

FENOMENOLOGIA E DIREITO



HUSSERL

*Volume 2, Número 1
Abril/Setembro 2009*

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



*Escola da
Magistratura
Regional Federal
da 2ª Região*

PPGF_{UFRJ}



Programa de Pós-Graduação em Filosofia



*Escola da
Magistratura
Regional Federal
da 2ª Região*

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

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

www.fenomenologiaedireito.org



*Escola da
Magistratura
Regional Federal
da 2ª Região*

FENOMENOLOGIA E DIREITO

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 2, Número 1
Abr./Set. de 2009

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região : fenomenologia e direito / Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. – Vol. 2, n. 1 (abr./set.2009). – Rio de Janeiro : TRF 2. Região, 2008 - v. ; 23cm

Semestral

Disponível em: <www.fenomenologiaedireito.org>

ISSN 1982-8977

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

CDU: 340.12

Diretoria da EMARF

Diretora-Geral

Desembargadora Federal Maria Helena Cisne

Diretor da Revista

Desembargador Federal André Fontes

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Guilherme Couto

Diretor de Relações Públicas

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Pesquisa

Desembargador Federal Guilherme Calmon

EQUIPE DA EMARF

Jaderson Correa dos Passos - Assessor Executivo

Carlos José dos Santos Delgado

Edith Alinda Balderrama Pinto

Leila Andrade de Souza

Liana Mara Xavier de Assis

Margarete de Castro Amaral

Maria de Fátima Esteves Bandeira de Mello

Reinaldo Teixeira de Medeiros Júnior

Diana Cordeiro Franco

Marcia Camargo de Carvalho Porto

Expediente

Conselho Editorial

Aquiles Côrtes Guimarães - *Presidente*
João Otávio de Noronha - *Ministro do STJ*
Alberto Nogueira
André Ricardo Cruz Fontes
Aylton Barbieri Durão
Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva
Fernando Augusto da Rocha Rodrigues
Gilvan Hansen
Guilherme Calmon Nogueira da Gama
Emanuel Carneiro Leão
Marcus Vinicius Machado
Maria Stella Faria de Amorim
Roberto Kant de Lima

Comissão editorial

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

Editado por

Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região - EMARF

Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica

Leila Andrade de Souza

Foto da Capa

Edmund Husserl

Impressão

Tribunal Regional Federal da 2ª Região - SED/DIGRA

Tiragem

600 exemplares

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente:

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Vice-Presidente:

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Membros:

Desembargador Federal PAULO FREITAS BARATA

Desembargadora Federal TANIA HEINE

Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA

Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS

Desembargador Federal CARREIRA ALVIM

Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE

Desembargador Federal CASTRO AGUIAR

Desembargador Federal ANTÔNIO CRUZ NETTO

Desembargador Federal FERNANDO MARQUES

Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFÁCIO COSTA

Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORRÊA

Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Desembargador Federal ANDRÉ FONTES

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Desembargador Federal ABEL GOMES

Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES

Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO

Desembargadora Federal LILIANE RORIZ

Desembargadora Federal LANA REGUEIRA

Desembargadora Federal SALETE MACCALÓZ

Desembargador Federal GUILHERME COUTO

Desembargador Federal GUILHERME CALMON

Juiz Federal Convocado MARCELO PEREIRA DA SILVA

Juiz Federal Convocado ALUÍSIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	13
HABERMAS E WEBER: O MODELO PROCESSUAL DE MORALIZAÇÃO DO DIREITO OU COMO RESPEITAR A AUTONOMIA DA LEGITIMIDADE DO DIREITO EM RELAÇÃO À MORAL	15
<i>Delamar José Volpato Dutra</i>	
PREMISSAS TEÓRICAS E APLICAÇÃO DA FENOMENOLOGIA AO DIREITO	45
<i>André R. C. Fontes</i>	
EDMUNDO HUSSERL E O FUNDAMENTO FENOMENOLÓGICO DO DIREITO	67
<i>Aquiles Côrtes Guimarães</i>	
GERHART HUSSERL: A LIBERDADE DE JULGAR E A ÉTICA, UM ENFOQUE FENOMENOLÓGICO	81
<i>Adriana Santos e Eduardo Andrea</i>	
AS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA COMO UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA	97
<i>Leonardo Diniz do Couto</i>	

APRESENTAÇÃO

Este número dos Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF – Fenomenologia e Direito não está dedicado especificamente a um tema, mas chama a atenção para algumas questões relacionadas com a eticidade e a vida jurídica.

Já anunciamos que esta publicação obedece como diretriz à preocupação com *fundamentos* que poderiam nos levar a uma reflexão sobre a atual crise da razão instrumental – mãe de todas as crises – como meio para atingirmos os propósitos mais nobres da própria razão.

Neste sentido, estes Cadernos estão abertos a qualquer colaboração que contribua para o discernimento dos caminhos a serem percorridos em demanda de novos *fundamentos* para a ação individual, social e, principalmente, institucional.

O Conselho Editorial

HABERMAS E WEBER: O MODELO PROCESSUAL DE MORALIZAÇÃO DO DIREITO OU COMO RESPEITAR A AUTONOMIA DA LEGITIMIDADE DO DIREITO EM RELAÇÃO À MORAL

*Delamar José Volpato Dutra**

A relação entre moral e direito

O presente texto parte da aceitação da tese da conexão entre moral e direito, o que parece ser comum a vários filósofos e juristas. O ponto relevante, não obstante, é como relacionar adequadamente os dois predicados. Pretende-se fazer tal análise a partir da obra de Habermas sobre o assunto.

De fato, tal problemática encontra um lugar privilegiado de tratamento na obra de Habermas, pois nela aparece essa tensão da relação entre a normatividade jurídica e moral, já que, por um lado, ele afirma: “uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não

* Professor da Universidade Federal de Santa Catarina

contrariar princípios morais. Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral¹ e, por outro lado, recusa fortemente que a justificação do direito seja simplesmente subordinada à justificação moral: “entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas”².

Com relação ao tratamento da questão feito por Habermas há quem o acuse de encapsular a moral no direito³, como há quem sustente que a ética desapareceu do empreendimento de FG⁴ ou que “a ética discursiva encontra-se *tout court* substituída pela democracia”⁵. Seja como for, o ponto está em que, por um lado, o direito não pode contrariar a moral, e, por outro lado, não pode ser subordinado no sentido de a moral ser hierarquicamente superior.

A questão de como relacionar direito e moral é recorrente e fundamental no empreendimento filosófico de Habermas. De fato,

Das Abreviaturas

FG - HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

TrFG2 - HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. II]. [Trad. F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. I]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 140-1. “Denn eine Rechtsordnung kann nur legitim sein, wenn sie moralischen Grundsätzen nicht widerspricht. Dem positiven Recht bleibt, über die Legitimitätskomponente der Rechtsgeltung, ein Bezug zur Moral eingeschrieben” [HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 137].

² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. I]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 141 [HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 137].

³ MUGUERZA, Javier. Prólogo. In: VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *La teoría discursiva del derecho: sistema jurídico y democracia em Habermas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. XII.

⁴ KETTNER, Matthias. The Disappearance of Discourse Ethics in Habermas’s Between Facts and Norms. IN BAYNES, Kenneth, SCHOMBERG, René von. *Essays on Habermas’s “Between Facts and Norms”*. Albany: SUNY, 2002, p. 201-218.

⁵ HECK, José N. *Razão prática: uma questão de palavras? A controvérsia Habermas/Kant sobre moral e direito*. Kant e-prints. Campinas: Série 2, v. 1, n.1, 2006, p. 19-30.

no prefácio a FG, comentando os capítulos III e IV da obra mencionada, ele afirma: “convém notar, todavia, que atualmente eu não determino mais a relação complementar entre moral e direito seguindo a linha traçada nas *Tanner Lectures*”⁶. No contexto desta citação, ele dá uma indicação indireta do conteúdo da passagem na nota 4 que ele apõe à mencionada alusão. Ele diz que Apel seguiu um acesso por demais normativista⁷. Que tal afirmação seja importante se mostra, por exemplo, pela reação de Apel a ela, que o levou a escrever mais de cem páginas sobre o assunto em *Auseinandersetzungen in Erprobung des transzendentalpragmatischen Ansatzes*⁸, 1998.

Assim, o esclarecimento do papel da moral na racionalidade do direito na obra de Habermas parte da necessidade de elucidar a mudança operada das *Tanner Lectures* para FG. Parece que a mudança com relação às *Tanner Lectures* tenha sido uma revisão do acento demais normativista do papel da moral na sua relação complementar ao direito. No entanto, tal afirmação ainda é carente de um estudo melhor, haja vista o debate que tal problemática suscitou.

A matéria é mesmo problemática, pois se dermos crédito ao que é explicitamente tratado por Habermas em FG, parece que ele dispensa a moral de qualquer relação com a normatividade jurídica que agora ganha fórum de independência, sendo que o direito

⁶ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. [v. I]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 10. “Allerdings gelange ich jetzt zu einer anderen Bestimmung des komplementären Verhältnisses von Moral und Recht als noch in den *Tanner Lectures*” [HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 10].

⁷ “Einen wie mir scheint normativistisch überanstrengten Zugang wählt auch K.O. Apel” [HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 10].

⁸ APEL, Karl-Otto. *Auseinandersetzungen in Erprobung des transzendentalpragmatischen Ansatzes*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998. Tal problema se encontra no cap. 13 do referido texto, cujo título é “Auflösung der Diskursethik? Zur Architektonik der Diskursdifferenzierung in Habermas’ Faktizität und Geltung. Dritter, transzendentalpragmatisch orientierter Versuch, mit Habermas gegen Habermas zu denken”. Este capítulo foi traduzido por Luiz Moreira e publicado no livro APEL, Karl-Otto, OLIVEIRA, Manfredo Araújo de, MOREIRA, Luiz. *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004, p. 201-321.

passa a ser requisitado como uma espécie de guardião da moral, dado seu caráter coativo: “quando não se identifica mais a pretensão de legitimidade das normas do direito, ou seja, a sua ‘justeza’, com a pretensão à justiça moral, é possível deixar aberta a questão subsequente da fundamentação *moral* do direito enquanto tal”⁹; ou seja, “a filosofia *não necessita* de argumentos morais para demonstrar que é recomendável organizar nossa convivência com os meios do direito [...] pois bastam argumentos funcionais”¹⁰, sendo tal formulação válida mesmo para estabelecer com segurança condições morais de respeito mútuo. No entanto, não fica claro se, assim, uma possível justificação do direito ocorreria tão somente na medida em que ele complementasse os déficits da moral como sistema de ação, tal como explicitado pela tese da complementaridade, ou se ele realmente ganha autonomia normativa. Ora, não parece ser o caso que ele tenha sua normatividade subordinada à moral, visto que Habermas recusa um caráter subalterno da normatividade jurídica em relação à moral, nem parece ser o caso que a autonomia normativa vá ao ponto de não portar mais qualquer conexão com a moral. Portanto, a mencionada nota 4 assinala um outro modo de compreensão.

Weber: a racionalidade própria do direito

O pensamento de Weber é central para as teses de Habermas. Isso pode ser facilmente comprovado pelo papel importante que

⁹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. [v. II]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 322. Posfácio [HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 677].

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. [v. II]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 322 [HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 677]. Posfácio.

ele desempenha na *Teoria da ação comunicativa*, bem como nas *Tanner Lectures*, não sendo menor a sua posição em FG. De fato, Habermas dedica o cap. II da *Teoria da ação comunicativa* a Weber e parte do interlúdio primeiro. Das seis partes das *Tanner Lectures*, a primeira é consagrada a Weber, bem como porção do cap. II de FG, de sorte que Weber, dentre outros, é um autor seminal de seu pensamento. Habermas analisa-o de diversos modos, imputando a ele certas apreciações do direito que mudam a depender do período em que escreve. As características apontadas na *Teoria da ação comunicativa* não parecem ser as mesmas das *Tanner Lectures*, haja vista que naquele texto são destacadas a positividade, a legalidade e a formalidade, ao passo que neste ele chama a atenção para o caráter sistemático do direito, para o caráter geral e abstrato da lei e para a segurança que o sistema jurídico oferece. As características apontadas podem ser facilmente encontradas no texto weberiano sobre a sociologia do direito, bem como em outras referências ao mesmo, como aquela feita por Luhmann no início de sua sociologia jurídica, a qual aponta, inclusive, para um dos pontos da análise de Habermas. Luhmann sugere como características weberianas do direito a positividade, a segurança e a formalidade. Ademais, Habermas salienta a importância de Weber ter assinalado o caráter racionalizador do direito em relação a outros modos de organização social, uma consideração, aliás, que não passou despercebida por outros teóricos do direito, como Luhmann:

“Weber, por seu lado, visa um desenvolvimento que crescentemente diferencia e autonomiza o complexo das normas de direito, ou seja, os libera do entrelaçamento com outras estruturas sociais, precisando-as no interesse de funções específicas. Desta forma são superados elementos do arbítrio pessoal na aplicação do direito (justiça de Cádi) e vinculações a costumes e concepções de moral próprias a pequenos grupos, transmitidas por tradição e incompreensíveis para estranhos. Apenas assim se torna

possível basear investimentos amplos e a longo prazo em possibilidades calculáveis, juridicamente asseguradas de forma confiável”¹¹.

No entanto, não se pense encontrar tal segurança - que Luhmann nomina expectativa - no nível dos conteúdos, mas naquele dos procedimentos. Dessa posição, como ver-se-á, Habermas não discordará em absoluto, mas só relativamente, na medida em que o procedimento por ele proposto - o discursivo - intenta atenuar o elemento volitivo da decisão para que o resultado não se caracterize como um decisionismo, posição que ele reputa criticável em Schmitt, por exemplo. O ponto comum de boa parte das análises, tendo como ponto de partida Weber, feitas por Habermas, reside em apontar e criticar o caráter positivista do procedimento proposto e o caráter decisionista¹² dos produtos dele oriundos. Em momentos diversos Habermas combate esses dois aspectos.

Cabe esclarecer que tais análises feitas pelo autor das *Tanner Lectures* não têm a função de interpretar Weber fielmente. O que Habermas quer, na verdade, é construir uma posição teórica em contraste com a qual ele desenvolverá a sua própria posição e Weber é usado em tal reconstrução. Até porque o método reconstrutivo de Habermas utiliza explicitações de certas condições da racionalidade anteriormente feitas por outras teorias¹³, já que as reconstruções racionais, “apreendem sistemas anônimos de regras que podem ser seguidas por qualquer sujeito desde que esses

¹¹ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. [G. Bayer: Rechtssoziologie I]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 28.

¹² HABERMAS, Jürgen. Theorie des kommunikativen Handelns. (Band I). Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981, p. 357-8.

¹³ Marcos Nobre sustenta que a Teoria Crítica apresenta dois requisitos: uma orientação para a emancipação e um comportamento crítico em relação ao conhecimento produzido sob as condições do sistema de produção capitalista, buscando apreender a realidade social [NOBRE, M. A idéia da teoria crítica. IN MÜLLER, Maria Cristina, CENCI, Elve Miguel. Ética, política e linguagem: confluências. Londrina: CEFIL, 2004, p. 21].

tenham adquirido a competência correspondente no uso das regras”¹⁴. Elas

“referem-se a um saber pré-teórico de tipo universal, a uma capacidade universal (...) Quando o saber pré-teórico que há de se reconstruir representa uma capacidade universal, quer dizer, uma competência (ou sub-competência) cognoscitiva, lingüística ou interativa, o que começa sendo uma explicação de significados tem como meta a reconstrução de competências da espécie”¹⁵.

Portanto, elas têm uma pretensão especialíssima de descrever e tornar explícitas estruturas profundas de competência. O método que ele utiliza para isso é aproveitar parte das teorias já existentes sobre tais competências¹⁶. Embora Habermas continue um crítico de conhecimentos determinados, como a sociologia de Luhmann ou o positivismo nas ciências sociais e jurídicas, ele consegue vislumbrar momentos da racionalidade comunicativa nas teorias que analisa, como é o caso de certas teorias sociológicas, a exemplo do próprio Weber ou da filosofia analítica da linguagem. Esse caráter do seu pensamento não anula a determinação de sua teoria como sendo crítica, ainda que tal determinação esteja em um outro nível, visto que o que ele intenta, antes de tudo, é dar conta da fundamentação da teoria crítica. Nesse sentido, com a teoria da racionalidade comunicativa alcançada pelo método reconstrutivo, Habermas amplia os temas da teoria crítica e encontra um novo paradigma explicativo que permite “simultaneamente fornecer uma solução para o ancoramento real da *emancipação* na configuração

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. Teoria y práxis. Madrid: Tecnos, 1987, p. 33. Trata-se da explicitação de “um saber intuitivo, que forma um Know-How, que está dado com a competência no uso das regras” (HABERMAS, Jürgen. Teoria y práxis. Madrid: Tecnos, 1987, p. 33).

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des Kommunikativen Handelns. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984, p. 370.

¹⁶ Tal tese se apresenta fortemente no texto A filosofia como guardador de lugar e como intérprete que compõe o livro HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo. (Trad. Guido A. de Almeida: Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 30.

social atual e estabelecer um parâmetro crítico para avaliar tanto o conhecimento produzido quanto situações sociais concretas, já que o *potencial comunicativo* inscrito na vida social jamais se realiza plenamente”¹⁷. Como ver-se-á adiante na análise weberiana do conceito de ação e de legitimidade, Habermas buscará mostrar como na teoria weberiana operam determinações da racionalidade que permanecem ocultas no texto do autor analisado, mas que são importantes para a construção da sua própria posição.

Feita a observação acima, é conveniente retomar alguns aspectos da análise weberiana do direito para se compreender melhor esses pontos. Segundo Weber, a legitimidade é uma crença no dever-ser de uma norma¹⁸. No caso do direito, como ordem jurídica, ele está garantido externamente pela probabilidade da *coação* (física ou psíquica)¹⁹, já que a legalidade é uma forma de legitimidade sobre a qual se acrescenta a coerção, o que permite que ela seja classificada como possível de ser legitimada com relação a fins.

O conceito de coerção remete ao conceito de poder, cuja definição ele apresenta do seguinte modo: “*poder* significa a probabilidade de impor a própria vontade, dentro de uma relação social, mesmo contra toda a resistência e qualquer que seja o fundamento desta probabilidade”²⁰. O poder, quando revestido de legitimidade, é obedecido. A obediência aos ditames do poder metamorfoseia-o em *dominação*, sendo a *disciplina* uma obediência automatizada. Uma associação de dominação é *política* quando pode contar com a coerção externa, portanto, com o poder. O *Estado* é um instituto político que consegue manter com êxito o monopólio

¹⁷ NOBRE, Marcos. A Teoria Crítica. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 57-8.

¹⁸ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, s/d, p. 16.

¹⁹ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, s/d, p. 17.

²⁰ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, s/d, p. 28.

legítimo do uso da força física para sustentar a ordem, a qual, ainda que não seja o modo normal de manutenção das associações políticas, é o seu meio específico, a sua última *ratio*.

Essa consideração de Weber, por um lado, unifica poder e direito, enquanto uma pura forma coercitiva despida de conteúdo e, por outro lado, separa essa forma de qualquer conteúdo que lhe possa ser acrescentado. Ou seja, a definição de direito, como acima visto, une-o, intrinsecamente, com o poder, ou seja, com a coerção, despojando-o de qualquer conteúdo. Mesmo a legitimidade jurídica, aqui, é privada de conteúdo, pois ela é formal, remetendo ao procedimento de sua criação e à crença de que esse procedimento é legítimo. Nas palavras de Weber,

“não é possível definir uma associação política – inclusive o ‘Estado’ – assinalando os fins da ‘ação da associação’ [...] não existiu nenhum fim que ocasionalmente não haja sido perseguido pelas associações políticas; e não houve nenhum [...] que todas essas associações tenham perseguido. Só se pode definir, por isso, o caráter político de uma associação pelo meio [...] que sem ser-lhe exclusivo é certamente específico e para a sua essência indispensável: a coação física”²¹.

Portanto, não há, para ele, um direito substancial que possa receber o nome de direito, independentemente de um aparato normativo. Daí a sua filiação ao positivismo, pois este se caracteriza menos pela afirmação de que o direito é o direito positivo e mais pelo que subjaz a essa afirmação, a saber, que o direito é o direito positivo porque, em última análise, ele não passa de uma forma coercitiva²². A formulação de Kelsen sobre o direito positivo ajuda a compreender melhor a posição de Weber:

²¹ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, s/d, p. 30.

²² FG p. 113.

“o Direito positivo é essencialmente uma ordem de coerção. Ao contrário das regras do direito natural, as suas regras derivam da vontade arbitrária de uma autoridade humana e, por esse motivo, simplesmente por causa da natureza de sua fonte, elas não podem ter a qualidade da auto-evidência imediata. O conteúdo das regras do Direito positivo carece da necessidade ‘interna’ que é peculiar às regras do direito natural em virtude de sua origem [...] a doutrina que declara a coerção como característica essencial do Direito é uma doutrina positivista e se ocupa unicamente com o Direito positivo”²³.

Para Kelsen, conseqüentemente, o sistema do direito natural tende a ser um sistema estático, o que determina um caráter conservador ao mesmo, ao contrário do direito positivo que é um sistema dinâmico em razão de se reconhecer como um produto da atividade humana. Aliás, a afirmação de FG de que a forma jurídica não é fundamentada moralmente²⁴ honra a seu modo essa formulação positivista do direito.

