

FENOMENOLOGIA E DIREITO



HUSSERL

*Volume 6, Número 1
Abril 2013/Setembro 2013*

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



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

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

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



FENOMENOLOGIA E DIREITO

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 6, Número 1
Abr./Set.2013

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. 6, n. 1 (abr./set.2013). – Rio de Janeiro : TRF 2. Região, 2008 - v. ; 23cm

Semestral

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

ISSN 1982-8977

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

CDU: 340.12

Diretoria da EMARF

Diretor-Geral

Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Cursos e Pesquisas

Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaeler

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Marcus Abraham

EQUIPE DA EMARF

Jaderson Correa dos Passos - Assessor Executivo

Rio de Janeiro

Carlos José dos Santos Delgado

Carlos Roberto de Assis Lopes

Cidinéia Carvalho dos Reis

Clarice de Souza Biancovilli Mantoano

Diana Cordeiro Franco

Edith Alinda Balderrama Pinto

Leila Andrade de Souza

Liana Mara Xavier de Assis

Luciana de Mello Leitão

Luciana Villar

Luzinalva Tavares Marinho Joaquim

Pedro Mailto de Figueiredo Lima

Marta Geovana de Oliveira

Thereza Helena Perbeils Marchon

Espírito Santo

Jaqueline Guioti Dalvi

Livia Peres Rangel

Soraya Bassini Chamun

Expediente

Conselho Editorial

Aquiles Côrtes Guimarães - *Presidente*

João Otávio de Noronha

Alberto Nogueira

André Ricardo Cruz Fontes

Augusto Guilherme Diefenthaler

Aylton Barbieri Durão

Emanuel Carneiro Leão

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva

Fernando Augusto da Rocha Rodrigues

Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Jorge Luis Fortes da Câmara

José Antonio Lisbôa Neiva

José Ferreira Neves Neto

Luiz Antonio Soares

Marcus Vinicius Machado

Ricardo Almagro Vitoriano Cunha

Comissão editorial

Aquiles Côrtes Guimarães

Adriana Santos Imbrosio

Ana Claudia Torres da Silva Estrella

Eduardo Galvão de Andréa Ferreira

Luiz Claudio Esperança Paes

Marcia de Mendonça Machado Iglesias do Couto

Nathalie Barbosa de la Cadena

Editado por

Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região - EMARF

Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica

Leila Andrade de Souza

Foto da Capa

Edmund Husserl

Impressão

Tribunal Regional Federal da 2ª Região - SED/CPGRAF

Tiragem

800 exemplares

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente:

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Vice-Presidente:

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Corregedor-Geral:

Desembargadora Federal SALETE MACCALÓZ

Membros:

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFÁCIO COSTA

Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ

Desembargador Federal ANDRÉ FONTES

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Desembargador Federal ABEL GOMES

Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES

Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO

Desembargadora Federal LANA REGUEIRA

Desembargador Federal GUILHERME COUTO

Desembargador Federal GUILHERME CALMON

Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO NEIVA

Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO

Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO

Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Desembargador Federal GUILHERME DIFENTHAELER

Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM

Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	13
OS MÉTODOS DO ESTRUTURALISMO E DA FENOMENOLOGIA PARA AS FORMAS JURÍDICAS DE UM DIREITO CIVIL CONSTITUCIONALMENTE DIRECIONADO	15
André R. C. Fontes	
APROXIMAÇÃO AOS CONCEITOS BÁSICOS DA FENOMENOLOGIA	35
Aquiles Cortes Guimarães	
OBSERVAÇÕES SOBRE A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE R. ALEXY	47
Fernando Rodrigues	
JUÍZOS E NORMAS: ACTOS TÉTICOS E ACTOS NOMOTÉTICOS	69
Pedro M. S. Alves	
MUNDO DA VIDA E DIREITO NATURAL. UMA FUNDAMENTAÇÃO FENOMENOLÓGICA DOS DIREITOS HUMANOS?	99
Ana Paula Loureiro de Sousa	
UM ESTUDO A RESPEITO DA CARTA DE HEIDEGGER “SOBRE O HUMANISMO” (destacando algumas implicações para a Filosofia do Direito)	119
Márcia Regina Pitta Lopes Aquino e Willis Santiago Guerra Filho	
PARA UMA EIDÉTICA DO DIREITO PENAL	163
J. Luis Câmara	

APRESENTAÇÃO

Os textos constantes do presente número da revista *Fenomenologia e Direito* são produtos do Seminário promovido pela Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF, no dia 28 de novembro de 2012, em comemoração à publicação do 10º (décimo) número dos Cadernos da Escola da Magistratura que abriga aquela publicação.

Os Cadernos instauram e vêm consolidando a tendência fenomenológica no pensamento jurídico brasileiro. Os textos aqui publicados testemunham esse fato. Esperamos que as gerações vindouras mantenham o discernimento indispensável à percepção dos infinitos horizontes que se abrem nesta nova perspectiva jurídica.

O Conselho Editorial

OS MÉTODOS DO ESTRUTURALISMO E DA FENOMENOLOGIA PARA AS FORMAS JURÍDICAS DE UM DIREITO CIVIL CONSTITUCIONALMENTE DIRECIONADO

André R. C. Fontes - Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo), Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

I

O estudo da Ciência Jurídica é ordinariamente realizado a partir de oposições binárias, de forma a procurar diferenças e semelhanças de conceitos, distinguir e fazer generalizações de significados.¹ São assim os *direitos* e *deveres*, o *objetivo* e o *subjetivo*, o *débito* e a *responsabilidade*, exemplos notórios de tal afirmação.² Entretanto, não é uma particularidade do Direito essa técnica bipolar, cujo sistema aritmético binário (díade) funciona com dois signos (0 e 1). A Taxonomia botânica e a zoológica, de forma assemelhada oferecem

¹ Martinez Doral, José Maria. *La estructura del conocimiento juridico*. Pamplona: Universidade de Navarra, 1963. p. 32.

² Mastronardi, Philippe. *Juristisches Denden*. Berna/Stuttgart/Viena: Verlag Paul Haupt, 2001, p. 209.

duas alternativas nas suas chaves de classificação das espécies ou na moderna Lingüística, a partir do *contraste* inicial entre dois vocábulos, através dos quais se constrói o significado de uma única palavra - isso se quisermos nos limitar apenas a alguns exemplos.³

A compreensão de um conceito a partir de uma relação de *sim-não*, ou de melhor forma, de um contraste entre dois conceitos, nos reporta a uma outra noção: a de *estrutura*.⁴ Uma organização estável das partes para formar um todo, que também constitua uma unidade sistemática,⁵ na qual os movimentos se encontrem ordenadamente nos seus próprios limites, está em condições de resolver a necessidade de compreensão de um instituto a partir de outro que o pressuponha e do qual se diferencie.⁶ Essa idéia de ordenar termos e conceitos segundo a noção de estrutura nos conduz, por sua vez, ao *método estruturalista*. *A minori ad maius*, se os seus contrastes e as suas interações ocorrem dentro de um contexto específico e, por conta disso, se dirigem às estruturas fundamentais de determinados fenômenos externos, isso será objeto do *Estruturalismo*.⁷

³ O esquematismo binário utilizado pelos juristas está longe de ser sistematizado devido à abrangência do seu campo de incidência. Exemplo de uma das mais impressionantes manifestações está na análise de Niklas Luhmann em sua *Sociologia do Direito*, v. 1, trad. de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 110, na qual ao explicar a complexidade da realidade social utiliza a redução pela construção de uma “para-realidade” a partir do esquema “Direito/não-Direito” ou “lícito/ilícito”, em que se prevêem os conflitos para o Direito e se oferecem as soluções que são conforme o Direito. Os rudimentos epistemológicos do pensamento de Luhmann podem ser sintetizados pela leitura do texto *A contribuição epistemológica do pensamento de Niklas Luhmann: um crepúsculo para o Aufklärung?* trad. do francês por Dalmir Lopes Jr. in *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica* organizados por André-Jean Arnaud e Dalmir Lopes Jr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 345, embora Willis Santiago Guerra Filho tenha em sua magnífica obra *Teoria da Ciência Jurídica* integrado o assunto a uma análise jurídica plena (São Paulo: Saraiva, 2001. p. 186.). Sobre a noção de sistema, é digno de nota a condensada síntese de Nelson Saldanha no Capítulo X da sua obra *Sociologia do Direito*, 2. ed., São Paulo: RT, 1980. p. 139.

⁴ A noção de estrutura aplicada ao Direito é conhecida e bem difundida. Por todos, Pietro Perlingieri. *Il Diritto Civile nelle legalità costituzionale*. Nápoles: ESI, 1989, p. 56.

⁵ O Estruturalismo não se confunde com a Sistemática ou Sistematologia, porque opera com a noção de sistema (do grego “sintema”) como um pressuposto da idéia de estrutura, da mesma forma *mutatis mutandis* com a Taxologia, *verbi gratia*, que para operar as classificações também parte de sistema; de qualquer modo é de boa lembrança que toda a Ciência é uma organização sistemática do conhecimento. A respeito das relações entre sistema e Ciência há farta e variada literatura, razão pela qual nos reportamos ao didático resumo de Reynaldo S. Gonçalves em sua obra *Estudo Comparado dos Sistemas Econômicos*, São Paulo: Atlas, 1962. p. 21. Cf. ainda Nelson Saldanha *Sociologia do Direito*, 2. ed., São Paulo: RT, 1980. P. 141.

⁶ Sobre a noção de sistema no Direito cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, trad. Antonio Meneses Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. Pietro Barcelona *Diritto Privato e società moderna*, Nápoles: Jovene, 1996.

⁷ O mais conhecido ensaio monográfico acerca do Estruturalismo em nosso país continua sendo o de Jean Piaget *O Estruturalismo*, trad. de Moacir Renato de Amorim, em recentíssima reimpressão pela Difel, de 2003, no Rio de Janeiro.

Remonta à Filosofia Clássica as origens do estruturalismo. Platão, ao declarar aos seus contemporâneos que deveriam dar as costas ao panorama da experiência sensível, e, em vez disso, concentrarem-se nos objetos *per se*, considerados como forma, passou a fornecer uma metodologia intelectual familiar, que seria o ponto de partida de seu pensamento⁸ e do qual se desdobraram quase todos os pensadores, de modo a que se diga, hoje, que todas as tendências filosóficas são, nada mais nada menos, mera nota de rodapé à Filosofia de Platão.⁹

Na construção do Estruturalismo repontam dos trabalhos de Kant¹⁰ a respeito das relações ideais entre sujeito e objeto até a sua configuração inicial (primeva) concebida por Saussure¹¹ para a Lingüística, ao que daí ingressou para os campos da Antropologia pelas mãos de Levi-Strauss,¹² espalhando-se, posteriormente, então para a Economia¹³ e para Psicologia.¹⁴ No Direito, a sua aplicação científica e metodológica *principaliter* ocorreu de modo mais específico e acanhado,¹⁵ conquanto se possa dizer que várias atitudes do método estruturalista remontam a tempos imemoriais como o próprio conhecimento jurídico. Pode-se afirmar ser uma atitude estruturalista a formação dos termos e dos conceitos jurídicos a partir da maneira tradicional de contrastar opiniões dos doutores e dos juristas notórios. Em um desdobramento intelectual e estritamente

⁸ Havelock, Eric. *Prefácio a Platão*, trad. de Enid Abreu Dobránsky. São Paulo: Papirus, 1996. p. 269.

⁹ As palavras de Alfred North Whitehead são: A caracterização geral mais segura da tradição filosófica européia é ela consistir em uma série de notas de rodapé a Platão”. Cf. *Process and Reality: an Essay in Cosmology*. Nova Iorque: Free Press, 1978. p. 39.

¹⁰ *Crítica da razão Pura*, trad. J. Rodrigues de Mereja, 2. ed. São Paulo: Edigraf, 1958.

¹¹ Curso de lingüística geral, 7. ed., trad. de Isaac Nicolau Salum e Albert Riedlinger, São Paulo: Cultrix, 1975. Cf. sobre o pensamento de Saussure Simon Bouquet *Introdução à leitura de Saussure*, trad. de Carlos A Salu, e Ana Franco, São Paulo: Cultrix, 1997.

¹² Claude Lévi-Strauss, *Antropologia Estrutural*, trad. chaim Samuel Katz e Eginardo Pires, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975.

¹³ Pietro Conti *et alii*, *Sviluppo delle autonomie e riforma dello Stato*, Roma: Editori Riuniti, 1975.

¹⁴ Edna Heidbreder, *Psicologia del Siglo XX*, trad. de L.N. Acevedo, Buenos Aires: Editorial Paidós, 1967.

