto chega mesmo a cancelar a desigualdade quando professa que ‘as distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum’. Recorde-se que PIERRE-JOSEPH PROUDHON já se indagara em 1840 na publicação “QUE É A PROPRIEDADE ?: “A propriedade é um roubo ?”²³⁸, com isso percebe-se que a latência do conflito entre os segmentos que compunham a esquerda da Assembléia Nacional e a direita da mesma (respectivamente jacobinos republicanos e conservadores monarquistas apenas foi acirrada com a redação conferida aos textos de 1789 e de 1791, dando causa a ‘segunda revolução’ que instituiu o Comitê, de tão sombria lembrança pelo uso da guilhotina, e uma Declaração de Direitos mais ampla que a de 1789 que tornou-se a primeira parte da constituição de 1793, evidentemente mais social e democrática que a anterior.

Em reação aos abusos de violência e as premissas democráticas e sociais contidas no texto novo, ocorreu a guerra civil e com o Termidor a retomada do poder pela burguesia. Em consequência a rebelião por mais justiça social (o texto de 1793 promulgava a igualdade social como fundamento do estado, fato não contido na carta anterior e suprimido da subsequente) permaneceu latente vindo a eclodir novamente nas famosas barricadas da comuna de Paris. Já em 1795(30 de novembro) GRACCHUS BABEUF escrevia seu ‘MANIFESTO AOS PLEBEUS’, onde dizia “A democracia é a obrigação dos que têm demais de saciar os que não têm bastante; todo o déficit que se encontra na fortuna

²³⁸ HUISMAN, Denis. “Dicionário dos Filósofos”. Trad. Cláudia Berliner et al.. São Paulo, Editora Martins Fontes, 2001. página 810.

destes últimos procede apenas do que os outros lhes roubaram”²³⁹. Talvez apenas a proposta de JORGE JAIME para a constituição de um Estado axiológico no qual a obrigação de satisfazer as necessidades dos seus componentes(povo) se coloca como razão de ser do próprio estado, tais dilemas sejam superados.

Os conflitos sociais na França não foram criados pela revolução. Já existiam antes desta e, em diversas ocasiões foram bastante violentos. As ‘jaqueries’ eram conhecidas e temidas desde pelo menos o século XIV. Neste ponto pode-se afirmar que a própria ordem do terceiro estado, formada de profissionais autônomos e camponeses dá causa a formação a uma burguesia urbana e dissociada da nobreza, a qual posteriormente tentará se equiparar²⁴⁰. À segunda revolução a burguesia conservadora impõe uma contra-revolução com a qual faz retrocederem novamente os direitos sociais. Qual a razão destas idas e vindas ? Estabelecer que os sentidos do fenômeno jurídico são apreendidos normativamente, segundo o contexto cultural, político e social em que são apreendidos. Com isso a referência a sentidos imutáveis do fenômeno jurídico é, para dizer o mínimo, temerário, especialmente quando a perspectiva se coloca em termos de normatividade, seja ela qual for: tanto infra constitucional, quanto constitucional. A razão de ser de uma proposta que busque ultrapassar as contingências do fenômeno jurídico deve estar assentada: ou em um plano metafísico transcendental como seria o caso do direito natural de origem não racionalista, ou em um plano lógico transcendental como seria o caso de um direito natural racionalista. Seja como for, é preciso estabelecer que qualquer recurso a uma dimensão de justiça transcendental não pode colidir com a concretização deste ideal nas

²³⁹ Trindade. Ob. cit. Página 73.

²⁴⁰ Sobre esta questão consulte-se a extraordinária obra “O carnaval de Romans – da candelária à quarta-feira de cinzas 1579-1580”, de Emmanuel Lê Roy Ladurie.

normatizações contemporâneas. Ou seja, o justo deve emergir da aplicação de normas jurídicas ou, à falta destas, de mecanismos de integração do ordenamento. Isto decorre da própria natureza democrático-representativa dos estados contemporâneos. A legitimidade da ação do poder judiciário está assente na relação compartilhada por este, enquanto instância de poder, com o legislativo e o executivo, ambos poderes dotados de manifestação política própria. A imagem da Alemanha nazista é eloqüente quando se verifica que as normas da sincronização foram eficazes por haver o judiciário flexibilizado o rigoroso apego normativo que deveria ter preservado. Se assim fosse o princípio da legalidade não teria cedido ao direito penal por analogia a que se referiu antes. Qual o sentido então de se buscar um fundamento filosófico para os direitos humanos fundamentais ante a impossibilidade de fundar sua supremacia normativa em termos absolutos ? O sentido seria o de instituir a causalidade necessária de seu advento e torná-la parâmetro de verificação ontológica do próprio ordenamento. A determinação da legitimidade de um ordenamento se dá em razão de esta atender a suas premissas de legitimidade e justificação conforme já visto. Nesta perspectiva é que se insere a verificação ontológica do direito enquanto manifestação legítima e justa do seu próprio ser enquanto mecanismo de inserção na ordem das relações intersubjetivas percebida pela consciência intencional, quando esta se abre para a descrição dos sentidos do mundo. A autonomia enciclopedista do conhecimento desembocou em um movimento que contradisse a si mesmo e deu ensejo a uma ordem contraditória. Talvez a mais significativa contribuição política prestada ao direito tenha sido a influência na elaboração de ordenamentos codificados, contudo, esta idéia de totalidade concorreu de forma marcante para acirrar a disposição autonomista do próprio direito. Os enunciados correspondentes aos direitos fundamentais de primeira geração, enquanto grande conquista da humanidade, somente pela experiência histórica viriam a se firmar.

4.4 – A CONSTITUIÇÃO DE UMA PERSPECTIVA ANTROPOLÓGICA DE RECIPROCIDADE COM FUNDAMENTO NA ALTERIDADE

Segundo MALINOWSKI, “ainda que priorize a criminalidade, as formas de castigo e recomposição da ordem, acaba tratando(o direito das sociedades primitivas), igualmente, dos conflitos entre sistemas jurídicos(penal e civil), do direito matrimonial, da vida econômica, dos costumes religiosos, do desenvolvimento do comunismo primitivo e do princípio da reciprocidade como base de toda estrutura social”²⁴¹. WOLKMER, ainda em remissão a MALINOWSKI, acentua que “as normas de controle social que impõem obediência ao homem primitivo são afetadas por necessidades sociais e por motivações psicológicas”²⁴². Nas sociedades mais complexas não há que se falar em simples costumes ‘autoctones’ nas formações primitivas, como alguns antropólogos e filósofos do direito usualmente tendem a referir. “As normas de controle social que impõem obediência ao homem primitivo são afetadas por necessidades sociais e por motivações psicológicas”²⁴³, portanto certas regras e princípios que regem a vida social e a constituição do direito primitivo, são inerentes a própria socialização da comunidades tribais, que passam a incorporar ao direito funcionalidades que se tornarão da sua própria essência. Assevera ainda que “constata-se que cada cultura humana desenvolveu um corpo de obrigações, proibições e leis que devem ser cumpridas por motivos práticos, morais ou emocionais”²⁴⁴.

²⁴¹ Apud. WOLKMER, Antonio Carlos. “*O Direito nas sociedades primitivas*”. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. página 26.

²⁴² Idem, página 26.

²⁴³ Ob. Cit. Página 27.

²⁴⁴ Idem. Página 26.

As assertivas já apresentadas com base nas constatações de KEEGAN reafirmam estas proposições e apontam para uma perfeita adequação da referência gadameriana. Ou seja, o *Ethos* de cada cultura, impõe condutas que, se desligadas do contexto de sua produção originária de sentido, não são passíveis de compreensão ou reprodução. A valentia dos ianomanis, a selvageria dos maoris ou ainda a brutalidade dos huronianos, se tomadas modernamente, são incapazes de produzir qualquer reação distinta da repulsa, porém, percebidas como se apresentam a consciência, desprovida esta de juízos a priorísticos, podem ser percebidas na realidade inerente, não somente a aspectos culturais e psicológicos, mas também a necessidades e a valores condizentes com as características geográficas e sociais de uma certa região. Por outro lado, vemos a instituição, por normas escritas ou não, de direitos no âmbito das relações cívicas da sociedade, mesmo as mais primitivas, que desaconselham a tentativa de isolar a vida jurídica destes povos a um incipiente e pouco estruturado direito penal. Qual a razão de ser destas prescrições que, desde a antigüidade mais remota, vem sendo encontradas nas formações sociais ? A existência, entre povos bastante primitivos no âmbito da evolução sócio-cultural, de regras sobre contratos, propriedade, família, até mesmo sobre a instituição de fundações (GIORDANI lembra a regulamentação da instituição de fundações no antigo Egito, por exemplo), não encontram eco nas assertivas que preconizam serem tais civilizações regidas apenas pela necessidade de autoproteção contra as ameaças da natureza e de outros grupamentos humanos.

Assim resta evidente que, mesmo nas incipientes sociedades primitivas, a ação regulatória do direito era reconhecida e utilizada em medida mais ampla do que seria condizente tanto com a natureza má do homem, quanto com a função

unicamente punitiva, simbólica ou mística do direito primitivo. O que levou a que fossem erigidas as preceituações jurídicas de caráter lógico e humano em sociedades ainda despidas de uma moral cristã ? Não havendo positividade e nem tendo sido instituída uma noção de Justo ou Justiça, a que se pode creditar a implementação destas noções em povos primitivos que editavam preceitos que puniam abusos e maus tratos irrelevantes para a ordem pública ? Com certeza alguma forma de apreensão em concreto dos sentidos da Justiça seria necessário para tanto.

Diversos fatores foram apontados para a percepção da realidade a partir de uma perspectiva jurídica. A questão da reciprocidade merece tratamento diferenciado, pois sua inserção se dá por necessidade de constituição da própria individualidade do homem. A descoberta desta realidade, porém, não deve obedecer a psicologismos que, por impossibilidade de objetivação, particularizem as conclusões como inerentes a um ou alguns indivíduos apenas. A única forma de inserir a questão é retornar a HUSSERL e indagar sobre a constituição do mundo da vida e a inserção da subjetividade intencional neste.

INTENCIONAL

CAPÍTULO 5 – A CONSTITUIÇÃO DO MUNDO DA VIDA E A CONSCIÊNCIA

5.1 – HUSSERL E A CONSTITUIÇÃO DO LEBENSWELT.

5.1.1 – Equívocos conceituais sobre a relação do mundo a vida com a
consciência transcendental

O pensamento filosófico de HUSSERL parece passar por profunda transformação quando este adota a concepção de um mundo da vida (*Lebenswelt*) como perspectiva para o desvelamento da verdade. Para MORUJÃO, HUSSERL “abandona a idéia de ciência ideal, como aparecia nas *Cartesianische Meditationen*, passando a idéia de ciência”²⁴⁵. Esta concepção de uma mudança de perspectiva chega, em alguns autores, a adotar as dimensões de uma renúncia as idéias anteriores. É neste sentido que CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE MOURA, afirma que para HUSSERL:

“esse novo papel atribuído à vida perceptiva é contemporâneo à implosão do projeto de uma ‘fundação absoluta’ da filosofia no interior da região da consciência. E ele exprimirá a certeza, doravante adquirida, de que não temos acesso a um ‘originário’ ou a uma ‘presença’ plena. É a partir de agora que o modelo da filosofia como ‘ciência rigorosa’ poderá ceder seu lugar ao modelo da filosofia como ‘interrogação’”²⁴⁶.