Tal consideração permite a Weber oferecer uma concepção de legitimidade da legalidade de caráter formal²⁵, isto é, neutra com relação a conteúdos, bem como uma concepção de direito que corresponde a essa neutralidade. Nesse sentido, Weber é partidário de uma legitimidade estritamente processual, já que uma norma portará um índice de crença na sua legitimidade pelo motivo principal do procedimento legal pelo qual passou: “a forma de legitimidade hoje mais corrente é a crença na *legalidade*: a obediência a preceitos jurídicos positivos estatuídos segundo o procedimento usual e *formalmente* correto”²⁶. Dessa forma, segundo ele, o que caracteriza a dominação legal é que “qualquer

²³ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 559.

²⁴ FG p. 143.

²⁵ WEBER, Max. Wirtschaft und Gesellschaft. Tübingen: Mohr, s/d, p. 502s.

²⁶ WEBER, Max. Wirtschaft und Gesellschaft. Tübingen: Mohr, s/d, p. 19.

direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma”²⁷. Sendo a legitimidade uma crença, nada impede que normas distintas e mesmo contraditórias possam ser consideradas como válidas²⁸. Sendo assim, pode-se ver como Weber apresenta um conceito de direito, bem como de poder, neutro com relação a qualquer determinação de legitimidade no que concerne a conteúdos, já que qualquer conteúdo pode ser objeto de uma norma legítima.

Esse imbricamento entre Estado e legalidade nos remete à noção de Estado legal, cuja melhor formulação para Weber será a burocracia. O Estado regido pela legalidade é portador de algumas características peculiares. Primeiro, o seu aspecto processual, já que qualquer direito pode se criar e se modificar por meio de um estatuto sancionado corretamente quanto à forma, como visto acima. Em segundo lugar, a legalidade, já que se obedece não à pessoa em virtude de seu direito próprio, mas à *regra* estatuída, a qual estabelece, ao mesmo tempo, a quem e em que medida se deve obedecer, de tal forma que também o que emite uma ordem obedece a uma regra, a saber, à lei ou ao regramento de uma norma *formalmente* abstrata²⁹.

Contrariando as teses de Weber expostas na *Teoria da ação comunicativa* de 1981, Habermas vincula, em parte do texto, a legitimidade do direito à racionalidade moral, esta última apresentada nas *Notas programáticas para uma fundamentação da ética discursiva*³⁰ de 1983, sendo tal vinculação desenvolvida

²⁷ WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. [Coleção grandes cientistas sociais n.13 WEBER, Max. Sociologia]. 5. ed., São Paulo: Ática, 1991, p. 128.

²⁸ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, s/d, p. 16-7.

²⁹ WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. [Coleção grandes cientistas sociais n. 13. WEBER, Max. Sociologia]. 5. ed., São Paulo: Ática, 1991, p. 129.

³⁰ Trata-se do cap. 3 de *Consciência moral e agir comunicativo*.

sistematicamente nas *Tanner Lectures* de 1986, e em *Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?* de 1987.

No mencionado texto de 1981, *Teoria da ação comunicativa*, Habermas parte da análise de três características imputadas por Weber ao direito, mormente o moderno, a positividade, a legalidade e a formalidade³¹. Chama a atenção, particularmente com relação ao primeiro ponto, o caráter pós-tradicional do direito, ou seja, a vinculação do direito àquele estatuto positivado pelo legislador. Já com relação ao segundo aspecto, destaca-se a independência dos motivos e, portanto, uma versão processual da legitimidade e, com relação ao último, estatui-se a neutralização moral do direito.

Com o conceito de fé na legalidade, Weber estabelece um vínculo com a racionalidade que habita na forma do direito – o que legitima o poder exercido nesta forma – desvinculando a legitimidade da fé na tradição ou no carisma. “Isso significa, para Weber, que o direito dispõe de uma racionalidade própria, que não depende da moral”³². Ao contrário, qualquer ligação com a moral implica um risco a essa racionalidade. Como ver-se-á, o que Habermas procurará no contexto das *Tanner Lectures* será negar esta tese, a saber, que a racionalidade da forma jurídica seja independente da moral, ao passo que em FG ele restabelecerá – em termos – a tese de Weber, sem, no entanto, despedir a moral *tout court*.

Essa neutralização moral do direito em conjunção com uma concepção decisionista do mesmo, como dito, é a questão que Habermas quer criticar. O ponto está em que, sendo controversos os princípios substantivos de moralidade, como natureza e razão, Weber – na interpretação de Habermas – une uma concepção

³¹ HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. (Band I). Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981, p. 351-2.

³² TrFG2 p. 193 [FG p. 541].

positivista de procedimento³³ que engendra a legitimidade com um conceito decisionista³⁴ dos conteúdos.

Nesse particular cabe um esclarecimento sobre o que significa ser positivista e decisionista. Habermas define o decisionismo como um ato discricionário³⁵ ou como aquele que decide sem fundamentos³⁶. Já o positivismo, para ele, é aquela posição que privilegia a segurança sobre a correção³⁷. Fazendo uso da terminologia introduzida por Dworkin que distingue princípios de regras, o positivista é o que nega tal distinção, tendo por consequência a redução de todas as normas jurídicas a regras, o que determina, em não havendo princípios, que se tenha que decidir discricionariamente no caso de lacuna das regras. Nesse caso, o positivista é um decisionista³⁸. Habermas, por seu turno, quer evitar ambos, ou seja, um conceito positivista de procedimento, bem como uma concepção decisionista dos conteúdos.

Crítica de Habermas a Weber

No sentido apontado acima, a argumentação de Habermas consiste em mostrar como em Weber já opera implicitamente um

³³ HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. (Band I). Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981, p. 358-9.

³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. (Band I). Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981, p. 361-2.

³⁵ FG p. 248.

³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. (Band I). Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981, p. 358-9.

³⁷ FG p. 248.

³⁸ FG p. 256. O positivismo responde a um aspecto conceitual da teoria do direito, segundo o qual “a verdade de uma proposição legal consiste em fatos acerca das regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e nada mais que isto” [DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1977, p. VII]. Portanto, dentre outras consequências, não existem direitos anteriores ao direito positivo. Calcado no princípio da segurança, o positivismo determina o encurtamento semântico das normas, operando, tecnicamente, com o conceito de regras, as quais têm uma abrangência semântica bem determinada: “Rules are applicable in an all-or-nothing fashion”; princípios têm “the dimension of weight or importance” [DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1977, p. 24 e 26]. Assim, o positivismo apresenta um tipo de aplicação mecânica para os casos simples e, para os casos difíceis, uma aplicação baseada na discricionariedade [discretion], sendo que onde há arbítrio do juiz não há lei: “So far as the judge’s arbitrium extends, there is no law at all” [AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence*. [V. I]. Glashütten im Taunus: Auvermann, 1972. [1. ed., 1863. p. 664].

tipo de racionalidade para além daquela instrumental por ele explicitamente admitida, a qual estaria na base da própria justificação da legalidade. Ele analisa dois pontos centrais da teoria weberiana nos quais isso ocorreria. O primeiro se refere à definição de ação social e o segundo à definição de legitimidade do direito. Em ambos os momentos, Habermas quer flagrar a racionalidade comunicativa operando implicitamente na argumentação weberiana.

Com relação ao primeiro ponto, de fato, Weber define “ação” do seguinte modo: “por ‘ação’ se deve entender uma conduta humana [...] sempre que o sujeito ou sujeitos da ação *unam* a ela um sentido subjetivo”³⁹. O ponto de Habermas é que ele, para introduzir o conceito de ação social, não pode fazê-lo somente com a definição acima que Habermas avalia em sua terminologia como monológica e intencionalista, portanto devedora do paradigma da consciência, o qual implica certo grau de solipsismo. Por isso, Weber tem que fazer duas determinações a mais que extrapolariam o limite de sua definição, determinações essas que poriam em operação elementos de uma racionalidade comunicativa obliterada no texto explícito. Nesse sentido, veja-se agora a definição de ação social: “a ‘ação social’, portanto, é uma ação na qual o sentido mentalizado por um sujeito ou sujeitos está referido à conduta de *outros*, orientando-se por esta em seu desenvolvimento”⁴⁰. Ou seja, a ação social se orienta pelas ações dos outros⁴¹. Além disso, ele acrescenta: “por ‘relação’ social se deve entender uma conduta plural – de vários – que, pelo sentido que encerra, se apresenta como reciprocamente ‘referida’, orientando-se por essa reciprocidade”⁴². Assim, ele não consegue introduzir o conceito de ação social como uma explicação do conceito de sentido subjetivo tal qual declinado na definição

³⁹ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, s/d, p. 1.

⁴⁰ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, s/d, p. 1.

⁴¹ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, s/d, p. 11.

⁴² WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, s/d, p. 13.

básica de ação, mas se vê na necessidade de completar o modelo da ação teleológica com duas determinações a mais para que se possam cumprir as condições para definir uma ação como social, a saber, (a) a orientação em função do comportamento dos outros e (b) a relação reflexiva entre as orientações para ação, ou seja, deverão ser ações reciprocamente referidas⁴³.

No caso do direito, Weber define a legitimidade da legalidade do seguinte modo: “esta legalidade pode valer como legítima: (a) em virtude de um pacto dos interessados; (b) em virtude de uma imposição [Oktroyierung] por uma autoridade considerada legítima e da correspondente obediência”⁴⁴. Em qualquer uma dessas formulações, a fonte da legitimidade não é a legalidade enquanto tal - acusa Habermas -, mas, no primeiro caso, um acordo, um pacto e, no segundo, uma autoridade já considerada legítima. Como se sabe, os dois critérios se mesclam, pois nunca um pacto é unânime, sendo as regras da maioria impostas à minoria pela autoridade legítima resultante da maioria. De qualquer modo, a fonte de legitimidade não é a legalidade como tal, mas o acordo. Aponta-se, assim, para a insuficiência do critério formal legal de correção do direito, buscando uma fundamentação de outro tipo, de tal modo que “a fé na legalidade de um procedimento não pode engendrar *per se* legitimidade, isto é, somente pela virtude da correção processual do procedimento estabelecido positivamente”⁴⁵.

Em FG é registrada, ademais, a insuficiência filosófica de Weber, haja vista este não ter distinguido corretamente entre si três termos importantes: doutrina legal, teoria legal e filosofia do direito. Na verdade, Habermas está reclamando pela negligência

⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. (Band I). Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981, p. 378.

⁴⁴ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, s/d, p. 19.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. (Band I). Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981, p. 360.

de Weber com relação à última, o que se deveu, sugere ele, ao ceticismo weberiano quanto à possibilidade de uma moral cognitivista⁴⁶. De fato, para Weber, “os critérios *materiais* para julgar o que é legítimo em sentido jusnaturalista são a ‘natureza’ e a ‘razão’”⁴⁷. No entanto, a tônica de seu pensamento é absolutamente crítica de tal possibilidade: “o conceito de *racionalidade material* é completamente equívoco”⁴⁸. Nessa classe da equivocidade ele nomina as exigências éticas, a igualdade, a utilidade, em suma, a própria racionalidade moral.

O modelo das *Tanner Lectures* (1986)

Interessantemente, no contexto das *Tanner Lectures*, Habermas defende - contra Weber - a tese de que a legitimidade não resulta das características formais do direito, a saber, (a) do seu caráter sistemático; (b) do seu caráter abstrato e geral e (c) da segurança⁴⁹ e, sim, “de implicações morais, que podem ser inferidas dessas características”⁵⁰. No texto, ele faz uma minuciosa análise dos caracteres do direito que Weber considerara formais, para desmascará-los na sua natureza verdadeiramente moral. Uma acusação, aliás, que Rawls parece endereçar ao Habermas de FG⁵¹.

⁴⁶ FG p. 95.

⁴⁷ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, s/d, p. 497.

⁴⁸ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, s/d, p. 45.

⁴⁹ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, s/d, p. 504.

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. II]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 198 [HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 547].

⁵¹ “I see my reply as a defense of liberalism since any liberal view must be substantive, and it is correct in being so. Moreover, I do not see why Habermas’s view is not also substantive, even though the substantive elements may differ” [RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 421]. Por “substância” Rawls entende no presente contexto, valores morais como a imparcialidade, como se verá adiante.

Portanto, as qualidades formais do direito só poderiam garantir a legitimidade “na medida em que se tivessem comprovado como ‘racionais’ em um sentido prático moral”⁵². Habermas acusa Weber de não ter reconhecido isso devido ao seu ceticismo moral, o qual militava contra uma moral substantiva que fosse válida universalmente. No entanto, avalia Habermas, ele não levou a sério a possibilidade de uma moral cognitivista, embora formalmente considerada. Dito claramente, nas *Tanner Lectures*, “a legitimidade da legalidade não pode ser explicada a partir de uma racionalidade autônoma inserida na forma jurídica isenta de moral; ela resulta, ao invés disso, de uma relação interna entre direito e moral”⁵³. Ele propõe mesmo uma fusão, um entrelaçamento [Verschränkung] de procedimentos: “a legitimidade pode ser obtida através da legalidade na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à própria racionalidade procedimental”⁵⁴.

Assim, vislumbra-se, nessa relação complementar entre moral e direito, um verdadeiro entrelaçamento [Verschränkung] entre ambos⁵⁵, de modo que, nas *Tanner Lectures*, a moral, despida de conteúdo e sublimada em procedimento, pode controlar o direito e

⁵² HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. [v. II]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 200-1 [HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 549].

⁵³ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. [v. II]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 202 [HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 550].

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. [v. II]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 203 [HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 552].

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 568.

vice-versa⁵⁶. Mesmo que o direito domestique as argumentações morais pelo estabelecimento de competências, prazos, critérios, tal arquitetônica não atinge a própria lógica da argumentação moral, visto que a própria racionalidade jurídica é analisada e compreendida em termos morais, ainda que processuais. Habermas propõe claramente o padrão de um processo moral de argumentação como critério para avaliar os procedimentos jurídicos⁵⁷.

Nesse sentido, a racionalidade formal do direito se torna dependente da moral⁵⁸, sem que tal remoralização do direito destrua as suas qualidades formais, pois a moral é entendida em um sentido mais abstrato, qual seja, como procedimento⁵⁹. Desse modo, é possível “extrair do próprio processo de legislação democrática o ponto de vista moral da imparcialidade”⁶⁰. Tal possibilidade depende, claro, do modo como se interpreta a universalidade. Ela pode significar ou a lei geral e abstrata ou a universalidade processual que se diz no modo da aceitação por muitos ou por todos⁶¹. No último sentido, a moralidade opera dentro do processo legislativo

⁵⁶ “De sorte que o direito [Verfahrensrecht] e a moral procedimentalizada podem controlar-se mutuamente” [HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. II]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 218 [HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 568]].

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 570.

⁵⁸ “A legitimidade da legalidade não pode ser explicada a partir de uma racionalidade autônoma inserida na forma jurídica isenta de moral; ela resulta, ao invés disso, de uma relação interna entre direito e moral” [HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. II]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 202 [HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 550]].

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 571.

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. II]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 244 [HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 596].

⁶¹ Ver a esse respeito VOLPATO DUTRA, Delamar José. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

no sentido de submetê-lo ao princípio de universalização e, portanto, ao ponto de vista moral que se deve obedecer ao justificar normas⁶². A racionalidade processual incorporada pelo direito, a saber, aquela de caráter moral, é a única que pode garantir a legitimidade em um mundo pluralista.

Nas *Tanner Lectures*, como já mencionado, Habermas levanta as seguintes características formais que Weber imputa ao direito: (a) o caráter sistemático; (b) o caráter abstrato e geral; (c) a segurança⁶³. Desse modo, como já propusera Weber, e conforme já foi mencionado acima, pode-se concluir facilmente que “a racionalidade do direito está fundamentada nas suas qualidades formais”⁶⁴, o que implica a tese da sua neutralidade sob o ponto de vista moral. Tal ocorre porque “a materialização configura uma moralização do direito, isto é, a introdução de pontos de vista da justiça material no direito positivo. Disso resultou a afirmação crítica, segundo a qual, o estabelecimento de um nexos interno entre direito e moral destrói a racionalidade que habita no *medium* do direito enquanto tal”⁶⁵.

É desse modo que, no que concerne a (c), a segurança jurídica, pode-se perceber que ela é na verdade um valor dentre outros e que concorre com outros valores, por exemplo, com a participação

⁶² HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 597. Ver a esse respeito VOLPATO DUTRA, Delamar José. O acesso comunicativo ao ponto de vista moral. Síntese Nova Fase. V. 25, n. 83, 1998, p. 509-526.

⁶³ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, s/d, p. 504.

⁶⁴ TrFG2 p. 197 [FG p. 545].

⁶⁵ TrFG2 p. 197 [FG p. 547]. O próprio Weber constata como o direito natural formal, por exemplo aquele do modelo contratualista, se transformou progressivamente em direito natural substantivo, a partir de determinações sociais e econômicas, como é o caso do socialismo ou das posições regulamentadoras e limitadoras da vontade contratual negocial. Tal é o caso da tese da exploração do Estado de necessidade na lei da usura, a qual proíbe juros elevados, e a nulidade das cláusulas contratuais leoninas [WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, s/d, p. 506]. Tais limitações ao formalismo só podem ser feitas, segundo ele, a partir de determinações materiais, ligadas, não ao mundo jurídico, mas ao mundo ético, o qual, como sabemos, porta, para Weber, uma certa dose de irracionalidade por remeter sempre a uma moral tradicional.

em igualdade de chances no processo político e com a justiça social, até porque, neste último caso, as leis são feitas com conceitos jurídicos indeterminados, como os de saúde e de educação. Ou seja, às vezes se oblitera discretamente razões de segurança jurídica em nome de uma maior legitimidade⁶⁶. No entanto, esses são valores concorrentes que têm que ser ponderados e decididos: “tais colisões têm que ser decididas sob o ponto de vista moral da possibilidade de universalização de interesses”⁶⁷. Com relação a (b), o caráter abstrato e geral, percebe-se a sua aproximação ao princípio da igualdade perante a lei, o que corresponde ao princípio: “aquilo que é igual tem que ser tratado de modo igual e o que é diferente tem que ser tratado de modo diferente”⁶⁸. Por fim, (a), o caráter sistemático é só um elemento na busca de fundamentação, a qual se torna mais premente em razão da modificabilidade do direito. Assim, o trabalho sistematizador visaria a encontrar princípios evidentes que justificariam o direito, mesmo este sendo modificável. Este caráter principiológico da sistematização aponta para uma validade pós-tradicional que não poderia se basear só nos costumes. No entanto, os princípios gerais uma vez que fossem encontrados, quando problematizados, clamariam mais, para sua fundamentação, a uma razão prática no sentido de Kant, do que a uma racionalidade científica neutra moralmente que se limitaria a encontrar e formular claramente tais princípios já operantes⁶⁹.

Como se percebe, a argumentação contra Weber aponta no sentido de moralizar o procedimento jurídico a partir da ética discursiva, a qual se autocompreende em um sentido formal. Assim, Habermas, na medida em que aceita parcialmente o ceticismo de

⁶⁶ Veja-se a esse respeito THEODORO JÚNIOR, Humberto, FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. Revista dos tribunais. São Paulo: ano 91, v. 795, jan de 2002, p. 21-40.

⁶⁷ TrFG2 p. 199 [FG p. 547].

⁶⁸ TrFG2 p. 200 [FG p. 548].

⁶⁹ TrFG2 p. 200 [FG p. 548-9].

Weber quanto à moral tradicional, também reconstrói a possibilidade de uma moral racional em um nível mais abstrato, aquele dos procedimentos, “porque a força legitimadora reside em *processos* que institucionalizam o caminho para o seu resgate argumentativo”⁷⁰. Assim, o que a filosofia – ausente em Weber, como mencionado – pode justificar é um procedimento que marcará os seus produtos com a legitimidade, embora não haja garantias que isso ocorra, devido às limitações a que tais procedimentos estão submetidos.

Cabe observar que o caminho da remoralização do direito escolhido por Habermas busca evitar o que poderia se assemelhar a uma renovação do direito natural, pois este, frente a uma sociedade pluralista, teria conteúdos com premissas normativas fortes demais, de tal sorte que “somente as teorias da justiça e da moral ancoradas no procedimento prometem um processo *imparcial* para a fundamentação e avaliação de princípios”⁷¹. Ou seja, ele comunga com Weber um certo ceticismo quanto à correção dos conteúdos, implicando em contrapartida que se deva analisar, como opção, o núcleo racional do procedimento. Nesse sentido, o próprio contratualismo ou o imperativo categórico podem ser entendidos como procedimentos: “o modelo do contrato social, do mesmo modo que o imperativo categórico, pode ser entendido como proposta para um processo, cuja racionalidade garante a correção de qualquer tipo de decisão tomada conforme um procedimento”⁷². No entanto, o procedimento não pode ele próprio ser despido de uma racionalidade prática. Weber teria sido levado a isso por não conseguir conceber uma racionalidade para além da instrumental, mas que, como visto, tal racionalidade seria operante em Weber *pace* ele mesmo.

⁷⁰ TrFG2 p. 214 [FG p. 563].

⁷¹ TrFG2 p. 213 [FG p. 562-3].

⁷² TrFG2 p. 201-2 [FG p. 550].

Forçoso concluir, assim, que a legitimidade se deve “a um conteúdo moral implícito nas qualidades formais do direito”⁷³. Tal conteúdo normativo pode ser analisado a partir da idéia de imparcialidade, pois segundo ele, “essa idéia da imparcialidade forma o núcleo da razão prática”⁷⁴, pois ela requer que se encontre uma perspectiva que esteja acima da pluralidade das idéias de vida boa⁷⁵. Por isso, teorias da justiça contratualistas, como a de Rawls, desenvolvem processos que tentam traduzir esta idéia de imparcialidade, torná-la operacional processualmente, tanto que Rawls sustenta que a posição original é um procedimento que leva à unanimidade⁷⁶, pois as diferenças entre os participantes contratantes não seriam conhecidas, o que tornaria todos igualmente racionais. Assim, haveria um imbricamento entre justiça processual pura e equidade⁷⁷. Ele chega a afirmar que uma tal formulação não é estranha à teoria moral, por exemplo, àquela de Kant⁷⁸. Habermas, nessa mesma direção, sustenta: “para saber se tal processo puro, que precede qualquer institucionalização, é racional, é necessário averiguar se nele se expressa adequadamente o *moral point of view*”⁷⁹. Tal padrão de racionalidade pode ser estendido para o procedimento de legislação – para o qual chamou a atenção Ely – que visa a “assegurar a consideração simétrica de todos os interesses envolvidos e de todos os aspectos relevantes de uma matéria sujeita a regulamentação”⁸⁰.