¹⁵ Lamsdorff-Galgane *Estructuralismo em la Filosofia del Derecho?* Santiago de Compostela: Porto y Cia., 1969 e a coordenada por Antonio Hernández Gil *Estructuralismo y Derecho*. Madri: Alianza, 1973. Merece destaque a obra *Dalla Struttura alla funzione* de Norberto Bobbio, que sabidamente era positivista analítico e não estruturalista, mas que põe no centro da sua análise o debate mais essencial no Estruturalismo que é a sua relação com as funções. (Milão: Comunità, 1977).

teorético, a mais longa e vetusta forma do conhecimento do Direito, o Direito Civil, pautado que tem sido, na atualidade, por ilustres integrantes de um movimento assentado de modo fundamental na premissa de um direcionamento constitucional, ou seja, um Direito Civil constitucionalmente orientado, mais conhecido e autodenominado de Direito Civil-Constitucional, manifesta-se como tendência pós-estruturalista,¹⁶ porque nega a existência de padrões invariáveis e de significados definitivos, e imprime, nas relações do Direito Civil com o Constitucional, uma correlação vertical, incidente e necessária, que é própria do binômio *constituição-lei*, a sua mais significativa característica.¹⁷ Essa corrente de pensamento, que tantas contribuições têm apresentado ao estudo científico do Direito, e que, na mesma proporção, tanta discussão tem causado, é hoje, ao lado do tradicional método *técnico-jurídico*¹⁸ e do método *historicista*¹⁹ e

¹⁶ Estruturalista porque busca estabelecer a estrutura do Direito Civil nas suas relações com a Constituição da República independentemente do fato de tais estruturas se refletirem na consciência social ou não. Tal afirmação não é apenas consequência da referência de Perlingieri no “Direito como estrutura”, mas porque assim ele é compreendido (relação constituição-lei). Cf. Pietro Perlingieri. *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*. Nápoles: ESI, 1989, p. 56. Cf. Tepedino, Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. Em nada modifica tal assertiva aquela outra de Pietro Perlingieri na obra *Profili di Diritto Civile* de que ... “O Direito é cultura...” (p. 24) – isso definitivamente não quer significar um manifestação culturalista, porque a cultura não é o elemento preponderante na determinação do Direito Civil-Constitucional e sim as relações da lei com a constituição.

¹⁷ O movimento civil constitucional vem sendo conduzido no país original e continuamente pelos trabalhos de Maria Celina Bodin de Moraes (*A caminho de um Direito Civil Constitucional – Revista de Direito Civil*, nº 65, julho-setembro de 1993 e *Constituição e Direito Civil: Tendências in* Direito, Estado e Sociedade nº 15 agosto-dezembro de 1999) e por Gustavo Tepedino (*Temas de Direito Civil-Constitucional – Rio de Janeiro: Renovar, 1999; Problemas de Direito Civil-Constitucional – Rio de Janeiro: Renovar, 2000; e A Parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na perspectiva Civil-Constitucional – Rio de Janeiro: Renovar, 2002*) e que hoje encontrou ressonância diversificada nos mais diversos centros de estudos de Direito Civil no país.

¹⁸ O método técnico-dogmático vem tradicionalmente conduzindo a concepção mais geral de Direito Civil no país *Filosofia do Direito de Miguel Reale*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 417. O trabalho mais conhecido de síntese e sistematização do método Técnico-jurídico é de autoria de Giuseppe Maggiore Arturo Rocco e il *Método técnico-jurídico in Studi in Memória di Arturo Rocco*. v. 1. Milão: Giuffrè, 1952, p. 3. Remetemos também para leitura acerca do método técnico jurídico no sistema do Direito a obra *Introduzione alle Scienze Giuridiche* – Falco, Enrico Romano di, Roma: Edizioni dell’Ateneo, 1947. p. 14. Não incluímos nesse quadrante e tampouco o classificamos em um dos métodos citados, por ser desprovido de uma contribuição metodológica, o tipo de trabalho de tendência atual, de caráter pragmático-instrumentalista, e que tanto prestígio tem merecido das editoras jurídicas do país de sintetizar noções minimalistas dos institutos, quando não muitas vezes limitados a diagramas ou substituídos por meros exemplos. Vale aqui a esse respeito a arguta crítica de Pietro Perlingieri no texto *Normas costituzionali nas relações privadas in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998-1999. p 65.

¹⁹ O método historicista agrega o Direito como fato histórico e como relação social. Um dos seus mais dignos representantes é o Professor Titular Francisco Amaral, da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), hoje aposentado. Sua obra *Direito Civil – Introdução* é a melhor referência. Um esboço do seu pensamento

do método *culturalista*,²⁰ um dos mais vivos e operosos movimentos metodológicos aplicados, atualmente, ao Direito Civil em nosso país.²¹

A adoção de um *modelo de estrutura* seria sempre passível de crítica por causa dos *limites*²² que ele naturalmente impõe; entretanto, o caráter dinâmico e evolutivo do direcionamento constitucional do Direito Civil, por força do núcleo ontológico *constituição-lei*, o transporta para a etapa posterior ao Estruturalismo, e o habilita a se enquadrar como movimento *pós-estruturalista*. E, em razão disso, essa corrente está apta a receber o prefixo “pós”, para que também seja nominal e definitivamente diferenciado do estruturalismo tradicional e, de forma assinalada, indicar, de modo mais elucidativo e didático, a superação dos *limites* como suposto obstáculo epistemológico à sua aplicação e ao seu desenvolvimento.²³

A ausência de uma *unidade metodológica* científica na panorâmica da pesquisa jurídica em nosso país parece ser a melhor constatação a ser feita dos textos jurídicos em geral. E uma demonstração clara dessa assertiva pode ser realizada pela ofuscante

pode ser visto no texto *Introdução à Teoria Geral da Relação Jurídica in Estudos em Homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982. Importante e conciso estudo no país foi feito por Justino Adriano Farias da Silva, *A Escola Histórica do Direito*, in Revista Forense, nº 332, p. 45.

²⁰ O método culturalista está descrito de forma pormenorizada no § 9º da Parte I, onde se relaciona farta e atentada bibliografia. Reportamo-nos a extensa obra de Miguel Reale, especialmente a sua *Filosofia do Direito*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1982. De forma sistemática cf. Nelson Saldanha: *Historicismo e Culturalismo*, Recife: Fundarpe, 1986. *Passim*.

²¹ O método de Miguel Reale, que ele próprio designa de Criticismo Ontogenoseológico (*op. cit.* p.112), é outro a ser citado pela sua importância e autoridade do seu criador. Ele é designado por Luigi Bangolini de Historicismo Axiológico. Na dicotomia apontada seria mais apropriado enquadrá-lo no grupo do método da relação social, que agregaria pensadores como Pontes de Miranda, para uma exemplificação de como é extenso o seu rol de integrantes. Sobre a referência a Luigi Bangolini, cf. o prefácio do Prof. Miguel Reale à obra que mais autêntica e profundamente revelou seu pensamento, de lavra do não menos eminente Professor Titular da Universidade de São Paulo Renato Cirell Czerna (*O Pensamento Filosófico e Jurídico de Miguel Reale*. São Paulo: Saraiva, 1999. XIII. A mais influente divulgadora da obra de Miguel Reale, no Direito Civil, é indiscutivelmente a Professora Judith Martins-Costa. Um esboço do seu trabalho pode ser encontrado na obra *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil* cuja extensão e alcance seriam merecedores de um próprio e específico estudo, dada a sua magnitude e eminência (São Paulo: Saraiva, 2002).

²² A ideia de limite nas estruturas vem de Fritjof Capra no seu mais conhecido trabalho *O Tao da Física*. trad. de José Fernandes Dias. São Paulo: Cultrix, s/d. Pietro Perlingieri *Profili di. op. cit.*

²³ Perlingieri, Pietro. *Profili istituzionali del diritto civile*. 4ª ed.. Camerino: Jovane, 1975.

pluralidade de métodos empregados na construção do pensamento jurídico no Brasil, em sua possível unidade. Mas, se o compromisso empregado na busca da essência de um fenômeno resulta, para a investigação, de uma diversidade de fontes e naturezas, é correto e justificado esse esforço resumido em dois termos: *sincretismo metodológico*.²⁴ Essa atitude metodológica, sustentada na mais pura expressão do pluralismo,²⁵ resulta, por sua vez, numa aparente manifestação da pós-modernidade,²⁶ e permite a composição das mais variadas formas de pensamento e uma análise sintética dos séculos anteriores e, acima de tudo, constitui uma das causas de ruptura com o pensamento jurídico do Século XX.²⁷ De forma derradeira, não se deve olvidar que, nos mais diversos ramos do conhecimento reconhece-se que é raro que se logre descobrir, simultaneamente, vários segredos da natureza com uma mesma chave.²⁸

²⁴ Haesert, J. *Théorie générale du Droit*, Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 948. p. 29 Tendência ainda viva e consagrada consoante Kaufmann, Arthur. *Das Verfahren der Rechtgewinnung – Eine rationale Analyse*, Munique: Beck, 1999. p. 8 e seg. Sobre a pluralidade de métodos nas ciências humanas com fundamentos perfeitamente aplicáveis ao Direito cf. Léna Soler *Introduction à l'épistemologie*, Paris: Ellipses, 2000. p. 1999.

²⁵ Sobre o pluralismo no país cf. Fachin, Luiz Edson *Transformações do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo in Diálogos sobre Direito Civil – construindo a racionalidade contemporânea*. Organização de Carmen Lucia Silveira Ramos, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, José Antônio Peres Gediel, Luiz Edson Fachin e Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 41.

²⁶ Jayme, Erik. *Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne: Recueil des Cours* 251 (1995). p. 259. Marques, Cláudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 45, p. 71-99, jan./mar. 2003 e *A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa in Arquivos do Ministério da Justiça* nº 189 – janeiro/junho de 1998. p. 49.

²⁷ Hespanha, Antonio M. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. 2. ed., Lisboa: Ed. Europa-América. p. 255 a 259. No mesmo sentido Erik Jayme, *op. cit.* Orientação devidamente agasalhada e implicitamente compatível com o Direito Civil-Constitucional que mesmo pondo em destaque o direcionamento constitucional do Direito Civil, pois assim foi acolhido pelos integrantes do movimento – nesse sentido Gustavo Tepedino in *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 6. Marques, Cláudia Lima. *op. cit.*

²⁸ Claude Shanon *apud* V. N. Pushkin. *Psicologia y Cibernética*. Tradução do original russo para o castelhano por Victoriano Imbert. Barcelona: Planeta, 1974. p. 21. Parece-nos razoável e derradeiro sublinhar que o pensamento dos mais diversos autores que pedenda unicamente da inteligência, da penetração e da honestidade do pensador leva a uma noção insuficiente da objetividade, pois desconhece a função do sujeito e do objeto, ou mais propriamente a sua identidade nas Ciências Humanas e suas conseqüências para sua natureza e para seus métodos. Em amparo tais observações cf. Lucien Goldmann *Ciências Humanas e Filosofia*, trad. de Lupe Cotrim Garande e José Arthur Giannotti, 10. ed, São Paulo: Difel, 1986. p. 28.

II

Sabe-se que o Direito Civil Constitucional enquanto movimento foi postulado por Perlingieri, ao menos pela sua versão sistematizada.²⁹ Em sua obra *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale* desencadeia uma discussão epistemológica sobre uma nova sistemática do Direito Civil e, em certa perspectiva, do Direito em geral. O Direito Civil se apresenta como uma unidade orgânica de elementos interdependentes, que se desenvolvem segundo uma racionalidade interna (o binômio *constituição-lei*), de tal maneira que todos os conteúdos aparecem como os momentos no interior da totalidade que se desenvolve e se diferencia. A máxima dessa linha de pensamento é a distinção da estrutura *constituição-lei* como uma única unidade funcional sob a perspectiva final do Direito Civil tornar-se um Direito Comum.