Será em vão que se fundou o direito e suas manifestações normativas e naturalistas, na consciência humana ? Se, conforme expõe os filósofos referidos, a idealidade da fenomenologia, a sua busca pelos sentidos originários, o método intuitivo, as reduções, a variação eidética são incapazes de conferir a quem os utiliza grau de certeza quanto ao eidos dos fenômenos, toda a busca empreendida se fez em vão ? É preciso muito

²⁴⁵ MORUJÃO, Alexandre Fradique. “*Estrutura e sentido do ‘mundo da vida’*”. Braga, Revista Portuguesa de Filosofia, tomo XLIV – 4, 1988. Ob. cit. Página 371.

²⁴⁶ Ob. Cit. Página 93.

cuidado ao se examinar estas questões. Sobretudo as que pretendem discernir uma ruptura no pensamento husserliano.

Primeiramente deve-se compreender que a obra de HUSSERL se desenvolve em temas e estes temas são determinantes das perspectivas em que irá ser desenvolvida a reflexão. Supor uma contradição absoluta seria considerar a validade isolada de um ou algumas obras em detrimento das demais. Com isso nega-se a possibilidade de se referir a HUSSERL, como se tornou lugar comum em filosofia, enquanto o primeiro ou o segundo; ou ainda, como último HUSSERL. Na precisa abordagem feita por KELKEL e SCHÉRER, estes determinam que a obra de HUSSERL se caracterizava pela auto-suficiência de seus escritos. Assim “se é facto que há evolução e etapas ou níveis diferentes, ligados por uma espécie de fio condutor, cada etapa contém também uma unidade estática, mais ou menos fechada, pois cada escrito de HUSSERL, da Filosofia da Aritmética a Crise das Ciências Europeias se apresenta como um todo auto-suficiente, tomando cada um à sua conta uma problemática e um tema determinado, embora numa perspectiva renovada”²⁴⁷. Nas Meditações encontramos a preocupação legítima que conduziu a aferição, não refutada sequer posteriormente conforme será visto, de que é na consciência que se determina uma verdade de carácter apodictico, a da existência, nesta mesma consciência intencional, dos fenômenos apreendidos empiricamente na inserção do homem no mundo da vida. HUSSERL, em nenhum momento negou a existência real do mundo, tão pouco refutou a subjetividade enquanto meio de apreensão dos fenômenos do fluxo de vividos. O que se dá é que apenas nos dados imediatos da consciência apreendidos segundo a abertura que esta empreende na sua direção, e portanto, abertura intencional, se pode determinar a existência de proposições

²⁴⁷ Ob. Cit. Página 25.

de caráter apodítico. Quer dizer, conforme o faz o próprio HUSSERL, do conteúdo do que conheço nenhuma certeza posso ter, mas não posso, de modo algum, negar que o que conheço pela consciência intencional, na consciência se constitui de forma verdadeira. A consciência transcendental apreende os objetos na relação com eles estabelecida e, desta apreensão nenhuma dúvida pode existir, sendo portanto real e inegável isso. Quando HUSSERL diz “Nenhum ser temporal é apodicticamente cognoscível”²⁴⁸, está evidentemente se referindo um conhecimento que acompanhe temporalmente o ser. O tempo cria indeterminações, como já mencionado, que fazem com que o objeto cognoscível seja passível de modificações no curso temporal. Porém o fato e a forma como ele foi apreendido na visada realizada, são apodicticos. Não se pode questionar que aquele ser, temporal ou não, se deu a consciência cognoscente da forma como se deu. Em uma de suas obras mais exigentes, “as lições de fenomenologia da consciência interna do tempo” HUSSERL refere-se a questão temporal e ao conhecimento dizendo “dentro da impressão que temos que destacar, a impressão originária se oferece em contraste com o contínuo de modificações da consciência primária de recordar. A impressão originária é o absolutamente imodificada, a fonte primogênita de toda consciência e todo ser ulterior. A impressão originária tem por conteúdo o que a palavra agora significa quando é tomada em seu sentido mais estrito. Cada novo agora trás contida uma nova impressão originária. Do contínuo se percebe uma impressão nova, sempre nova, com uma matéria sempre nova, seja ela igual, seja modificação. O que distingue impressão originária tal de impressão originária qual é o momento individualizador da impressão originária no tempo”²⁴⁹. Com isso a questão suscitada torna-se ultrapassada, pois HUSSERL está a afirmar que o originário é apreendido segundo o momento em que se apresentou, ou o agora da apreensão.

²⁴⁸ Husserl, apud Carlos Alberto Ribeiro de Moura, ob. cit. página 92.

²⁴⁹ HUSSERL, Edmund. “*Lecciones de fenomenologia de la conciencia interna del tiempo*” trad. Agustín Serrano de Haro. Madrid, editorial Trotta S/A, 2002. Página 68.

Cada agora possuindo seu originário e se individualizando a cada agora de acordo com esta apreensão. Essa a essência da chamada apreensão dos sentidos dos fenômenos pela consciência. Ao dizer HUSSERL que

“ - Foi muito tarde que reconheci que toda crítica da evidência reconduz a uma crítica última sob a forma de uma crítica às próprias evidências com as quais a fenomenologia trabalhava, no seu primeiro nível, ainda ingênuo”²⁵⁰

Nada mais está sendo dito que a essência da fenomenologia de em seu método de reduções sucessivas abandonar a atitude ingênua e apreender os fenômenos em seus sentidos originários. CARLOS ALBERTO vai dizer ainda que “não existe evidência apodítica e por isso mesmo é sonho a idéia de uma norma absoluta da verdade”²⁵¹. Em nenhum momento pode-se atribuir a HUSSERL a renúncia a evidência apodítica do cogito. Tão pouco esta evidência, ainda que a ela HUSSERL houvesse renunciado, deixaria de ser apodítica. Afinal, adote-se uma atitude idealista ou realista, a certeza embutida na concepção do eu penso, é irrenunciável. Ela nada me diz sobre o eu pensante, nem tão pouco do fenômeno pensado, mas determina a realidade inquestionável de que na consciência o cogito se dá de forma apodítica. HUSSERL, porém, acrescentou a condição de intencionalidade como própria da consciência, ou seja, conforme já visto a consciência não é vazia, não se reduz a um cogito desprovido de conteúdo. Ela é sempre e necessariamente intencional. É a intencionalidade que põe a consciência. Supor uma consciência desprovida desta condição seria supor uma consciência sobre uma não-consciência, posto que, sequer o

²⁵⁰ Idem.

²⁵¹ Ibidem.

nada é desprovido de intencionalidade. Se penso no nada, nadificando o mundo e a própria consciência, tenho na nadificação a intenção da consciência. A respeito da intencionalidade, veja-se o que SEARLE diz, quanto a negativa formulada por WITTGENSTEIN sobre o papel da consciência:

“Podemos examinar mais profundamente o paralelo entre ação e percepção considerando a pergunta de WITTGENSTEIN: se eu erguer o braço, o que restará se eu subtrair o fato de que meu braço se levantou? [...] o que resta é uma certa forma de intencionalidade presentacional; [...] o que resta, no caso da ação, uma experiência de agir. Quando ergo o braço tenho uma determinada experiência e essa experiência de erguer o braço tem um conteúdo intencional”²⁵².

Portanto, a indissociabilidade da consciência intencional face ao projeto fenomenológico de ciência se impõe em todas as formulações teóricas pelas quais se desdobrou. Há, é verdade, forte tendência a achar o contrário. Segundo seus adeptos, a obra de HEIDEGGER *SEIN UND ZEIT*, já largamente mencionada, teria dado ensejo a modificação do pensamento de HUSSERL. Bastante precária tal afirmação, especialmente considerando que transcorreu um período de aproximadamente dois anos entre o *SEIN UND ZEIT* e as *MEDITAÇÕES CARTESIANAS*, cujo capítulo 5 é dedicado a intencionalidade, temática combatida por HEIDEGGER, cuja concepção de ser-aí (*Dasein*) nega o caráter intencional da consciência, a qual, como vimos anteriormente, é concebida como *Ereignis* (abertura aos sentidos dos fenômenos ou do mundo da vida, local onde se dão os fenômenos). Também

²⁵² SEARLE, John R. “Intencionalidade”. São Paulo, Martins Fontes, 2003. Página 123.

dois anos depois da obra fundamental de HEIDEGGER, HUSSERL profere as célebres conferências de Paris, nas quais reafirma o papel da consciência enquanto intencionalidade.

5.1.2 – A constituição transcendental do LEBENSWELT(mundo da vida).

O mundo da vida, realçado no pensamento husserliano em “*CRISE*”, enfoca uma perspectiva até então pouco evidenciada em geral, mas presente desde 1913 na obra fenomenológica de HUSSERL, podemos dizer que remonta [o conceito de *Lebenswelt*] ao primeiro volume das *Ideen*(1913), em que o conceito de *natürliche umwelt*(mundo circundante natural), exposto principalmente nos §§ 27-30, prefigurando a noção de *Lebenswelt*²⁵³. Não se trata portanto de uma construção posterior a obra de Heidegger, tão pouco de uma ruptura com o pensamento anterior do próprio HUSSERL. Aliás este, nas anotações feitas por ele a *Sein und zeit*, “*mais comment tout cela peut-il être clarifié, sinon par ma doctrine de l’intentionnalité (validité) et tout d’abord, de l’intentionnalité qui fait expérience ? Ce qui est ici, c’est ma propre doctrine, simplement amputée de sa fondation la plus profonde*”²⁵⁴. Assim é que HUSSERL, fazendo anotações ao parágrafo 13 da obra de Heidegger indaga, com evidente reafirmação da teoria da intencionalidade, como seria possível a pretensão deste a instituição de uma ciência do conhecimento que, partindo da afirmação de que “não é o conhecimento quem cria pela primeira vez um ‘*commercium*’ do sujeito com um mundo e nem este *commercium* surge de uma ação exercida pelo mundo

²⁵³ Morujão. Estrutura e sentido (. . .) página 1.