⁷³ TrFG2 p. 214 [FG p. 563].

⁷⁴ TrFG2 p. 214 [FG p. 563].

⁷⁵ “Impartiality asks us to find a perspective that stands above competing ideas of the good life and worthwhile ends; in this sense, right has priority over the good” [CHAMBERS, Simone. Reasonable Democracy: Jürgen Habermas and the Politics of Discourse. Ithaca: Cornell University Press, 1996, p. 19].

⁷⁶ RAWLS, John. A Theory of Justice. [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 118; RAWLS, John. Justiça como equidade: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 122].

⁷⁷ RAWLS, John. A Theory of Justice. [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 104.

⁷⁸ RAWLS, John. A Theory of Justice. [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 120, 233.

⁷⁹ TrFG2 p. 214 [FG p. 564].

⁸⁰ TrFG2 p. 220 [FG p. 570].

Nesse sentido, ele compara os dois processos, aquele sob a forma jurídica e aquele sob forma moral e observa que o processo jurídico é completo, pois tem critérios independentes, externos, ditados positivamente pelo legislador, ao passo que o processo moral é incompleto, pois não tem critérios independentes, estando enclausurado em si mesmo⁸¹. Seja como for, ambos os processos têm pressupostos idealizados inevitáveis no sentido de uma coerção transcendental fraca⁸², pressupostos esses que tangenciam a idéia normativa moral de imparcialidade. Seria a fragilidade da racionalidade procedimental imperfeita que clamaria pelo direito, o que Habermas traduzirá na tese da indeterminação cognitiva da moral, na tese da fraqueza da vontade e na tese do déficit institucional da moral. Ou seja, a imputabilidade de uma norma moral bem fundamentada depende da expectativa de que ela seja obedecida por outros, sendo que, para ele, os próprios argumentos de justificação necessitam, de alguma forma, dessa expectativa de obediência geral. Visível também na formulação anterior, a tese de uma justificação moral da própria forma jurídica que desaparecerá na obra FG. É nesse sentido, aliás, que se pode falar de uma ética da responsabilidade, já que o direito compensaria a fraqueza da moral, sob o ponto de vista externo, posto que os motivos não podem ser forçados. Inegável, nesse sentido, a vantagem da coerção e da modificabilidade do direito.

Como contraponto ao que se poderia chamar positivismo processual e decisionismo dos conteúdos, Habermas estatui o procedimento moral como padrão de correição do procedimento positivamente estabelecido, atenuando fortemente, com isso, o caráter decisionista dos produtos oriundos deste procedimento, visto que o característico do procedimento moral é o vínculo

⁸¹ FG p. 565.

⁸² FG p. 565.

argumentativo que deve gravitar o ato decisório. Habermas vincula, portanto, o direito à racionalidade moral, a qual ele desenvolverá em 1983, e que se comprova em relação ao direito nas *Tanner Lectures* de 1986. Não que Habermas dispusesse de uma moral processual, pois a moral reside para ele no desempenho discursivo de uma das pretensões de validade, segundo um procedimento baseado no princípio de universalização que ele tentou deduzir da própria racionalidade comunicativa em 1983. No entanto, o procedimento da moral, por exigir mais do que o procedimento legal, é tal que assegura com muito mais garantia a correção de seu resultado. Nesse ponto, Habermas parece desconfiado do procedimento jurídico, diferentemente do que ocorrerá em FG, onde ele parece duvidar da possibilidade de realizar adequadamente o procedimento moral, devido, por exemplo, à indeterminação cognitiva e à fraqueza motivacional que agora não parecem mais ser domesticadas pelo direito. Quiçá, esta última possa ser uma razão a aduzir a favor da desqualificação do procedimento moral como paradigma dos procedimentos jurídicos positivamente estabelecidos, visto que, de qualquer modo, o característico do procedimento moral, que é vincular a motivação, permanece opaco às determinações jurídicas.

Nas *Tanner Lectures* a reciprocidade do controle dos procedimentos moral e jurídico implica não só o controle moral do procedimento jurídico, mas também a domesticação daquele por parte deste, ao passo que em FG fica interdito esse controle recíproco no que concerne aos procedimentos, de tal forma que nem o processo moral é mais domesticado juridicamente, operando, portanto, com toda profundidade e exigência que lhe são próprios, e nem o procedimento jurídico é moralizado, sendo-lhe permitido operar com padrões próprios de legitimidade mais permissivos que os morais. No contexto pré-FG a avaliação moral era o padrão para julgar a validade jurídica; já, em FG, a moral incidirá de algum modo

sobre os conteúdos resultantes do princípio da democracia – esta é a tese -, sendo que este princípio agora adquire maioria em relação à moral.

Como salientado, nas *Tanner Lectures* o aprofundamento moral da legitimidade jurídica é tal que as próprias condições formais da racionalidade jurídica, o germen da forma jurídica, são travestidas moralmente, do que ele parece claramente recuar em FG. Argumentando desse modo, a moral escrutina os procedimentos jurídicos e aí cumpre seu papel legitimatório. Portanto, há uma quase fusão entre os procedimentos jurídico e moral, posto que aquele, embora tenha critérios externos, não tem um procedimento específico. O ponto está em que precisa um procedimento específico, o moral, que possa garantir que o acordo seja racional, na medida em que possibilita a aceitação por parte de todos. Logo, não é qualquer processo que servirá, mas só o procedimento moral, e não é qualquer produto, mas só aquele oriundo do procedimento discursivo com marca moral. Em FG, a moral não escrutina o procedimento jurídico, embora este permaneça aberto às razões morais. Nem pode – frise-se – o direito suplementar a moral nesse particular. O que dá impressão de ocorrer agora na nova arquitetura é que a moral tem seu procedimento, cujos produtos passam a vincular o legislador sob o ponto de vista normativo – ainda que negativamente -, visto o procedimento moral permanecer cognitivamente melhor que o jurídico. Portanto, há uma pretendida separação entre os procedimentos, já que o jurídico, por sua natureza mesma, é mais amplo, incluindo as razões morais. No contexto da *Tanner Lectures*, diferentemente, não só Habermas dispõe do procedimento moral como contraponto ao positivamente estabelecido como a neutralização moral da forma jurídica operada por Weber é avaliada de forma míope em relação à sua própria possibilidade de justificação.

Cabe observar, ainda, que nas *Tanner Lectures*, o direito já detinha a função sistêmica de complemento da fraqueza institucional da moral⁸³, o que será potencializado em FG, mas, diferentemente do que ocorre em FG, a moral detinha a função privilegiada de justificação do direito no sentido acima explicitado, ou seja, na avaliação do procedimento juridicamente estabelecido para a produção de normas. A sua indicação na mencionada nota 4 sugere que este modo de compreender a função da moral desapareceu do empreendimento de FG e que a legitimidade jurídica passou a se estatuir de forma autônoma à moral?

Conclusão

Considerando a posição processual de Habermas, bem como a tese da conexão entre direito e moral, podem ser apontados três modelos de apresentação da relação entre direito e moral⁸⁴. A saber:

Modelo 1: o procedimento moral incide sobre o procedimento jurídico. Esse é o modo de proceder que se encontra nas *Tanner Lectures* [1986]. Cabe mencionar que o presente modelo intenta respeitar a autonomia de ambos os sistemas, pois a moral somente faria a correção dos procedimentos jurídicos, sem ditar conteúdos específicos. Esse é o modelo que foi apresentado no presente texto.

Podem, ainda, ser apresentados mais dois modelos no contexto de FG, os quais serão tratados em outras oportunidades, a saber:

⁸³ FG p. 566-7.

⁸⁴ Ver a esse respeito VOLPATO DUTRA, Delamar José; LOIS, C. C. Modelos de moralização do direito: um estudo a partir de Habermas. *Seqüência*. V. 55, 2007, p. 233-252.

Modelo 2: os produtos do procedimento moral são vinculantes para o procedimento jurídico. Os processos jurídico e moral são separados, sendo que os produtos resultantes de ambos são relacionados como se a moral fizesse exigências conteudísticas àquilo que deveria resultar do procedimento jurídico. Ademais, os próprios produtos morais podem já entrar diretamente no procedimento jurídico, juntamente com outros argumentos. Esse é o sentido da complementaridade como explicitamente tratado em FG [1991], pois aí a moral exige posituação. Pode-se afirmar que se trata de uma complementaridade do ponto de vista do observador, segundo a qual o direito parece cumprir um papel funcional de suprir os déficits funcionais da moral;

Modelo 3: o procedimento moral é prévio ao jurídico, tendo a função negativa de eliminar conteúdos incompatíveis com a moral. Os procedimentos moral e jurídico são separados, mas se complementam negativamente. Segundo o esquema de Habermas, os conteúdos passariam antes pelo procedimento moral para ver de sua compatibilidade com razões morais para depois adentrarem no procedimento jurídico. Habermas sugere esse modelo em FG, mas não o desenvolve. Ele parece com o modelo legislativo, no qual todos os projetos de leis passam previamente pela comissão de constituição e justiça, antes de serem encaminhados para a comissão temática específica. Aproxima-se também do modelo de controle de constitucionalidade que, embora posterior, faz o papel do legislador negativo, alegando com isso não ferir o estatuto democrático que a legislação deve portar. Pode-se afirmar que se trata de uma complementaridade do ponto de vista do participante, segundo a qual a moral parece cumprir um papel de suprir os déficits de legitimidade do direito.

REFERÊNCIAS

- APEL, Karl-Otto, OLIVEIRA, Manfredo Araújo de, MOREIRA, Luiz. *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004, p. 201-321.
- APEL, Karl-Otto. *Auseinandersetzung in Erprobung des transzendentalpragmatischen Ansatzes*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence*. [V. I]. Glashütten im Taunus: Auvermann, 1972 [1. ed., 1863].
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1977.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. (Trad. Guido A. de Almeida: Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. I]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría y praxis*. Madrid: Tecnos, 1987.
- HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. (Band I). Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981.
- HABERMAS, Jürgen. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984.
- HECK, José N. Razão prática: uma questão de palavras? A controvérsia Habermas/Kant sobre moral e direito. *Kant e-prints*. Campinas: Série 2, v. 1, n.1, 2006, p. 19-30.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KETTNER, Matthias. The Disappearance of Discourse Ethics in Habermas's *Between Facts and Norms*. IN BAYNES, Kenneth, SCHOMBERG, René von. *Essays on Habermas's "Between Facts and Norms"*. Albany: SUNY, 2002, p. 201-218.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. [G. Bayer: Rechtssociologie 1]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MUGUERZA, Javier. Prólogo. In: VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *La teoría discursiva del derecho: sistema jurídico y democracia em Habermas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- NOBRE, M. A idéia da teoria crítica. IN MÜLLER, Maria Cristina, CENCI, Elve Miguel. *Ética, política e linguagem: confluências*. Londrina: CEFIL, 2004.
- NOBRE, Marcos. *A Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 57-8.

- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- RAWLS, John. *Justiça como eqüidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.
- VOLPATO DUTRA, Delamar José. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.
- VOLPATO DUTRA, Delamar José. O acesso comunicativo ao ponto de vista moral. *Síntese Nova Fase*. V. 25, n. 83, 1998, p. 509-526.
- VOLPATO DUTRA, Delamar José; LOIS, C. C. Modelos de moralização do direito: um estudo a partir de Habermas. *Seqüência*. V. 55, 2007, p. 233-252.
- WEBER, Max. *Os três tipos puros de dominação legítima*. [Coleção grandes cientistas sociais n. 13. WEBER, Max. Sociologia]. 5. ed., São Paulo: Ática, 1991.
- WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, s/d.

PREMISSAS TEÓRICAS E APLICAÇÃO DA FENOMENOLOGIA AO DIREITO

André R. C. Fontes¹

Duas características essenciais parecem evidentes quando se considera o Direito em relação à Filosofia: paralelismo e interpenetração. Eles são submetidos, quase simultaneamente, às mesmas influências da cultura e do conhecimento, mas apresentam-se dotados de uma ambigüidade quando amalgamados em uma figura unitária, a Filosofia do Direito.

Marcada por uma relação essencial, incorre a Filosofia do Direito no perigo de se anular, a todo momento, num ou noutro dos dois termos entre os quais se move, não obstante ser informada pela necessária fusão dessas duas diferentes esferas, universal e abstrata uma, e particular e concreta a outra: a “Filosofia” e o “Direito”.

Para o estudioso do Direito que transcende os limites do seu conhecimento, o vocábulo Filosofia significa algo complexo e inatingível; mas é ao mesmo tempo tentador e atraente, pois sugere

¹ Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

descobrir os mais recônditos segredos do mundo. A Filosofia ensina a tratar a realidade de maneira consciente e reflexiva, e robustece a capacidade e o empenho de se buscar compreensão crítica e participativa a respeito de qualquer indagação.

É discernível certa afinidade interna no pensamento e na reflexão da Filosofia do Direito. Por outro lado, ainda que fosse possível dar uma resposta simples às mais elementares questões concernentes à Filosofia do Direito, uma questão fundamental se apresenta: a de se tratar de um verdadeiro instrumento cognitivo.

A afirmativa do filósofo do Direito Carl August Emge encerra, de maneira pitoresca, um dos aspectos principais, senão o principal, da problemática que anima a Filosofia jurídica enquanto atividade consciente do próprio sentido e das próprias possibilidades: “O filósofo do Direito é um hermafrodita. Incapaz de ser filósofo, é recompensado pela tranqüilidade que lhe proporciona a ocupação com problemas extramundanos; ele encontra-se demasiadamente envolvido na esfera terrena e em suas exigências. Não tem o poder, entretanto, de influir sobre o mundo como o possuem as suas criaturas naturais: o jurista positivo e o político”.

Existe um saber universal e absoluto que chamamos Filosofia. E, ao longo da aventura humana, demos muitos passos e seguimos muitos caminhos destinados ao pleno desenvolvimento de seu significado. A consecução desse objetivo exigiu a ultrapassagem dos limites das coisas, tal como elas se apresentavam, exatamente para alcançar, metódica e sistematicamente, suas últimas e radicais essências.

Desde os primeiros pensadores, o caminho imprimido para a formação do conhecimento bifurcou-se no das Ciências em geral e no da Filosofia. Os primeiros conhecimentos tiveram que ser gerais, pois tudo se submetia a uma severa interrogação para se chegar a

um saber legítimo e profundo, que se distinguia, claramente, do que se chamava de mera opinião (*doxa*). Os primeiros pensadores foram verdadeiros enciclopedistas científicos, possuidores de enormes latifúndios de saber, que deviam deixar o passo a outros conhecimentos particularizados, que se atingiam, graças ao auge cada vez mais crescente da experiência, que é, como assinalava Kant, o segundo caminho da Ciência.

A formulação de um modo exclusivo de conhecimento não correspondia às exigências da Filosofia. A unidade de um percurso filosófico significaria imobilizar o decurso da especulação e o processo criador do pensamento a umas tantas notas sobressalentes. Os que propuseram essa perspectiva pretendiam esquematizar certos pontos de vista concretos e posturas determinadas, em detrimento da formação de uma Filosofia geral.

Uma disparidade entre as ciências em geral e a Filosofia foi reconhecida no que elas têm de essencial. A divisão fundamental entre elas se manifestava de modo ofuscante: as ciências variavam e também exigiam delimitação de seus objetos respectivos, partindo de dados que não admitiam controvérsia alguma; ao passo que a Filosofia supunha uma visão mais elevada, indagando como problema aquilo que a ciência admitia como seu mais sólido fundamento.

O que foi reconhecido como científico, submeteu seus dados à experiência, atendendo aos seus resultados, os quais fizeram com que esse saber se multiplicasse incessantemente. Já a Filosofia percebeu outras inquietudes para a busca de uma verdade: não se contentava com uma verdade subordinada, senão que fosse independente, e se impunha a todas as demais verdades de um modo absoluto.

Em todos os filósofos encontramos essa inclinação para a universalidade como conseqüência do que haviam apontado as

ciências particulares. Por meio da incessante busca da verdade absoluta, é possível assinalar como se dirige o pensamento também para um saber particular, desprendido dos conceitos, dominantes e envolventes, que caracterizavam a Filosofia em seus primórdios.

Pode-se afirmar que as ciências particulares se desenvolvem em domínios da observação e da experiência, pondo em crise o conhecimento puramente especulativo. Em Kant, encontramos a diferenciação definitiva e determinante do sistema aqui desenvolvido: as ciências positivas tendem para as coisas, enquanto a Filosofia se limita às formas de conhecimento, que operam nas disciplinas científicas.

Do mesmo modo que se estabelece uma relação entre a Filosofia geral e os ramos científicos, há que se considerar, no mesmo sentido, o objeto da Filosofia do Direito e da Ciência Jurídica. A Ciência Jurídica tem limites concretos devido às funções que se atribuem ao jurista, enquanto que a Filosofia jurídica se dirige para o universal e permanente do jurídico. A Filosofia do Direito compreende as doutrinas gerais, que tem um caráter absoluto dentro da esfera jurídica.

O Direito não tem esse alcance, nem o jurista se ocupa de uma tarefa dessa índole, uma vez que está absorvido principalmente pela aplicação das normas jurídicas. Como o Direito parte da inexorável necessidade do homem de conviver em sociedade, de acordo com normas que regulam coativamente sua conduta, não é possível que o trabalho do jurista se submeta a esses limites, que reclamam estabilidade social e que permitem um ambiente adequado ao progressivo desenvolvimento das atividades humanas. O jusfilósofo, por sua vez, elevando-se a outros planos, dedica-se a outro tipo de investigação mais essencial, que transcende à esfera própria da Ciência Jurídica, criando interrogações fundamentais, como são, dentre outras, as das essências do jurídico.

Os progressos alcançados pela Ciência do Direito desencadearam a produção de uma rica literatura específica e contribuíram para exercitar um dissídio entre as diversas correntes de pensamento, que se inteiraram dos mais árduos e difíceis problemas tomados de empréstimo de todos os domínios da cultura jurídica.

Uma reconstrução de materiais muito diversos pouco explicaria o sistema filosófico que procuramos analisar neste trabalho. Cada sistema filosófico procura descortinar, num todo orgânico, o conhecimento e as ciências. E cada um deles se apresenta como um conjunto de provas, de procedimentos demonstrativos, com pretensão de originalidade. Essa diversidade de sistemas não explica o fato de filósofos chegarem a resultados diferentes, mas desacreditará o método de explicação aqui imprimido, a escolha das teorias e das circunstâncias de sua aplicação, que redundam nas conclusões dessas correntes de pensamento. Por vezes, constataremos que as oposições entre as filosofias seriam muito maiores do que as arroladas, mas, é evidente que, nos limites deste escrito, convém conhecer, se possível, o conjunto de causas que diretamente contribuíram para indicar o significado das obras nas quais amparamos nossas idéias. Em todas elas, uma idéia é importante: a de instrumental demonstrativo do raciocínio a ser desenvolvido.

Proliferaram idéias e pensamentos desde Platão, o grande filósofo da tradição ocidental até os nossos dias. Mas o reencontro da Filosofia, a partir das preocupações lançadas neste texto, encontra em Kant um convite ao interlocutor, especialmente para tomar consciência da decisiva contribuição desse filósofo para a vasta e extraordinária História da Filosofia. Antes dele, a Filosofia girava em torno de objetos, aos quais se subordinava de modo essencial. Após a sua revolução filosófica, Kant estabeleceu que quem deveria ficar fixo era o sujeito, em torno do qual o objeto

giraria, objeto que somente é assim entendido porque é “posto” pelo sujeito. As transformações operadas pelas ciências alteram a clareza da realidade e de todos os ramos do saber. Tornou-se impossível aos mais eminentes cientistas extrair conclusões reducionistas da observação e da experiência.

O Kantismo, ou a Filosofia de Emmanuel Kant, pôs em destaque a função criadora do espírito. Propôs-se Kant à árdua tarefa de salvar o espírito, a ciência, a moral e a religião, sem por isso renunciar a nenhum dos princípios fundamentais do pensamento moderno. Por meios extrarracionais, mediante os postulados da vontade, enfrentou Kant em sua obra os três problemas básicos da Filosofia: os relativos à existência de Deus, da imortalidade e da liberdade. A configuração de suas idéias parte de um conceptualismo radical: o sujeito transcendental *cria* o conteúdo inteligível do mundo. Desse modo, a realidade fica separada em duas zonas: o mundo empírico, fenomênico, sem reserva e sujeito às leis da chamada *mecânica*, em seu mais característico sentido filosófico, e o mundo da *coisa em si*, que é racionalmente incognoscível. Kant sintetiza dois elementos essenciais da Filosofia moderna: o *mecanicismo*, que destruiu a concepção orgânica e hierárquica do ser, e o *subjetivismo*, graças ao qual o homem se liberta de sua ordenação a Deus e desloca para o sujeito o centro de seus interesses.

Todo o Século XIX foi dominado pela influência do Kantismo e, não obstante a existência de reação às suas teses, seus pensamentos ainda estão presentes e muitos se mantiveram fiéis às suas diretrizes. Essa idéia ampliou-se, em sua extensão, e aliou-se a outras incontáveis tendências. E todas elas podem ser agrupadas em uma única orientação: o *Idealismo alemão*. Dele fazem parte os conhecidos sistemas de Fichte, Schelling e Hegel.