O movimento de constitucionalização do Direito Civil nasce de uma *necessidade* e de uma *experiência*. A *experiência* é aquela de cisão, quer dizer, da disparidade das relações vivas entre as coisas da Constituição e do Código Civil e do qual depende todo

²⁹ Os mais importantes e conhecidos textos sobre a metodologia e a perspectiva civil-constitucional foram produzidos em nosso país pelas mãos de Maria Celina Bodin de Moraes (*A Caminho de um Direito Civil Constitucional* - Revista de Direito Civil nº 65 julho-setembro de 1993, p. 21 e *Constituição e Direito Civil: Tendências* - Direito, Estado e Sociedade nº 15 agosto-dezembro de 1999 e *O Direito Civil-Constitucional 1988-1998 Uma década de constituição*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 115) e por Gustavo Tepedino (*Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999). Existem outros trabalhos de merecida importância, inclusive elaborados sob forma de coletâneas, sob a orientação do Prof. Gustavo Tepedino, que buscam construir a visão civil-constitucional desse ramo do direito, como por exemplo os livros *Problemas de Direito Civil-constitucional* (Rio de Janeiro: Renovar, 2000) e *A parte geral do Novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional* (Rio de Janeiro: Renovar, 2002). O direito civil-constitucional é movimento que está em construção e sua metodologia vem sendo difundida especialmente pela edição no Brasil da obra sistemática *Perfis de Direito Civil*, de autoria de Perlingieri, com a tradução da Professora Maria de Cicco (Rio de Janeiro: Renovar, 1997). Por sua interdisciplinariedade marcante e originalidade epistemológica, não é possível, cremos, um enquadramento imediato da obra de Luiz Edson Fachin no movimento do Direito Civil Constitucional. Seus trabalhos poderiam ser muito mais classificados como iniciadores de um movimento próprio e renovador, de cariz aberto e analítico, no qual hoje outros professores e juristas integram, capitaneados pelo Prof. Fachin, junto à instituição na qual titulariza a cadeira de Direito Civil: a prestigiosa Universidade Federal do Paraná. Sua orientação vem-se espalhando por todo o país, e em certa medida e respeitosamente, com as ressalvas dos erros e desvios, a abertura epistêmica deste trabalho resulta, de certo modo, de suas preleções junto à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, no período em que o autor deste trabalho figurou como discente.

o conhecimento do direito: ser constitucionalmente direcionado. A *necessidade* é, fundamentalmente, de unificar os dados que são considerados opostos e que perderam sua ação recíproca e se tornaram independentes em uma unidade de conhecimento e técnica: a constituição funda e une o ordenamento.³⁰ O Direito Civil deve desenvolver um pensamento formalmente de redescoberta (ou mais propriamente de *releitura*, como prefere o mestre) de uma razão do agir no real³¹ por meio de um retorno a um direito comum condensado e amalgamado no que se chama Direito Civil Constitucional.³²

Perlingieri desenvolve a concepção de *universo civil pluralista*,³³ considerado como um sistema comum, composto de duas substâncias distintas e justapostas, como um centro ativo: uma unidade dinâmica que desenvolve sua atividade segundo uma *razão interna* (o binômio constituição-lei).

A harmonia regula as relações entre o público e o privado e torna possível uma superação dessa dicotomia.³⁴ Essa regra de ação epistemológica na composição justaposta, em um verdadeiro *sentido sinfônico*, estabelece um ambiente no qual a correspondência e a disposição do Direito Público e Direito Privado tornam-se um lugar-comum, de modo a permitir o trânsito, por exemplo, do direito subjetivo ou do interesse legítimo, do Direito Público para o Direito Privado, considerados aqui na referência dicotômica sujeita à superação.³⁵

³⁰ Perlingieri, *Profili Istituzionali del Diritto Civile*, Camerino: Jovene, 1975.

³¹ Aqui no sentido de mundo jurídico. Cf. nesse sentido José Cretella Júnior, *Primeiras lições de Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 28.

³² Tepedino, Gustavo *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil in Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 1.

³³ *Profili op. cit.*

³⁴ *Profili op. cit.*

³⁵ A obra de Perlingieri está condensada nos seguintes trabalhos: Perlingieri, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, S.P.A., 1984. *Il Fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Nápoles: ESI, 1972. *Introduzione alla Problematica della proprietà*. Nápoles: E.S.I., 1982. *Istituzioni di Diritto Civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001 *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Camerino: Jovene, 1972. *Manuale di Diritto Civile*. Nápoles: ESI, 1997. *Scuole tendenze e metodi Problemi del Diritto Civile*. Nápoles: Esi, 1989 *Perfis do Direito Civil - Introdução ao direito Civil Constitucional*, trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. *Profili Istituzionali del*

III

Na mais tradicional forma de expressão dos vínculos entre a Constituição e as leis, o Direito pressupõe o Estado, que por sua vez pressupõe a Sociedade³⁶ e essa última o indivíduo, do qual sobreleva a consciência³⁷ – verdadeiro pressuposto universal sobre o qual tudo se compreende e tudo se entende.³⁸ Essa consciência³⁹ mencionada não é a do povo,⁴⁰ que, somada às necessidades sociais, levaria o Direito a sempre responder às suas exigências, mas, em verdade, aquela destinada pelas orientações primárias, que, no conhecimento humano, atribuem o papel maior à intuição.⁴¹ Essa intuição não é, por sua vez, a do sentido habitual, que o senso comum responde nas suas experiências e pragmatismos, mas, sim, as operações cognitivas que nos permitem chegar ao conhecimento de algo, como um centro de referência, a dar ao sujeito a compreensão de um objeto específico, que, em via de retorno, outra existência não há senão a de ser dado em relação ao sujeito que conhece, em outras palavras: é intencionalmente referido ao sujeito cognoscente.⁴²

Diritto Civile. Camerino: Jovene, 1975. Perlingieri, Pietro. Femia. Pasquale. *Nozioni Introduttive e principi fondamentali del Diritto Civile*, Nápoles: ESI, 2000.

³⁶ Máxima conhecida de Simoncelli (*Istituzioni di Diritto Privato*, 3 edição. p.1), seguido por Amsicora Cherchi (*Istituzioni di Diritto Privato*. 15. ed., Pádua: Cedam, 1978. p. 3).

³⁷ A noção de consciência aqui referida é aquela extraída por Brentano da Filosofia Medieval e que retorna àquela de Aristóteles. Não é a consciência kantiana que na síntese de Julius Binder “...A consciência não é consciência do objeto, mas é objeto...” (*La fondazione della Filosofia del Diritto*, tradução do alemão para o italiano por Antônio Giolitti. Turim: Einaudi, 1945. p.). Para uma explicação didática da Filosofia do Direito de Julius Binder cf. Vicenzo Palazzolo, *La Filosofia del Diritto di Julius Binder*, Milão: Giuffrè, 1947. Exemplo da consciência no sentido do texto é aquela referida por Francisco de Assis Toledo na obra *Princípios básicos do Direito Penal*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1991. p. 94. Um esboço da intencionalidade da consciência pode ser encontrado na obra de Pierre Jacob *L'Intentionnalité*, Paris: Odile Jacob, 2004. *Passim*.

³⁸ No original da monumental obra de Simoncelli “O direito pressupõe o Estado; o Estado pressupõe a sociedade” (*op. cit.*), que é copiado sem ressalvas ou notas de identificação por Amsicora Cherchi (*op. cit.*).

³⁹ A consciência a que nos referimos é difusa na obra de Husserl, que acompanha e reconhece ser de Brentano a sua origem, remonta à Filosofia Medieval. Uma síntese didática pode ser encontrada na obra *La conscience du corps au sujet*, de André Sinha, Paris: Armand Colin / Serjer, 2004. *Passim*.

⁴⁰ Diz Pietro Bonfante in *Istituzione di Diritto Romano*, 4. ed., Milão: Casa Editrice Francesco Vallardi, 1907. p. 19. Cf. ainda Cesare Goretta *I fondamenti del diritto*, Milão: Libreria Editrice Lombarda, 1930. p. 233.

⁴¹ Sobre a intencionalidade no sentido do texto, cf. a obra original de Franz Brentano (*La psicologia del punto de vista empirico*, trad. do alemão para o italiano por Giovanni Guribatti, Bari: Laterza, 1997. p. 127.) e de Husserl (*Lições para uma Fenomenologia da consciência interna do tempo*, trad. M.S. Alves, Lisboa: Imprensa Nacional, 1994), com o corte didático de Pierre Jacob *L'Intentionnalité*, de Pierre Jacob, Paris: Odile Jacob, 2004. *Passim*.

⁴² I.M. Bochenski *A Filosofia contemporânea ocidental*, tradução de Antonio Pinto de Carvalho, São Paulo: Herder, 1962. p. 138.

Uma determinação ontológica de algum objeto do conhecimento deve ser utilizada por via de consequência pela corrente que mais se debruçou na compreensão das coisas mesmas: a Fenomenologia.⁴³ A partir do lema do retorno às próprias coisas, significará a Fenomenologia a verdadeira forma técnica e rígida de bem compreender o objeto submetido a uma análise verdadeiramente compreensiva.⁴⁴ Por meio da Fenomenologia é possível, de forma mais pura, indagar-se do conteúdo compreensível ideal do que nos é dado, ou seja, dos fenômenos, a partir de uma visão imediata, sim, mas destinada à busca de sua essência. De duas formas a Fenomenologia⁴⁵ contribuiu, decisivamente para o Direito: (a) pela compreensão da essência dos institutos e (ii) pela utilização dos *a priori*.⁴⁶ A compreensão é feita a partir do método fenomenológico⁴⁷ e a dos *a priori* nos elementos e figuras fundamentais do Direito Civil.⁴⁸

⁴³ A panorâmica da Fenomenologia no Brasil está condensada no texto *O pensamento fenomenológico no Brasil* de Aquiles Côrtes Guimarães. Separata do Centro de História e Cultura da Universidade Nova de Lisboa em sua revista (Cultura – Revista de História e Teoria das Idéias, vol. 12 [2ª série], 2000. 2001. Sobre fenomenologia do direito cf. *Fenomenologia e Direito*, também de Aquiles Côrtes Guimarães, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁴⁴ Conquanto não seja este trabalho de cunho existencialista, a análise ontológica desse segmento é sempre acolhida devido às premissas fenomenológicas a que estão sujeitos. Os trabalhos de Jean-Paul Sarte, por exemplo, dão uma específica contribuição à ontologia fenomenológica, que é adotada na pesquisa, com a importante ressalva de que parte essa vertente de pensamento da noção de *existência* e não de *essência*. Sarte é fenomenólogo pelo emprego generalizado que faz da noção de dado. Nesse sentido: Lucien Jerphagnon, *op. cit.*, p. 123. Ressalvemos que a própria noção de Existencialismo como uma Filosofia é controvertida. Pela negativa: I. M. Bochenski, *A Filosofia Contemporânea Ocidental*, tradução de Anônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Herder, 1962. p. 151.

⁴⁵ Para uma ampla apreciação da Fenomenologia do Direito cf. Gehard Husserl *Diritto e tempo*, tradução de Renato Cristin, Milão: Giuffrè, 1998. Merece citação igualmente as obras de Paul Amselek (*Méthode Phénoménologique et Théorie du Droit*. Paris: LDDJ, 1964), Simone Goyard-Fabre (*Essai de Critique Phénoménologique du Droit*. Paris: Klincksiek, 1972), Giuliana Stella (*I giuristi di Husserl*. Milão: Giuffrè, 1990), Hans Kelsen (*Una Teoria Fenomenologica del Diritto*, tradução de Giuliana Stella. Nápoles: ESI, 1990), Alexandre Kojève (*Linee di una Fenomenologia del Diritto*, tradução do original francês para o italiano de Rosabruna D’Ettorre. Milão: Jaca Book, 1988) e W. Luypen (*Fenomenologia del derecho natural*, tradução do holandês para o castelhano por Pedro Martín y de la Cámara. Buenos Aires: Carlos Lohé, 1968. No Brasil, a síntese da Fenomenologia husserliana pode ser vista no texto *As repercussões da Fenomenologia de Husserl do Direito* de Luiz Henrique Cascelli de Azevedo in *Notícia do Direito Brasileiro*. Nova Série. nº 6 – 2º Semestre de 1998. p. 177. Contra a possibilidade da Fenomenologia aplicável ao Direito cf. Tornaghi, Helio. *Curso de Direito Processual Penal*. 4. ed., vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 11.

⁴⁶ No Direito é referência a obra de Adolf Reinach (*I fondamenti a priori del diritto civile*, Milão: Giuffrè, 1990. *Passim*). Uma síntese pode ser encontrada em Cesare Goretti, *I fondamenti del Diritto*, Milão: Libreria Editrice Lombarda, 1930. p. 233.

⁴⁷ Um exame das Ciências Sociais vista sob o ângulo fenomenológico cf. Angela Ales Bello *Fenomenologia e Ciências Humanas*, São Paulo: Edusa, 2004. *Passim*.

⁴⁸ Não nos parece que a determinação ontológica do objeto em exame seja tão-somente reduzida a um

A Fenomenologia⁴⁹ é uma das mais significativas correntes de pensamento e contribuiu, de forma relevante, para a verdadeira ruptura com o Século XIX. A exata significação de sua importância e alcance é revelada pela quantidade de autores e obras marcadas por seus traços mais característicos e pela comparação que se faz com o Cartesianoismo⁵⁰ ao servir de marco para a Filosofia moderna. Importa sublinhar, entretanto, que se por um lado ela constituiu uma das correntes filosóficas mais decisivas do Século XX e inegavelmente vigorosa já no Século XXI, é também, sem dúvida alguma, uma das mais complexas, ao ponto de seu fundador e principal representante, Edmund Husserl, ter plena consciência de tal dificuldade, desde os primeiros anos em que empreendem seus trabalhos até o fim da sua vida⁵¹.