²⁵⁴ Apud Husserl, Edmund. “*Notes sur Heidegger*”. Paris: les Editions de Minut, 1993. Página 123/124.

sobre o sujeito”²⁵⁵, o fizesse prescindindo da consciência enquanto intencionalidade na percepção desta posição ontológica do conhecimento, ‘já sempre descoberto’. DENISE SOUCHE-DAGUES em comentários a leitura que HUSSERL fez de Heidegger afirma que : *Cette remarque montre que Husserl a clairement décelé que le texte de Heidegger est dirigé contre lui; sa parade consiste à rappeler que, l’essence de la conscience étant pour la phénoménologie l’intentionnalité, il est absurde de lui reprocher d’enfermer la conscience em elle-même*”²⁵⁶. Nenhuma dúvida resta de que a intencionalidade não será, na obra husserliana substituída pela noção de mundo da vida. O conceito novo apenas aprofunda uma perspectiva até então pouco explorada da inserção empírica da consciência na mundanidade. Diz HUSSERL, já no primeiro volume das *Ideen* que

“Tenho consciência de um mundo que se estende indefinidamente no espaço e tem um desenvolvimento sem fim no tempo. Que significa ter consciência? Antes de mais, isto: descubro-o por uma intuição imediata, tendo dele experiência. Pela vista, pelo tacto, pelo ouvido, etc ..., segundo os diferentes modos de percepção sensível, as coisas corporais estão simplesmente ai para mim”²⁵⁷.

Portanto o que se dá é uma outra perspectiva do problema do conhecimento em HUSSERL. Nas *MEDITAÇÕES*, a concepção de uma constituição transcendental do mundo na consciência, instituiu a evidência apodictica necessária a fundação de uma ciência de rigor baseada na descrição dos fenômenos tal como se davam a

²⁵⁵ Heidegger, Martin. Ser e tempo. Ob. Cit. Páginas 101/102.

²⁵⁶ Notes sur Heidegger. Páginas 123/124

²⁵⁷ Apud Morujão estrutura e sentido ... página 367/368.

conhecer de forma evidente. Na “*CRISE*” o mundo evidenciado e jamais negado enquanto mundo real passa ao primeiro plano da investigação para se determinar seus sentidos originários burlando-se o encobrimento produzido sobre eles pelas ciências tecnológicas. Nenhuma ruptura ou quebra de concepção se vislumbra, apenas uma complementaridade entre o conhecer e o objeto conhecido.

5.1.3 – CONCEITO E DEFINIÇÃO DE MUNDO DA VIDA

FRADIQUE MORUJÃO vai reproduzir HUSSERL e dizer que “o mundo da vida é o mundo da existência concreta”²⁵⁸. Na obra de HUSSERL, MORUJÃO destaca a idéia de uma crise apontando-a como crise inerente à própria cultura européia. Alerta MORUJÃO que “Esta crise tem uma raiz que HUSSERL vai fazer residir no objectivismo, ou seja, na convicção de que a verdade do mundo se encontra naquilo que é enunciável no sistema das proposições verdadeiras da ciência objectiva’. Daí a crença generalizada em que tudo o que é se presta exaustivamente a ser esclarecido pelo conhecimento científico-objectivo. E assim, perguntar pela crise das ciências européias cifra-se em perguntar pela crise do mundo científico moderno, da vida moderna em geral”²⁵⁹. A crise esta assente na apercepção dos sentidos da verdade das ciências, quanto a humanidade. Neste sentido, de resgatar a noção de humanidade, de espiritualidade, mais ainda de essencialidade que se perdeu com a objetivação do mundo em razão da matematização que lhe impôs uma estrutura quantificadora, HUSSERL propõe constituição de uma idéia de ciência que se faça

²⁵⁸ Idem. Página 367.

²⁵⁹ Ibidem páginas 369/370.

concretamente na percepção do progresso do saber em sua constituição histórica e humana. Não se trata, ao contrário do que afirma MORUJÃO, de um abandono do idealismo contido nas Meditações, pois não se trata aqui de descrever a essência de fenômenos, mas sim de resgatar seus sentidos históricos. Não se incorra no erro de confrontar as temáticas. A idealidade das essências enquanto formas puras *a priori*, não desaparece sob a nova perspectiva, apenas esta se abre em uma direção nova, a de constituição de uma ciência capaz de redefinir os sentidos da ciência em sua formulação correta. Esta formulação seria a subjetividade transcendental. O mundo da vida, do vivido, do perceptível se dá ante a valorização promovida pela consciência enquanto “tecido dos vividos psíquicos na unidade do fluxo dos vividos”²⁶⁰. Pode-se indagar: Qual a origem deste fluxo? Em resposta teríamos que seja a consciência em sua interação empírica com o mundo real a qual percebo através da consciência. É preciso concordar com Fragata quando diz que “a subjectividade transcendental cognoscitiva não é a matéria da qual brota o objeto, mas apenas o poder eficiente, duma síntese unificadora dos dados hiléticos relativamente à designação do objeto” ou ainda ao reportar-se a HUSSERL dizendo que “O mundo tem existência aperceptiva levada a efeito através do processo da experiência vital. Este processo é precisamente o ‘tempo imanente’ que assim adquire papel primordial no problema da constituição do objecto”²⁶¹. O *Lebenswelt*, mundo da vida, é o campo da realização empírica do processo de conhecimento. A consciência é parte do processo de conhecimento, HUSSERL opõe-se a um realismo ingênuo que conceba a experiência ‘à maneira de um buraco na consciência pelo qual se atingem as coisas em si mesmas’. Há como que uma unidade indissolúvel entre a consciência e o objeto, a constituição de um

²⁶⁰ Husserl. *Recherches logiques*. Apud. Salanskis. Jean-michel. Ob. Cit. página 21.

²⁶¹ FRAGATA, Júlio. “*A fenomenologia de Husserl*”. Ob. cit. Página 152.

simultaneamente constituí o outro em relação com ele de modo que o ego-cogito exige uma relação com o mundo das coisas que lhes constituem em cogitatum, estas coisas se dão pelo mundo da vida concebido enquanto horizonticidade sem fim. Ou seja, as coisas que dão ao ego sua constituição transcendental se apresentam, em sua individualidade, enquanto dotadas de um horizonte de sentidos, de modo que jamais se pode pretender esgotar todos os sentidos da coisa. O horizonte referido é um horizonte total, inerente a todas as coisas que se mantêm permanentemente aberto a novos sentidos. “Cada ente é, portanto, mundano, na medida em que se mantêm na abertura do seu horizonte, sem que, no entanto, a síntesi da explicitação dos seus horizontes seja alguma vez concluída”²⁶². O mundo seria, segundo MORUJÃO ‘aquilo para que se remete todo ente e a partir do qual este se compreende’²⁶³. Há certa dificuldade na compatibilização das perspectivas em razão da idéia de que o mundo da vida seria o fundamento de todo ente e terreno de toda a orientação do eu. Apresenta-se como o dado originário para o qual o eu se orienta.

Haveria, segundo HUSSERL, um *a priori* concreto no qual encontram-se inseridos tanto o sujeito como o objeto, sendo assim condicionante de todo objecto como objecto conhecido e de todo o sujeito como cognoscente, cujo conteúdo seria dado pelo sistema de correlações intencionais entre a subjetividade e a objetividade²⁶⁴. Deve-se ter cuidado com as assertivas formuladas quanto ao mundo da vida pois estas podem conduzir efetivamente a uma situação em que a formulação do mundo da vida e sua horizonticidade de sentidos totais refutem a constituição intencional da consciência e da interação desta com o mundo. Como visto, a realidade da mundanidade embora inegável, somente pode ser

²⁶² G. Brand. Die Lebenswelt. Eine Philosophie des konkreten Apriori. Apud Morujão página 378.

²⁶³ Idem.

²⁶⁴ Ibidem.

apreendida pela intermediação da consciência. Por que, qualquer outra possibilidade, seja ontológica ou epistemológica, implica em relatividade ou incerteza. Se apenas no cogito cogitatum posso conferir apoditicidade a existência de conhecimento apoditicamente válido, a remissão a outras esferas de cognição, como a horizonticidade a alteridade, etc ... somente poderão encontrar este mesmo estatuto de validade se referido a esta dimensão. O que se percebe é a utilização do reconhecimento de HUSSERL de uma esfera ontológica decorrente da apreensão dos sentidos possíveis do mundo, tal qual este se apresenta a minha consciência que o constitui e por esta constituição também, em parte vai se constituir, em uma relativização da própria evidência da consciência constitutiva.

A questão real é a de que: se da existência mundana é possível ter percepção, tal percepção intermediada pela consciência se dá em um plano de horizonticidade, no qual os sentidos das coisas jamais são esgotados, pela presença de fatores que renovam o desvelar destes sentidos. Tal não quer dizer em absoluto que a realidade do mundo, que percebo na apreensão que dele faço, se dê com um estatuto de validade capaz de infirmar a evidência apodítica do cogito, conforme anota Fragata “ A intuição não é simplesmente apreensiva, mas doadora, pois é simultaneamente uma doação de sentido e um poder constituinte do objeto”²⁶⁵.

Pode-se, por fim, definir o mundo da vida como sendo o mundo da apreensão dos sentidos originários dos objeto por parte da consciência intencional. Mundo este que ao mesmo tempo que se dá a conhecer pela consciência é por esta constituído no próprio ato de conhecer, única evidência inquestionável neste processo noético-noemático.

²⁶⁵ Ob. Cit. Página 156.

É no horizonte dos sentidos possíveis dos objetos que o mundo se constitui. No ato de constituição encontra-se embutido também o ato de doar sentidos aos objetos. Veja-se a título de exemplo a questão do direito. O direito enquanto fenômeno se dá a conhecer a consciência no ato mesmo em que esta o constitui através de uma intuição de seus sentidos originários. O ego na sua projeção de uma vida em relação com outras subjetividades (caracterizada então pela intersubjetividade) apreende os riscos que a ausência de controle sobre os atos das outras subjetividades pode gerar. Desta apreensão, simultaneamente, faz surgir uma noção de autopreservação das próprias condições de existir e conferir novos sentidos ao mundo. Para tanto preconcebe uma noção de direito. A concepção deste direito decorrerá em sua formulação dos horizontes de sentido que a experiência histórica e cultural for capaz de conferir ao ego. Ressalte-se que não se nega a existência dos dados a *priori*, apenas estes são condicionados pela sua constituição intencional no plano da consciência cognoscente. Igualmente a experiência histórica e cultural são informadas pelos sentidos que deles apreende a consciência. Nada impede, portanto que a experiência histórica e cultural de um povo conduza a perversão de sentidos originários de justo e injusto e ocorra o que já se demonstrou com o exemplo nacional-socialista alemão. Uma breve análise é capaz de demonstrar que, ao menos quanto as demandas iniciais por sincronização, que expurgaram judeus e *mischlinges* dos cargos públicos, das bolsas acadêmicas e dos bancos escolares, não foram percebidas enquanto flagrantes injustiças que eram. Para o curso destes acontecimentos concorreu a relação que se desenvolveu desde de o século XIX com os judeus em solo alemão conforme demonstrou HANNA ARENDT em seu “Origens do totalitarismo”, na qual o estabelecimento de preceitos que permitiam a estes se organizarem segregadamente, foi percebido a partir de suas perspectivas de preservação cultural e não de um isolamento social. Portanto, a exclusiva instituição desta

premissa como constituinte da relação ontológica do ego com o mundo, padece da capacidade de resolver o problema da fundamentação necessária ao direito humanos. Sequer a formação de juízos valorativos poderia ser garantida, se tornássemos a períodos mais primitivos ou utilizássemos como referência normas menos sectárias embora igualmente nocivas e injustas como as que, nos E.U.A. implementaram a esterilização de portadores de doenças mentais(até mesmo disritimias). Portanto, o processo de constituição da noção de direito humanos fundamentais, deve encontrar bases mais firmes.