Paralelamente ao *Idealismo*, circundava um grupo de orientações, que a despeito de todos os antagonismos, apresentavam em comum certos traços essenciais: a tendência sistemática a um racionalismo sublinhado relativamente ao mundo empírico. Esse era o contexto no qual aportou copiosa doutrina, baseada na experiência e na expressão científica da realidade sensível. Afloraram movimentos positivistas e empiristas, que encontraram condições propícias de desenvolvimento na época de seu surgimento.

Um impetuoso crescimento das concepções idealistas, entretanto, se fez notar em um ambiente assinalado por uma profunda reestruturação do pensamento social na Europa, que se desenvolveu em um cenário de graves perturbações econômicas e inovações radicais no domínio das ciências e das artes. O que ocorreu no começo do Século XX, ou ainda nos fins do século que o antecedeu, foi uma crise filosófica, que poderíamos comparar com aquela que, na época do Renascimento, iniciou toda a cultura moderna. Foram os confrontos bélicos e as transformações nas ciências, como as que ocorreram na Matemática, na Física e na Biologia, que resultaram em movimentos contrários às posições dominantes e influentes do sistema kantiano. Esses fatos acentuaram a migração do pensamento filosófico kantiano para o empirismo e deslocaram sua perspectiva para os fatos, para as ciências e para a experiência.

Os abalos às posições idealistas decorreram de argumentações críticas simples, dentre as quais a de que o idealizado pela mente não é necessariamente realidade, ao contrário do que sustentam; ou seja, o pensamento não cria realidade, nem é capaz de forjar uma realidade distinta. Mas os empiristas também foram contestados e suas convicções foram abatidas pelo poderoso argumento de que o geral não poderia ser o meramente sensível e experimental.

Se para Kant o espírito humano já possui certas formas ou formas condicionantes da apreensão sensível, o conhecimento estará sempre limitado pela medida humana. Por esse motivo, haveria sempre uma contribuição positiva e construtora por parte do sujeito cognoscente, em razão de algo que está no espírito, que antecede a experiência. O extremo do raciocínio conduz à conclusão de que o sujeito constrói seu próprio objeto. A coisa em si seria algo realmente existente, embora incognoscível, de modo a tornar-se um mero limite negativo do conhecimento.

Na doutrina de Kant, o conhecimento é sempre uma subordinação do real à medida do humano. Kant quis esquematizar essas medidas, pensando-as rígidas e predeterminadas, de modo a catalogar, de maneira definitiva, os modos de conhecimento, em função de uma concepção imutável do espírito humano, como dotado de categorias fixas, e a cujos esquemas se subordinaria qualquer experiência possível. O ato de conhecer tornou-se uma contribuição positiva do sujeito que dá ao real a forma que a subjetividade impõe, a ponto de concluir Kant que o espírito é legislador da natureza.

A direção que a Filosofia do Direito tomou diante de tantas vicissitudes assumiu grande importância na compreensão da Ciência Jurídica, sobretudo no começo do Século XX. Isso porque nessa época o pensamento jurídico volta-se, mais uma vez, para Kant, a fim de resolver a crise que atingia a Filosofia e, a reboque, o Direito.

Não é exagerado dizer que a renovação da Filosofia do Direito - que teve lugar na primeira metade do século passado - se deve à atitude dos novos kantianos, com sua orientação crítica mais poderosa que outras correntes de pensamento. Nomes como Rudolf Stammler, Giorgio del Vecchio e Hans Kelsen nos legaram uma linha de pensamento jurídico que rompeu os esquemas

excessivamente estreitos do positivismo e do empirismo, para por novamente em discussão os problemas fundamentais do Direito.

Dois fatos históricos, entretanto, abalaram, respectivamente, a atitude positivista-empirista e aquelas que representariam a versão atualizada do Kantismo: a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais. A Primeira Guerra, porque pôs fim à idéia ínsita no Positivismo e também no Empirismo de que a ciência uniria os homens; e a Segunda Guerra Mundial pela morte de seus principais representantes e pelo desfazimento do centro de difusão das suas idéias, que era, sabidamente, a Alemanha.

A doutrina de Kant parecia bem preencher o espírito esvaziado pelo Empirismo. Encheu-o com a forma em que é modelada e ordenada a matéria dos fenômenos em geral e guindou a especulação a alturas que não se julgava pudesse ainda atingir. Se para Kant nada existe no espírito que não tenha estado antes nos sentidos, exceto o próprio espírito, ele, então, procederia ao inventário do espírito e nos apresentaria sua geografia. E assim o fez, com seu cérebro extraordinário, de vida metódica e caráter ameno, sem nada rígido ou austero. Nesta época das “luzes”, em que encontramos os pilares de sua Filosofia, serve a obra de Immanuel Kant como marco introdutório e fundamental deste trabalho

Na família romano-germânica do Direito, ainda hoje transitam idéias inabaláveis, inventadas em tempos remotos, ou forjadas no próprio sistema kantiano, que são dirigidas a todos os estudiosos. A mais importante é a *summa divisio* do Direito em público e privado, concebida pelos romanos, que encontrou sustentação junto ao sistema kantiano. Outras idéias socorrem o Direito e foram elaboradas pessoalmente por Kant, como a da autonomia da vontade. De um modo geral, a essência do pensamento jurídico brasileiro, de sabida orientação abstrato-racionalista, é de cariz

kantiano ou neo-kantiano no reconhecimento das categorias jurídicas e na sistematização das idéias.

Por meio de duas escolas, a de Marburgo, também chamada de Logicista, e a de Baden, chamada ainda de Axiológica, o Kantismo retomou forças e projetou-se até os nossos dias. A primeira (a de Marburgo) aprofundou o conhecimento lógico de Kant ao estender seu sistema de conhecimento ao terreno da Moral e do Jurídico. Seus principais representantes no Direito são Stammler, Kelsen e del Vecchio. O movimento pandectista talvez seja o melhor exemplo da concepção racional e categórica legada por esse segmento. Dentre os que receberam influência do kantismo em nosso país, Eduardo Espínola ocupa lugar de destaque, graças à sua capacidade de sistematização e seus dotes ordenadores de idéias. A Escola de Baden, por sua vez, significou um grande avanço na pesquisa metodológica e no estudo dos valores jurídicos. O principal produto do seu trabalho foi a chamada Axiologia jurídica. Teve em Emil Lask e Gustav Radbruch seus principais representantes jurídicos estrangeiros. Respeitadas as múltiplas linhas de seu pensamento, o eminente Professor Nelson Saldanha, da Universidade Federal de Pernambuco, pode ser considerado um de seus mais ilustres cultores em nosso país.

A idéia do Direito não se confunde com a concepção de Direito ideal - esse pode ser considerado o ponto central da crítica ao Kantismo. Tudo que o espírito deseja e tudo o que comporta a idéia do Direito, quando o homem cria e concebe as instituições jurídicas, não se contradiz com a idéia do Direito. Em termos práticos, que são diversos e determinados pelos acontecimentos históricos, a idéia do Direito não se erige como um bem supremo, mas, ao contrário, é uma tarefa, uma empreitada, que pode bem ser entregue a quem busque a realização de seus fins, como ordinariamente ocorre na tarefa do legislador.

À primeira vista pode parecer que o Direito formulado não poderia encontrar resposta em ideais de justiça ou simplesmente idéias baseadas no mais refinado pensamento tido como consolidado. Mas os teóricos do Idealismo queriam muito mais do que argumentos, baseados em concepções reconhecidamente aceitas; pretendiam, em realidade, uma verdadeira descrição científica e puramente abstrata do Direito.

Um limite ao Idealismo chegou a ser encontrado, com a característica de ter sido escrito em linhas precisas e profundas. É o chamado ponto de vista técnico-jurídico, que orientava o exame das regras e processos jurídicos, mediante os quais determinado fim é perseguido e atingido. Esse método teve a virtude de corrigir a excessiva abstração a que o método lógico ou dogmático conduzia tantos juristas, mas desviou-se, excessivamente, ao considerar como Direito toda norma que, segundo a Constituição de um Estado, vigorasse, sem querer saber das realidades de sua aplicação e negando a importância do costume comum, da práxis e mesmo da orientação jurisprudencial.

Os positivistas, por sua vez, caíam noutra exagero, ao referir todos os valores jurídicos às condições sociais e às opiniões dominantes. Para eles, a justiça não passa de mero sentimento, cujo sentido varia com os tempos e lugares. Resultava daí a concepção de um certo estado de opinião (o que hoje é fácil pelos meios publicitários existentes), em que todas as monstruosidades por ele aceitas seriam cobertas pelo manto dessa justiça, relativista e precária.

Tinham plena razão os positivistas e empiristas, críticos dos idealistas, na necessidade de evitar os abusos na metodologia desses últimos, que não se importavam com o que era legislado, ou seja, nos termos em que os preceitos legislados seriam entendidos, acabados e aplicados na prática quotidiana. Mas, é bom

esclarecer desde já, que também os empiristas incidiam em desvios incompatíveis com o conhecimento jurídico.

Como é cediço, empirismo é tão antigo quanto a Ciência do Direito. Já em Roma se afirmava *ex facto oritur jus*, ou seja, o Direito brota do fato. Mas fica a pergunta: nasce o Direito efetivamente dos fatos? É nos fatos que se apóiam todo o sistema de normas jurídicas? Serão os fatos a razão suficiente da gênese do Direito? Se positiva a resposta, haveria de se indagar de que maneira isso ocorre.

Os empiristas afirmam que o Direito é um fato que se liga a outros por *nexus de causalidade*. A regra de Direito seria o passo seguinte ao fato econômico ou social, desencadeado pelo necessário e inafastável liame de causalidade. Das mais elementares correntes empiristas do Direito, como o Sociologismo Jurídico, que o reduz à experiência humana, até o Realismo Jurídico norte-americano e escandinavo do Direito como fato, a Ciência do Direito para o empirismo seria reduzida à transformação dos fatos.

O desencanto gerado pela doutrina de Kant fez com que se perdesse aquilo que entendemos por *justificação*, porque não concebia ciência sem unidade sistemática e abstração pura, e gerava o sentimento frustrante e perverso de que a ordem jurídica efetiva não seria possível, a não ser com a certeza científica, digna de um laboratório dos mais renomados cientistas. A conclusão rejeitada do Idealismo, de que a realidade seria uma idéia, se fez acompanhar de outra desilusão, a que pairava sobre o Empirismo, porque não se concebe que nenhum conhecimento sobreviveria se obedecesse a uma única estrutura, com um método que ajustasse todas as ciências a iguais *condições de verificabilidade*.

Coube a Edmund Husserl, o fundador da Fenomenologia e seu principal representante, conceber um modo de conhecimento

que não se identifica com o conhecimento dedutivo e tampouco com o conhecimento simplesmente empírico. Fazia falta um conhecimento não-conceitual, que não se separasse do fato, e que fosse filosófico ou, ao menos, que não tornasse impossível a existência do sujeito cognoscente.

O aparecimento da obra de Husserl inaugurava exatamente o começo do Século XX, por revelar uma característica própria que o diferenciava do que se deu no Século XIX: a volta para o objeto e para a essência. A Fenomenologia enuncia a idéia de se manifestarem as coisas mesmas no seu conteúdo essencial, mediante uma visão intuitiva e reveladora, com fiel e sintonizante contato com a objetividade real, em qualquer campo do conhecimento. Eis, por isso, o lema da escola: volta às coisas mesmas.

Para Husserl, pensar filosoficamente, ser filósofo, não é saltar de existência à essência, sair da *facticidade* para a *idéia*. Ser filósofo ou pensar filosoficamente é continuar as operações culturais iniciadas diante de nós, de múltiplas maneiras, e que reanimamos ou reativamos, a partir do nosso presente. A volta fenomenológica há de ser entendida como um descontentamento contra o proceder despótico de certos sistemas e escolas, que muito freqüentemente se entretinham com uma política ensimesmada de pontos de vista particulares e terminologias fechadas, em lugar de, sem preconceito algum, permitir que as próprias coisas se manifestassem.

O esforço de Husserl destinava-se a resolver a crise que envolvia a Filosofia em seu tempo, mas, em suas reflexões, visava também à crise das ciências do Homem ou uma crise das ciências, simplesmente. Seus pensamentos eram verdadeiramente radicais, e nos revelava os pressupostos estabelecidos em nosso meio e pelas condições exteriores a transformar esse condicionamento sofrido em condicionamento consciente. Advertiu que a Filosofia

descende do fluxo da nossa experiência e deve afluir a ela. Husserl admitia que o primeiro resultado da reflexão é nos apresentarmos em presença do mundo tal como vivemos antes da reflexão. É por meio de um apelo ao que há de mais profundo que nós conseguiremos uma verdadeira orientação fenomenológica e ela se inicia simplificando um pouco a questão: toda apresentação dos objetos no mundo da vida está baseada em mim, ou melhor, no meu *eu*.

Por Fenomenologia se entende, *grosso modo*, o estudo descritivo de um conjunto de fenômenos, tal como se manifestam. Ela é concebida como um sistema filosófico e, também, como um método. É concebida como uma pesquisa filosófica da vida da consciência transcendental. Essa pesquisa abrange duas fases fundamentais: (a) após uma suspensão metódica do juízo sobre a existência do mundo exterior, somos conduzidos ao processo de *redução eidética*, pelo qual as essências são dadas à intuição fenomenológica. Essa perspectiva constitui uma ciência universal das essências; e, (b) questiona-se a existência da consciência e, por meio de uma redução transcendental, atinge-se a consciência pura, fundamento de todos os atos intencionais.

A Fenomenologia é uma ciência dos objetos ideais. E tem por característica o caráter descritivo das essências, o que Husserl assinala como sua definição, a de expressar que se trata de *ciência descritiva das essências das vivências*. Na expressão “descritiva das essências” superou-se a noção positivista de experiência, já que não só se apela aos dados da experiência sensível, mas, também, a toda intuição em que se dá algo original. Com isso, vai insito o caráter antiespeculativo que cerca o positivismo. Por outro lado, a Fenomenologia assegura a objetivação do objeto, ou seja, contra toda a subjetivação. É, portanto, uma ciência *a priori* (e não *a posteriori*, ou seja, após a experiência); além disso, é uma ciência universal (e não particular), porque é ciência das essências das

vivências. A Fenomenologia, ao envolver o estudo de todas as vivências, tem que englobar o estudo dos objetos das vivências, porque as vivências são *intencionais* e é nelas essencial a referência a um objeto. A Fenomenologia compreende, portanto, o estudo das vivências com os seus objetos intencionais e é *a priori* e universal.

Para a Fenomenologia as coisas são o que são em seu revelar-se à consciência. Interessa o fenômeno, que é o objeto que se apresenta à consciência. Mas, no sentido de que esse aparecer consiste em algo que a consciência busca. Desse modo, mesmo o caráter intuitivo do procedimento fenomenológico – como a visão imediata das essências – não é incompatível com seu proceder reflexivo, já que a inteligência apresenta-se como uma forma de intuição.

Se a Filosofia busca as condições de aquisição de todo o saber, haverá um centro comum a todo saber particular, e esse centro é a consciência. Não se trata, para Husserl, da consciência do sujeito transcendental formulada por Kant, que não é mais do que o conjunto de condições formais, que tornam possíveis o conhecimento. Tampouco é a consciência psicologicamente considerada, pois essa seria uma mera sucessão de fatos reputados psíquicos. Não há imagens estampadas, percebidas, sonhadas ou rememoradas na minha consciência, que se assemelhem ao registro de uma chapa fotográfica. Consciência para Edmund Husserl é a intencional, e significa, de modo unívoco, a consciência de alguma coisa, ou seja, que sempre é consciência de algo distinto dela mesma, de algo exterior.

O centro do horizonte temporal da consciência é *hic et nunc*, o aqui e agora. E se a qualidade temporal é a forma de consciência, é fundamental saber que na corrente de fluxos de experiências vividas, sobressaem algumas que possuem a propriedade essencial de ser vivências de um objeto. Essas vivências recebem o nome de vivências

intencionais, e, na medida em que são consideradas de alguma coisa, diz-se que têm uma relação intencional com essa coisa.

Por meio das vivências intencionais chegamos a captar a consciência como um puro centro de referência da intencionalidade, ao qual o objeto intencional é dado. De outro lado, chegamos a um objeto que não tem outra existência, senão a de ser dado intencionalmente ao sujeito, depois da redução. É desse modo que a Fenomenologia se converte na ciência das essências das vivências puras. Toda a realidade aparece como corrente das vivências concebidas como atos puros.

A essência não é obtida por um processo de abstração e generalização; é uma intuição, ou visão direta, prévia a toda generalização empírica. Para captá-la é necessário prescindir dos outros elementos que não interessam à investigação fenomenológica. Eliminam-se toda individualidade e a existência; eliminam-se, igualmente, todas as ciências da natureza e do espírito. Chegamos, então, ao momento fundamental da Fenomenologia, que se chama *abstenção fenomenológica*. Precisamos destacar uma vivência e pô-las *entre parêntesis*, ou *entre colchetes* ou *desligá-la*.

Entre parêntesis o que é posto diante da consciência é o que torna possível a visão das essências ou a intuição eidética. Essa intuição fenomenológica conduz somente à contemplação das essências, o que elimina toda posição existencial para o fenômeno. Para o fenomenólogo tudo que é *dado* diz respeito à busca das essências, mas nunca ao que existe.

O postulado de base para todo Empirismo consiste em afirmar que a experiência é a única fonte verdadeira de qualquer conhecimento; mas essa afirmação deve ser submetida, por sua vez, à prova da experiência. E como a experiência só proporciona o

contingente e o singular, ela não pode oferecer à ciência o princípio universal e necessário de uma afirmação semelhante. Uma afirmação talvez sintetize a questão: o Empirismo não pode ser compreendido pelo Empirismo. É impossível confundir, por exemplo, a corrente de estados subjetivos que experimenta o matemático enquanto raciocina e o raciocínio dele em si mesmo. Faz-se necessária a essência, que se obtém pelo procedimento de variação imaginária: o objeto é um objeto qualquer. Mas a visão das essências não tem nenhum caráter metafísico: a essência é só aquilo que se revela, ou seja, a coisa em si mesma.

O alcance das referidas reduções está longe de significar empobrecimento como o nome parece sugerir, mas, ao contrário, permitirá captar as coisas em sua originalidade fenomênica. Essas reduções lograram eliminar, sucessivamente, todas as impurezas que se manifestavam na atitude natural, trasladando a atenção do fenomenológico das teorias e interpretações acerca do mundo até as coisas mesmas, que se mostram originalmente à consciência. Não nos põe em contato com as coisas em si mesmas, nem postula nenhuma metafísica realista ou idealista. Trata-se de descrever o que se mostra à consciência, que é sempre *intencional*, dirigida a algum objeto – tal como se dá –, livre de toda idéia preconcebida. Não se trata de uma busca metafísica de essências, senão, fundamentalmente, de captar a significação essencial dos objetos para a consciência intencional.

O processo de redução fenomenológica não se limita às essências: exige uma base segura, liberta de pressuposições para todas as ciências e, de modo especial, para a Filosofia. A suprema fonte legítima de todas as afirmações racionais é a consciência doadora originária. Devemos avançar para as próprias coisas. Por coisas entenda-se, simplesmente, o *dado*, aquilo que vemos ante nossa consciência. Esse dado denomina-se fenômeno, no sentido

do que aparece diante de nós, diante da consciência. A essência está contida nesse *dado*. Se tomarmos o *Direito* como exemplo, isso não significará algo desconhecido, que se encontre detrás do fenômeno. Ao contrário, ele só está a mostra, ele só aparece, porque é um fenômeno. Desse modo, a Fenomenologia não se ocupa com a existência do *Direito*, ela só visa ao *dado*, ou seja, ao *Direito* enquanto *dado*, sem querer decidir se ele é uma realidade ou uma imaginação: haja o que houver, a coisa está aí, é dada. O *Direito* será como um fenômeno entregue à intuição originária como um dado imediato qualquer.

Tradicionalmente se ensina nas faculdades de Direito o caráter essencial da norma jurídica, e elas são, nos sistemas jurídicos da família romano-germânica, fundamentalmente de origem legal. Embora as leis compartilhem com os costumes o caráter de fonte formal do Direito, o fato é que somente no *Common Law* é que os costumes preponderam diante de uma lei com igual finalidade, e somente se consideram revogados por uma lei específica. Entretanto, mesmo nos países do chamado *Civil Law*, encontramos atividades sistematicamente disciplinadas pelo Direito Costumeiro. É o caso do Direito de Pesca, que traz a herança autóctone ou dos imigrantes portugueses e japoneses. A divisão do pescado obedece à antiga disciplina dos países de origem, especialmente quanto à chamada “partida” do peixe. Armador e pescador dividem o produto da atividade, segundo os costumes inalterados desde seu traslado ao país.

A Fenomenologia encontra no Direito um vasto campo de atuação por conta do seu caráter descritivo. Tomemos como exemplo o costume no Direito da Pesca, no qual a “partida” do peixe obedecerá a normas consuetudinárias não claramente conhecidas nos manuais jurídicos. Vista como *dado*, a norma da “partida” do peixe entre pescador e armador poderia ser descrita, na sua essência, pela Fenomenologia. O fenomenólogo poderia

intuir as essências da norma da “partida” e encher-lhe de significado, apreendendo as suas essências. A descrição oral ou escrita da Fenomenologia da norma jurídica consuetudinária da “partida” no Direito pesqueiro seria, tão-somente, o exaurimento do objeto visualizado pela consciência intencional.