Segundo concepção ordinariamente aceita e destacada no §7º de *Ser e Tempo* (de Heidegger), Fenomenologia consiste, na verdade, numa filosofia e num método. Como manifestação filosófica, buscou determinar o retorno às coisas mesmas e, como método, propõe-se a estabelecer uma base segura para todas as ciências, desprovidas de qualquer pressuposição, afastando-se da dedução e do empirismo, a fim de mostrar e esclarecer o que é dado.⁵²

O método da Fenomenologia foi adotado há muito no campo do Direito. O mais expressivo nome continua sendo o de Adolf Reinach, que é também autor da obra que inspirou a pesquisa (*Os fundamentos apriorísticos do Direito Civil*). Gehart Husserl,⁵³ Felix

problema hermêutico ou axiológico, embora como bem aponta Nelson Saldanha, seja a Axiologia uma renovação da ontologia. Aqui somente a redução eidética, como método da Fenomenologia, permite alcançar verdadeiramente os objetivos pretendidos. Cf *Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 190.

⁴⁹ A panorâmica da fenomenologia do Brasil está condensada no texto *O Pensamento Fenomenológico no Brasil* de Aquiles Côrtes Guimarães. Separata do Centro de História da Cultura da Universidade Nova de Lisboa (Cultura – Revista de História e Teoria das das Idéias, Vol. XII [2ª Série], 2000-2001).

⁵⁰ Sobre o Cartesianoismo cf. a síntese de Vicente Fatone *Lógica e Introducción a la Filosofia*, 9.ed., Buenos Aires: Editorial Kapelusz, 1969. p. 131.

⁵¹ Em verdade, o reconhecimento de tal dificuldade se encontra em mais de uma obra. Por todos: I.M. Bochenski, *A Filosofia Contemporânea Ocidental*, trad. de Antonio Pinto de Carvalho, São Paulo: Herder, 1962. p 132.

⁵² Heidegger, Martin. *Ser e tempo*, 8. ed., trad. de Márcia de Sá Cavalcante, Petrópolis: 1999. p. 56.

⁵³ *Diritto e tempo*, trad. do alemão para o italiano por Renato Cristin, Milão: Giuffrè, 1988.

Kaufmann,⁵⁴ Sérgio Cotta,⁵⁵ Paul Amselek,⁵⁶ Fritz Schereier,⁵⁷ Wilhelm Schapp,⁵⁸ Alexandre Kojève,⁵⁹ Simone Goyard-Fabre,⁶⁰ dentre outros, o utilizaram e, conquanto ainda assim não o declarem, e é entre os autores-juristas invariavelmente difundido, especialmente por meio da técnica de *redução fenomenológica*.

A Fenomenologia considera a essência pura e põe de lado todas as outras fontes de informações. Ela é estruturalmente descritiva e seu método consiste, derradeiramente, na exposição da essência das coisas. Seu processamento é uma forma de esclarecimento gradual, que progride de etapa em etapa, mediante a intuição da essência dos objetos do conhecimento. E essa *essência* vale para determinar a *existência* do instituto, que até pode ainda não existir (*rectius*: não ter sido estatuído pelo direito positivo), mas que terá a sua essência, desde já, determinada.⁶¹ Desse modo, as formas jurídicas valem como essências independentes da existência legislativa, sendo que, uma vez positivadas, deverão observar as essências como tais consideradas pela Fenomenologia.

Diante do *Idealismo* no qual foi marcado o conhecimento do Direito Civil desde o Século XIX, com a formação de figuras como o *direito subjetivo* ou a *relação jurídica*, surge num contexto da época do Século XIX uma série de movimentos contrários à especulação teórica pura, dentre as quais a Fenomenologia. Não é, entretanto, a Fenomenologia aqui tomada, de modo exclusivo no conhecimento, pois a contribuição das correntes de pensamento

⁵⁴ *Logik und Rechtswissenschaft*, Tübingen: Mohr, 1921.

⁵⁵ *Il diritto nell'esistenza*, 2 ed. Milão: Giuffrè, 1991.

⁵⁶ *Méthode Phénoménologique et théorie du Droit*, Paris: LGDJ, 1974.

⁵⁷ *Conceptos y formas fundamentales del derecho*, trad. do alemão para o castelhano por Eduardo Garcia Maynes, Buenos Aires: Editorial Losada, 1942.

⁵⁸ *La nueva Ciencia del Derecho*, Madri: Revista del Occidente, 1931.

⁵⁹ *Uma teoria fenomenologica del Diritto*, trad. de Giuliana Stella, Nápoles: ESI, 1990.

⁶⁰ *Essai de critique phénoménologique du droit*, Paris: Librairie Klincksiek, 1972.

⁶¹ Essa é a concepção de Fritz Schereier (*Conceptos y formas fundamentales del derecho*, trad. do alemão para o castelhano por Eduardo Garcia Maynes, Buenos Aires: Editorial Losada, 1942. Contra: Adolf Reinach *I fondamenti a priori del Diritto Civile*, Milão: Giuffrè, 1990. A análise de J. Haesert *Théorie Générale du Droit*, Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 1948.

no Direito conduziu a inúmeras soluções importantes na maneira de se apresentar o conhecimento jurídico. Uma, em especial, a Escola neokantiana logicista, conhecida por “Escola de Marburgo,”⁶² merece um específico registro, seja por sua contribuição multiforme na formação de termos e conceitos, seja por ter adeptos amiúde relacionados com o movimento de aplicação do Direito Romano nos antecedentes e num primeiro momento da unificação alemã de 1870.

Se nas suas premissas metodológicas o Direito Civil Constitucional é estrutural, na compreensão inegavelmente se vale da Fenomenologia, pois os conceitos de estrutura implicam no limite estabelecido pelo binômio *constituição-lei*.⁶³ Por outro lado, o conteúdo inteligível, submetido à apreciação do método fenomenológico, encontra suas possibilidades no próprio alcance que quer se imprimir ao trabalho: ou seja: nas próprias coisas. De maneira que a compreensão de relação jurídica, do direito subjetivo ou de outros conceitos em Direito, como, *verbi gratia*, direito potestativo e pretensão, deve ser destacada, posta “entre parênteses”, e submetida à redução de busca da sua essência, independentemente, como deve ser, de sua existência concreta.

IV

A existência de certos fenômenos ocorre muitas vezes mais pelos efeitos do que pelo reconhecimento imediato da sua

⁶² Cf. Escola Logicista ou Escola de Marburgo in *A Filosofia Contemporânea Ocidental* I. M. Bochenski, tradução de Antonio Pinto de Carvalho, São Paulo: Herder, 1962. p. 101. O principal expoente da Escola é Rudolf Stammler (*Tratado de Filosofia del Derecho*, Madri: Réus, 1930), e sua orientação é fiel à de Kant, e elevou suas conclusões a um momental sistema filosófico ajustado com um rigor e uma lógica inexoráveis, mais se aprofunda em um pensamento abstrato que torna difícil a assimilação e a propagação de sua doutrina. Cf. Claude du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Lausanne: Belachaux et Niestlé, 1988. p. 271. Cf. ainda Erich Kaufmann, Wilhelm Sauer e Gottfried Hohenauer *Neokantismo e Diritto nella lotta per Weimar*, tradução de Roberto Miccu, Nápoles: Esi, 1992. Carlo de Rita *L'apriori etico materiale del Diritto nella Filosofia Politica de Kant*, Nápoles: Jovene, 1999.

⁶³ Preferimos o termo “limite” e não “demarcação” apenas, não obstante as possíveis controvérsias a que conduzem o vocábulo cf. Capra. *op. cit.*

existência. É desta forma que soubemos, há muito, a existência de certos *planetas* do sistema solar: pelo *movimento orbital* de outro planeta e não do próprio em questão. Deve-se dizer que tal critério *sit et in quantum* é empregado na identificação dos *átomos*, pois não se tem capacidade de se ver ainda hoje tais figuras; mas, através de seus efeitos, eles foram e continuam sendo identificados. Também a Psicologia sabidamente formulou o conceito de *inconsciente* a partir somente da *consciência*. A técnica de *presunção* em Direito opera com um efeito conhecido a partir de um outro fato, dito auxiliar (fato auxiliar).

A técnica que permite tal formulação é a *inferência*, que consiste, em última análise, em uma forma de raciocínio destinada a transformá-lo em argumento válido.⁶⁴ De forma mais simples: raciocinar a partir de premissas até a conclusão.⁶⁵ Inferir (ou, em sentido amplo, raciocinar) é tirar uma proposição de uma ou de muitas proposições nas quais está implicitamente contida.⁶⁶ Se inferência se faz sem intermediário, diz-se que ela é imediata (*in*, privativo e *medium*, meio), se se faz por meio de intermediários, então ela é mediata (*e fimbria de texto judicare*).⁶⁷ É com ela que se pode inferir, por exemplo, que a formulação de um *interesse legítimo* advém da impossibilidade conceitual do *direito subjetivo* de tutelar interesses diversos da sua técnica direta e típica de proteção, ou de um direito subjetivo a exigir uma colaboração do titular do dever jurídico, o que não ocorre com o direito potestativo, no qual tal colaboração inexistente, pois aquele a quem é dirigido esse direito encontra-se num estado de sujeição (*expressio unius et exclusio alterius*).⁶⁸

⁶⁴ Dopp, Jopseph, *Nociones de logica formal*, trad. do francês para o castelhano, por N. Peña y P. de la Cruz, Madri: Tecnos, 1969. p. 96.

⁶⁵ Wesley C. Salmon. *op.cit.* p. 6.

⁶⁶ Liard, L. *Lógica*, trad. de Godofredo Rangel, 4. ed., São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1963. p. 36.

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ A técnica da inferência, notória e tradicional, deve ser substituída, segundo alguns autores, por métodos *próprios* do Direito, como o da observação *direta* e *indireta* preconizado, por exemplo por A. Delarque (*Methode du Droit*, Paris: A Chevalier-Mares et Cie, Editeurs, 1901. p. 3 e 4). Entretanto a utilização da demonstração *direta* e *indireta* também não é exclusiva do Direito. Nesse sentido: Alexandra Guétmanovana *Lógica*, tradução de José Milhazes Pinto, Moscou: 1989. p. 214.

Teoricamente, ao se afirmar a existência autônoma de um *interesse legítimo*, ou de um *direito potestativo*, por exemplo, duas questões se apresentam: a primeira se relaciona tecnicamente com a *descoberta*, e a segunda se relaciona com a sua *justificação*. Trata-se uma e outra de duas distintas e diferentes questões. Ao se construir um enunciado, duas questões importantes podem ser imediatamente apresentadas: (a) de que maneira chegou a ser concebido? e (b) que razões existem para aceitá-lo como verdadeiro?⁶⁹ A primeira pergunta se relaciona com a *descoberta*, e as circunstâncias lembradas por ela formam o *contexto da descoberta*.⁷⁰ A segunda relaciona-se com a *justificação*, e os assuntos que aqui se tornam relevantes cabem no *contexto de justificação*.⁷¹ Tal distinção é essencial, pois a justificação de uma afirmação qualquer deve estar fundada em um argumento e não no erro de tratar os problemas do contexto de descoberta, no contexto de justificação, o que tornaria relevante a sua origem para saber qualquer afirmação.⁷² É o caso da falácia genética ao qual *na sua origem* se valida (por argumento de autoridade) ou não (por preconceito) um raciocínio. Parece-nos um truísmo tal distinção, pois ninguém poderia imaginar sustentação em um histórico e reprovável exemplo: os nazistas condenaram a Teoria da Relatividade, porque o seu inventor era judeu.⁷³ Ou porque, em outro exemplo de menor dissabor como aquele relacionado ao horroroso e repugnante Nazismo, mas sem perder o objetivo didático, foi Windscheid que a formulou, é que se deveria de se dar por certa a Teoria da Pressuposição.⁷⁴

O contexto da descoberta do interesse legítimo se dá na circunstância dos mesmos efeitos serem alcançados por algo que

⁶⁹ Wesley C. Salmon, *Lógica*, trad. de Leônidas Hegenberg, Rio de Janeiro: Zahar, 1984. p. 26.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Exemplo retirado da obra *Lógica*, 6. ed., de Wesley C. Salmon, tradução de Leônidas Hegenberg, Rio de Janeiro: Zahar, 1984. p. 26.