5.2 – A questão da corporalidade na apreensão dos sentidos do mundo

5.2.1 – Limitação tátil do corpo e evidenciação do outro

Definido, da forma como foi, que não há uma ruptura e que a noção de mundo da vida se acopla à constituição transcendental do mundo na consciência, a qual por sua vez é sempre intencional e relacionada a um objeto, cujos sentidos somente podem ser apreendidos empiricamente na horizonticidade de seus sentidos no mundo real, a inserção da noção de intersubjetividade se faz factível. A experiência do outro no plano da subjetividade se dá ao ensejo da intersubjetividade no fluxo das vivências. A existência, neste fluxo de vividos de outras subjetividades se dá pela intermediação do corpo. Primeiro temos, pelo tato a noção de nossa corporalidade. É o tato que define o que seja o nosso corpo.

“O tato segundo HUSSERL, é o sentido mais importante em absoluto, porque através dele registramos os confins do nosso corpo, que permite orientarmo-nos no espaço. O tato nos dá, portanto, a sensação do nosso corpo e o corpo externo ao mesmo tempo. Não só a distinção, mas

também a conexão; a conexão e a distinção entre o nosso corpo e o corpo diverso”²⁶⁶.

É o corpo do outro, em sua semelhança com o meu, a qual percebo no momento da apreensão e descrição dos sentidos do mundo dos vividos, que me dá a presença deste outro. Conforme aduz FRAGATA “O outro será constituído em mim através do corpo do outro, graças à semelhança apreendida em relação ao próprio corpo”²⁶⁷. Tenho a percepção de mim através de meu corpo, igualmente um objeto apreendido pela consciência cognoscente.

5.2.2 – A intermediação linguística

A linguagem se erige em um meio pelo qual, necessariamente se afirma a intersubjetividade. A linguagem situa-se no âmbito dos dados *a priori* da consciência. Dele nos valem para empreender comunicação com outras consciências. Contudo ele já existe quando se nasce. O campo dos signos se acha definido e resta ao ego

²⁶⁶ ALES BELLO, Ângela. “Introdução à Fenomenologia”. Ob. cit. Página 37.

²⁶⁷ Ob. Citada página 162.

nele mergulhar e dele se valer. Com base na linguagem forma-se a co-existência no mundo²⁶⁸. Ocorre que a linguagem se instrumentalizou a tal ponto que torna-se difícil estabelecer em que medida que ela coloca o outro enquanto tal na cena da constituição dos sentidos mundanais. Por outra a impessoalidade das formas de comunicação moderna, torna a comunicação um ato de ausentes. Ela não põe os interlocutores um à presença do outro. A dimensão das limitações corpóreas e sua alteratividade restam mudas por esta ausência. Com isso a só linguagem parece não bastar a este evocar corpóreo do outro. Somente pela imaginação ou recordação se dá este apresentar-se quando a comunicação se dá entre ausentes (físicamente). Desta forma é preciso que, além da comunicação, seja posta a presença física do outro ante o ego transcendental. Com esta a percepção dual pode ser procedida.

5.2.3 – A apreensão intencional da existência do outro enquanto “um outro”

A percepção de mim mesmo se estende ao outro pela semelhança que existe entre ambos os corpos. Esta percepção produz uma relação diferenciada na alteridade

²⁶⁸ “Coexistência é co-participação na linguagem do mundo. É aí que os sujeitos encontram um mínimo de garantia para a convivência” in “*Fenomenologia e Direitos humanos*”, ob. cit. página 100.

de sujeito/objeto tradicional. Por alteridade tenho o fato de ter consciência de outras coisas diferentes de mim. Esta consciência se dá de forma unificadora conforme já visto, ou seja, a constituição do objeto ao mesmo tempo permite a constituição de mim mesmo por oposição do objeto, assim cada vez que constituo um objeto na minha consciência sou igualmente constituído na relação que estabeleço com este objeto. Ao se constituir o objeto igualmente se constitui o eu como consciente do objeto. Como nos relacionamos enquanto pessoa com um mundo de coisas, constituimo-nos igualmente enquanto sujeitos neste mundo de relações na percepção que tenho da existência do outro (por existência tenha ainda a afirmação de ser um dado da consciência intencional). O outro, ao se dar enquanto objeto de uma relação, igualmente constitui o ego que o intenciona e a corporeidade em que se manifesta produz a percepção tanto da identidade corpórea quanto auto-percepção de próprio corpo. Desta forma podemos dizer que ao perceber a ‘existência’ intencional do outro, percebo-me em toda a identidade que possuímos enquanto seres humanos, da mesma forma que perceberia a distinção com objetos distintos de mim.

5.2.3 – Insustentabilidade tética da dogmática na fragmentação dos sentidos contemporânea

Veja-se que “é a intencionalidade que conduz o foco da consciência da zona de atualidade para a de inatualidade e vice-versa, conduzindo a chamada reversibilidade. Assim também com relação ao pano de fundo e ao cogito ‘podemos definir

o eu vigilante como eu que realiza continuamente a consciência no interior do seu fluxo de vivências sob a forma específica do cogito”²⁶⁹. Portanto a inserção da consciência no mundo da vida se dá igualmente pela percepção do eu vigilante quanto a este mundo que está ‘simplesmente ai para mim’ e eu somente o percebo quando deixo a atitude natural e o intenciono. Ocorre que, no fluxo dos vividos em que o mundo da vida se dá a minha percepção, a sua constituição a priori enquanto um mundo cultural e historicamente formado não assumem caráter apodítico. Apenas pela intermediação da consciência intencional, na ação do ‘eu vigilante’ de perceber este mundo real, me dá as condições para que possa descrever seus sentidos. É justamente na ausência de uma realidade transcendental a priori dotada de sentidos previamente dados que se instaurou a crise já referida e com ela a crise do direito. Ainda que se adote a idéia heideggeriana de uma *Ereignis*, estaria-se sempre na dependência de uma abertura voluntária dos sentidos do mundo percepção egóica, para que se desvelassem os significados constitutivos dos institutos jurídicos. A dogmática jurídica positiva depende da conceituação, da definição e, sobretudo da normatização das relações jurídicas, para que estas então se estabeleçam enquanto instituições jurídicas aptas a regular o convívio obrigatória em sociedade dos homens. Ocorre que a fragmentação e descontinuidade, característicos desta época ‘hipermoderna’ acarretam, como conseqüência a impossibilidade de formação deste tipo de relações. Família, contrato, propriedade, responsabilidade, são institutos cujos sentidos se acham em franca transformação. A que reserva de sentidos se poderia recorrer nestes casos ? Quais os paradigmas que a consciência poderia apreender empiricamente nas vivências intencionais do *Lebenswelt* ? Evidentemente que há um descompasso entre a formulação tradicional do direito e a realidade de sua inserção em uma mundanidade de

²⁶⁹ F. Morujão. Ob. Cit. Página 218.

significações convulsionadas pela profusão das individualidades e pela fragmentariedade dos sentidos o que ocasionou a implosão das tradicionais reservas de sentidos.

Tal constatação não afeta a constituição transcendental do mundo pela consciência intencional se for adotada uma atitude fenomenológica. Os sentidos, neste caso, não se encontrarão em um repositório prévio(a priori) imutável e informado histórica e culturalmente. Eles estarão nos fenômenos tal qual estes são percebidos, desde que atingida sua essência invariável. Conjugam-se desta forma as construções filosóficas dos dois momentos da obra husserliana para dar ensejo a solução da problemática apresentada. A consciência em sua intencionalidade fornece a evidência verdadeira e rigorosa da apreensão dos fenômenos descritos nela mesma. No ato de constituir o fenômeno, constitui-se igualmente a consciência enquanto consciência de. A doação da coisa se faz no fluxo das vivências que a consciência realiza no mundo da vida. Sabe-se que a consciência somente terá a evidência inquestionável do seu próprio ato de evidenciar os sentidos da coisa, a idéia que aparentemente encanta a alguns, da existência de uma coisa em si, independente da inserção intencional no fluxo dos vividos, carece de possibilidade de evidênciação rigorosa. Com isso reafirma-se a exclusiva vocação da fenomenologia para fundar na consciência intencional a realidade do fenômeno jurídico.

5.2.4 – A inserção do outro na constituição da fundamentalidade jurídica

A doação efetuada pela presença do outro no fluxo dos vividos, corresponderá igualmente a presentificação de mim mesmo neste fluxo. O outro se coloca pela corporeidade e alteridade, na relação consciência objeto, e eu mesmo, enquanto ego cogito, coloco-me na corporeidade de noção tátil de auto-limitação e de minha identidade apreendida no fluxo de vivências do mundo da vida com o outro, o que me sujeita a um juízo ontológico quanto ao meu próprio ser. “Os outros homens e os animais não passam para mim de dados de experiência decorrentes daquela sensível que tenho de seus corpos; portanto, não posso me servir da autoridade desta, posto que seu valor é colocado em questão”²⁷⁰.

Jamais esta percepção se dá na realidade transcendente *a priori* da minha percepção histórica. A suposição de um *a priori* histórico que anteceda o ato de doação do outro, pressupõe sua constituição autônoma anterior ao ato de ser percebido e descrito. Conforme já dito, não se nega a existência deste *a priori* histórico e cultural, somente que ele se dá no ato da doação mesma. Com isso a historicidade e a inserção cultural se dão simultaneamente a doação do objeto. Este o sentido da advertência de GADAMER sobre a tentativa de reconstituir sentidos históricos dados *a priori*. Se a doação do ente a descrição de sentidos pelo ego é incapaz de fornecer seu conteúdo institucional, não haverão reservas invocáveis aptas a suprir de significação e sentidos o que se percebe. Neste caso, que fazer. Negar ao direito sua incidência resultaria em negar sua causalidade enquanto necessidade. Se desnecessário se torna é porque sua existência não mais se funda validamente. Ocorre que o reclamo por direito, ordem e justiça é consentâneo com todas as percepções contemporâneas da vida social. É, portanto inquestionável que o direito ainda é

²⁷⁰ Husserl. Ob. Cit. Página xx

necessário, talvez percebido em escalas e parâmetros diferentes, mas ainda assim indispensável. A chave está então em estabelecer um critério de percepção que se encontre presente em todas as relações que impõe ao ego a constituição de uma relação jurídica. Como já mencionado anteriormente a justificação tem sido recorrentemente utilizada para esta função. A conversão da Teoria do Direito em Teoria da Justiça é prática bastante comum em doutrina e seu recurso como instrumento de interpretação e aplicação de normas, ante casos concretos tem sido igualmente freqüente. Mas que fundamento de justiça poderia se utilizado para que esta realidade do fenômeno estivesse condizente com a rigorosa necessidade de inseri-lo na atitude fenomenológica a título de vacina contra as variabilidades, descontinuidades e fragmentariedades que constituem o mundo da vida, percebido em uma atitude hipermoderna como o faz o conjunto das consciências cognoscentes ? Como somente a partir da consciência intencional, da descrição dos sentidos do mundo que esta faz e da sua inserção no fluxo dos vividos do *Lebenswelt* é que se pode, efetivamente, chamar de rigorosa qualquer investigação.