Nas favelas brasileiras, a existência de um suposto direito de laje, segundo o qual se poderia construir sobre laje aberta nesses aglomerados informais, seria outro bom e atual exemplo fundado, já, agora, fundado na práxis, ou seja, na prática dessas comunidades.

A estrutura do sistema jurídico nacional é legislada. O maior número de situações e conflitos jurídicos surgem pela *qualificação jurídica legal dos fatos*. Embora as leis não sejam explícitas quanto a todas as figuras jurídicas em geral, a conduzir a necessidade de *construção jurídica*, como ocorre com os princípios não expressos, e que seria exemplo o princípio da razoabilidade das leis, a demandar o reconhecimento de sua existência, sem a letra da lei, a base do nosso Direito considera o texto legal, definidor das situações jurídicas a exigir, agora, a sua *interpretação*, a busca do sentido dos termos do texto legal.

Não nos limitaríamos à Teoria das fontes do Direito para sustentar problemas fenomenológicos, e conduziríamos nossa atenção às questões de aplicação do Direito ou ao seu principal instrumento, a subsunção. Pela subsunção um fato se enquadra na norma jurídica. Em paralelo à subsunção, a norma incidiria sobre o fato, qualificando-o como jurídico e atribuindo-lhe os efeitos que enuncia. A formação da norma obedece, sabidamente, a uma atitude pensante do jurista que, ao ler o texto legal, o interpreta e formula o juízo normativo. Como não há uma correspondência biunívoca do texto legal com o preceito normativo e suas conseqüências, é possível que fato e norma sejam tomados como dados e descritos a partir das essências que os descrevem.

Ocorre inúmeras vezes que o tomado por *dado* é uma teoria. Se fôssemos utilizar, por exemplo, a Teoria dos dois sujeitos, segundo a qual a norma jurídica atributiva de deveres tem por efeito estabelecer uma relação entre dois sujeitos, pois não existe relação consigo mesmo, é possível que essa teoria seja uma categoria em sentido kantiano ou neo-kantiano. Mas, certamente, seria um *dado* fenomenologicamente reconhecido e perfeitamente sujeito à redução fenomenológica.

O que acabamos de expor refere-se, também, com algumas emendas e precisões, às ciências jurídicas como um todo, sem particularizações com a Fenomenologia. Pois se utilizam fatos disciplinados pela ciência jurídica para a formulação dos princípios e leis gerais que abrangem uma vasta gama de institutos de Direito. Uma vez iniciado o processo de cognição fenomenológica, o nível de construção teórica se distinguiria por certas peculiaridades. O âmbito de cada atuação inclui teorias próprias do sistema jurídico, mas alguns proporcionam a fundamentação teórica dos fatos, outros fundamentam elementos específicos das teorias, outros, ainda, empenham-se na criação de uma teoria sistemática geral que abranja todo o conjunto das mais importantes leis que regem os fenômenos da esfera jurídica. O grande mérito está na utilização cuidadosa dos métodos a aplicar em conformidade com a tarefa. Apesar de existirem diferenças entre as pesquisas teórica e empírica, elas representam etapas do conhecimento científico conjunto, que estão interligadas e, por conseguinte, existem certas tarefas afins determinadas pelo caráter específico da atividade cognitiva da pesquisa científica.

A trilha para o conhecimento que Husserl nos legou não se esgota nas linhas deste texto, o que conduz o leitor para obra do pai da Fenomenologia, na qual encontrará a noção mais completa dessa ciência; mas suscita o desafio, simples e prático, de cobrir

com o dedo polegar a palavra daquilo que se pretende compreender, para, então, descrever, mediante o processamento gradual, que progride de etapa em etapa, através da intuição intelectual, a descrição das essências.

EDMUNDO HUSSERL E O FUNDAMENTO FENOMENOLÓGICO DO DIREITO

*Aquiles Côrtes Guimarães**

1. A idéia de fundamento

O que é fundamento? Esta pergunta nos remete imediatamente a uma outra de maior densidade: o ser, o conhecer e o agir têm fundamento? As respostas dadas a estas interrogações são as mais variadas ao longo da produção filosófica ocidental. Fundamento é a Idéia (Platão), é a substância (Aristóteles), é Deus (São Tomás), é o cogito (Descartes), é a razão (Kant), é a consciência (Husserl), é a liberdade (Heidegger) e assim por diante.

Portanto, a questão dos fundamentos tem uma história associada à descoberta e fixação de princípios supostamente garantidores do esclarecimento do ser, do conhecer e do agir. Assim, se tomarmos princípio como fundamento, teremos toda a história da cultura humana girando em torno da força propulsora dos paradigmas postos à sua disposição nos momentos cruciais do

* Prof. do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFRJ

pensamento. Acontece, entretanto, que princípio não é fundamento. Princípio é padrão de racionalidade a partir do qual firmamos nossa crença na garantia de um fundamento possível, mas isto não significa a certeza do próprio fundamento, a não ser na provisoriedade da sua vigência. Ou seja, os princípios elaborados ao longo da realização da cultura estão submetidos à temporalidade e se empobrecem ou desaparecem na voragem da própria historicidade da cultura.

Da mesma forma, também a razão que sempre esteve associada aos princípios, rigorosamente não pode ser tomada como fundamento, a despeito de toda a relevância do seu papel na fabricação científico-tecnológica do mundo – e talvez por isso mesmo... Enquanto faculdade do raciocínio ou instrumento de ordenação das idéias, a razão torna possível a expressão do caráter universal dos conceitos a partir dos quais tentamos compreender as nossas vivências. Ela é instrumento do conhecimento e não fundamento, embora infinitos sejam as suas potencialidades na tarefa de esclarecimento dos enigmas do mundo, enquanto luz natural, enquanto faculdade do entendimento.

Também poderíamos tomar a causa como fundamento, atitude comum ao raciocínio jurídico. Mas a idéia de causalidade formulada por Aristóteles na antiguidade Grega e de larga aceitação no processo da cultura ocidental perdeu a sua acreditada consistência com o advento da mecânica quântica no século vinte que a expurgou do novo universo de categorias da física com a descoberta do mistério que envolve o comportamento das minúsculas partículas da natureza, quase sempre manipuláveis do ponto de vista puramente probabilístico. Portanto, causa pode servir como referência de inferências imediatas do raciocínio (causa de decidir) mais não como fundamento.

Vêm a propósito, também, os denominados fundamentos lógicos. Acontece que a lógica cuida apenas das leis ideais do pensamento e não das leis reais do mundo vivido. As “leis” das “coisas mesmas” devem ser encontradas na percepção do seu próprio manifestar-se e não numa estrutura lógica a priori. Daí a relevância da lógica jurídica, posto que o direito positivo encontra a sua coerência numa lógica imanente à própria vida jurídica, sendo as leis ideais do pensamento apenas instrumentos auxiliares na argumentação. Falar de fundamentos lógicos é referir-se à apoditicidade (demonstrabilidade) do raciocínio, com as certezas imediatas daí decorrentes para uma decisão. Mas isso não atinge o fundamento.

Vários outros exemplos de invocação da idéia de fundamento suscitados historicamente poderiam ser trazidos à discussão para salientar a complexidade do tema. Mas estes parecem o bastante no sentido de nos alertar para o fato de que a busca de fundamento é a tarefa essencial do pensamento, na sua atividade aclarativa e não prescritiva.

Em geral, estamos habituados a confundir fundamento com argumentação justificadora ao deduzirmos as nossas pretensões ou frente ao dever de decidir. Justificamos as pretensões e as decisões usando os argumentos da razão, da lógica, da causalidade, dos princípios e até mesmo da própria linguagem, sem atentarmos para o fato de que esses e outros elementos dos atos cognitivos têm sua originação fundante na atividade intencional da consciência humana como instância última dos fundamentos do próprio homem. A argumentação justificante não vai além do emprego das diversas categorias do pensamento elaboradas a partir da intencionalidade iluminadora da consciência que descobre os sentidos operantes da própria razão na função ordenadora do conhecimento e na sustentação das decisões. Ou seja, a consciência é essa abertura ao mundo em busca dos sentidos da própria

racionalidade à qual o homem procura submetê-lo para o seu domínio. Aliás, a própria idéia de fundamento tem origem na consciência, pois somente esta se constitui na possibilidade originária de mostraçãõ do homem e do mundo como fragmentaçãõ em demanda do absoluto. E esse absoluto, enquanto inserçãõ na temporalidade, é a consciência humana. Portanto, qualquer concepçãõ de fundamento que não se reporte à consciência humana padecerá da fragmentariedade, uma vez que somente esta dispõe da vocaçãõ originária para a descoberta da unidade de sentidos das coisas com que lidamos no mundo, inclusive o Direito.

2. Positividade, segurança e fundamento

A idéia de positividade é que sustenta a ordem jurídica, na sua função mantenedora do equilíbrio social, tendo em vista que o conflito é a chave inevitável das relações entre os indivíduos. Isto não significa, de modo algum, sancionar o positivismo jurídico como concepçãõ doutrinária com todas as implicações que ultrapassam a idéia de positividade. Essa idéia está presente em todas as ciências empíricas e não poderia estar ausente nas ciências da cultura ou do espírito, notadamente no Direito. Validade e eficácia das normas jurídicas seriam meras proclamações se estas não se revestissem, a priori, do pressuposto da positividade imperativa. Quando dizemos que a lei a todos obriga, essa expressãõ tão elementar reflete a crença na força da sua positividade, pois o contrário seria o caos e a barbárie.

Por outro lado, existe uma íntima relação entre a idéia de positividade e o conceito de segurança jurídica como um dos pilares de qualquer sociedade organizada. Ainda que todas as coisas tendam a se dissolverem na temporalidade, é necessária a crença

num conjunto de princípios que garantam a vigência das relações jurídicas e a permanência dos seus efeitos, a despeito de todas as contingências a que estão submetidos o “estado das coisas” e a condição humana. O direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são exemplos nucleares de princípios firmados no bojo da crença na idéia de positividade articulada com a indispensável segurança jurídica. Não fora a afirmação e vigência desses princípios, a disciplina das relações jurídicas tenderia a cair na vazieiz e a sociedade vivenciaria a ameaça permanente do caos. Mas todos os princípios de sustentação da ordem jurídica legitimada pelo Estado se sustentam na sua própria justificação empírica e na crença que neles depositamos. E as dificuldades começam quando aparece a interrogação sobre os seus fundamentos.

Sem ultrapassar a superficialidade da ordem, a tendência generalizada da nossa experiência jurídica é no sentido de ver na Constituição o fundamento último do Direito, haja vista ao interesse cada vez mais acentuado por questões atinentes à hermenêutica constitucional. O que são princípios? O que são regras? O que significa, em última análise, um catálogo de direitos fundamentais exposto numa Constituição? O fundamento está na expressão do texto constitucional ou na consciência intencional que o concretizou? São infundáveis as discussões provocadas por essas questões, mas a maioria delas não consegue desvincular-se da referência factual (Constituição) para refletir sobre os horizontes em torno dos quais se delineiam as perguntas por fundamentos do Direito como imersão na temporalidade e na historicidade.

Portanto, toda a estrutura jurídica imaginada e construída milenarmente pelo homem se assenta na crença num fundamento de segunda ordem como produto da criação cultural própria do espírito humano e, portanto, da intencionalidade da consciência como fundamento de primeira ordem. Dissemos que fundamento

é enraizamento a partir do qual entendemos a proveniência dos sentidos das coisas. Sendo o Direito objeto cultural, é intuitivo que a sua proveniência se esclarece nos horizontes da criação da cultura fundada na intencionalidade valorativa e doadora de sentidos ao mundo. Princípios e regras de Direito são adaptação de valores em conflito cristalizada no instrumento constitucional, como resultado da visada intencional do legislador, cuja consciência confere fundamento originário ao Direito.

3. Fenomenologia e fundamento

A pretensão radical da fenomenologia de Edmundo Husserl (1859-1938) é fazer da filosofia uma ciência rigorosa. Examinando a multiplicidade de sistemas filosóficos elaborados desde a antiguidade grega e ainda com forte presença no seu tempo, Husserl impressionou-se, desde cedo, com a variedade de respostas dadas aos problemas mais fundamentais que sempre inquietaram o homem, sobretudo aqueles atinentes às possibilidades e limites do conhecimento.

Talvez por isso mesmo tenha buscado, na juventude, uma sólida formação matemática, pois era esta ciência considerada o abrigo por excelência de verdades irrefutáveis e absolutas. Queria Husserl também para a filosofia verdades irrefutáveis que servissem de alicerce para todas as ciências de fatos tais como eram praticadas à sua época, profundamente marcadas pelo psicologismo e pelo objetivismo que ele irá combater até ao fim de sua trajetória filosófica. A crença generalizada no fato psíquico como fundamento do conhecimento atingia não somente as ciências empíricas nos seus variados procedimentos mas também a lógica e a matemática como seus instrumentos formais.

Portanto, era necessário, antes de mais nada, despsicologizar essas ciências formais bem como todas as ciências de fatos que enxergavam na vida psicológica regida por leis próprias e naturais os fundamentos de toda afirmação e de toda negação no plano do conhecimento humano. Essa tarefa é iniciada e densamente exposta na obra publicada por Husserl nos anos 1900/1901 intitulada *Investigações lógicas* que inaugura o movimento fenomenológico no qual hoje nos encontramos inscritos. Aí são esclarecidos, definitivamente, os equívocos do psicologismo, bastando chamar a atenção para a ênfase com que Husserl distingue leis reais (naturais) de leis ideais (do espírito). Acreditar que todo fundamento repousa na estrutura psicológica do homem significa depositar no fato psíquico a garantia de todo conhecimento. E nenhum fato pode ser tomado como fundamento, sobretudo em razão da sua contingência. Daí o relativismo tomado por Husserl como atitude a ser combatida radicalmente, uma vez que este leva ao ceticismo e, conseqüentemente, ao desmoronamento de quaisquer veredas do pensamento. Em síntese, tanto o psicologismo quanto o relativismo dele decorrente representam formas de objetivismo, isto é, fazem do objeto, do fato, a fonte de garantia do conhecimento, confundindo as leis ideais do pensamento que se manifestam na lógica pura com as leis reais que se manifestem nos fatos.

Por isto mesmo, a fenomenologia não se interessa imediatamente pelos objetos ou pelos fatos, mas pelos sentidos que neles podem ser percebidos. Fenomenologia é ato de perceber e descrever as essências ou sentidos dos objetos. Enquanto as ciências positivas buscam suas verdades nos fatos, a fenomenologia descreve essas verdades a partir da percepção das essências dos fatos, pois é nelas que os seus sentidos se revelam tais quais são. Isto significa ir além das ciências positivas? Sim! Não no sentido de subestimar a sua importância, mas para conferir a elas o seu

verdadeiro fundamento. A ciência que engendrou o reino da técnica que domina o mundo de maneira avassaladora não se preocupa com os sentidos do seu artefazer. A técnica guarda um fim em si mesma. É o progresso pelo progresso. Com que finalidade, não importa. Tudo isso decorre da ausência de interesse pela percepção dos sentidos dos fatos da ciência e da técnica.

Portanto, o primeiro passo do método fenomenológico é a redução eidética que consiste em reduzir os fatos às suas essências, ou seja, colocá-los “entre parênteses”, deixá-los suspensos na sua vigência como fatos ou objetos para perceber e descrever a sua estrutura essencial ou de sentidos. A redução eidética é a atitude que assumimos, preliminarmente, em face da atitude naturalizante das ciências positivas que reduzem os fatos a meros objetos de cálculos e mensurações, tendo como resultado, em última análise, a idealização do mundo, tal como o vivenciamos na nossa contemporaneidade, cujas linhas diretrizes vêm sendo desenvolvidas desde o Renascimento.

O passo seguinte e simultâneo é a redução transcendental que consiste na reflexão sobre as essências ou sentidos dos objetos como referências dos seus próprios fundamentos. Não que as essências constituam um mundo de idéias a priori que resguardasse os objetos das oscilações da nossa experiência. Pelo contrário, a essência não é um conceito universal gerado na subjetividade, mas é algo percebido a partir dos próprios objetos, da “coisa mesma em carne e osso”, na linguagem husserliana. A essência será sempre a essência do objeto tal qual se mostra à consciência intencional e não uma categoria a priori formulada para o controle da experiência. É o vivido imediato das coisas que me revela os seus sentidos. Daí o denominado realismo fenomenológico caracterizado por essa atitude radical de retorno ao mundo vivido como fonte primordial do seu entendimento. O papel da redução transcendental é refletir

sobre as conexões de essências que revelam os sentidos dos objetos e não sobre as leis que os regem segundo afirmam as ciências positivas. Enquanto as leis científicas são contingentes, as essências são necessárias, a-temporais, a-históricas, impassíveis de alteração, universais e absolutas. A sociedade, o Estado e o Direito se transformam constantemente e podem até desaparecer, mas a essência, a estrutura ideal de sociedade, de Estado e de Direito permanecerá imutável. Portanto, todo conhecimento de objeto tem como referência constitutiva a essência. Constituir é evidenciar o mundo na consciência transcendental, na reflexão sobre os seus sentidos. Daí podemos repetir que ciência sem filosofia é cega, uma vez que se dispensa de preocupar-se com os sentidos dos fatos.

A questão dos fundamentos se apresenta ao pensamento fenomenológico com uma característica distinta da tradição da teoria clássica do conhecimento que sempre viu na relação sujeito-objeto o núcleo das dissensões. Ultrapassando essa perspectiva, a fenomenologia afirma a interação consciência-mundo, considerando a consciência como intencionalidade e não mais como fenômeno psíquico. Consciência será sempre consciência de algo. Fenômeno e consciência são termos correlatos, uma vez que só existem fenômenos (mostração dos objetos) para a consciência, da mesma maneira como só existe consciência enquanto intencionalidade dirigida aos objetos.

A consciência humana, no seu caráter de intencionalidade (a essência da consciência é a intencionalidade) é que possibilita a intuição originária dos sentidos dos objetos. E a garantia mais radical do encontro da verdade é a intuição presente à intencionalidade e ao objeto. É o vivido que manifesta a sua verdade mais radical, na constituição dos objetos da experiência enquanto manifestações de sentidos ou estruturas de essências. Nesta perspectiva fenomenológica, o fundamento de todas as coisas é o mundo da

vida que antecede todo juízo formulado sobre ele. A natureza antecede as ciências naturais, a sociedade antecede o Direito e assim por diante. O mundo primitivo é a referência originária de toda predicação possível. O papel da consciência humana é descrever as suas essências (redução eidética, redução do mundo às suas essências) e refletir sobre as conexões de sentidos do mundo que elas representam (redução transcendental). A consciência é intencionalidade e ao mesmo tempo, ser absoluto, enquanto auto-reflexão. Assim, se o fundamento de todas as coisas é o mundo da vida, somente a consciência humana tem acesso a ele intuitiva e originariamente. Mais ainda, somente a intencionalidade constituinte (evidenciadora) poderá fundar os sentidos dos objetos, tornando possível a compreensão da objetividade em geral. A consciência humana é o fundamento do fundamento porque só ela descobre, evidencia e garante todo fundamento.

4. Direito e fundamento

O Direito é um objeto cultural, fruto da criação do espírito. Enquanto objeto, ele representa uma intencionalidade valorativa objetivada na Ordem Jurídica. Dele promanam todas as pretensões de justiça. Quando expressamos estas afirmações, já estamos caminhando para uma concepção fenomenológica do Direito que o vê como um objeto que se mostra na organização dos sistemas jurídicos. Esse mostrar-se (fenômeno) acontece na atividade intencional da consciência que descreve o ser do Direito como uma estrutura de essências ou sentidos que caracterizam originariamente esse objeto. O ser do Direito não se oculta na temporalidade, mas se revela imediatamente aos atos perceptivos e descritivos das suas essências. A fenomenologia jurídica se recusa a aguardar que o ser do Direito lhe dirija a palavra. Ele será sempre

manifesto na concretude da sua presença como objeto oriundo da atividade criadora do espírito.

A questão dos fundamentos do Direito não se restringe a uma análise daquilo que constitui o seu suporte factual ou normativo que denominamos de fundamento de segunda ordem. A estrutura normativa da ordem jurídica alicerça a efetividade da aspiração humana à justiça mas, por si mesma, não constitui o seu fundamento, conforme estamos habituados a acreditar. Os fundamentos do Direito provêm das suas essências, dos sentidos que caracterizam os seus objetos que, por sua vez, são o resultado da atividade intuitiva da consciência doadora de sentidos ao mundo. Esses fundamentos são de primeira ordem pela sua própria origem fundante da estrutura essencial do Direito que antecede a trama normativa. Não se trata de guiar-se pela “natureza das coisas” mas de descobrir os sentidos da natureza das coisas. O objeto do Direito é apenas a referência dos seus sentidos. Pouco esclarecem os laboriosos, longos e eruditos comentários aos denominados direitos fundamentais garantidos pelas Constituições dos países civilizados, se não dermos conta das essências desses direitos. O que é o direito de propriedade garantido pela nossa Constituição como fundamental? Qual a essência da propriedade que o Direito assegura? A extensão das restrições a esse Direito já diz da existência de um núcleo a ser preservado. Esse núcleo é o objeto do Direito de propriedade como direito fundamental. Como objeto, é a referência dos seus sentidos ou essências que constituem o seu ser, a partir do qual podemos compreender e evidenciar o que é direito de propriedade e por que está inscrito como fundamental. Caso contrário, tê-lo-íamos como fundamental porque a Constituição assim o prescreve, caracterizando apenas o fundamento positivo (de segunda ordem) do direito de propriedade.