⁷⁴ Sabidamente desprovida de acolhimento. Cf. Caio Mario da Silva Pereira na sua síntese nas *Instituições de Direito Civil*, v. 1, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 198 .

não era um direito subjetivo. Foram identificados num exemplo que pode ser reputado o mais característico: o fato de alguém se indispor com um construtor que edifica além dos limites máximos de pavimentos fixados por uma legislação municipal de gabaritos e, via de consequência, desatendido nos seus interesses, resolve embargar a *obra nova*, lastreando-se na omissão da Administração Municipal e no prejuízo que experimenta como vizinho. A despeito de a Administração Publica ser a única titular de um *direito subjetivo* público de impedir a obra ilegal ou demolir o que já foi construído, ao vizinho prejudicado restaria um *interesse legítimo* de voltar-se contra o empreendimento, como se titular do direito subjetivo fosse.⁷⁵

A justificativa se contextualiza porque todo direito subjetivo é hipoteticamente formulado para servir ao *titular* do interesse e ser protegido, e não a um terceiro, ainda que prejudicado pela omissão do titular do mencionado direito.⁷⁶ A atribuição do exercício a *outro* (terceiro) redundará na produção de efeitos práticos que constituíram a justificativa de instituto diverso, a que chamamos justamente de *interesse legítimo*.⁷⁷

O prestígio dos autores italianos, que nos revelaram a existência teórica do interesse legítimo, não deve ser negado ou olvidado. No acolhimento e divulgação do interesse legítimo, o corte italiano propicia um verdadeiro ponta-pé inicial na recepção do instituto. Não se deve esquecer que, mesmo na Filosofia da Ciência, se reconhece que o prestígio desperta e acelera a aceitação dos modelos.⁷⁸ Tal fato poderá constituir, por si só, uma forma de argumento de autoridade para o instituto. Mas é bom lembrar que

⁷⁵ Cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito de construir*, *op. cit.*

⁷⁶ Aliás, desde Ihering, *op. cit.* p. até os nossos dias, cf. Brox p. 163-164.

⁷⁷ Por todos Andrea Torrente e Piero Schlesinger *Manuale di Diritto Privato*, 12. ed., Milão: Giuffrè, '985. p. 72.

⁷⁸ Cf. Thomas Khun: *A estrutura das revoluções científicas*, 5. ed. trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, São Paulo: Perspectiva, 1997. p. 133. A idéia circula em outras obras cf. *La estructura de las teorías científicas*. trad. Pilar Castilho y Eloy Rala, Madri: Editorial Nacional, 1979.

a *Teoria da Correalidade*,⁷⁹ elaborada pelo eminente Ribbentrop,⁸⁰ e, igualmente, a autoridade de Windscheid não fez prevalecer a refutada *Teoria da Pressuposição*,⁸¹ pois, como é sabido, ambas não se alavancaram com o prestígio de seus criadores.⁸² O prestígio pessoal não leva, necessariamente, ao reconhecimento de sua teoria pelo argumento de autoridade, e nem é, tampouco, forma de justificação, pois a personalidade complexa e controvertida de Alois von Brinz⁸³ lhe valeu o *argumento ad hominem*⁸⁴ para a sua *Teoria Dualista das Obrigações*,⁸⁵ que ao final foi amplamente aceita e acolhida.⁸⁶

V

É característica dos juristas a capacidade de absorver a opinião

⁷⁹ A conhecida e divulgada informação em nosso país é feita pelo Prof. Caio Mario da Silva Pereira in *Instituições de Direito Civil*, vol. 1, (9. ed.), Rio de Janeiro: Forense, 1986.

⁸⁰ Ribbentrop, Julius Georg von, *Zur Lehre von den Correal-obligationen*, Göttingen: Dieterich, 1831.

⁸¹ Por todos Caio Mario da Silva Pereira. A Teoria da pressuposição está alinhavada no *Manual das Pandectas*.

⁸² É verdade que a teoria dualista das obrigações teve ampla divulgação e é adotada no Brasil em sua ampla maioria. cf. nesse sentido: Alfredo Buzaid *Concurso de Credores no processo de execução*, São Paulo: Saraiva, 1952. cf. ainda Fábio Konder Comparato, embora na área processual reine certa controvérsia devido às críticas de Carnelutti e Liebman, especialmente, que parecem ter sido solucionadas por Pugliatti. Quanto à não aceitação da "Teoria da Correalidade" cf. o primoroso trabalho de Julius Binder *Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht*, Aalen: Scientia Verlag, 1917. *Passim*.

⁸³ Brinz dá resposta direta no texto, contraditando-se de modo a tornar irretorquível sua crítica

⁸⁴ O *argumento ad hominem* ou argumento contra o homem ou ainda contra a pessoa, em termos gerais é falácia que se comete quando a refutação lógica das idéias ou razões cede seu lugar ao insulto e a calúnia dirigidos à pessoa que expõe argumentos. Isto significará naturalmente uma falta de conexão lógica entre a conclusão e as premissas, ainda que seja retórica ou psicologicamente persuasiva. cf. Sergio Custodio *Introducción a la Lógica*, Guatemala: Editorial Óscar de León Palacios, 1986. p. 61. Vai aqui a definição de Wesley C Salmon (*Lógica*, 4. ed., tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota, Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 93) argumento contra o homem é o argumento que conclui que um dado enunciado é falso por ter sido feito por determinada pessoa.

⁸⁵ Nos dois mais citados textos de Brinz. *Der Begriff obligatio* (*Zeitschrift für das Privat und Öffentliche Recht der Gegenwart*, tomo 1, Viena: Alfred Hölder Beck'sche Universitäts-Buchhandlung, 1874) e *Obligation und Haftung* (*Archiv für die Civilistische Praxis*, Tübingen: Verlag von J.C. Mohr [Paul Siebek], 1933), o autor rebate as críticas pessoais que lhe são feitas.

⁸⁶ O trabalho de Fábio Konder Comparato é sempre a melhor referência (*Essai D'analyse Dualiste de L'Obligation em Droit Privé*, Paris: Librairie Dalloz, 1964). No mesmo sentido Alfredo Buzaid (*Do concurso de credores no processo de execução*, São Paulo: Saraiva, 1952). Na Itália Salvatore Pugliatti (*Esecuzione Forzata e diritto sostanziale*, Milão: Giuffrè, 1935), e na Alemanha Otto von Gierke (*Deutsches Privatrecht*, tomo III, Munique e Lipsia: Verlag von Duncker & Humblot, 1917. p. 8. Modernamente Jossef Esser e Hans-Leo Weyers *Schuldrecht*, Heidelberg-Karlsruhe: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1977).

dos mais eminentes e conhecidos estudiosos do Direito a respeito da existência de categorias *a priori* (*jus prudentibus constitutum*).⁸⁷ Frente a opiniões dominantes, emerge um grande alarde de segurança em si mesma de a forma de decidir sobre o modo particular que venha a determinar a formação de tais idéias (*communis opinio doctorum*).⁸⁸ Por partir da possibilidade de uma teorização pura, foi estabelecida uma tábua de categorias, as quais se atribui a dignidade de categorias *a priori*. O reconhecimento da existência de categorias *a priori* não tem levado a idéia de um *numerus clausus*,⁸⁹ de modo que a categorização não é acompanhada de taxatividade *secundum tabulas*.

Diversos autores intitulam tais categorias como institutos, figuras ou mesmo como conceitos; e em todas elas alargaram a aplicação da idéia apriorística de que os estudos deviam ser feitos, a partir de noções prévias e dogmáticamente oferecidas aos estudantes. Especialmente na literatura prática houve, de forma circular e ensimesmada, uma sucessiva ou recíproca adição de termos e significados reproduzidos de outras obras, sem o desenvolvimento ou o aperfeiçoamento de tais noções. A concepção mesma do direito subjetivo é fruto do apanhado descrito nos textos (especialmente franceses) originários do século XIX, que tanta repercussão tiveram no Brasil.⁹⁰ O direito subjetivo constitui o mais característico e apropriado exemplo da adoção do maneirismo, pois é ordinariamente encontrado nos textos dos manuais e compêndios brasileiros sempre descrito de forma estruturalmente conformada a padrões, que ainda se reportam aos antigos textos franceses, a

⁸⁷ A obra dos jurisconsultos romanos, comentadores e auxiliares do Direito é chamada de doutrina. Ela é em suma a própria Ciência do Direito. cf. Claude du Pasquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, 6. edição, Lausanne: Delachaux & Niestlé, 1988. p. 67.

⁸⁸ Reconhece-se como autoridade a opinião dos juristas, desde quando o pronunciaram e o aceitaram. cf. Claude du Pasquier. *op.cit.* p. 67.

⁸⁹ Radbruch, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6 ed., trad. de L. Cabral de Moncada, Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 34 e 35.

⁹⁰ Duguit chega ao ponto de afirmar, embora em sentido crítico-niilista, que em sua base está uma afirmação de ordem metafísica in *Les transformations*, p. 9 e também no *Traité du Droit constitutionnel*, 3. ed.. p. 3.

que se somariam, de forma ancilar e complementar, alguns outros de origem italiana.⁹¹ Embora a literatura de origem espanhola,⁹² e especialmente portuguesa,⁹³ mereçam inúmeras e variadas citações, é inegavelmente de corte francês⁹⁴ a revelação inicial e introdutória e o modo de exposição dos institutos na literatura corrente no país.⁹⁵ Somente tempos depois é que a força avassaladora da literatura italiana, concentrada nos mais eminentes tratadistas e compendiadores da época, alcançaria o brilho que hoje se reconhece e se mantém no Brasil⁹⁶ e forçaria uma reclassificação francesa, cuja posição antes proeminente, e quase exclusiva em algum momento, parece encontrar-se em declínio.⁹⁷

As formas jurídicas inatas são estudadas e sistematizadas sob a forma de categorias apriorísticas do Direito e constituem a própria base do que habitualmente se pensa e faz no Brasil. O tradicional método técnico-jurídico se apresenta normalmente nessas categorias implícitas, que pressupõem toda a sua estrutura. Mas as formas inatas não são, em geral, para os nossos estudos uma mera influência: são uma interioridade constitutiva, que seu corpo teórico incorpora e concentra, e que permite à teoria crítica pensar seu objeto, e interpretar a própria iniciativa como instância, contrária ou imanente, em crítica do próprio inatismo, pois, se a escala dos

⁹¹ Exemplo de obra que muito circulou no país, com registro nas bibliotecas públicas é a de Vincenzo Simoncelli (*Istituzioni di Diritto Privatto Italiano*, 3. ed., Roma: Athenaeum, 1929).

⁹² Castro y Bravo é o mais citado: *Compendio de Derecho Civil*, 5. ed., Madri: Garcia Blanca, 1972.

⁹³ Especialmente a obra de José Tavares, *Os pñcípios fundamentais do Direito Civil*, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1929.

⁹⁴ O vigor da influência francesa não se limitava aos estudos jurídicos, mas à cultura que circulava nos mais evidentes núcleos intelectuais da época, do qual a universidade não ficava distante, quando não muitas vezes era o próprio veículo divulgador da tendência. Cf *A Ciência nas relações Brasil-França (1850-1950)*, Amélia Imperio Hamburger *et alii*, São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1996. p. 19.

⁹⁵ Prova da maneira francesa, marcada ainda hoje por um vigor indiscutível é a coleção das *Instituições de Direito Civil* de lavra do Prof. Caio Mario da Silva Pereira. *op. cit.*

⁹⁶ Merece registro a quantidade de obras de lavra de Vincenzo Simoncelli (*Istituzioni di Diritto Privatto Italiano*, 3. ed., Roma: Athenaeum, 1929) e Contardo Ferrini (*Diritto Romano*, 2. ed., Milão: Ulrico Hoepli, 1898 e *Il Digesto*, Milão: Ulderico Hoepli, 1893) que circulavam nas livrarias e bibliotecas dos docentes brasileiros, como obras do passado, a obra de Roberto de Ruggiero e Mario Allara como marco das novas obra atualmente os novos textos, dentre os quais incluímos os de Perlingieri (*Perfis*, *op. cit.*).

⁹⁷ Salta aos olhos a discrepância entre a atual produção francesa e italiana citada nos inúmeros livros nacionais.

conceitos jurídicos é a medida em grande parte, manifestada através de categoria jurídica considerada a sua aceitação dogmática, passam elas a ser designadas, como batizou Rudolf Stammler, em *categorías fundamentales do Direito*.⁹⁸

A admissão dessas formas necessariamente parciais e relativas de nosso conhecimento, diante de uma impossibilidade de se construir uma representação unívoca e objetiva do seu universo, constitui em seus aspectos a releitura do Direito Civil advogada por Perlingieri como meio de superar as limitações do pensamento tradicional.

⁹⁸ Stammler, Rudolf, *Tratado de Filosofia del Derecho*. Madri: Réus, 1930.

APROXIMAÇÃO AOS CONCEITOS BÁSICOS DA FENOMENOLOGIA

Aquiles Cortes Guimarães - Departamento de Filosofia da UFRJ

O termo fenomenologia designa uma nova atitude filosófica assumida por Edmundo Husserl (1859-1938), que redundou num amplo movimento de pensamento disseminado entre as mais notáveis tendências da filosofia contemporânea.