5.5 – NOTÍCIAS HISTÓRICAS DE DIREITOS EM COTEJAMENTOS DE JUSTIÇA

A busca pelos sentidos históricos dos direitos não visa implementar uma concepção de constituição igualmente histórica dos direitos humanos. A raiz comum é o objetivo que se busca e não uma constituição atemporal. Ou seja, busca-se a formulação

de preceitos indiquem a formação de preceitos concebidos sobre a noção de identidade humana e justiça, ainda que de forma intuitiva.

Evitando incorrer no mesmo erro apontado anteriormente, as referências históricas que neste tópico serão aduzidas, não são acompanhadas de meios que permitam a reconstituição de seus sentidos originais, com isso não se pode pretender a contextualização dos eventos narrados. Entretanto é possível assinalar, pela redução fenomenológica, o caráter essencial dos fatos apresentados e, com isso, estabelecer a evidenciação destes à consciência intencional. Qual o conteúdo da referida intencionalidade ? A descrição dos sentidos do fenômeno jurídico face a percepção do outro no processo de constituição transcendental das relações jurídicas. Conforme ficou anteriormente assentado, a presença do outro é condição essencial a existência do próprio direito. Sendo o direito um fenômeno que se dá 'em relação a', a existência da relação em si é sempre pressuposta pelo direito. Conquanto esta questão se ponha no âmbito nebuloso da intersubjetividade, hipótese para a qual a consciência intencional não é capaz de fornecer certezas, além da que a consciência produz enquanto uma constituição sua, é inegável que somente a existência destas constituições transcendentais na consciência humana torna possível a elaboração do próprio direito enquanto fenômeno. Além disso, na apreensão que a consciência faz da existência de outras consciências estas são percebida, essencialmente como independentes e até opostas a consciência que as intenciona. Com isso, a co-existência é pressuposta e passa a ser concebida como um *a priori* da produção de sentidos do fenômeno jurídico. O recurso a notícias históricas, todas anteriores ou estranhas a constituição da sociedade ocidental (com seu racionalismo e sua eticidade judaico-cristã) apontam alguma forma de percepção na alteridade que reforça a intuição dos Direitos Humanos Fundamentais como constituídos

essencialmente a partir do reconhecimento e da identificação do outro como um igual embora diferente.

Veja-se agora a forma como certos direitos foram concebidos em outras épocas da evolução das sociedades humanas.

Entre os sumérios –

A Mesopotâmia é apontada como berço da civilização. Dentre os povos que, primitivamente ocupavam a região destacam-se os sumérios, em especial no trato das relações entre seus membros. Este povo chegou a exercer a hegemonia na mesopotâmia formando assim o que se poderia denominar de um primeiro império conhecido. Alguns aspectos da realidade jurídica vivida pelo sumérios serão apontados, com o cuidado de não se intentar reconstruir os sentidos históricos e sim de formular um juízo contemporâneo sobre eles. A escravidão era amplamente praticada entre os sumérios. Narra Giordani que “tinha sua origem quer no nascimento, quer no aprisionamento pelo inimigo ou ainda na venda por dívidas. Note-se, entretanto, que o escravo goza de certos privilégios: pode casar até mesmo com uma mulher livre²⁷¹; pode demandar na justiça em favor da própria liberdade e, se perde a causa, o julgamento ordena sua venda a fim de subtraí-lo à vingança do patrão²⁷². Era também adotada a figura do divórcio com repúdio da esposa pelo marido, entretanto tal ato “acarretava uma indenização pecuniária e só era permitido por razões de ordem legal”²⁷³. Evidentemente que ombreavam-se a estas normas onde a escravização dos filhos que renegassem seus pais ou para pagar as dívidas dos pais.

²⁷¹ É importante notar que, na Alemanha sincronizada ou em sincronização, o casamento entre judeus e arianas foi proibido como parte dos decretos de Nuremberg no período da sincronização.

²⁷² GIORDANI, Mario Curtis. “História da antiguidade oriental”. 11ª edição. Petrópolis, 2001. página 135.

²⁷³ Idem. Página 139.

Esta colocação não invalida a relevância do trato intersubjetivo nos casos anteriores. Ou seja, em sendo o homem naturalmente propenso ao Mal, qual o fundamento para que adotasse, ainda tão cedo em sua história, preceitos dos quais a justiça, oriunda da lógica transcendental transparece tão evidentemente ?

No código de Hamurabi –

Vislumbre-mos outro exemplo, mais conhecido. O Código de Hamurabi foi imposto pelo soberano de mesmo nome, em uma reforma judiciária onde buscou retirar a justiça das mãos sacerdotais, ou por outra “conferir à justiça real supremacia sobre a justiça sacerdotal; deu-lhe uniformidade de organização e regulamentou cuidadosamente o processamento das ações, compreendendo nessa regulamentação a propositura, o recebimento ou não pelo juiz, a instrução completada pelo depoimento de testemunhas e diligências <in loco> e, finalmente a sentença”²⁷⁴. A noção de uma atividade processual tendo como objetivo a composição de um conflito de interesses, desta forma, se mostra bastante antiga e inerente as formas civilizatórias mais primitivas. Como identifica-la com um estado de barbárie somente superado com a ‘pólis’ grega como querem muitos cultores da cultura greco-romana ? É interessante anotar que, no campo de direito familiar haviam previsões quanto ao divórcio(admitido por várias razões), sendo previsto que o dote com ela permaneceria se ela estivesse com a razão na separação; a mulher casada gozava de capacidade jurídica e podia “gerir livremente seus bens, receber herança, fazer doações, contratos, comprar imóveis e até mesmo demandar em juízo”²⁷⁵.

²⁷⁴ Ibidem. Página 156.

²⁷⁵ Giordani, Mario Curtis. Ob. Cit. Página 156.

5.6 – A FORMULAÇÃO DE FUNDAMENTALIDADES A PARTIR DA CONSCIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DO OUTRO

ADAM SMITH, em sua obra “Teoria dos sentimento morais” refere-se a sensação de uma benevolência universal. Diz ele que

“Não podemos formar a idéia de um ser inocente ou sensato cuja felicidade não desejemos, ou por cuja desgraça, quando claramente concebida pela imaginação, não teríamos aversão. A idéia de um ser nocivo, embora sensato, naturalmente provoca nosso ódio, mas a má-vontade que, nesse caso, temos com ele é realmente efeito de nosso benevolência universal”²⁷⁶.

A história da humanidade é repleta de informações sobre impulsos que conduziram o homem a realizações sociais e políticas voltadas para o benefício coletivo. Mesmo antes das indagações gregas sobre os benefícios da justiça, do governo sábio, do bem comum, já pontificavam na história movimentos filosóficos e religiosos que acenavam para esta tendência. Por vezes a lógica impunha tais compromissos. Por outras, entretanto, a assunção de obrigações face a noções de justiça, representou peculiar inovação no que se poderia esperar de sociedades ainda pouco complexas, nas quais a noção de governo pouco diferia da de dominação. Evidentemente que é preciso que se considere a proposição já formulada quanto a impossibilidade de formulação de juízos valorativos em sociedades nas

²⁷⁶ SMITH, Adam. “*Teoria dos sentimentos morais*”. Trad. Lya Luft. São Paulo: Martins Fontes editora. 2002. Página 294.

quais ainda não se desenvolveram as noções que tornem valorativamente reprováveis certas ações. Conforme visto em Ainda assim vejamos alguns exemplos:

Nas religiões nascidas na civilização que brotou as margens do rio Indo, há várias divergências, porém diversos autores concordam em apontar três vias como sendo conducentes a salvação. Seriam as vias do sacrifício, a do conhecimento e a da devoção. Interessa a do sacrifício. “Fazendo sacrifícios e boas ações, muitos hinduístas tentam obter a felicidade terrena, boa saúde, riqueza e copiosa descendência”²⁷⁷. Já no Deuteronômio da Bíblia vemos dizer: “Porque o vosso Deus é o Deus dos deuses e o Senhor dos senhores, o Deus grande e terrível, que não faz discriminação de pessoa nem aceita suborno. Faz justiça ao órfão e a viúva, ama o estrangeiro dando-lhe alimento e roupa. Amai também vós o estrangeiro, pois fostes estrangeiro no Egito”²⁷⁸. No *TAO TE CHING*, LAO TSÉ desenvolve o seguinte aforismo sobre a ética: A ordem não reina em uma sociedade onde o interesse determina o agir. Esses princípios não podem ser prescritos, mas devem ser vividos. Somente onde eles são vivenciados é que ajudam os homens. A ética genuína só existe onde o homem vive dentro da sua fonte e age pela pureza do seu coração; onde a genuinidade do seu ser se revela em atos desinteressados e isentos de desejos”²⁷⁹. Por certo longa lista poderia se ombrear com a que já foi feita neste trabalho sobre normas jurídicas primitivas que instituíam direitos decorrentes de uma concepção fundamental de justiça, concepção esta intuída. Igualmente as remissões a preceitos religiosos historicamente assentados. O preceito contido no evangelho de MATEUS, pelo qual Jesus determina como regra de conduta(ação) “Tudo que desejais que os outros vos façam; fazei-o também vós a

²⁷⁷ GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor e NOTAKER, Henry. “O livro das religiões”.

²⁷⁸ Capítulo 10, versículos 54 a 61. tradução da vulgata. Editora Vozes.

²⁷⁹ TSÉ, Lao. “*Tao te ching – livro que revela Deus*”, Poema 19. trad. Huberto Rohden. 2003. Porto Alegre. Editora Martins Claret. Coleção obra prima de cada autor. Página 62.

eles”²⁸⁰. Lá como aqui deve-se creditar tal intuição a percepção do outro, de sua corporeidade, conforme a fenomenologia expõe, enquanto essencial a própria evidenciação do ego transcendental. A natureza do trabalho não invoca questões de caráter teológico por certo, sendo assim, não se considera a hipótese revelacional. É contudo curioso verificar que há uma certa sincronia entre crenças que, em sua maioria, não compartilha a primazia da revelação com nenhuma outra.