Assim acontece em relação às diferentes modalidades de objetos jurídicos, tanto no universo das garantias fundamentais quanto no campo infinito das regulações ordinárias. Cada objeto integrante da Ordem Jurídica, enquanto um sistema de normas, só pode ser conhecido verdadeira e originariamente a partir da percepção das suas essências que revelam a sua invariância, ou seja, aquilo que ele é enquanto objeto do Direito e não somente como a manifestação da positividade dos fatos e atos jurídicos. A essência é o parâmetro do objeto. A cada objeto corresponde a essência ou sentido que garante o seu conhecimento com validade necessária e universal. O que fundamenta o objeto é a essência, porque esta não se submete às contingências da temporalidade e da historicidade a que ele está sujeito. Mesmo que a Constituição de um país seja mutilada ou destruída, a idéia, a essência, os sentidos de Constituição jamais desapareceriam enquanto sobrevivente a aspiração humana de ordem e de justiça.

Finalmente, é necessário esclarecer que a fenomenologia do Direito não se reduz a mera descrição da experiência jurídica tal qual ocorre. Descrever o vivido implica percebê-lo na sua manifestação originária, com vistas aos sentidos que o orientam, às essências que garantem o seu conhecimento. Não se trata de descrever os fatos e subsumí-los às regras que os disciplinam, como acontece quando invocamos a ação jurisdicional para tornar efetiva uma pretensão. Essa descrição e subsunção pertencem ao campo dos fundamentos de segunda ordem que sustentam a positividade da ordem jurídica, absolutamente indispensável ao equilíbrio da vigência social. Mas o que busca a fenomenologia do Direito na percepção, intuição e descrição das suas essências é a explicitação do ser do Direito na sua verdade radical, afastando o risco do relativismo de nefastas conseqüências epistemológicas e éticas. A evidência jurídica se revela na pureza das essências provenientes

dos fatos como dados vividos e da própria estrutura normativa que os disciplina na provisoriedade dos acontecimentos. Por tudo isso, repensar o Direito é regressar à consciência como fundamento último de toda possibilidade da sua evidenciação.

BIBLIOGRAFIA

Husserl, Edmundo. *Investigaciones Lógicas*. Trad. de Manuel Garcia Morente e José Gaos. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

- *A idéia da fenomenologia*. Trad. de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1989.

- *Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica*. Trad. de Márcio Suzuki. Aparecida – SP: Idéias e Letras, 2006.

- *Meditações cartesianas*. Trad. de Maria Gorete Lopes e Souza. Porto: Rés – Editora, s/d.

Amselek, Paul. *Méthode phenomenologique et theorie du droit*. Paris: Durand – Auzias, s/d.

Iribarne, Esther Arguinsky. *Fenomenologia y ontologia jurídica*. Buenos Aires: Ediciones pannedille, 1971.

Goyard – Fabre, Simone. *Essais de critique phenomenologique du droit*. Paris: Klincksieck, 1972.

Reinach, Adolf. *Les fondements a priori du droit civil*. Paris: J. Vrin, 2004.

Guimarães, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

GERHART HUSSERL: A LIBERDADE DE JULGAR E A ÉTICA, UM ENFOQUE FENOMENOLÓGICO

Adriana Santos e Eduardo Andrea ***

O Seminário de Filosofia Jurídica e Política, SFJP/IFCS/UFRJ (1), sob a coordenação do Prof. Aquiles Côrtes Guimarães, desenvolve pesquisa sobre a obra de Gerhart Husserl, filósofo do direito, na articulação entre fenomenologia e direito, assim, o presente estudo aborda o instituto da súmula vinculante, com base em artigos desse pensador, constantes da obra **Recht und Welt** (2), especificamente nos capítulos **Everyday Life And The Law**, e, também, em **Recht und Zeit** (3); duas questões, que aparentam constituir uma grande aporia, serão abordadas: (a) a restrição ao poder de julgar do juiz: seria a súmula vinculante um óbice ao pleno exercício da jurisdição?

* Promotora da Justiça Militar, Mestre e Doutoranda em Filosofia-IFCS/UFRJ

** Procurador do Trabalho, Mestre e Doutorando em Filosofia-IFCS/UFRJ

e (b) a questão da ética do julgar, a possibilidade da existência simultânea de duas interpretações para a mesma situação jurídica; além da importância do juiz nesse novo panorama.

Como o público alvo é integrado, do mesmo modo, por pessoas com e sem formação especializada em Direito, é necessária uma pequena resenha sobre a história e a função da súmula vinculante.

A súmula vinculante foi introduzida no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 45/04, que incluiu o artigo 103-a na CFRB, e disciplinada pela Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, com a intenção de conter a crise pela qual passa o Poder Judiciário, crise de meios, pela impossibilidade física de julgamento das demandas submetidas à apreciação judicial, como demonstra a relação entre o número de pessoas envolvidas, juízes, partes e servidores, de um lado, e o impressionante volume de feitos, de outro. O congestionamento era grande, com incontáveis recursos aos tribunais superiores, comprometendo a efetividade do processo na missão de manter a paz social. Dois grandes fatores restaram identificados na origem do problema: o descumprimento, pelas partes, da lei com justificativa em alegação de divergência interpretativa e a multiplicidade de interpretações judiciais, de primeiro e segundo grau de jurisdição.

Através da edição de uma súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal fixa um entendimento, uma interpretação para determinada situação jurídica, de estatura constitucional, e obriga, por efeito vinculante, a sua adoção, sob pena de responsabilização cível, administrativa e penal, pelos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta. A iniciativa de criação, modificação e extinção de súmula vinculante cabe a vários interessados, na forma do disposto no artigo 3º, da Lei nº 11.417, de 2006.

Podemos, então, afirmar, desde já, que a súmula vinculante caracteriza uma ingerência no poder de julgar dos juízes e de interpretação do direito pela Administração Pública.

No tocante à questão da diversidade de interpretações para uma mesma situação jurídica, de início, devemos ressaltar a ambigüidade da redação das leis, reflexo da necessidade de composição entre as várias forças que compõe o parlamento, como fato, dentre outros, que possibilita a sua ocorrência. Entretanto, o ordenamento jurídico previa, e as disposições legais continuam em vigor, antes da criação da súmula vinculante, mecanismos para a uniformização de interpretações jurídicas, como, por exemplo, quanto à Administração Pública, a competência da Advocacia Geral da União, Lei Complementar nº 73/93, e do Tribunal de Contas da União, Lei nº 8.443/92, para firmar interpretação a ser obrigatoriamente seguida, e quanto ao Poder Judiciário, a competência do Superior Tribunal de Justiça para equalizar entendimentos diversos, estabelecida na Constituição Federal, e o procedimento de uniformização de jurisprudência, com sede no Código de Processo Civil. Pelo que, como visto, a tônica é a busca da unicidade de interpretação; harmonia e a coerência são valores fundamentais.

Por outro ângulo, a diversidade de interpretações é própria ao direito, ainda que considerado sob o enfoque estritamente positivo, pois o direito é construção social e histórica, renovando-se na lida diária, na superação do conflito de interesses. A interpretação permite a abertura para o mundo dos fatos, na conexão com o mundo da vida, revelando novas modalidades de relacionamento jurídico, é a concretização da norma no relacionamento entre as pessoas. O direito é vivo, sempre renovado nos encontros e desencontros. A cristalização de determinado entendimento resultaria na eliminação das diferenças, na negação do diferente enquanto elemento de criação do direito, na separação entre o vivido e a norma.

Cabe, agora, a seguinte indagação: se A e B, em situações jurídicas análogas, deduzem pretensão de receber respectivamente x^1 e x^2 , que são equivalentes, o acolhimento do pleito de A e a rejeição do pleito de B, sob a alegação de interpretações jurídicas diversas, seria compatível com o ordenamento jurídico? Radicalizando mais a questão, se D, E, F, G, H, I e J, também em situações semelhantes, demandassem individualmente C para a obtenção de y^1 , y^2 , y^3 e assim por diante, e C, mesmo após sucessivas condenações, ainda opusesse resistência aos demais pleitos com base em divergência de interpretação, encontraria tal conduta amparo no ordenamento jurídico?

Muito já foi discutido sobre a liberdade de atuação do juiz na aplicação e interpretação do direito. João Baptista Herkenhoff noticia que várias escolas hermenêuticas, abordando o tema, variam de entendimento desde um grau mínimo de interpretação até a escola do direito livre, para a qual o direito não é fruto de atividade restrita ao Estado, a lei não seria a única fonte do direito, então, o juiz não estaria atado aos seus limites. Assinala, outrossim, que em resposta às críticas contra a possibilidade de arbítrio judicial e incerteza do direito na Escola do Direito Livre, acreditava-se que a pluralidade de julgadores e o duplo grau de jurisdição eliminariam a hipótese de sua ocorrência.

No Estado democrático de direito, cabe ao juiz dizer quem está certo. A atividade judicial é realizada, como aponta Gerhart Husserl, no mesmo diapasão, por uma série de operações de pensamento e está aberta à discussão racional e crítica por parte de outros juízes, ainda, estando inserida, em determinada sociedade, em contexto histórico definido, culmina com a edição de decisões que revelam o pensamento jurídico dominante naquele tempo, fato que constitui, pela representatividade dos valores nele inseridos, a conduta tida como certa, o padrão de comportamento da comunidade de direito.

Em **Recht und Zeit**, Gerhart Husserl diz que para a aplicação racional do direito é essencial que casos iguais sejam tratados de modo igual. Ao juiz, que é o responsável por garantir esse tratamento, cabe procurar, nas decisões que já, anteriormente, foram editadas, as soluções aplicadas para situações jurídicas equivalentes. Para Gerhart Husserl, o juiz deve atentar para a historicidade do momento, além de perceber e atuar no sentido da sua inserção na longa tradição jurisprudencial, como mais um elemento, mantendo a transmissão da cultura jurídica de uma sociedade, seus valores espirituais. A manutenção do *status quo* é o mote da atuação do juiz, sua atividade consiste em devolver às partes ao estado de igualdade em que se encontravam antes da violação da norma, no máximo esforço para que o retorno configure um estado como se o rompimento não tivesse acontecido. Deste modo, seguindo o já decidido para casos semelhantes, o juiz age consoante os ditames da comunidade de direito em que está inserido, assim é o núcleo de sua atividade jurídica.

Porém, continuando a busca por luzes sobre a súmula vinculante, perguntamos pelos fundamentos, uma investigação de maior profundidade, uma atitude radical para superar os entraves que conservam a discussão na superfície, o que leva, como indica Aquiles Guimarães (4), a apontarmos a coexistência, como fundamento, raiz, na ordem político-jurídica. Em última análise, está o homem, mergulhado na sua historicidade, como fonte de todos os valores; é consabido que os valores são atribuídos pelos homens. Ademais, a obrigatoriedade da coexistência é, além disso, o mote da cultura, que tem o homem como agente na origem do processo, pois cultura é criação humana, sendo transmitida pelas sucessivas gerações.

No ponto, devemos tecer algumas considerações sobre direito, jurisprudência e a relação entre eles. O direito por, também, ser criação humana, está submetido à historicidade e, assim, no

curso do tempo, sujeito à alteração conforme a mudança do padrão de entendimento do conjunto de pessoas que o sustenta, a comunidade de direito, assim, está, em processo contínuo de reconstrução, em movimento de permanente adequação aos interesses do povo. As modalidades de interação social, os desejos e esperanças do povo não podem ser dissociados do fenômeno jurídico e, portanto, é no direito, como instrumento de regulação da convivência, que aparecem as soluções para a manutenção da paz social. A jurisprudência, por sua vez, é onde podemos encontrar, a opção tida como correta e de ser adotada, dentre as múltiplas possibilidades, oferecidas pelo legislador, para a solução dos problemas no relacionamento entre os membros de uma comunidade de direito, ainda que parcial, vez que estamos, inclusive o Estado, como dito acima, submetidos à historicidade, inseridos, portanto, na dinâmica de perguntas e respostas, na busca permanente por soluções. Mais uma vez dizemos, e é preciso repetir, que no Estado democrático de direito cabe, em última instância, aos juízes dizer qual a conduta que corresponde aos ditames legais; a que se conforma ao ordenamento jurídico na resolução de determinada situação jurídica. Jurisprudência, então, é mais do que um simples conjunto de decisões dos tribunais a respeito de uma situação jurídica, não é uma questão numérica ou de volume; jurisprudência significa, traduz, o pensamento, o entendimento dominante na comunidade de direito, como modelo de composição de uma lide específica às lides semelhantes.

Por sua vez, em **Everyday Life And The Law**, Gerhart Husserl aduz que além das dificuldades inerentes aos significados dos termos utilizados nas leis, temos, ainda, complicações relativas ao enquadramento dos dispositivos legais às infinitas e múltiplas situações da vida e conflitos desencadeados do contato entre os indivíduos, nas situações do cotidiano.

Os integrantes de uma comunidade possuem um código, um conjunto de regras tradicionais para regular a vida em comum. A forma de agir em cada situação é transmitida pelas sucessivas gerações, quem pretender participar da comunidade a elas deve aderir. Como o costume, a moral ou a religião, as normas comunitárias nesse plano não advêm de um poder legislativo. Na hipótese de comunidade de direito sob Estado democrático de direito, diversamente, as normas são editadas pelo legislador. Entretanto, nas duas situações, para a existência e continuidade das comunidades, é necessária a vontade de pertencer ao grupo; no particular, Angela Bello (5) assinala que é indispensável a presença de uma disposição espiritual para a constituição e manutenção, sendo a unidade espiritual e a vontade coletiva os elementos que caracterizam a comunidade, distinguindo-a da massa, do simples agrupamento. Manoel Gonçalves Ferreira Filho anota que, até mesmo para Kelsen, o fato de a ordem jurídica, como um todo, ser respeitada, é o limite, máximo e mínimo, de validade/eficácia, pois, de outro modo, a ordem jurídica não existe mais, outra ocupa seu lugar (6).

Resta demonstrada a relevância, para a coesão e permanência da comunidade de direito e à manutenção da estabilidade social, incluídas as instituições, do sentimento de segurança na ordem jurídica e no Estado, pelo equilíbrio das relações comunitárias, na edificação e preservação da vida humana, conforme lição do Professor Aquiles C. Guimarães (7).

A atividade de julgar, como uma das funções primordiais do Estado, também, deve ser exercida dentro dos padrões aceitos pela comunidade de direito, em consonância com a diretriz acima descrita. A ação racional do Juiz de concretizar o comando ideal e abstrato contido na norma, decidindo o caso que submetido à sua apreciação, caracteriza, pela imposição de uma sentença, o retorno

aplicado dos valores ao mundo da vida; a decisão judicial vivifica o direito. Em sentido contrário, lembra Gerhart Husserl, uma atitude de extremo apego à letra da lei adotada por um tribunal, em, por exemplo, casos de decidir sobre a educação dos filhos no divórcio, pode parecer dissociada da realidade.

Os Juízes integram um corpo técnico especializado cuja referência em matéria legal possui uma superioridade essencial para a opinião de todos os outros membros da comunidade de direito; o Ministro Celso de Mello deixou assentado, no julgamento do MS 26603, que “os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabem conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado” (8).

A liberdade de julgar, corolário do Estado democrático de direito, com relação às situações jurídicas análogas, por definição, deve sofrer uma limitação no poder de interpretar. A existência de resultados diferentes para pleitos semelhantes fere o sentimento mínimo de justiça dos integrantes da comunidade de direito, situação deletéria, a prejudicar a relação de pertencimento necessária à preservação da sociedade. Não é uma questão de lógica em sentido estrito, mas de respeito aos valores adotados por uma sociedade em determinado tempo histórico. Em verdade, como já advertia Montesquieu, “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências

dos indivíduos” (9). O juiz seria arbitrário se pudesse dizer o direito sem vinculação com a comunidade de direito na qual está inserido.

O ato de julgar está condicionado por duas dimensões essenciais, uma espacial e outra temporal. A dimensão espacial impõe ao Juiz observar que as regras e normas aplicadas têm como fonte e como destinatária a comunidade de direito situada em determinado território com seus valores e expectativas. A dimensão temporal limita a interpretação do Juiz, pois consolida a variação temporal dos valores, determinando a sua relação com a comunidade de direito, como, por exemplo, certas práticas que foram permitidas em algum período não o são em outro. Ademais, vincula as idéias de liberdade e humanidade, possibilitando a justiça.

O fundamento de validade da súmula vinculante é, justamente, trazer, de forma clara, a interpretação dominante para a solução de demanda jurídica específica, mas condicionada a sua historicidade, pelo que a sua revisão é um imperativo, para adequação aos novos tempos. O Ministro Djaci Falcão, no julgamento do RHC 43755, em voto condutor, manteve a aplicação da súmula nº 388 do STF, por condizente com “interpretação de elevado alcance ético e social” (10).

Nesta moldura, a ética, considerada como a forma com que se firmam e desenvolvem as relações entre os membros de uma comunidade, exige que, no mesmo momento histórico, duas demandas semelhantes tenham julgamento análogo, é igualdade de tratamento, igualdade perante a lei, princípio previsto na Constituição Federal, que consagra os valores éticos prevalentes.

Cabe aqui ressaltar a eficácia da súmula vinculante, uma vez identificada a importância que essa representa na organização e funcionamento da sociedade atual, dados os seus efeitos, não só

na efetividade da prestação jurisdicional, mas, ainda, pelo grande número de feitos atingidos, que, face à evolução da lei e sua racionalização, distanciada de sua origem transcendental, são submetidos ao crivo do Poder Judiciário. A lei hoje, tratando de uma gama infinitamente maior de questões da vida humana, abarcando um sem número de situações, faz com que nesse ordenamento jurídico, o juiz, por sua vez, seja chamado a decidir os conflitos enquadrados nesse novo perfil legal, ou seja, decidir sobre quase tudo da vida do ser humano em sociedade, ficando, ao contrário, reduzido, o âmbito das regras de controle social pela comunidade. Nesse contexto, permeado pela súmula vinculante, as decisões do Judiciário, de forma concreta e não abstrata como a própria lei, repercutirão na sociedade de forma inédita, possibilitando ao jurisdicionado uma certeza de como a sua conduta repercutirá e quais as conseqüências que terá que assumir.

Temos, assim, que refletir quanto às questões trazidas por G Husserl, em **Everyday Life And The Law**, pois o juiz ao decidir, faz uso de uma lei, cujo desenvolvimento se deu através de uma linguagem técnica, distanciada do cotidiano, fato que, segundo o autor, trouxe à lei e aos que lidam com ela a reprovação pela distância em relação aos pensamentos e sentimentos das pessoas, uma censura geralmente tendente a atacar pontos da linguagem. Lembra o autor que esse tipo de crítica encontra suporte popular, acabando por levar a uma reação por parte da lei: continua apoiada firmemente na idéia de racionalidade, defendida por profissionais treinados do direito, a lei manifesta a tendência de se aproximar do cotidiano através de uma extensão quantitativa de seu campo de atuação. Acredita-se que a lei possa resolver as necessidades sociais de um mundo social cada vez mais complexo e complicado, no qual o costume e tradição enfraqueceram e não parecem adequados às exigências do desenvolvimento econômico. Já não

se vê nenhuma razão real para a restrição da lei à matérias extraordinárias. Almeja-se um corpo de regras legais capaz de ajudar ao homem médio nas suas necessidades diárias. Legislar, antes uma arte exercida com moderação, agora se dá em passos acelerados. A distinção básica entre atos de legislar, objetivando prover normas gerais de conduta, válidas para todos e, no outro lado medidas de execução, intenta encontrar um presente emergencial, o qual é por natureza temporário. Praticamente nada na esfera social, fica hoje fora das regulamentações legais. Gerhart Husserl convoca à reflexão dos próximos capítulos dessa evolução. Para ele, acharemos que o mundo, destruído de uma só vez pela intervenção do *logos*, é restabelecido - ao preço, é verdade, da completa laicização de nossa existência e sua absorção pelo lugar-comum. Todas as coisas ficarão num mesmo plano, o da vida cotidiana. O homem médio se tornará a figura dominante na vida social, o padrão para tudo. Não acreditaremos mais no poder do conhecimento racional para guiar nossas vidas a um plano superior, nem que o *logos* possui uma habilidade particular de integração, transcendendo as fronteiras dos estados e nações. O conhecimento prático que satisfaz as necessidades do cotidiano e do qual qualquer um pode participar de algum modo é a única forma que terá respeito.

Gerhart Husserl lembra os estágios do desenvolvimento. No primeiro estágio nada pode ser pensado, no segundo apenas algumas poucas coisas, no terceiro todas as coisas são ensináveis (esse é o ponto de vista que imperou na Europa civilizada do final do século XIX) e, no último - imaginado - estágio temos como conclusão que todo conhecimento, transmitido de uma forma racional, é sem importância.

Olhando para isso, um sistema de leis que permeia e, no curso desse procedimento é inesperadamente esmagado pela vida do dia-a-dia, é um fato nada diferente do corpo de regras de conduta

convencionais: o indivíduo confrontado com a questão de como um ato em uma situação do cotidiano – não haverá outras ‘situações’ – se pergunta o que outras pessoas pertencentes ao mesmo grupo social fariam se ele se conduzisse dessa ou daquela forma. De forma correspondente, um juiz quando chamado a decidir uma disputa legal se perguntará qual decisão é esperada pela opinião pública, ou seja, pelo homem médio que lê o jornal diário. Cláusulas estatutárias podem apenas ser consideradas quando refletidas e recebidas com apreciação na consciência popular.

A confluência da lei e do costume tomará lugar num mundo social onde uma abordagem racional não tem valor, onde as experiências diárias e padrões do sentido comum ordinário são poderosas. Husserl só vislumbra uma exceção, certas regras – selecionadas não por nosso capricho e aceitas não sem oposição – são colocadas à parte do resto pelo uso da máquina do Estado para compelir a sua observância.