Portanto, fenomenologia não é apenas ciência ou teoria dos fenômenos como poderia sugerir o vocábulo. A fenomenologia tem sua apresentação inaugural na obra intitulada *Investigações Lógicas* de Edmundo Husserl, publicada nos anos 1900/1901. Aí começa a reflexão fenomenológica no século XX. Fenomenologia é o esforço em busca do aprofundamento da compreensão do mundo, numa tentativa de colocar em questão os supostos fundamentos das ciências naturais. A fenomenologia não é um sistema de pensamento. Ela é um método que nos leva a uma atitude radical frente às explicações científicas do mundo. Talvez por isso mesmo, a adesão ao método fenomenológico implique uma espécie de conversão a um novo modo de pensar o mundo natural e o mundo do espírito, para além das ciências naturais e das ciências do espírito, cuja tendência fundamental é reduzir a realidade do mundo à realidade dos *fatos*. Daí, as várias direções assumidas pelo pensamento fenomenológico que hoje deságuam no denominado “Movimento Fenomenológico”,

com uma forte tendência no sentido de privilegiar a hermenêutica na sua expressão lingüística. Em última análise, o *ser* é acontecimento que se revela na linguagem. O pai da fenomenologia não aprovaria essas conseqüências do seu pensamento, sempre voltado para a idéia de rigor filosófico e científico, mas também não estaria insatisfeito com a larga exploração das diretrizes do método fenomenológico, inclusive na área jurídica.

Pois bem, vejamos então alguns dos conceitos primaciais da fenomenologia, que nos ajudarão a entender a sua proposta metodológica. Em primeiro lugar, a noção de *consciência*. Saibamos que Edmundo Husserl desenvolveu a sua formação universitária numa ambiência de crise do pensamento, nas últimas décadas do século XIX. Crise de fundamentos. Onde estão os fundamentos da matemática que desde Galileu e Newton, no século XVII, vinham contribuindo, decisivamente, para a manipulação da natureza? Entra a lógica como fundamento, na afirmação de Bertrand Russel. Mas isto não satisfaz e vem Wittgenstein dizendo que os fundamentos do pensamento estão na linguagem. À pergunta de Kant sobre *o que posso saber*, se contrapõe a pergunta sobre *o que posso dizer*. Até aí, nada. Apenas afirmações que, à falta de outras mais consistentes, estão aí registradas como decisivas no pensamento contemporâneo. E são muitos os que se orientam por elas.

Essa crise do pensamento foi intensamente vivida por Husserl. O que mais o preocupava era o espírito do naturalismo engendrado pelas ciências naturais. O que é *naturalismo*? É a crença de que a *natureza é a unidade do ser no tempo e no espaço*. Portanto, tudo é natureza. Essa crença levaria à conclusão de que a consciência e a razão seriam frutos da natureza. Naturalizar a consciência, naturalizar a razão, naturalizar a vida do espírito que constrói a história era o grande equívoco percebido por Husserl. Mas esse filósofo estava preparado para enfrentar os equívocos do naturalismo. Formado em ciências matemáticas – graduação, doutorado e livre-docência (habilitação para o ensino superior) – Husserl sabia o que estava

criticando. A sua formação científica foi decisiva na crítica aos fundamentos da lógica e das ciências naturais. A consciência não pode ser passível de naturalização, uma vez que ela funda, ontologicamente, a própria natureza. Como? Na medida em que é a única instância humana capaz de *ver* de forma absoluta.

Antes de mais nada, é preciso ter claro que consciência é intencionalidade. Ou seja, a essência da consciência é a intencionalidade. Consciência não é fenômeno psíquico, não é psique; é *intentio*, é “dirigir-se a”. Não há consciência vagando no espaço.

Vem então a noção de *fenômeno*. O que fenômeno? Em princípio, fenômeno é o que *aparece* à consciência. Fenômeno é o manifestar-se do mundo dos objetos. Esse manifestar-se só pode acontecer na interação da consciência com o mundo. Fenômeno e consciência são termos correlatos. Os objetos só existem para a intencionalidade da consciência e esta, por sua vez, só existe para os objetos. Ou seja, intencionalidade é intencionalidade de objetos e estes são objetos da intencionalidade. Em síntese: o fenômeno só é possível em função da intencionalidade e esta é pura direcionalidade ao fenômeno. Um não existe senão em função do outro. E é essa circunstância que, antes de qualquer coisa, nos leva à compreensão do processo de interação consciência-mundo, superando clássicas dicotomias na relação sujeito-objeto. Não há sujeito sem objeto, nem objeto sem sujeito. Portanto, falar da pureza do sujeito seria admitir que a subjetividade em geral poderia prescindir da *impureza do mundo* e submetê-la aos caprichos da linguagem matemática, na maneira procedimental cartesiana. Sujeito-mundo, sujeito-objeto, sujeito-natureza, e tantas outras dicotomias não produzem sentidos epistemológicos senão a partir da interação consciência-mundo, consciência-objeto, consciência-natureza, e vai por aí... Essa interação da consciência com o mundo é que define o fenômeno como aquilo que é dado à pessoa humana no universo da sua vivência. Ou seja, a interação consciência-mundo expressa, originariamente, o retorno às “coisas mesmas” na linguagem husserliana. Mundo e

intencionalidade são indissociáveis, posto que a evidência do mundo depende da intencionalidade intuitiva da consciência e, por sua vez, a intencionalidade depende da existência do mundo, uma vez que sem este ela seria apenas intencionalidade do nada...

No mesmo plano se inscrevem as *percepções*. Perceber é perceber algo. A percepção será sempre percepção de alguma coisa, seja essa coisa real – o livro que está diante de mim – seja ela ideal ou fictícia – as linguagens lógico-matemáticas ou as criações imaginárias. Ao perceber, sempre percebo algo, ainda que os mecanismos da minha percepção estejam embotados por distorções fisiológicas. Mas vamos com calma. A idéia de percepção na fenomenologia é um pouco diferente daquilo que os psicólogos apregoam como percepção. Antes de mais nada, o *perceber* integra a vida da pessoa humana. Vivemos orientados pela percepção. Ou seja, a percepção é o caminho da realização da nossa existência. Mas, para a fenomenologia, nós percebemos não as coisas, mas “estados de coisas”. Se a palavra de ordem da fenomenologia é o “retorno às coisas mesmas”, na pureza das suas manifestações enquanto fenômenos puros, a nossa percepção do mundo se envolve com “coisas” e não com fatos com os quais se comprometem as ciências naturais. E as coisas se manifestam à intencionalidade perceptiva de infinitas maneiras, nos seus infinitos “estados”. É de Husserl a afirmação de que “fenomenologia é ciência do vivido”. E ciência do vivido é atividade perceptiva que se exerce sobre “estados de coisas” e não sobre coisas. Por quê? As coisas constituem a abertura dos horizontes do mundo. Convivemos com as coisas e devemos entender (evidenciar) os seus modos de ser a fim de que não nos mergulhemos no mundo dos objetos e nos naufraguemos na ingenuidade da percepção imediata. É percebendo os “estados de coisas”, os modos pelos quais as coisas se manifestam, que descortinamos os horizontes do mundo.

Tudo isso envolve outra noção revolucionária referente à idéia de *objeto*. O que é objeto? Objeto é tudo aquilo que é *intencionado*, quer sua natureza seja real, ideal ou fictícia. Temos objetos *reais*

(caneta), *ideais* (linguagem lógico-matemáticas) e imaginários em geral. Tudo que é mostrado à consciência é objeto. Ao intencional o diabo ou demônio, figura que aparece na maioria das sociedades antigas e permanece até aos nossos dias, intenciono um objeto tido, historicamente, como representante do *mal*. Tudo que ao imaginar imagino é objeto. Portanto, o mundo dos objetos é constituído de tudo aquilo que é manifestado à consciência. Isto não significa que todos os objetos sejam evidentes por si mesmos ou que tenham existência real. Somente a intuição direta confere evidência a eles. Nem por isto deixam de ser objetos para a consciência intencional.

Passemos ao conceito de *redução fenomenológica*. O que é isto? O componente fundamental do método fenomenológico instituído por Husserl é o que chamamos *redução fenomenológica*. De várias maneiras tem sido interpretada a idéia husserliana de redução fenomenológica, tendo em vista as oscilações do próprio autor no sentido de precisá-la. Podemos sintetizá-las, afirmando que a redução compreende três momentos básicos: redução *psicológica*, redução *eidética* e redução *transcendental*, cada qual envolvendo momentos sucessivos de compreensão e interpretação do mundo. Começemos pela redução psicológica. Este é o momento inicial da nossa conversão ao modo de pensar fenomenológico, porque o esforço da reflexão se dirige à colocação do mundo “entre parênteses”, ou seja, suspendemos, provisoriamente, a nossa crença ingênua na *vigência* do mundo. Isto não significa qualquer forma de ceticismo, pelo contrário, é uma tentativa de recuperação do próprio mundo naquilo que ele *é*. Quando reduzimos os objetos do mundo a puros fenômenos, estamos caminhando para a sua reconstrução infinita, porque os objetos do mundo nos levam muito além dos próprios *objetos*. Como? Os objetos, tais quais *objetivados* pelas ciências, são petrificados como se tudo pudesse ser resumido na sua manifestação. Entretanto, os objetos do mundo estão carregados de *sentidos*, que se expandem nas suas inter-relações, enquanto “estados de coisas” a serem percebidos. Portanto, a redução psicológica representa o momento inicial da adesão ao método fenomenológico,

uma vez que a pretensão é *re-ler* o mundo de maneira radical, “voltando às coisas mesmas”, tais quais se manifestam. Colocamos entre parênteses toda a objetividade explicativa das ciências que nada mais fizeram senão *objetificar* o mundo e voltamos aos mesmos objetos do mundo, perquirindo os infinitos sentidos da sua manifestação. Desta forma, a redução psicológica pode nos levar a compreender, antes de mais nada, que a explicação da objetividade do mundo por parte das ciências não esgota os *sentidos do mundo*. Os objetos, enquanto “coisas”, nesta primeira redução, se manifestam à consciência na sua pureza de *fenômeno* e, ao mesmo tempo, como abertura infinita de novos horizontes como possibilidades infinitas...

O segundo momento da *redução fenomenológica*, é aquele no qual, para além do puro manifestar-se dos fenômenos, tentamos descrever as suas *essências*. Portanto, reduzimos os objetos do mundo a suas essências. É a redução eidética, de (eidos = essência ou idéia).

O terceiro momento é o da *redução transcendental*. Nesta, as essências são vivenciadas e evidenciadas na ordem da consciência transcendental, ou seja, simplificadamente, na ordem da subjetividade do “eu penso”. Essências são sempre essências dos objetos, das “coisas”, que são levadas à instância transcendental, à instância do “eu penso”, como tribunal da *evidenciação*. Nesse tribunal funciona a reflexão em torno das *evidências* extraídas do mundo da vida. A pretensão é evidenciar o *mundo da vida*. E essa pretensão só pode ser realizada no espaço transcendental, enquanto lugar privilegiado da evidenciação – aliás o único *lugar* – tendo em vista que não existe pensamento sem sujeito, nem sujeito sem objeto, nem objeto sem sujeito.

É necessário ter claro que estes três momentos da redução fenomenológica estão intimamente articulados em torno do propósito de edificação de uma *ontologia do mundo da vida*. Pela redução *psicológica*, o mundo dos objetos, ou das coisas, se restringe a puros fenômenos; pela redução *eidética*, esse mundo se restringe às suas essências e, pela

redução *transcendental*, o mundo se subordina ao plano da reflexão, do “eu penso”, enquanto instância evidenciadora do próprio mundo.

No fundo, poderíamos dizer que a atitude fenomenológica é a tomada de posição radical do *ego* que pretende constituir o mundo a partir de si mesmo. E *constituir* significa *evidenciar*. Ele é apenas o pólo ideal da consciência, a partir do qual o conhecimento do mundo se torna possível. Enquanto Descartes considerava o ego como *coisa pensante*, Husserl o toma não como coisa e sim como *pólo da consciência*. É aí que começa a atitude fenomenológica. Essa atitude pressupõe a consciência como intencionalidade e visa a interação da subjetividade com o mundo. Aliás, a fim de evitar confusão no que diz respeito ao binômio subjetividade-objetividade, tão exposto historicamente, Husserl introduz os termos *noesis* e *noema* para significar o mesmo empreendimento do espírito. São conceitos próprios da fenomenologia que devem ser esclarecidos. *Noesis* é a atividade subjetiva da consciência, é a exploração do sol da consciência, é a originação do pensamento. Atividade *noética* é atividade de *conhecimento*. É o ponto inicial a partir do qual instauramos a nossa ação cognoscitiva pela via do pensamento. *Noema* é a unidade significativa encontrada no objeto. A novidade desses termos pode ser traduzida pela verificação do fato de que existe uma fundamental relação noético-noemática na intenção eidética, ou seja, no plano da descrição das essências. O mesmo que dizer em relação à dicotomia sujeito-objeto que agora é compreendida na interação consciência-mundo. Toda intenção descritiva das essências implica a atividade noética-noemática, ou seja, a atividade subjetivo-objetiva de interação da consciência (intencionalidade) com o mundo.