Desde que se organizou em sociedades primitivas a constituição dos sentidos do mundo, por parte das consciências humanas, obtiveram da reciprocidade e da alteridade formas de constituição de sentidos quanto a si próprio. Assim no ato de conhecer do outro, o ego cognoscente conhecia de si mesmo. Evidentemente que tal fato não se impõe de forma invariável de modo que, sendo a própria constituição de sentidos algo situado de forma tética, somente quanto ao que se apreendeu intencionalmente em dada colocação, será possível formar juízos. A mudança das condições de espaço e tempo na apreensão fenomênica, outorgam novos sentidos, embora seja sempre possível apreender a essência intencional. Nesta nova posição, os critérios são os mesmos, ou seja, a doação da identidade por reciprocidade e alteridade, com base na corporalidade, entretanto, novos fatores podem influenciar a percepção. Desta forma pode-se dizer que a corporalidade se insere enquanto fundamento de todo direito, sobretudo dos fundamentais, mas somente enquanto essência do fenômeno jurídico que com base nele se formula.

²⁸⁰ Mateus. “*Bíblia – evangelho de Mateus*”, capítulo 07 versículos 30 a 33. Petrópolis, Editora Vozes, 3ª edição página 1165.

Conforme já analisado acima, a história da humanidade registra diversos episódios de barbárie a par de outros tantos em que a civilização verteu-se sobre seus princípios para implementar crueldades que a presença de juízos valorativos calcados na própria história e cultura dos implicados tornaram tais atos especialmente repulsivos. Nestes foi visto, porém que há como que uma necessidade de criar uma diferenciação para que tais processos sejam amplamente aceitos. A utilização de processos racistas de cunho físico(diferenciação física) ou de cunho moral(diferenciações de conduta), conforme visto na escravidão moderna e na perseguição aos judeus, são apenas exemplos mais gritantes deste processo presente desde de a aurora da civilização. Não se tratam, evidentemente das ações isoladas de grupos de fascínoras que pululam a história da humanidade, estas são imunes às reflexões feitas pois não são o resultado de atitudes que podem ser generalizadas como próprias das sociedades constituídas pela humanidade, são ações que pontuam a existência da espécie, mas que a própria existência do direito e dos direitos humanos fundamentais comprovam não condizer com a autopercepção humana em geral. Conforme acentuava PICO “O homem, na verdade, é reconhecido e consagrado, com plenitude de direitos, por ser, efetivamente, um portentoso milagre”²⁸¹. Assim um levante tribal ou um massacre colonial não se prestam, em princípio, às considerações tecidas. Por quê ? Se afinal a questão central decorre da constituição dos sentidos do mundo ? Porque tais fenômenos decorrem de fatores específicos que informaram, não um processo histórico-cultural, mas uma realidade local, onde a eclosão da barbárie decorre de fatores que não correspondem a regra geral de contexto de produção de sentidos da humanidade. Evidentemente a questões de maior alçada como a do Mal erigido à guisa de prática banal e/ou valorativamente reprovável. Temos os extermínios ocorridos no século XX como

²⁸¹ MIRÂNDOLA, Pico della. “*A Dognidade humana*”. Tradução Luiz Feracine. São Paulo: editora Escala 2006.

exemplo já mencionado e a escravidão moderna como pano de fundo de longo período abusivo. Contudo, em ambos os casos, a não conformidade subsequente expressou-se através de proclamações de direitos, ou de abolição de práticas, o que redundava em reconhecer que, ao contrário dos que reconhecem a existência do Mal como um vetor, na verdade estamos diante de um contraponto a regra que permitiu à humanidade transcender seus limites de espécie e passar a gerir uma existência global. A razão ergue-se, neste contexto como um instrumento menos hábil que a intuição. Ao contrário de autores como SUSAN NEIMAN²⁸² QUE vêem no Mal a obliteração da racionalidade, esta, desprovida da intuição da essencialidade do existir humano, de sua maravilha, permite que conceitos utilitaristas e, portanto, instrumentais prevaleçam e, conforme visto, são o mote para que se transcenda a categoria das normas jurídicas na busca por um fundamento transcendental para os direitos humanos. Com isso a fundamentalidade, pressuposta por KELSEN a inscrever-se em uma operação mental racional, não se colocaria no âmbito da tradição ou da cultura, mas apenas e unicamente na consciência que, em vivenciando o fluxo próprio do *Lebenswelt*, constitui na alteridade da co-presença a doação do outro tanto em sua corporalidade quanto, por consequência, na preservação de fundamentalidades que lhe outorguem capacidade reflexiva para a própria consciência que percebe o fenômeno jurídico pela doação entitativa do outro.

5.7. – Atenuantes éticas que reafirmam a percepção alterativa.

²⁸² NEIMAN, Susan. “*O Mal no pensamento moderno – uma história alternativa da Filosofia*”. Tradução Fernanda Abreu. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 2003.

Em uma de suas últimas obras SUSAN SONTAG analisa a questão das fotografias chocantes contendo cenas cruéis de guerras, se manifestando nos seguintes termos:

“Não podemos imaginar como é pavorosa, como é aterradora a guerra; e como ela se torna normal. Não podemos compreender, não podemos imaginar. É isso o que todo soldado, todo jornalista, todo socorrista e todo observador independente que passou algum tempo sob o fogo da guerra e teve a sorte de driblar a morte que abatia outros, à sua volta, sente de forma obstinada. E eles têm razão”²⁸³.

Há inegável distanciamento ético que permite a uma civilização que atingiu os níveis de valores e cultura como a nossa, compactue com a coexistência global com barbáries e crueldades. Nestes casos temos que o outro não se dá a nossa percepção, senão pela nossa imaginação. Evidentemente a imaginação é uma manifestação da consciência intencional, contudo, a imanência que se dá na dualidade noético-noemática da constituição do mundo pela consciência no caso da imaginação, assim como na lembrança e no caso de outras idealidades não conduzem a produção de sensações que a imanência do objeto mesmo, da coisa mesma, é capaz de produzir. A notícia jornalística ou mesmo a fotografia atroz não se equiparam a imagem presenciada, o distanciamento arrefece a sensação. A licenciosidade para com atrocidades, ainda na época atual, encontra amplo respaldo no fato de que a vivência nestes casos não decorre da experiência com os fenômenos em si, mas apenas com suas representações imaginárias ou quando muitos por

²⁸³ SONTAG, Susan. “*Diante da dor dos outros*”. Trad. Rubens Figueiredo. São Paulo, Companhia das Letras, 2003. página 104.

imagens fotográficas. No esteio desta reflexão temos a acurada percepção de CARLO GINZBURG a conferir a distância um papel de atenuante moral. Ele define esta atenuante de indiferença moral “Num mundo que sabemos dominado pelas crueldades do atraso e do imperialismo, nossa indiferença moral constitui em uma forma de cumplicidade”²⁸⁴. Sua análise conduz a uma conclusão pessimista de que “estender nossa compaixão a seres humanos muito distantes seria, temo eu, um ato de mera retórica. Nossa capacidade de contaminar e destruir o presente, o passado e o futuro é incomparavelmente maior que nossa fraca imaginação moral”²⁸⁵. Evidentemente a questão que se coloca é a de que a preservação da humanidade passou a figurar como tema fundamental dos direitos humanos em razão da necessidade de que a concepção pessimista de GINZBURG se concretize. Não se trata de considerar impossível o colapso da humanidade ante a desfaçatez do trato com o meio ambiente ou a rigidez na discussão de valores em um mundo globalizado. Porém, até mais grave é a artificialização idealizada do mundo pelo implemento da razão tecnológica a guisa de paradigma de cultura e de sociedade. Neste contexto é de absoluta relevância perceber que a própria identidade humana é outorgada a cada consciência pela presença de outros seres humanos. Com isso, percebendo que esta constatação representa o verdadeiro cerne de todas as proposições quanto a direitos humanos fundamentais, chega-se a essência destes direitos. Em verdade o desvelar desta percepção se deu gradualmente, mas ao contrário dos assentos modernos que usualmente são conferidos aos direitos fundamentais, eles já se achavam em semente na própria idéia de direito e justiça, ambas idéias que decorrem deste ato de por o outro em relação com o sujeito e de viabilizar a coexistência de ambos através de normas reguladoras e não supressoras. Como consequência desta constatação chega-se a uma proposta para

²⁸⁴ GINZBURG, Carlo. “Olhos de madeira – nove reflexões sobre a distancia”. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo. Companhia das Letras, 2001. página 210.

²⁸⁵ Idem página 218.

crise de sentidos. Ao invés de imaginosos recursos retóricos ou empírico-dogmáticos de eficácia reduzida pela variabilidade de contextos, a aplicação dos preceitos deve sujeitar-se a um critério que contemple a reciprocidade da relação de alteridade necessária em que todos os homens se encontram na vida em sociedade. Este critério seria o da própria constituição da corporalidade do ego transcendental. Ou seja, se a presença do outro põe em cena da consciência a minha existência enquanto posicionada em relação a, esta condição na relação é definidora de meu próprio ser, de modo que, qualquer supressão ou repulsão que vise inviabilizar a dualidade que se estabeleceu entre o sujeito consciência cognoscente e o sujeito/objeto de conhecimento será absolutamente contrária a essência do próprio direito e violadora dos preceitos fundamentais de todo sistema jurídico, pois é o preceito que funda a própria existência humana percebida enquanto relação a outrem. Evidentemente que tal proposição permite a imposição de sanções, a restrição a liberdade, a submissão a ônus, mas não permite que sejam suprimidas as condições necessárias para que espelhe a alteridade. Neste espelhar a alteridade teremos a preservação de um núcleo mínimo de identidades que nos auxiliem a compreender nossa individualidade e corporalidade através dos outros. Claro que tal proposta evolui para um sistema axiológico similar ao do estado proposto por JORGE JAIME, onde a satisfação de necessidades seja a principal missão do Estado. A distinção está na ampliação da constatação para a de que a própria evidência do existir humano conduz a uma constituição de mundo no qual a auto-evidência exija a tratamento semelhante por parte dos outros. O maior obstáculo ao evoluir desta percepção é a busca desenfreada pela fragmentariedade e a reificação, enquanto tendências desta sociedade. Contudo, a individualidade egóica que contamina a sociedade contemporânea, é ainda assim incapaz de fomentar a autosuficiência absoluta.

Nem poderia ser diferente posto que, conforme demonstrado, o outro nada mais é que a condição de acessibilidade a mim mesmo.

CAPÍTULO 6 - *CONCLUSÃO*

A afirmação da consciência enquanto fundamento apodítico do direito, tendo por fundamento a determinação Wolfiana de causalidade necessária, indicou um caminho inexorável, o da constituição transcendental do mundo a partir da consciência

intencional. Esta perspectiva relegou as proposições jurídicas calcadas na fundamentalidade normativa, ou axiológica a um plano meramente operativo da própria consciência.