Estaremos face a face com um tipo peculiar de inversão dos tempos primitivos. O Direito e a lei, que já foram presos à lógica e aquele um conhecimento passível de ser aprendido, foram dissociados de suas origens transcendentais. Mas aqui, não há um plano fora da vida cotidiana, com isso, a distinção entre o extraordinário e as pequenas matérias se tornou insignificante.

Para Gerhart Husserl, a vida de homens confinada no plano do cotidiano perde significado. Mesmo que se queira não há como supervalorizar as conquistas da vida cotidiana. A pobreza da experiência cotidiana e a incapacidade, de uma existência feita do lugar comum, de alcançar o seu Eu profundo despertam o desejo de uma experiência genuína que demanda a participação do verdadeiro Ego, de alguém que seja um ser humano na íntegra.

Em um desenvolvimento que tenha avançado tão longe no caminho da derrota intelectual um ponto de retorno é difícil de aparecer. Imperceptivelmente a estrada está andando para o começo da civilização humana. Antecipa o autor que após o colapso do mundo do *logos*, o qual apareceu como uma região intermediária entre a esfera do cotidiano e a região transcendental, fundada na autoridade religiosa, a vida receberá uma ligação não racional com poderes supranaturais, baseados na fé.

Após a reconstrução de uma região autônoma da lei, firmemente calcada em bases racionais, deve aparecer com a imensa tarefa que não pode ser executada em um dia. O trabalho de reconstrução tem de começar com a remoção da lei das questões do cotidiano, restringindo-a às matérias do extraordinário.

Salienta, ainda, que não é uma questão de nova orientação no sentido de que a lei deve se retirar da existência diária para que esta seja tomada pelo arbitrário. Temos que ter em mente: é necessário agilizar o sentimento que o padrão de todas as coisas não é o homem médio, que o plano decisivo de nossas vidas não é o da vida cotidiana, mas se encontra em algum lugar mais profundo dentro de nós. Husserl prevendo um tempo onde a crença na razão (*logos*) é amplamente enfraquecida e mesmo homens de educação mais apurada se renderam à derrota intelectual, entende que é de suma importância o restabelecimento da auto-confiança do homem como ser responsável, capaz de distinguir entre o certo e o errado. Destaca que nem todas as nossas experiências estão no mesmo nível ou tem significado igual. Em última instância a nossa vida forma uma unidade. Este fato, não deve, entretanto, nos cegar em relação ao outro, fato não menos importante do que esse, além de tudo, a vida é inevitavelmente carregada de uma pluralidade de planos. Se a nossa vida não deve ser desprovida de significação, não devemos tomar essa estratificação como verdadeira, mas devemos

intimamente entendê-la. Há uma diferença fundamental entre as regras de conduta do cotidiano e as normas que apontam o caminho, no extraordinário, nas situações fora do cotidiano, para a restauração da ordem social através da lei. O ponto é restabelecer as regras de ligação entre o homem honesto enraizado em tradições culturais inquebrantáveis, na esfera da vida cotidiana e, diferenciá-las, claramente, das regras que designamos como lei.

Conclui em **Everyday Life And The Law**, que regras de costume não são regras da lei, enquanto regra de direito. Lei, nesse sentido, é o que o juiz distribui. O juiz, de qualquer sorte, não é um personagem da cena diária. Ele não é um representante do senso comum do homem médio. Uma certa dose de experiência da vida cotidiana e uma certa rigidez de pontos de vista são essenciais para o seu papel como juiz. O verdadeiro juiz é guiado por um conjunto definido de indispensáveis princípios legais, os quais foram personificados – talvez inadequadamente – nas leis de seu país. Um tribunal não deve nunca atuar de acordo com uma fé cega em poderes sobrenaturais cujo ser está além de qualquer compreensão racional. É bastante para o juiz fazer seu julgamento pelo entendimento de recursos racionais, de princípios legais básicos, os quais permitem, ou melhor, exigem uma abordagem pelo caminho da razão. Somente nesse caminho ele pode realizar a justiça. Mesmo montando uma imagem de vida justa, o juiz deixa atrás de si a vida do cotidiano. Tal imagem vai exercer uma influência vital na existência diária, a qual vai indispensavelmente impregnar com as idéias de liberdade e humanidade – sem as quais não há justiça.

REFERÊNCIAS

- (1) www.sfjp.ifcs.ufrj.br, último acesso em 20.02.2009.
- (2) HUSSERL, Gerhart. **Recht und Zeit. Fünf Rechtsphilosophische Essays**. Frankfurt a/M: Klostermann, 1955, p. 10-65.
- (3) HUSSERL, Gerhart. **Recht und Welt. Rechtsphilosophische Abhandlungen**. Frankfurt a/M: Klostermann, 1964, p. 297-313.
- (4) GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Pequena Introdução à Filosofia Política, A Questão dos Fundamentos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 2ª ed., p. 2.
- (5) BELLO, Angela Ales. **Introdução à Fenomenologia**. Bauru, SP: EDUSC, 2006, p. 80.
- (6) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. São Paulo: Saraiva, 2007, 5ª ed., p.32.
- (7) GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Pequena Introdução à Filosofia Política. A Questão dos Fundamentos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 2ª ed., p. 103.
- (8) MS 26603, Relator o Ministro Celso de Mello, julgado em 04.10.2007, disponível em www.stf.jus.br, último acesso em 20.02.2009.
- (9) MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2005, p. 202.
- (10) RHC 43755, Relator o Ministro Djaci Falcão, julgado em 19.04.1967, disponível em www.stf.jus.br, último acesso em 20.02.2009.

AS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA COMO UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA

*Leonardo Diniz do Couto **

Várias são as maneiras de entender os direitos fundamentais dos cidadãos no contexto das democracias contemporâneas, maneiras tais que norteiam e determinam as diferentes visões a respeito de como devem ser interpretadas as Constituições em tais democracias. Atualmente, três concepções que debatem no âmbito do Estado democrático liberal se destacam nessa discussão. De um lado, há os multiculturalistas que entendem que o encaminhamento de tal interpretação deve ser orientado por valores que a comunidade compartilha, tendo como ponto de partida os contextos éticos já existentes, objetivando, em face disso, aproximar a realidade constitucional da soberania do povo. Por outro lado, há o entendimento – que tem como seu maior expoente Jürgen Habermas – de que esta orientação deve visar a proteção do processo de criação democrática do direito, significando isso não apenas a garantia da autonomia privada, concretizada pela defesa dos direitos fundamentais, na medida em que os cidadãos são

* Aluno do Programa de Pós-graduação em Filosofia da UFRJ

concebidos como destinatários do direito, mas também da autonomia pública, concretizada pela defesa da soberania do povo, na medida em que os mesmos são vistos como autores do direito, sendo as duas autonomias entendidas como equíprimordiais, ou seja, sem que uma tenha primazia sobre a outra. Diferente das duas concepções acima descritas há ainda a visão liberal de autores como John Rawls e Ronald Dworkin, que defendem que deve ter prioridade e devem ser conservados os direitos fundamentais, entendidos, nas palavras deste último, como “trunfos” em relação à soberania do povo, quando os dois conflitam.

Segundo essa visão compartilhada por Dworkin, que será tratada neste trabalho, a interpretação constitucional deve ter como base a idéia de que em uma democracia liberal deve-se, sobretudo, assegurar a todos os cidadãos os direitos fundamentais, direitos estes que devem ser assegurados através da garantia de um papel proeminente conferido à Constituição e ao sistema de direitos inscritos nela, entendidos como neutros em relação às visões individuais acerca do bem ou da vida bem-sucedida. Assim, o ordenamento jurídico, para esta visão, sendo expresso, como diz Dworkin, através da linguagem neutra do direito, deve assegurar um âmbito de liberdade imune a eventuais procedimentos majoritários, ou seja, imune a interferências externas indevidas.

Segundo esta concepção, o ordenamento jurídico não é apenas um conjunto de normas especiais, desprovidas de moralidade, como defende o positivismo jurídico, ele incorpora também um fundamento moral, que está engendrado nas relações sociais, que o justifica. Tal posicionamento, que demonstra a conexão estreita entre direito e moral – e que, aliás, também é partilhado pelas duas concepções supracitadas –, é formulado por Dworkin através da idéia de que o ordenamento jurídico é integrado não apenas por normas, que justificam o uso da força contra

cidadãos, mas também por princípios morais, que partem de um ideal de fornecimento de uma estrutura política justa.

É importante levar em conta a distinção feita pelo autor entre normas e princípios. As normas, que podem ser consideradas válidas ou inválidas, dependendo do caso, definem as suas condições de aplicação. Já os princípios que, nas palavras de Dworkin, nada mais são do que “critérios que têm de ser observados, não porque favoreçam ou assegurem uma situação econômica, política ou social que se considera desejável, mas porque é uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade” (*Los Derechos en Serio*. Traducción de Marta Guastavino. 3. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1995, p. 72), são enunciados que necessitam de interpretação, uma vez que não possuem a capacidade de determinar as suas condições de aplicação.

De acordo com o autor, os princípios morais têm de poder justificar tanto o processo legislativo, que delinea as diretrizes políticas, quanto as decisões judiciais, que confirmam ou negam através de um veredicto um direito concreto. Deste modo, eles devem servir como guia para a concepção, o entendimento e a aplicação das normas nos casos concretos. Isto quer dizer que, por exemplo, em casos de conflitos de normas nos quais não é possível reconhecer de forma clara, dentre as normas jurídicas conflitantes, qual é a “correta”, e nem é possível recorrer a uma norma superior, os princípios morais devem servir como guia e fundamento para a determinação da norma que deverá ser aplicada.

Desta maneira, evidencia-se que os princípios, assim como as normas, possuem uma natureza deontológica, ou seja, eles apresentam a natureza de uma obrigação. Eles não devem, portanto, seguindo esta concepção, ser interpretados como valores especialmente preferidos e nem como caracterizados por uma

estrutura teleológica. Eles, de outro modo, devem ser vistos como comandos obrigatórios que oferecem uma via de acesso para se chegar a uma “resposta correta”, que assegure o direito de todos de serem tratados em igualdade, ou, nas palavras de Dworkin, de serem tratados como iguais.

Assim, esta concepção, que entende que um ordenamento jurídico deve ser integrado por normas e princípios, tem sua legitimidade na idéia de que a orientação da interpretação constitucional, tanto do legislativo quanto do judiciário, deve se basear na segurança e na inviolabilidade dos direitos fundamentais, entendidos por ele como princípios morais. A legitimidade deste tipo de direito, por conseguinte, está na idéia de que todos são tratados como iguais. Assim, pode-se dizer, Dworkin vê os direitos fundamentais, que devem ser garantidos constitucionalmente, como princípios morais provenientes de um ideal jurídico e político que devem ser vistos como comandos obrigatórios.

Em face disso, entende este autor, a constituição deve ser concebida de modo a sempre assegurar os direitos e as liberdades básicas aos cidadãos, direitos estes que são entendidos pelo autor como direito à igualdade, não à liberdade como normalmente entendem os liberais. Isto quer dizer que de acordo com a sua visão, todos os indivíduos, indiscriminadamente, devem ser tratados em igualdade, porém não significando isto qualquer tratamento que iguale a todos. Cada um merece “ser tratado como igual”, isto é, segundo a interpretação da igualdade defendida por Dworkin, “com igual respeito e consideração”¹, tanto na formulação quanto na aplicação do direito, e nenhuma diretriz política ou decisão judicial pode ferir este direito fundamental de todos.

¹ Cf. os seguintes textos de DWORKIN: *ibid*; *A Virtude Soberana*. Tradução de Jussara Simões. SP: Martins Fontes, 2005; e *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. SP: Martins Fontes, 2005.

É a partir deste entendimento da igualdade que Dworkin faz uma leitura da controvérsia da igualdade formal e da igualdade de fato, mostrando que as políticas de ação afirmativa, se corretamente entendidas, não ferem o princípio da igualdade. Conforme ele, a igualdade de fato – promovida por tais políticas –, pode ser conciliada com a igualdade formal – isto é, com o princípio geral da igualdade que normalmente é lido nas constituições como igualdade perante a lei – em um mesmo ordenamento, de tal forma que deixe de ser necessário que a relação entre as duas seja contraditória, ou seja, de tal forma que deixe de ser necessário que a promoção de uma signifique o ferimento ou a desconsideração da outra. Para isso, argumenta o autor, basta que todos sejam tratados como iguais.

Para discutir estas questões que se referem à orientação das interpretações constitucionais e mostrar a plausibilidade das políticas de ação afirmativa, pretendo, de início, apresentar sumariamente a controvérsia suscitada pelo chamado, por Alexy, “paradoxo da igualdade”. Em seguida, pretendo explicitar a resposta de Dworkin a este paradoxo, mostrando que, seguindo a sua interpretação, tal paradoxo pode ser dissolvido através da adequação da igualdade formal e da igualdade de fato. Por fim, pretendo concluir, avaliando os argumentos que justificam a adoção das políticas de ação afirmativa, e mostrar que tais políticas, se corretamente concebidas e aplicadas, não são injustas, ao contrário, elas ajudam na promoção de uma sociedade igualitária e justa, na qual os cidadãos são efetivamente considerados livres e iguais.

O PARADOXO DA IGUALDADE

Um dos conceitos mais importantes, e talvez por isso um dos mais discutidos, dentro do contexto de uma democracia liberal, é o

conceito de igualdade. Este conceito no histórico de discussões da filosofia política pode ser encontrado sob formas diversas. Presente na antiguidade e na Idade Média, somente com a instituição do Estado moderno, através das revoluções, americana e francesa, é que ele adquire um caráter – que, ao menos, se pretendia – universal, já que estabelece princípios gerais racionais que proclamam a necessidade do reconhecimento a todas as pessoas, uma vez que são elas próprias que legislam, dos mesmos direitos fundamentais.

Essa maneira moderna de ver a igualdade acarretou muitas mudanças nas ordenações jurídicas dos Estados. Uma importante transformação processada foi a de que com a instituição do Estado moderno, através das revoluções liberais, houve uma racionalização do direito, tornando-o acessível através de textos. Racionalização esta que, em dois momentos históricos distintos, significaram dois modos diferentes de leitura do próprio direito e, conseqüentemente, dois modos de leitura de como deveria ser o entendimento dos direitos fundamentais assegurados a todos os cidadãos. A seguir, serão apresentadas estas duas leituras diferentes do direito, que Habermas caracteriza como expressão de dois paradigmas diferentes, e também a contradição que estas duas leituras aparentemente suscitam².

O primeiro entendimento do direito moderno surgiu a partir das revoluções do final do século XVIII, constituindo o que Habermas chamou de “paradigma do direito liberal”. Em linhas gerais, este paradigma se caracteriza pela defesa do princípio geral da igualdade ou da igualdade perante a lei. Neste, a igualdade não é mais derivada de uma lei divina, como se dava no Estado absolutista, mas de uma noção que parte do entendimento de um direito racional, estruturado sob um Estado democrático, onde todos são

² HABERMAS. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

considerados cidadãos iguais, na medida em que possuem os mesmos direitos e deveres, simplesmente por serem dotados de razão e consciência.

Com este paradigma, nasce a noção de direito fundamental, sendo entendido no arcabouço de um ordenamento jurídico que institui leis, genéricas e abstratas, iguais para todos, que não distinguem ou privilegiam ninguém e incidem de forma neutra sobre todas as situações jurídicas concretas, e que garantem a concretização, de modo amplo, de liberdades de ação subjetiva. Em outras palavras, os indivíduos passam a ser entendidos como portadores de direitos básicos e inalienáveis, o que garante que a cada um seja assegurada uma igualdade formal de liberdades, liberdades estas que asseguram a autodeterminação individual, resguardando uma esfera de atuação individual que deve ser protegida contra qualquer intromissão indevida, seja de um outro indivíduo, seja do Estado, na qual é garantido a cada um o direito de fazer ou não fazer o que lhe aprouve, dentro dos limites das possibilidades legais e concretas.

Exemplos da enunciação deste princípio de igualdade, na atualidade, podem ser encontrados nos ordenamentos constitucionais dos diversos Estados democráticos liberais. Na Constituição do Estado brasileiro, tal enunciação se evidencia no artigo 5º da seguinte maneira: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”³.

Porém, embora à sua época este entendimento de igualdade possa ter desempenhado um papel revolucionário, na medida em

³ Constituição da República Federativa do Brasil.

que aboliu os privilégios baseados na linhagem do antigo regime, com o passar do tempo ele mostrou que não era isento de problemas. Após a Segunda Guerra Mundial, quando a necessidade de especificação do direito tornou-se evidente para atender os diversos grupos da sociedade, o paradigma do direito liberal é posto em xeque devido à percepção da seguinte insuficiência: representando tal paradigma uma concepção formal e abstrata de igualdade, ele se mostra absolutamente “cego”, como diz Habermas, no que concerne às desigualdades concretas existentes entre os membros da sociedade. E na medida em que esta “cegueira” se tornava evidente, com a constatação de que a concepção puramente formal da igualdade não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que desfrutavam os indivíduos socialmente privilegiados, mais se reclamava que o direito fundamental de todos não poderia mais significar apenas um direito geral a liberdades subjetivas iguais. Seu objetivo tinha que se ampliar e se colocar a serviço da realização da justiça social. Porque, como diz Gomes, somente com a promoção de uma igualdade substancial ou factual entre os membros da sociedade, pode-se promover uma sociedade justa, na qual “as situações desiguais [podem ser] tratadas [efetivamente] de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade”⁴.

Deste modo, da crítica reformista do direito formal liberal surgiu o chamado por Habermas “paradigma do Estado social”. Este paradigma, diferente do anterior, se caracteriza como um modelo organizado, onde o Estado abandona sua postura neutra, passando a intervir, preventiva ou reativamente, na busca de uma igualdade substancial entre os membros da sociedade. Em outras palavras, o

⁴ GOMES, J. B. B. Ação afirmativa e o Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Estado, neste entendimento, busca, através do que esse mesmo autor chama de “materialização do direito”, dar possibilidades concretas de escolha a seus membros entre as possibilidades daquilo que é permitido.

Com este novo modo de ver, conseqüência da supracitada materialização, por conseguinte, o direito passou a perceber o ser humano em sua especificidade, isto é, como um participante de uma determinada etnia, de uma certa religião, como filiado a um determinado grupo, etc, em suma, o direito passou a perceber o ser humano como um ser dotado de características singulares. E o Estado, conseqüentemente, tornou-se um agente ativo, buscando a concretização da igualdade proclamada nos textos constitucionais. Exemplos concretos dessa “materialização” se demonstram através da inclusão nos sistemas jurídicos de direitos específicos das mulheres, dos negros, das pessoas com deficiência física e mental, entre outros, que nada mais são do que tentativas de concretização da igualdade substancial ou material. Estas que se apresentam muitas vezes, como diz Gomes⁵, na forma de políticas sociais de apoio e promoção de determinados grupos socialmente fragilizados.

De acordo com Alexy⁶, os dois paradigmas descritos acima refletem dois tipos distintos de tratamento igual oferecidos pelo Estado: o primeiro (i) concerne ao tratamento igual que se refere a atos e o segundo (ii), ao tratamento igual que se refere a conseqüências. O tratamento igual que se refere a atos (i) concerne às ações exclusivas do Estado enquanto tal, que precisa julgar considerando a igualdade jurídico-formal dos cidadãos; e o tratamento igual que se refere a conseqüências (ii) concerne às ações do Estado que visam as conseqüências práticas, mesmo que

⁵ GOMES, J.B.B. “O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmitivas”. [S.L.: sn], 2001.

⁶ ALEXY, R. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

isso signifique tratamento desigual. Nestas ações, o Estado busca a igualdade substancial ou material, através da consideração da realidade fática dos membros da sociedade.

Através desta distinção feita por Alexy torna-se possível o reconhecimento da seguinte contradição: o favorecimento de um grupo qualquer, quando se promove a igualdade substancial, através do tratamento igual que se refere a conseqüências, necessariamente significa, no sentido do tratamento igual referido a atos, o desfavorecimento de outro grupo qualquer. Isto quer dizer que na medida em que se deseja e se promove a igualdade de fato, tem de se aceitar a desigualdade jurídico-formal e vice-versa. Em outras palavras, em um mesmo caso, o tratamento que para o primeiro entendimento é visto como um tratamento igual, para o segundo necessariamente significa desigual e vice-versa. E se ambos são entendidos como partes de um princípio superior têm-se, então, o que Alexy (p. 404) denomina de *“o paradoxo da igualdade”*.

Com esta exposição, torna-se possível a identificação de um problema fundamental presente no Estado liberal que norteará este trabalho: constituindo, como se viu, um paradoxo, o ajuste dos dois tipos de igualdade apresentados acima, num mesmo princípio jurídico, como conformá-los ou ajustá-los de maneira que eles possam habitar um mesmo sistema jurídico, sem que isso signifique uma contradição? Ou, em outras palavras, como ordenar um princípio jurídico de tal forma que ele abranja e coordene a igualdade formal e a igualdade de fato, sem que esse princípio seja entendido como paradoxal?

É importante grifar aqui que, como entende Alexy, quem vier a dar uma resposta a estas questões deve enfrentar não só o problema da relação da igualdade e da liberdade, que podem aparecer como valores conflitantes e contrários, mas também terá de solucionar uma parte considerável dos problemas da igualdade

de fato, uma vez que ela se apresenta de maneira pouco clara, e também da igualdade formal que não pode ser simplesmente sacrificada ou abandonada, assim como a primeira.