Dito isto, examinemos a idéia de intuição e de percepção. *Intuir* significa estar presente ao objeto intuído (do latim *intus* = dentro de alguma coisa). A intuição torna possível o conhecimento das coisas. Princípio primeiro é a atitude intuitiva, porque somente ela nos mostra a plenitude da presencialidade dos objetos do mundo circundante. Mundo de objetos é mundo percebido. A percepção visualiza os horizontes de sentidos do mundo. O mundo é a totalidade

dos horizontes percebidos. Portanto, a idéia ou conceito de intuição é fundamental no pensamento fenomenológico. É a intuição o momento instaurador da percepção. Intuindo, percebo. Por isso mesmo, o mundo, fenomenologicamente considerado, é o mundo percebido na multiplicidade dos seus sentidos e não a totalidade dos seus objetos. Toda percepção está carregada de intencionalidade intuitiva em direção à descoberta de novos sentidos. Mas este mundo percebido é o *mundo da vida* (Lebenswelt).

Já foi dito que o conjunto da crítica fenomenológica à tradição da cultura ocidental recai sobre o processo da sua idealização a partir do matematismo, do espírito quantificador. A geometria nasce na Grécia antiga como instrumento da agrimensura. Era necessário idealizar as medidas da terra, com a possível precisão dos instrumentos matemáticos. O fluxo do *mundo vivido* vai aos poucos sendo dominado pela idealização elaborada no campo da subjetividade, enquanto possibilidade de dominação da natureza pela via do *logos*, da razão fabricadora. E toda história ocidental obedece a essa *intenção idealizante*, nas suas mais variadas manifestações. O homem cada vez mais se afasta do seu *locus* natural para apegar-se à ordem das criações subjetivas. Já na linguagem fenomenológica, a intuição é o “princípio dos princípios” porque somente ela nos remete ao dado imediato, ao que está aí, diante de nós, aos objetos presentes à intencionalidade perceptiva. Intuição e percepção são termos que se complementam mutuamente, na interação consciência-mundo.

Vejamos agora a questão da *essência*. O que essência para a fenomenologia? A noção de essência não está longe do *eidos*, da idéia, na formulação platônica. Essência é idéia. Mas, na fenomenologia, a idéia está irreversivelmente relacionada com *as coisas do mundo da vida*, sem qualquer compromisso com o “mundo das idéias” de Platão. Não ocorre a separação entre o mundo das idéias e o mundo real. Em Platão, segundo o registro constante do Livro VII da obra intitulada *Republica*, o mundo da experiência é o lugar da impureza, da degenerescência – lugar de todos os

males. Mas existiria um mundo de idéias como arquétipos eternos, como lugar de contemplação dos miseráveis humanos absolutos no desastre do movimento do mundo. Platão descende da herança de Parmênides. É necessário encontrar um ponto a partir do qual possamos continuar afirmando que o Ser é, e o não-Ser não é. Esse ponto para Platão é o mundo das idéias – o que verdadeiramente é. O bem é a idéia suprema, mas nem por isso fica excluída a idéia do mal. Em síntese, tudo o que pensamos na vida terrestre deve subordinar-se à imitação do protótipo ideal do mundo das idéias, sobretudo as nossas ações relacionadas com o justo e com o injusto. Numa dialética de ascese – contemplação das idéias – e de descese – volta ao perigoso caminho do mundo corrompido – estaremos exercitando a suprema virtude de purificação das nossas almas que, certamente, transmigrarão para outros corpos.

Todo esse preâmbulo é para dizer que a concepção de essência na fenomenologia não pode, simplesmente, ser equiparada ao *eidos* platônico, ao conceito de idéia em Platão. Não existem mundos separados. As essências são percebidas a partir do *mundo da vida* e não concebidas como fórmulas adequadas à explicitação dos objetos. É a interação consciência – mundo que propicia a visada dos objetos. E a visada intuitiva dos objetos do mundo da vida me leva à descrição das essências universais, imutáveis e irreduzíveis.

Dizemos comumente que as coisas *são*. Este objeto é um livro; aquele é uma mesma. Mas o que é *o que é*? Pois a essência responde à pergunta sobre aquilo que é o *ser das coisas*. A essência diz do ser das coisas e não de uma idéia elaborada *a priori* no campo da subjetividade para adequar-se ao ser das coisas. Ou seja, toda essência será sempre essência de objetos. Essência, simplificada, é aquilo que descobrimos como invariante nos objetos. Por exemplo, quando no campo dos objetos ideais (matemáticos) dizemos que $3+2 = 5$, a idéia de *pentalidade* aí descoberta é uma *invariante* universal. Por mais que mudemos os números em busca da pentalidade chegaremos ao mesmo resultado.

É o que permanece. E isto que permanece como validade universal é a essência. Aliás, a linguagem lógico-matemática constitui um universo exemplar de essências. Os seres ideais da matemática já se manifestam com as características de universalidade, imutabilidade e irredutibilidade. Da mesma forma, poderíamos exemplificar em relação aos objetos ou coisas reais que constituem o nosso mundo circundante. Num exemplo tão ao gosto de Husserl, podemos citar uma partitura musical. Por mais que mudem as orquestras e os instrumentos, por múltiplos que sejam os arranjos, uma sinfonia continuará sempre sendo ouvida como aquela produção do artista para a eternidade – a arte verdadeira nunca perece. A essência da sinfonia permanecerá para sempre.

Da mesma forma, poderíamos exemplificar com o Direito. Por mais que as leis sejam modificadas, permanece a idéia de Direito. Interessa-nos, neste momento, falar da sua *essência* como exemplificação daquilo que nele é permanente. A idéia de Direito é precedida do sentimento do Direito. Esse sentimento é fonte originária de toda organização jurídica. Sendo a destinação do Direito a realização da justiça, existe entre todos os povos uma pré-compreensão do *justo* e do *injusto*. Sendo assim, vemos que a essência do Direito não está na lei, mas na idéia de justiça. Essa idéia é um valor inerente à pessoa humana a qual se cristaliza na tessitura de regras de conduta impostas aos povos, em direção à realização desse valor. A essência do Direito pertence ao conteúdo referencial da vivência da justiça. Enquanto valor, a justiça é um ideal que exerce uma pregnância sobre todos os povos. Descrever as essências do Direito e da justiça é intuir e perceber os modos de equilíbrio dos povos no processo civilizatório, ou seja, os modos de ser do homem enquanto *lugar* radical do *justo* e do *injusto*.

Por último, em relação à essência, devemos ter sempre presente que esta “representa” os *sentidos* do mundo – os seus *verdadeiros* sentidos. As ciências naturais transformam o mundo num *reino de objetos*. Neste reino não há lugar para indagações a respeito de seus sentidos, de suas essências. E é exatamente esta questão que impulsiona

todo o movimento fenomenológico. O que é o que é? A resposta *do que é* se evidencia como *sentido* e não como algo objetivável. Objetificação é trabalho das ciências. Descoberta de sentidos é trabalho do pensamento. Interessa às ciências o domínio técnico dos objetos como projeto de domínio objetivo do mundo. À fenomenologia interessa os sentidos desse domínio. Daí o questionamento da dominação da técnica que impera nos nossos dias, sem qualquer observância dos contextos referenciais de sentidos que envolvem os objetos nas suas múltiplas manifestações à consciência intencional perceptiva.

Vejamos agora o conceito de *evidência* na fenomenologia. Em geral, a nossa vida cotidiana se desenvolve no plano da *doxa* (opinião) e não no campo da *episteme* (ciência), para indicar a dicotomia suscitada pelos gregos antigos. Exercitamos a nossa existência acreditando nas evidências imediatas do nosso mundo circundante, do mundo particular que construímos como opção da nossa vivência. Cada operário tem como interesse imediato os utensílios que compõem o mundo do seu trabalho e os materiais de que necessita para realizá-lo. O mundo particular *aprisiona* os indivíduos nas suas evidências primitivas, pois as pessoas estão ligadas, fundamentalmente, àquilo que lhes interessa para solução de suas necessidades. Interesses e necessidades constituem o movimento da história, o que nos ajuda a esclarecer o apego do homem ao “seu” mundo, cuja manifestação é apreendida pela *doxa* que lhe parece de cristalina evidência. O conhecimento específico (opinião) do carpinteiro sobre a madeira conduz os seus atos para a construção dos objetos de madeira. Ciência e filosofia não fazem parte de suas preocupações porque ele está voltado para a imediatez do seu mundo, naquilo que ele representa de possibilidade de realização das urgências da vida. Com essa atitude, fragmentam o mundo em horizontes que constituem o mundo único. O mundo não é a totalidade dos objetos e sim a totalidade de horizontes. E essa totalidade de horizontes depende da nossa percepção de mundo. Mundo é mundo histórico-cultural e é neste mundo que encontramos todas as possibilidades de experiência, estética, religiosa, mística. Fica claro que o *objetivismo* científico não esgota o campo da experiência, porque existem múltiplas dimensões

da experiência humana que se distendem no *mundo da vida*. Pois bem. *Evidência* é algo que se dá pela intuição imediata. A intuição, já sabemos, é o “princípio dos princípios”. Ela nos coloca na relação direta e imediata com os objetos. É como se dissessemos: “não me explique, estou vendo”. Esse *ver* imediato caracteriza a evidência. Como essa evidência será tratada na ordem transcendental, ou seja, na ordem da reflexão, é outro problema. O fato é que evidência será sempre evidência de objetos, quer sejam reais ou ideais.

Outra noção que deve ficar clara é a de ego transcendental, uma vez que diz respeito à legitimação radical da atitude fenomenológica. É no *ego transcendental* que aparecem todas as evidências. É nessa ordem transcendental ou seja, no espaço do “eu penso” que as evidências se manifestam, a partir da vivência “primitiva” do mundo da vida.

O *ego transcendental* é o *eu puro*. Esse eu absolutamente disponível ao pensamento. Essa esfera subjetiva em que o mundo encontra a possibilidade última da sua evidenciação. Dessa mesma esfera transcendental se valeram os mais notáveis pensadores da modernidade, desde Descartes até aos nossos dias. É a supremacia da subjetividade em face do mundo. No caso da fenomenologia, a questão se mostra de maneira diferente. O ego transcendental é o *lugar* da evidenciação. A evidência “primitiva” se dá no mundo da vida. O ego transcendental, enquanto espaço de evidenciação, exerce, em última análise, o papel de última instância evidenciadora do mundo. Porque não há pensamento sem sujeito pensante, assim como não existe mundo verdadeiro para além da experiência “primitiva”. Estamos no mundo e frente ao mundo, frente a todos os objetos que nos circundam. E somente a subjetividade transcendental pode encarregar-se da mostração originária e evidenciadora desse mundo. É aí que encontramos a possibilidade originária de esclarecimento do mundo, ou seja, de auto-constituição e auto-evidenciação da aventura da história humana. Afinal, invocando o transcendentalismo kantiano, poderíamos afirmar que é no diálogo da razão consigo mesma que encontramos os princípios supremos de todas as coisas.

OBSERVAÇÕES SOBRE A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE R. ALEXY

Fernando Rodrigues - Professor Associado do Departamento de Filosofia e do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFRJ

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Desde as últimas décadas do século XX, encontram-se, no âmbito da filosofia do direito, várias teorias que buscam compreender o direito como envolvendo elementos morais. Por mais distintas, umas das outras, que venham a ser essas teorias, parece que um ponto elas têm em comum: a norma jurídica não é o único elemento constitutivo do direito, pelo menos se norma jurídica for entendida como uma determinação de que “algo *devese* ou ocorrer, sobretudo [de] que uma pessoa *devese* comportar de um modo determinado” (KELSEN, 1960, 4) (sentido subjetivo), sendo que essa determinação é proferida por alguém que tem a competência para fazê-lo, uma competência outorgada, em última instância, pela constituição (ibidem, 8) (sentido objetivo)¹. “Norma”, nesse sentido de um ato de determinação realizado por um agente competente, sem que

¹ Não discutirei aqui nem os conceitos de validade ou existência específica e de eficácia das normas jurídicas nem a relação que mantêm entre si validade e eficácia (cf. Kelsen, 1960, 9s.), pois, ainda que relevantes para uma melhor compreensão do conceito kelseniano de norma, não contribuiriam muito para os objetivos deste trabalho.

elementos morais restrinjam o que se pode determinar, não é mais vista, por algumas teorias das últimas décadas do século XX e das primeiras do século XXI, como suficiente, ou mesmo adequada, para a definição de direito. É comum, nesse contexto, apelar-se aos chamados princípios que, diferentemente das normas seriam também constitutivos do direito, possuindo inclusive uma posição hierárquica superior à das normas. Um dos autores mais relevantes que defendem o papel dos princípios no direito é, sabidamente, R. Dworkin, que advoga consistir o direito não apenas de regras, mas também de princípios². Mas não apenas Dworkin, vários outros jusfilósofos, como, por exemplo, M. Atienza e R. Alexy, propõem compreensões do direito que não se limitam a defini-lo em termos meramente do elemento norma³.