A inserção da consciência e um fluxo de vivências no qual se dá a colocação tética da mesma face ao mundo da vida que é então aprendido como um *a priori* real ao qual somente pela imanência tenho acesso, impôs a reflexão quanto aos sentidos formulados no contexto histórico cultural, e portanto relativo em perspectiva. A fragmentariedade e descontinuidade deste mundo tornou impossível a formulação de conceitos ou paradigmas e ao desaparecimento das reservas de sentido, necessárias ao situar-se do ser face ao direito. As instituições jurídicas se fragilizaram em seu papel essencial de regulação. Para tanto contribuiu a impossibilidade da razão tecnológica haurida das ciências naturais enquanto resultado da fixação do homem na atitude natural, de fornecer uma descrição coerente dos sentidos do mundo. A fenomenologia com sua metodologia de redução ao conteúdo eidético dos fenômenos (inclusive o direito) se mostra como única possibilidade de se fomentar uma análise contemporânea do direito e da sociedade capaz de apontar uma superação a gradual dissonância entre a justificação do direito enquanto ente, sua inserção regulatória na sociedade humana possibilitando a coexistência necessária entre os homens, e a incapacidade de formular soluções justas e efetivas para os problemas sociais sem recorrer a mecanismos tradicionais de apaziguamento tais como a pura imposição da vontade da lei, sem uma reflexão maior sobre a estrutura axiológica em que esta se insere.

No referido contexto os direitos humanos fundamentais se mostram enquanto uma interessante perspectiva de formulação de um critério de constituição do

fenômeno jurídico em bases distintas do que foi condenado pelo advento da hipermodernidade. Tal assertiva somente poderia ser válida se a essência deste fenômeno se prestasse à instituição de um critério que modificasse as bases da tradicional resolução dos conflitos por substituição com a utilização da dialética enquanto método único. Neste tocante não poucos autores consultados e citados explicita ou implicitamente aduziram enquanto fato, a substituição do paradigma tradicional do direito. Do chamado paradigma do direito natural, da razão natural, tal como instituído pelo racionalismo iluminista do século XVIII, teríamos rumado para o paradigma da filosofia do direito, da teoria do direito ou da teoria da justiça. Em qualquer caso, reconheceu-se que o direito passou a evidenciar-se segundo uma ordem na qual certos valores reconhecidos constitucionalmente enquanto valores(ou princípios, existe certa divergência, como visto) invariáveis.

As invariáveis axiológicas, ou princípios fundamentais, conduzem a redefinição do Estado enquanto Estado Democrático de Direito, no qual a atuação estatal se faz no sentido de evoluir a realidade da sociedade para um patamar de justiça social. Tais colocações devem ser cotejadas com os processos efetivos da consciência cognoscente ante sua condição, previamente definida, enquanto fundamento do direito. O processo de produção de sentidos do direito no âmbito da consciência, não é regido, fundamentalmente pela inserção do direito em uma tábua axiológica disposta a priori, e sim pela inserção desta consciência em um contexto político de convivência necessária com outras consciências na formulação das chamadas relações intersubjetivas. Estas relações não são passíveis de evidênciação, apenas podem ser intuídas no processo em que a consciência constitui o próprio mundo da vida em sua realidade tética. Não se trata de negar a idéia de uma constituição intencional no campo da consciência, as de referir que nesta constituição

formulam-se também presentificações de caráter intersubjetivo. A realidade destas presentificações se dá pela apreensão transcendental dos mesmos na consciência.

A proposição de que este mundo real além de imanente a própria consciência, seria igualmente a priori, não afeta, como visto a afirmação de que, sem negar sua realidade a priori, dela somente se tem qualquer vislumbre por intermediação da consciência. A formulação do fenômeno direitos fundamentais passa então a condição de critério de constituição do sentido do próprio direito. Tal ocorre quando, em recurso a história do direito, verifica-se que em diversas das principais sociedades e respectivas formulações jurídicas são apontados traços característicos de um direito onde a supremacia do mais forte não parece sobrepor-se ao justo e ao humanitário. Com isso percebe-se que a noção kantiana de uma propensão ao mal por parte do homem, como se por natureza fossemos maus, enquanto na verdade somos egoístas, isso sim, porém maus, não se coaduna com a impossibilidade de formulação de juízos valorativos na maioria dos casos em que se percebe uma sociedade que adota costumes bárbaros. Ao contrário o que se percebeu foi a utilização da razão para distorcer as relações humanas, com recurso a diferenciação moral-física ou moral-racial, para se obter algum tipo de assentimento quanto a utilização de tratamento degradante ou até mesmo do mais bárbaro extermínio. A razão desta diferenciação enquanto atitude necessária seria a percepção intuitiva que cada ser humano tem da necessidade da existência de outros seres humanos.

A fenomenologia socorre-nos trazendo a noção de alteridade, assim como a antropologia já havia socorrido antes com a noção de retributividade. Pela alteridade sujeito-objeto o sujeito constitui o objeto enquanto relação ao mesmo tempo em

que se constitui na relação como sujeito que intenciona o objeto. Se a pré-existência do objeto pode ser intuída pelo sujeito, sua própria pré-existência perceptível pelas variações que decorrem da modificação da atitude intencional com que está percebendo o mundo circundante. A colocação de um outro ser humano como objeto da visada intencional produz um efeito peculiar. Antes de tal fato acontecer o sujeito poderia até mesmo vislumbrar a sua corporeidade por meio de espelhos, ou de um olhar para si próprio. Entretanto na percepção de outro ser humano a consciência vislumbra a corporeidade tal qual a sua em uma articulação com o “MUNDO VIDA” que não pode perceber em si próprio. Com isso a presença do outro conduz a duas conseqüências, eu percebo a relação do outro com o mundo e assim igualmente percebo a minha própria inserção neste mundo, bem como tenho a minha autopercepção dilatada pelas articulações e interações que não conseguia vislumbrar em mim, pelo proximidade, mas que facilmente constato no outro e projeto para mim mesmo.

A essencialidade deste processo perceptivo para o plano ontológico do direito é inegável. A constituição do direito inicialmente na função de apaziguamento e regulação, gradativamente, vem transformando-se em um função de promoção e transformação. Neste processo os direitos fundamentais igualmente se mostram preciosas regras de gestão, porém, sua constituição enquanto garantias de irretroatividade da sociedade a um sistema anterior, arcaico, individualista ou totalitário, se assentadas no âmbito das normatividades, seja em que nível forem, não representa segurança suficiente, face a própria história recente do direito e das sociedades, bem como face ao impacto que situações radicais podem imprimir a estruturas normativas. Tal entendimento quanto ao fundamento do direito tão pouco satisfaz a natureza de fundamento determinada no início,

ou seja, a noção de fundamento como causalidade necessária. A adoção normativa dos preceitos fundamentais foi essencial para que se desse a implementação de tão amplo movimento de difusão e valoração destes, entretanto, tal inserção aproxima-se mais de um dos aspectos ou características da formulação de tais preceitos do que uma essencialidade de sua razão de ser. Evidentemente que tal causalidade deve estar de acordo com a inserção de todo e qualquer direito na ordem de duas perspectivas: a primeira subjetiva, que se constitui na sua percepção enquanto fenômeno pela consciência, e a segunda intersubjetiva, que se constitui nas formulações que irá constituir no âmbito das relações entre as consciências enquanto alteridade.

Com isso chega-se a necessidade de fundar tais preceitos no âmbito da consciência intencional e esta fundamentação somente poderia referir-se a relação com o outro. A necessidade de preservação e de incremento das condições de existência de cada ser humano interessa a cada consciência transcendental por ser necessária a sua própria autoevidenciação. Existem certos sentidos do ego, que somente pela percepção da ação de outro ego, percepção efetuada por mim, enquanto ego cognoscente, se torna possível conhecer. A própria substituição dos critérios idealizados que vem sendo impostos as ciências humanas pela tecnologização do mundo, por critérios verdadeiramente humanos(que dêem ênfase a dimensão ética e espiritual do homem), terá, necessariamente que passar pela descrição dos sentidos do mundo. Esta descrição para produzir sentidos quanto a eticidade e espiritualidade, deverá dizer respeito a outrem para que possa fazer então sentido em respeito a mim. Os direitos fundamentais, com isso, estão assentes na fundamentalidade da existência e valoração da existência do outro, enquanto essencial para cada ego cogitatum que o intenciona. Como consequência direta tem-se que toda e qualquer

relação jurídica, sujeita a crivo de análise decisória, ou a determinação de parâmetros de relação será sempre uma relação de ego a ego e a reciprocidade, deverá pautar como critério de justiça, qualquer solução ou mediação a respeito.

Pode-se falar que, em qualquer dos âmbitos em que o direito se desvela, a noção do justo não se dá em termos absolutos, mas, observa limites e critérios que visem preservar sempre as condições de representação corpórea essencial que cada ser humano sintetiza no seu próprio existir. A simples possibilidade casuística de se aceitar em escala limitada, violação a esta condição básica do existir humano implica em risco a sobrevivência da sociedade, quanto mais face aos grandes risco que a era contemporânea trás para seu existir. Eventos nos quais a relação do Estado ou de indivíduos para com uma pessoa, atente contra as condições básicas de reflexibilidade e reciprocidade, devem ser considerados inaceitáveis, mesmo que, para tanto, não se disponha de regras específica na Constituição. Tal observação, como visto, não decorre do texto constitucional, mas da constatação ontológica fundamental da relação existente entre as subjetividades no mundo da vida.