DWORKIN E A IGUALDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Uma resposta razoável a esta controvérsia, por entender que ela deixa de existir quando se privilegia a efetivação da justiça ao invés de um ou outro tipo de igualdade é a resposta de Dworkin. Ela busca mostrar como é possível que sejam garantidos a todos os direitos fundamentais, mesmo quando alguns são tratados desigualmente. Em outras palavras, a resposta de Dworkin estabelece como é possível a compatibilização da igualdade formal e da igualdade de fato no sistema jurídico de um Estado liberal que se orienta pelo princípio geral da igualdade quando há a implementação de políticas sociais como as políticas de ação afirmativa.

Para Dworkin, o conceito central, dentro do contexto de um Estado democrático de direito, é a igualdade, não a liberdade – posicionamento este que o distancia de toda uma tradição liberal. Conforme ele (*A Virtude Soberana*, p. 167), não é razoável a idéia de neutralidade estatal, advinda de um direito geral à liberdade, que entende a liberdade como um valor que não pode ser, de forma alguma, suprimido, porque não existe um tal direito geral à liberdade. Supor esta existência gera de acordo com ele uma contradição desnecessária entre os conceitos de igualdade e liberdade, na medida em que a defesa de um significa a restrição do outro. Em face disso, argumenta (p. 177), o que há não é um direito a toda liberdade, mas apenas um direito a algumas liberdades básicas que são muito importantes e que, por isso, precisam ser preservadas.

Mas, se não há um direito geral à liberdade, como se fundamenta um direito a algumas liberdades?

Segundo Dworkin, a garantia de determinadas liberdades se dá devido à prevalência de um conceito que deve ser encarado como central e que, por este motivo, todo Estado deve buscá-lo no tratamento aos seus cidadãos. Trata-se do conceito de igualdade, que para este autor é a virtude soberana de uma comunidade política. É importante grifar, que, para ele, caso acontecesse um conflito, como o descrito, a igualdade deveria sempre prevalecer sobre a liberdade. Segundo Dworkin, para que o problema do conflito seja resolvido, ou melhor, para que ele nem mesmo se ponha, basta que elas sejam entendidas como aspectos de uma só virtude política, entendendo que a liberdade ajuda a definir a igualdade e, em um nível mais abstrato, a igualdade ajuda a definir a liberdade. Este entendimento mostra, conforme o autor, que não há contradição entre esses dois conceitos, uma vez que a igualdade, deste modo, passa, segundo ele, a ser tratada como se deve, isto é, como a condição que possibilita a defesa das liberdades básicas.

Isto, Rawls já havia formulado, defende ele, na descrição do seu contrato social. Na leitura de Dworkin, na posição original de Rawls, sob o véu da ignorância, quando as partes escolhem um direito abstrato como o direito básico da teoria, elas não podem escolher o direito geral à liberdade. Porque, em primeiro lugar, elas não sabem se esta liberdade aumentará ou não o seu poder quando forem estabelecidos os princípios de justiça; e, em segundo lugar, porque elas sabem que podem aparecer outros interesses que talvez precisem da restrição dessas liberdades. O direito fundamental então defendido por Rawls, compreende o autor, é o direito à igualdade, já que ele é o fundamento da defesa de qualquer liberdade entendida como básica. Para ele, Rawls entendeu que somente supondo a igualdade como condição do

estabelecimento da posição original, não como um produto posterior, é possível o estabelecimento de uma sociedade justa, onde os direitos fundamentais, incluindo algumas liberdades básicas, são preservados a todos os cidadãos.

Corroborando esta idéia, Dworkin formula que o Estado deve buscar a igualdade no tratamento aos seus cidadãos. Porém, este tratamento igual não deve ser oferecido de qualquer maneira, nem deve significar qualquer tratamento que iguale os envolvidos. Trata-se de um entendimento próprio e peculiar da igualdade. De acordo com o autor, há duas maneiras de entender o direito à igualdade que aparece como direito fundamental nas constituições modernas: como direito “a um igual tratamento”, ou como direito “ao tratamento como igual”. No primeiro caso, trata-se do direito a uma igual distribuição de oportunidade, recurso ou encargo, exemplificado pelos direitos ao voto de todos os cidadãos em uma democracia e ao acesso ao Ensino Básico de todos os indivíduos.

No segundo caso, trata-se não do direito de todos os indivíduos de receber a mesma distribuição de bens e oportunidades, mas de serem tratados como iguais, o que na interpretação de Dworkin significa: “com igual respeito”, isto é, “como seres humanos capazes de chegar a concepções inteligentes de como devem viver sua vida e de como devem atuar de acordo com elas [ou seja, as suas concepções]”, e “com igual consideração”, isto é, “como seres humanos capazes de sofrimento e frustração”, no que se refere à distribuição de bens e oportunidades nas decisões políticas. Ou, nas suas palavras, com igual atenção, mesmo que o tratamento oferecido a todos seja desigual, considerando todos os fatores que influenciam no caso. Visando demonstrar que para ser justo é necessário o tratamento que leva em consideração a igual atenção, Dworkin apresenta o exemplo de um pai que, para ser justo, isto é, para tratar os seus dois filhos com igual atenção,

não pode tirar na sorte quem deve tomar a última dose do medicamento – ou dividi-la igualmente – que visa combater a doença que está fazendo um morrer e que causa apenas desconforto ao outro (*Los Derechos em Serio*, 388-389).

Para o autor, por esse motivo, isto é, por considerar os indivíduos com igual respeito e consideração, o segundo é o direito inalienável e fundamental que deve ser preservado em qualquer situação a todos. E o primeiro é derivado, sendo válido somente em ocasiões especiais, nas quais se deriva do segundo, do direito de ser tratado com igual atenção.

É com base neste entendimento do direito fundamental à igualdade que Dworkin estrutura a sua concepção de justiça distributiva. De acordo com ele, uma sociedade justa tende à justa distribuição de recursos não de bem-estar. Trata-se da maior igualdade possível de recursos que ele chama de impessoais, que são os passíveis de apropriação e transferência, tais como riqueza e bens materiais; e de recursos que ele chama de pessoais, que são qualidades da mente e do corpo que influenciam no êxito das pessoas na realização de seus planos e projetos, tais como saúde, capacidade física e mental, força, talento, etc.

Para caracterizar a igualdade ideal dos recursos impessoais, este autor utiliza uma idéia de “leilão”, no qual todos em situação de igualdade adquirem os bens que acham necessários para a sua vida, sabendo o custo real de suas escolhas sobre os outros e sobre o total de recursos que pode ser eqüitativamente utilizado. Para verificar se a divisão foi justa, ele utiliza o teste da cobiça, onde o leilão se mostra bem sucedido se ninguém cobiçar os recursos, como um todo, de ninguém depois da distribuição feita.

No entanto, como é provável que esta igualdade ideal não seja alcançada ou não se sustente devido à sorte individual e à

livre movimentação do comércio, onde o talento – a sorte genética – e outros bens pessoais aparecem, Dworkin pensa um modo de minimizar as injustiças decorrentes das circunstâncias, que não podem ser debitadas à responsabilidade dos indivíduos. Ou seja, ele pensa um modo de “igualar” os recursos pessoais, fazendo com que os indivíduos possam não sofrer ou se precaver contra situações que se apresentam sem que eles possam ser culpados. Para isso, ele estabelece o seguro. O seguro é um mecanismo utilizado por Dworkin que permite aos indivíduos a possibilidade de pagar apólices para se precaverem contra possíveis situações adversas. É importante ressaltar que os indivíduos escolhem pagar ou não, o que lhes transfere toda a responsabilidade das conseqüências de uma fatalidade, por exemplo.

Isto quer dizer que a utilização da idéia de seguro, assim como a idéia de leilão, é a maneira encontrada por Dworkin para garantir que cada um tenha responsabilidade por sua vida e, desta forma – ou seja, não deixando, por conseguinte, ninguém à mercê de uma infelicidade decorrente da fortuna – que todos sejam tratados com igual respeito e consideração, isto é, que a todo indivíduo seja assegurado o seu direito fundamental e inalienável, mesmo que isso signifique um tratamento desigual a alguns.

Conforme Dworkin, a distribuição justa dos recursos somada à possibilidade de igualação oferecida pelos seguros àqueles que por motivos diversos estão em situação desprivilegiada em relação à saúde e em relação ao emprego assegura a efetivação da justiça, uma vez que o Estado, utilizando-se destes mecanismos, ou nas palavras de Dworkin, tratando os cidadãos com igual consideração, não precisa pensar se tal ação é conforme a igualdade formal ou conforme a igualdade de fato.

Portanto, para Dworkin, através da garantia do tratamento como igual, isto é, do tratamento com igual respeito e consideração, assegura-se a todos a defesa dos seus direitos fundamentais, mesmo quando isso possa significar um tratamento diferenciado a alguns.

A partir destes esclarecimentos, torna-se possível verificar qual o tratamento de Dworkin aos problemas levantados acima. Em primeiro lugar, conforme entende o autor, embora possam aparecer como conflitantes a liberdade e a igualdade, elas podem ser ajustadas, sendo entendidas como partes de um mesmo ideal humanista, desde que a igualdade seja entendida como o fundamento das liberdades básicas que deverão ser defendidas, ou, em outras palavras, desde que a igualdade estabeleça as condições para o aparecimento das liberdades. E, em segundo lugar, de acordo com ele, a garantia, a todos do tratamento como igual evita que ao Estado se ponha a questão quanto a que perspectiva adotar, a perspectiva da igualdade de fato ou da igualdade formal, já que ele, ao tratar a todos como iguais, já adota uma ou outra perspectiva. Deste modo, isto é, tendo como fundamental a igualdade de respeito e consideração, é possível, seguindo a argumentação de Dworkin, compatibilizar a igualdade formal e a igualdade de fato num mesmo princípio, utilizando um entendimento ou outro toda vez que isso significar tratar como igual.

Compatibilizando, desta forma, ambos os tipos de igualdade, torna-se mais clara a compreensão da compatibilidade das políticas de ação afirmativa com o princípio geral da igualdade. Elas poderão ser admitidas, como será visto, para este autor, como uma maneira de tornar a sociedade melhor e justa no futuro, não uma compensação do passado.

POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA, TRATANDO COMO IGUAL

De acordo com Gomes, as políticas de ação afirmativa podem ser definidas como

“um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego” (Ação afirmativa e o Princípio Constitucional da Igualdade, p. 40).

Trata-se, portanto, de políticas que visam evitar a discriminação, por meio de um tratamento preferencial a um grupo histórica ou presentemente discriminado, mediante a concretização da igualdade de fato, de modo a evitar que o princípio formal da igualdade funcione na prática como um mecanismo perpetuador da desigualdade.

Tendo por base este entendimento, estas políticas têm, segundo Gomes, os seguintes objetivos: em primeiro lugar, como já foi visto, concretizar a igualdade de oportunidades, e, segundo, através da exemplaridade, induzir transformações capazes de subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia de uma raça sobre a outra, a idéia de supremacia do homem sobre a mulher, etc. Elas são, como diz Carmen Lúcia Antunes (*apud* Gomes, p. 42), “uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias”.

É pertinente neste ponto lembrar o conceito de reconhecimento introduzido por Charles Taylor⁷. Segundo Taylor,

⁷ TAYLOR, C. *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*. Traducción Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

cada um tem uma representação de si ou um entendimento daquilo que se é. Este entendimento forma o que o indivíduo compreende como sua identidade, isto é, forma a interpretação que se faz de quem se é e de suas características definidoras essenciais de ser humano. Entretanto, esta interpretação não se faz apenas individualmente; como ressalta Taylor, ela é moldada parcialmente pelo reconhecimento das outras pessoas, associando, com isso, identidade e reconhecimento.

Este modo de ver demonstra que se parte significativa das pessoas reconhecem outra pessoa ou grupo qualquer, como associado a uma imagem inferior ou humilhante, é provável que essa pessoa ou grupo passe a viver como tal, com grande possibilidade de introjetar tal idéia, sem perceber-se dissociado dela, agravando-se ainda mais se o processo de identificação com a inferioridade desta pessoa ou grupo for mantida no tempo.

Para Taylor, evita-se este mal quando se garante o direito à proteção do devido reconhecimento às identidades individuais ou grupais. Isto quer dizer que reconhecendo devidamente as diferenças, e isto é fundamental, assegura-se a cada grupo e/ou pessoa a integridade, ou de igual modo, a efetivação do princípio de igual dignidade dos seres humanos. Porque, diz Taylor (*apud* Gomes, p. 74-75) o “não reconhecimento” ou o “mau reconhecimento” é uma opressão, pois confina o indivíduo a um “modo de ser reduzido”, sendo “o devido reconhecimento às pessoas e aos grupos” assim como “à suas identidades culturais”, portanto, “uma necessidade vital”. E o Estado, partindo deste pressuposto, não pode ter uma postura neutra e imparcial, ele deve ser ativo e interveniente, pois ele não pode ser cego e ineficaz à discriminação e à desigualdade.

Tendo como ponto de partida esta compreensão, se as

políticas de ação afirmativa são mecanismos eficazes utilizados para garantir a diversidade étnica e social, assegurando a integridade de cada um, ou seja, se elas colaboram com a integração de grupos subprivilegiados, então, embora elas discriminem ao promover a igualdade de fato, elas não são contrárias ao sistema de direitos sobre o qual se baseia o constitucionalismo moderno, uma vez que elas, como diz Dworkin, podem ser aplicadas pressupondo a idéia do tratamento como igual. Portanto, mesmo tratando desigualmente, elas não causam injustiça.

Seguindo esta linha de argumentação, vê-se que estas políticas não podem ser entendidas como políticas compensatórias, tendo, no presente, a função de reparar injustiças que, no passado, foram praticadas sobre os antepassados dos seus atuais beneficiários. Porque, do ponto de vista jurídico, para haver uma compensação tem de haver um dano específico, a identificação daquele que sofreu o dano e daquele que causou o prejuízo, pois, como salienta Gomes, “somente quem sofre diretamente o dano tem legitimidade para postular a respectiva compensação”, esta que “só pode ser reivindicada de quem efetivamente praticou o ato ilícito que resultou no dano” (*Ação afirmativa e o Princípio Constitucional da Igualdade*, p. 65). Pois, afinal de contas, “as preferências requeridas”, por exemplo, “pelos negros no presente não compensam gerações de negros que sofreram injustiças no passado” (Dworkin *apud* Cittadino, “*Invisibilidade*”, *Estado de Direito e Política de Reconhecimento*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 165).

As políticas de ação afirmativa, então, não devem ser vistas como mecanismos de compensação e nem, como defendem alguns, como mecanismos que são necessários devido a questões de raça, de falta de oportunidades ou de segregação, mas como medidas de integração, cujo objetivo principal deve ser ajudar a dar fim à discriminação, possibilitando a efetiva participação dos

amplios setores da sociedade. Elas devem, por conseguinte, visar, como defende Dworkin, o futuro e não o passado, pensando em construir uma sociedade justa, na qual todos são tratados como iguais.

Pensando nisso, Dworkin, mantendo-se no entendimento de que é possível a compatibilização da igualdade formal e da igualdade de fato, apresenta dois argumentos para justificar essas políticas. Tais argumentos são utilizados porque, segundo ele, em certas ocasiões uma política, como a supracitada, que desfavorece alguns pode ser justificada com o argumento de que dá melhores condições à sociedade como um todo.

No obstante, deve-se tomar cuidado, segundo o autor, com o significado que se atribui à expressão “dá melhores condições à sociedade como um todo”. Em sua concepção há dois sentidos quando se diz que uma sociedade está melhor como um todo, mesmo que alguns indivíduos não se beneficiem tanto quanto outros: (i) um sentido utilitarista, que se refere ao aumento do nível médio ou coletivo do bem-estar comunitário; e (ii) um sentido idealista, que diz estar melhor a sociedade mais justa, ou a mais próxima de uma sociedade ideal, independentemente do aumento do nível médio de bem-estar.

Quando Dworkin se refere ao primeiro sentido, tem em mente o utilitarismo de preferências, que quer dizer que “uma política torna a comunidade melhor (...) se satisfaz o conjunto de preferências melhor do que o fariam as políticas alternativas, ainda que ela não satisfaça as preferências de alguns” (*Los Derechos em Serio*, p. 359). Neste sentido, as preferências de cada um parecem contar iguais.

Mas, isso que se apresenta como igualitário, à primeira vista, revela-se enganoso muitas vezes, segundo o autor. Pois não se

deixa claro uma distinção fundamental: que as preferências dos indivíduos pelas conseqüências de uma política podem ser tanto pessoais, quando miram a própria fruição de certos bens e oportunidades; quanto externas, quando visam a fruição de bens e oportunidades dos outros.

Quando se trata da segunda preferência, tem-se um problema, segundo o autor. Pois, quando ela é utilizada, o caráter igualitário do argumento utilitarista é corrompido, uma vez que quando predominam as preferências externas, não se consideram como iguais os indivíduos que são colocados em desvantagem, visto que as preferências daqueles que os discriminam parecem contar duplamente. E mesmo quando essa segunda preferência é utilizada junto com as preferências pessoais, a decisão utilitarista em favor das preferências de qualquer pessoa fica dependente de uma afeição que as outras pessoas têm por ela, não das preferências pessoais de todos, o que a torna injusta, uma vez que as preferências pessoais de qualquer pessoa não podem depender da estima que as outras têm por ela.

Portanto, no entender de Dworkin, evidencia-se que, de um ponto de vista utilitarista, somente as preferências pessoais, não as externas, devem ser contabilizadas para que o direito essencial de todos de ser tratados como iguais seja efetivado. Isto quer dizer que, para Dworkin, as preferências externas dos indivíduos nunca devem ser contabilizadas. Somente as pessoais. Pois se somente as preferências pessoais forem consideradas, argumenta o autor, a tese liberal que prioriza a igualdade – que é a tese que ele defende – será então uma conseqüência do utilitarismo. O problema é que muitas vezes é difícil separar as preferências pessoais das externas. E é impossível fazer isso em sociedades em que os preconceitos são fortes. Por isso, para o autor, os argumentos utilitaristas são

válidos para justificar as políticas de ação afirmativa apenas quando também possam ser usados argumentos de outro tipo, que chama de ideal.

O segundo tipo de argumento que pode ser fornecido para afirmar que “uma sociedade está melhor como um todo”, o argumento de ideal, é mais intuitivo, na medida em que considera que uma sociedade está melhor como um todo quando consegue, apesar de todas as diferenças, não discriminar nenhum de seus membros, ou seja, quando ela consegue se aproximar de uma sociedade idealmente justa. Neste sentido, as políticas de ação afirmativa são justificáveis para Dworkin quando elas significam uma medida que aproxima a sociedade de uma sociedade idealmente justa. Pensando que uma sociedade idealmente justa não discrimina um de seus membros simplesmente por causa de sua cor, por exemplo, e se tais políticas significam efetivamente um modo efetivo de integração dos negros discriminados, logo não há porque não as entender como justas, ou seja, não há porque, na medida em que concretiza a integridade, entendê-las como contraditórias com o princípio geral da igualdade.

Portanto, evidencia-se, como mostra Dworkin, que a promoção das políticas de ação afirmativa não gera uma contradição com a defesa do princípio geral da igualdade, em um sistema jurídico que prioriza os direitos fundamentais, ou seja, que tais políticas não são injustas, porém desde que estas políticas fundamentem-se no direito inalienável de todos de serem tratados como iguais, isto é, com o mesmo respeito e consideração, embasadas em argumentos idealistas, e também utilitaristas, mas apenas quando nestes prevalecerem as preferências pessoais.

CONCLUSÃO

Sendo assim, pode-se concluir, como mostra a interpretação de Dworkin, que a igualdade formal, concretizada pela igualdade perante a lei, e a promoção da igualdade de fato, vista através das políticas de ação afirmativa, podem ser conciliadas de modo que não sejam entendidas como contraditórias. Seguindo esta linha de argumentação, mostra-se que a implementação das políticas de ação afirmativa não é, na verdade, incompatível com o tratamento que todos indiscriminadamente merecem. Pois elas, em casos determinados, nada mais representam do que a concretização, sob determinadas circunstâncias, do direito fundamental que é devido a cada cidadão, mesmo que, para alguns elas signifiquem um tratamento desigual que aparentemente os prejudica. As políticas de ação afirmativa, neste sentido, não significam a anulação ou uma restrição do direito fundamental da igualdade, mesmo quando tratam a alguns de maneira que se sintam prejudicados. Sua implementação constitui uma efetivação de justiça em favor daqueles que seriam prejudicados caso só se considerasse a igualdade formal, ou seja, daqueles que têm sua imagem associada ao preconceito, à inferioridade, à incapacidade, etc. Deste modo, elas se mostram justas, tanto para os que se favorecem delas quanto para aqueles que não se favorecem. Pois elas os põem nas mesmas condições de disputa de vagas em universidades, empregos, cargos, etc., ou seja, elas materializam para os dois grupos o tratamento com igual respeito e consideração.

Deste modo, é possível afirmar que, seguindo a concepção Dworkin, as políticas de ação afirmativa não contradizem o direito fundamental dos cidadãos, ou seja, o direito de todos de serem tratados como iguais perante a lei. Porém, desde que obedecem às seguintes condições: primeiro, que se trate de uma busca de efetivação de justiça visando o futuro, não uma compensação do

passado. E segundo, como decorrência da primeira, que tenham um caráter de justiça distributiva, isto é, que signifiquem uma redistribuição equânime de ônus, direitos, e outros “bens” e benefícios entre os membros da sociedade.

Portanto, de acordo com o que foi argumentado, de uma sociedade que pratica as políticas de ação afirmativa, dentro dessas condições, pode-se dizer que é uma sociedade que trata os seus cidadãos como iguais, ou seja, pode-se dizer que é uma sociedade igualitária e, portanto, justa.