Com isso conclui-se com a certeza de que o estabelecimento desta proposição, enquanto efetivo fundamento para o advento dos direitos humanos fundamentais de forma preponderante a todos os demais direitos e com reconhecida oponibilidade ao próprio Estado, se erige enquanto um critério apto a promover a superação da crise de sentidos que assola a cultura e a sociedades contemporâneas, das quais o direito é apenas um dos vetores. A conjugação do método fenomenológico para descrição dos sentidos do mundo, com a instituição de um critério imutável de valoração normativa,

mesmo para os direitos fundamentais, apresenta-se como instrumento eficaz na reconstituição dos sentidos jurídicos do mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. - “*História da Filosofia*”. Vol. 09. 4ª edição. Tradução. Armando da Silva Carvalho e António Ramos Rosa. Lisboa, Portugal. Editorial Presença, 2000.
-“*Dicionário de Filosofia*”. São Paulo. Martins Fontes. 2000
- ARENDT, Hannah. “*O que é política – fragmento das obras póstumas compilados por Ursula Ludz*” tradução De Reinaldo Guarany -3ª edição, Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 2002.
- ANDERSON, Pery. “*As origens da pós-modernidade*”. Rio de Janeiro, Jorge Zahar editora, 1999
- ADEODATO, João Maurício. “*Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*”. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ALTAVILA, Jayme de. “*Origem dos direitos dos povos*” 9ª edição. São Paulo: Ícone editora. 2001.
- BELLO, Angela Ales. “*Introdução à Fenomenologia*”. Tradução. Ir. Jacinta Turolo Garcia e Miguel Mahfoud. Bauru: Edusp, 2006
- BERGER, Peter L. e LUCKMANN, Thomas. “*Modernidade, pluralidade e crise de sentido – a orientação do homem no mundo moderno*”. Tradução. Edgar Orth. Petrópolis, editora Vozes, 2004.
- BITTAR, Eduardo C.B., “*A justiça em Aristóteles*” 2ª edição – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BLACKBURN, Simon. “*Dicionário Oxford de Filosofia*”. Tradução. Desidério Murcho. Rio de Janeiro. Jorge Zahar editora. 1997

- BOBBIO, Norberto. “*O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*”. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone editora, 1995.
- BOLL, Marcel; REINHART, Jacques. “*A história da lógica*”. Tradução. A. J. Pinto Ribeiro. Lisboa / Portugal. Edições 70, 1992.
- BURGUETE, Maria da Conceição. “*História e Filosofia das ciências*”. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.
- CROSBY, Alfred W. “*A mensuração da realidade – a quantificação e a sociedade ocidental de 1250 a 1600*”. Tradução. Vera Ribeiro. São Paulo: Editora Unesp, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. “*Afirmção histórica dos direitos humanos*”. São Paulo: editora Saraiva, 1999.
- COMTE, Augusto. “*Discurso sobre o Espírito Positivo*”. Tradução. Antonio Geraldo da Silva. São Paulo: Editora Escala. 2007
- CÔRTEZ GUIMARÃES, Aquiles. - “*Pequena Introdução à Filosofia Política – A questão dos fundamentos*”. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000.
 - “*Fenomenologia e Direito*”. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
 - “*Cinco lições de filosofia do direito*”. 2ª edição. Rio de Janeiro: editora Lúmen Júris. 2001.
- DARTIGUES, André. “*O que é fenomenologia?*”. Tradução Maria José J.G. de Almeida. 7ª edição. São Paulo: Editora Centauro, 2000. 7ª edição.
- DAVIS, David Byron. “*O problema da escravidão na cultura ocidental*”. Tradução. Wanda Caldeira Brant. Rio de Janeiro: editora Civilização Brasileira, 2001
- DUBOIS, Christian. “*Heidegger: introdução a uma leitura*”. Tradução. Bernardo Barros Coelho de Oliveira – Rio de Janeiro: Jorge Zahar editora. 2004.
- DUPUY, Maurice. “*A filosofia alemã*”. Tradução. Rosa Carreira. Lisboa: Edições 70,
- FALCÓN Y TELLA, Maria José. “*Conceito e Fundamento de validade do Direito*”. Tradução Stefani Borba de Rose Trunfo. 2ª edição. Porto Alegre: Ricardo Lenz editor, 2000.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. “*Introdução ao estudo do Direito*”. 4ª edição. São Paulo: Atlas editora, 2003.
- FRAGATA, Júlio. “*A fenomenologia de Husserl como fundamento da filosofia*” Braga / Portugal: Livraria Cruz. 1959.
- GADAMER, Hans G. “*hermeneutik im Rückblick*”. Tradução Arturo Parada. Madrid: Editora Cátedra, 1998

GASSET, Ortega Y. “*O que é conhecimento*”. Tradução Inês Andrade. Madrid: Fim de século – edições, 2002.

GINZBURG, Carlo. “*Olhos de madeira – nove reflexões sobre a distância*”. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

GIORDANI, Mario Curtis. “*História da antiguidade oriental*”. 11ª edição. Petrópolis: editora Vozes, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. - “*Os Fundamentos da Ordem Jurídica*”. Tradução. Maria Cláudia Berliner - São Paulo: Martins Fontes, 2002

- “*Essai de critique phénoménologique du droit*”. Librairie Klincksieck, Paris, 1972.

GURVITCH, Geoges “*Las tendencias actuales de la filosofía alemana*” tradução. P. Almela y Vives. Buenos Aires, Argentina. Imprensa López.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. “*Teoria da ciência jurídica*”. São Paulo: Saraiva, 2001.

HEIDEGGER, Martin. - “*Essência do fundamento*”. Tradução Artur Mourão. Lisboa: Edições 70. 1988.

- “*Ser e Tempo – parte I*” Tradução: Márcia de Sá Cavalcante. 11ª edição. Petrópolis, editora Vozes. 2002

- “*Princípio do Fundamento*” Tradução Jorge Telles Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

HELLER, Agnes. Artigo “*Uma crise global da civilização*” publicado em “*A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*”. Rio de Janeiro: editora contraponto. 1999

HESPANHA, Antônio M. “*Panorama histórico da cultura jurídica européia*”. 2ª edição. Sintra, Portugal. Publicações Europa-américa.

HUISMAN, Denis. “*Dicionário dos Filósofos*”. Tradução Claudia Berliner et al.. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

HUSSERL, Edmund. - “*Meditações cartesianas - introdução à fenomenologia*” tradução Frank Oliveira. São Paulo: Madras Editora Ltda. 2001.

- “*Lógica formal y lógica transcendental – ensayo de una crítica de la razón lógica*”. Tradução. Luis Villoro. Ciudad de México: Centro de Estudios Filosóficos – Universidade Nacional Autónoma de México, 1962.

- “*Conferências de Paris*”. Tradução António Fidalgo e Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1992

- “*Idéias para uma Fenomenologia pura e para uma Filosofia Fenomenológica*”. Tradução Márcio Suzuki. Aparecida / SP: Idéias e Letras, 2006.

- “*A idéia de fenomenologia*”. Tradução Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2000.
- “*Investigaciones logicas*”. Tradução Manuel G. Morente e José Gaos. Madrid, Biblioteca de la Revista do Occidente.
- “*Lecciones de fenomenología de la conciencia interna del tiempo*” Tradução Augustín Serrano de Haro. Madrid: editorial Trotta, 2002.
- “*Notes sur Heidegger*”. Tradução Centre National des letters. Paris: les Editions de Minut, 1993
- “*Investigações Lógicas: sexta investigação: elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento*”. Tradução Zeljko Loparc´ e Andréa Maria Altino de Campos Loparic´. São Paulo: Abril Cultural, 1980. Coleção Os Pensadores

INWOOD, Michael. “*Dicionário Heidegger*”. Tradução Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002

JAPIASSÚ, Hilton e MARCONDES, Danilo. “*Dicionário de Filosofia*”. 3ª edição. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor.

JAIME, Jorge. “*Ser e valor*” - vol. 1. 2ª edição. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Filosofia, 2003.

JAMESON, Frederic. “*Pós-modernismo – a lógica cultural do capitalismo tardio*” tradução Maria Elisa Cevasco. São Paulo: editora Ática, 2000.

KANT, Immanuel.

- “*Prolegómenos a toda a metafísica futura*”. Tradução. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2003.
- “*La religión dentro de los limites de la mera razón*”. Madrid: Alianza editorial, 2001

KEEGAN, Jonh. “*Uma história da guerra*”. Tradução Pedro Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2001

KIRK, G. S.; RAVEN J. E.; SCHOFIELD. M. “*Os filósofos pré-socráticos*”. Tradução Carlos Alberto Louro Fonseca. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1983.

LAFFER, Celso. “*A reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*”. São Paulo: editora Companhia das Letras, 2001

LÉVINAS, Emmanuel. “*Descobrimo a existência dom Husserl e Heidegger*”. Tradução Fernanda Oliveira. Lisboa, Portugal. Instituto Piaget. 1997.

LIPOVESTSKY, Gilles. “*Tempos hipermodernos*”, tradução Mário Vilela, São Paulo: Editora Barcarola, 2004.

LUCE, John Victor. “*Curso de filosofia grega*”. Tradução Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994

- LUHMANN, Niklas. “*Sociologia do Direito*” - volume II. Rio de Janeiro: Edições tempo brasileiro, 1985
- MARIAS, Julián. “*História da Filosofia*”. Tradução. Claudia Berliner. São Paul.: Editora Martins Fontes, 2004
- MICHEL, Zaidan Filho. “*A crise da razão histórica*”. Campinas / SP: Editora Papyrus, 1989
- MILLER, Richard Lawrence. “*A justiça nazí – a lei do holocausto*”. Tradução Artur Lopes Cardoso. Lisboa: Editorial Notícias. 1995
- MIRANDOLA, Pico della. “*A Dignidade do Homen*”. Tradução Luiz Feracina. São Paulo: editora Escala, 2006.
- MONTORO, André Franco. “*Introdução à ciência do direito*”. 23ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 1995.
- MORUJÃO, Alexandre Fradique. - “*Estudos Filosóficos – vol. I*”. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2002
- “*Estrutura e sentido do ‘Mundo da Vida’*” artigo publicado a Revista Portuguesa de Filosofia. . Braga / Portugal: 1988
- MORRISON. Wayne. “*Filosofia do Direito – dos gregos ao pós-modernismo*”. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NEIMAN, Susan. “*O Mal no pensamento moderno – uma história alternativa da filosofia*” Tradução Fernanda Abreu. Rio de Janeiro: editora Bertrand Brasil, 2003.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzato. “*O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*”. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- PAISANA, João. “*Fenomenologia e hermenêutica – as relações entre as filosofias de Husserl e Heidegger*”. Lisboa: Editorial Presença. 1992.
- PASCAL, Geoges.”*O pensamento de Kant*”. 8ª edição. Tradução Raimundo Vier. Petrópolis: Editora Vozes. 2003.
- PLATÃO. “*Teeteto*” Tradução Carlos Alberto Nunes. 3ª edição. Belém: editora Universitária UFPA, 2001.
- REALE, Miguel - “*Paradigmas da cultura contemporânea*”. 1ª edição, 1999. São Paulo, editora Saraiva
- “*Fundamentos do Direito*”, 3ª edição, São Paulo Editora Revista dos tribunais. 1998.
- RICOUER, Paul. - “*O justo ou a essência da justiça*” Lisboa: Edições Piaget, 1995,

- “*O Mal – um desafio à filosofia e à teologia*”. Campinas – SP, Papyrus editora, 1998

ROMEYER-DHERBEY, Gilbert. “*Os Sofistas*”. Tradução João Amado. Lisboa: Edições 70, 1999.

ROSENFELD, Dennis L. “*Retratos do Mal*”. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

SALANSKIS, Jean-michel. “*Husserl*”. Tradução Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Estação Liberdade, 2006.

SMITH, Adam. “*Teoria dos sentimentos morais*”. Tradução Lya Luft. São Paulo: Martins Fontes editora, 2002.

SONTAG, Susan. “*Diante da dor dos outros*”. Tradução Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

TEIXEIRA, António Braz. “*Sentido e valor do direito – introdução à filosofia jurídica*”. 2ª edição, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003

TRINDADE, José Damião de Lima. “*História social dos direitos humanos*”. São Paulo: Editora Fundação Peirópolis, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. “*O Direito nas sociedades primitivas*”. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ZILLES, Urbano. “*A fenomenologia husserliana como método radical – Prefácio a tradução da Crise da humanidade européia e a filosofia*”. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)