O trabalho de R. Alexy, nesse contexto, é sobretudo conhecido a partir de sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, baseada em seu escrito de habilitação de 1984. Essa obra pressupõe, no entanto, uma teoria da linguagem e da argumentação práticas em geral, bem como uma aplicação desta ao direito. Isso é realizado por Alexy em *Teoria da Argumentação Jurídica*, baseada em sua tese de doutorado de 1976.

Alexy realizou seus estudos de graduação em direito e filosofia, na Universidade de Göttingen, no início dos anos 70 do século XX, época em que, no âmbito da filosofia, a filosofia da linguagem de tendência pragmática adquiria papel cada vez mais relevante na Alemanha, sobretudo com as pesquisas em Frankfurt desenvolvidas por K.-O. Apel (pragmática transcendental) e J. Habermas (pragmática universal). A posição pragmática em filosofia da linguagem consiste na tese de que o sentido das expressões linguísticas não se deixa

² Cf., por exemplo, seu artigo “Modelo de Regras I”, que se tornou seminal ao definir direito como consistindo de normas e de princípios.

³ Sobre uma discussão cuidadosa e detalhada das principais posições atuais que consideram ser o direito não meramente constituído por normas, cf. a tese de doutorado de Eduardo R. Moreira, *Racionalidade Prática nos Critérios de Justiça*.

determinar sem que sejam consideradas as regras de uso dessas expressões em contextos intersubjetivos. A posição pragmática defendida no contexto alemão pelos filósofos frankfurtianos, a qual influenciou, por sua vez, Alexy, parece, além de aceitar essa tese geral, se comprometer também com as teses de que (a) as regras de uso intersubjetivo se deixam organizar em torno de estruturas universais, de certos grupos gerais de proferimentos linguísticos⁴; (b) pelo menos no caso de dois desses grupos, faz parte do significado dos proferimentos saber como se procede para validar o que se diz, i.e. faz parte do significado compreender a lógica de justificação envolvida quando se diz o que é caso no mundo e quando se determina como alguém deve se comportar. É importante aqui enfatizar que se pode defender uma posição pragmática da linguagem sem necessariamente se comprometer com as teses (a) e (b). A posição defendida por Alexy, em *Teoria da Argumentação Jurídica*, compromete-se também, como será visto, com essas duas teses.

O presente texto consiste em uma apresentação crítica das principais ideias e teses presentes em *Teoria da Argumentação Jurídica*⁵. É possível que cause estranheza o fato de, neste texto, eu não considerar a teoria da ponderação desenvolvida por Alexy, nem tampouco sua contribuição para a determinação e validação dos direitos fundamentais. Essa ausência explica-se pelo fato de, no texto em que me centro, essas questões, sem dúvida relevantes para o que hoje em dia se compreende como sendo a teoria de Alexy, não serem o foco da investigação. Creio, por outro lado, que é somente quando se compreende adequadamente sua teoria inicial

⁴ Haveria, se se deixam de lado usos da linguagem em que se lança mão do poder coercitivo, quatro grupos básicos de uso: o dos proferimentos em que se pretende dizer algo sobre o mundo; o dos proferimentos em que se determina que se deve comportar de tal ou qual maneira; o dos proferimentos em que se dá a entender algo sobre estados mentais do falante; e o dos proferimentos em que se tematiza a própria linguagem.

⁵ O texto que se segue baseia-se em partes de minha dissertação de mestrado em direito, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRJ em 2012. Muito do que apresento na dissertação e neste texto devo ao contato acadêmico com a Profa. Margarida Camargo, por quem tive o privilégio de ser orientado. Passei a ter acesso à obra de R. Alexy graças aos excelentes cursos e à criteriosa orientação de M. Camargo.

da argumentação jurídica, sobretudo o que chama de tese do caso especial, que se poderá ter uma melhor noção das posições que, posteriormente, defenderá Alexy.

O objetivo de Alexy em *Teoria da Argumentação Jurídica* é o de mostrar qual a estrutura de argumentação que estaria presente nos argumentos que têm como consequências decisões jurídicas. Sua estratégia, para atingir esse objetivo, consiste em (1) desenvolver uma teoria da argumentação prática geral e (2) mostrar como a argumentação jurídica, apesar de possuir várias especificidades que a distinguem, por exemplo, de outras argumentações práticas como a argumentação moral, é um caso especial da argumentação prática geral. Dado que a argumentação prática geral compromete-se com certos elementos morais, a argumentação jurídica também assumirá esses elementos. A teoria da argumentação prática geral desenvolvida por Alexy seguirá as características da pragmática linguística frankfurtiana dos anos 70 e 80: compreenderá haver tipos gerais de proferimentos linguísticos, sendo um destes os atos-de-fala normativos, e mostrará que a compreensão desses atos envolve uma compreensão do procedimento de sua justificação, i.e. da estrutura argumentativa a ser seguida para validá-los. Quanto à tese de que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática geral, Alexy irá distanciar-se de filósofos como Habermas.

O ponto de partida está na constatação de que, no mundo ordinário, realizamos proferimentos linguísticos em que determinamos que se aja (ou que se deva agir) para que um certo estado-de-coisas ocorra no mundo⁶. Quando se diz “Abre a porta” ou “Tu deves abrir a porta”, indicamos, por meio desses proferimentos, que alguém (no caso o interlocutor) proceda de uma determinada

⁶ Ao lado dos proferimentos em que se determina que se aja, há proferimentos em que se fazem avaliações, como “Este comportamento é bom” ou “Pedro é bom”, que são considerados aparentados aos primeiros. Não me deterei aqui na consideração das semelhanças e diferenças desses dois tipos de proferimentos, pois essa discussão seria irrelevante para o presente texto.

maneira para que um estado-de-coisas ocorra no mundo, a saber: o fato de a porta estar aberta. Os proferimentos em que se interpela alguém a agir de uma determinada maneira são de tipos diversos e, muitas vezes, estão vinculados a certas instituições sociais. Ocorrem, por exemplo, no âmbito da família, da escola, da religião, do direito, da moral, dentre outras instituições.

A ação determinada por meio desses tipos de proferimento é, em geral, uma ação que não seria realizada espontaneamente por aquele a quem o proferimento se dirige. Pois, se ele a realizasse por livre e espontânea vontade, não faria sentido que alguém lhe dissesse para realizá-la. Se percebo que uma pessoa vai abrir a porta, não faz sentido, nesse contexto, que eu lhe diga para abrir a porta. Isso indica que o que é determinado por meio dos proferimentos em questão não parece estar, pelo menos em um primeiro momento, no âmbito de interesses do interlocutor. É por isso que é necessária uma certa força, de onde quer que ela advenha, para que esses proferimentos tenham alguma efetividade. Além disso, esses proferimentos distinguem-se de meras expressões de desejos por parte dos falantes. Ao se dizer “Eu gostaria que você ficasse comigo”, o falante expressa um desejo ao ouvinte, talvez, em certos contextos, um pedido, mas não uma determinação de que o ouvinte fique com o falante. O proferimento não dá a entender que o falante dispõe de algum meio cogente para fazer com que o ouvinte fique com ele. Algo diferente teria lugar se se dissesse “Fique comigo”. Nesse caso, o proferimento determina uma ação ao ouvinte e o faz com base em alguma força. Tanto o fato de a ação exigida estar fora do âmbito de interesses do interlocutor quanto o fato de o proferimento não expressar um mero desejo ou pedido por parte do falante apontam, então, para a existência de uma força que teria uma cogência sobre o interlocutor. Pode ser que essa força não exista e que, caso o ouvinte não realize a ação determinada, ele não sofra nenhuma consequência negativa, mas a semântica do proferimento sugere que essa força exista e que o ouvinte esteja submetido a ela.

A força de cogência desses proferimentos, que obriga seu destinatário a realizar a ação indicada, pode variar, dependendo da relação em que se encontram o locutor e o interlocutor do proferimento. Essa força pode ser marcada pelo fato de o locutor deter um poder físico sobre o interlocutor, como se pode observar quando um assaltante determina que sua vítima lhe entregue a carteira. Pode também derivar do reconhecimento por parte do interlocutor de uma autoridade transcendente, quando, por exemplo, uma autoridade religiosa determina que os fiéis estejam presentes a uma certa cerimônia para venerar uma divindade. Pode advir de uma mistura de força física e do reconhecimento de uma autoridade no âmbito da família, quando um pai, por exemplo, determina que o filho faça suas tarefas escolares sob a ameaça de, caso contrário, ficar de castigo ou levar uma palmada. No caso de se tratar de uma força física, o interlocutor, ao não cumprir com o que é determinado, sofrerá uma sanção física; no caso de não se tratar de uma força física, a sanção será, antes, interna, como a ocorrência de sentimento de culpa. Como quer que seja, sempre ligado à força pressuposta nos proferimentos em tela, está algum tipo de sanção. No âmbito do direito, a força das decisões judiciais sobre os endereçados advém do poder físico que o Estado detém sobre os indivíduos.

O que se pode perguntar é se esses proferimentos, por mais que estejam, de certo modo fundados na ameaça de uma força física ou na adesão que se dê a uma certa estrutura social ou religiosa, não podem também ter uma validade fundada em uma certa racionalidade.

O aspecto cogente dos proferimentos adviria não (apenas) do fato de o endereçado poder sofrer alguma punição física ou interna, mas do fato de esses proferimentos deixarem-se justificar racionalmente. Pode-se, nesse caso, dizer que o proferimento obtém sua força (também) do fato de poder ser justificado racionalmente ou dizer que, independentemente da existência ou origem de sua força, ele possui

validade pelo fato de se justificar racionalmente. Para efeitos da questão abordada neste texto, essa distinção é indiferente. O que importa é, sim, mostrar que há uma maneira racional de se justificarem os proferimentos em tela. Fica em aberto a questão sobre se a fundamentação racional lhes dá ou não uma maior força de cogência.

Alexy, adotando essa tese de que proferimentos podem fundar-se racionalmente, tenta mostrar como, no caso do direito, se pode dar essa fundamentação. O caso do direito é um caso singular, pois proferimentos jurídicos parecem derivar sua força do monopólio do poder estatal que é empregado para que as decisões contidas nesses proferimentos sejam levadas a efeito pelos endereçados e derivar sua validade do fato de se fundarem em normas estabelecidas por autoridades competentes, sobretudo pelo Parlamento. O fato de as decisões judiciais estarem baseadas em certas fontes, como as normas produzidas pelo Parlamento, faz com que se possa falar aqui já em uma validade, pois, graças a essas fontes, as decisões judiciais seriam distintas, por exemplo, das ordens dadas por um assaltante a alguém a quem ele aponte sua pistola⁷. Em ambos os casos haveria uma força que obrigaria o destinatário a agir de uma determinada maneira. No primeiro caso, seria o poder da pistola; no segundo, o poder do Estado em fazer com que a decisão judicial se cumpra. No entanto, no segundo caso, além da coerção pela força, haveria também uma validade presente na decisão, pelo fato de ela estar, supostamente, fundada em uma fonte. Mais uma vez reafirmo que não é relevante para o presente texto saber se essa validade aumenta ou não a força.

⁷ Esse é um clássico exemplo presente na discussão crítica que H. L. A. Hart faz de J. Austin. Segundo sua interpretação, de acordo com os critérios deste último para determinar o que é o direito, este acabaria sendo equiparado a “ordens baseadas em ameaça”. Ao afirmar que vai criticar certos pontos importantes que fazem usualmente parte da resposta a três perguntas a serem respondidas quando se busca determinar o direito (a distinção entre direito e moral; a distinção entre direito e ordens baseadas em ameaças; e a relevância das regras para o direito), Hart afirma: “What these elements are (...) will best emerge, if we first consider, in detail, the deficiencies of the theory which has dominated so much English jurisprudence since Austin expounded it. This is the claim that the key to the understanding of law is to be found in the simple notion of an order backed by threats, which Austin himself termed a ‘command’” (1961, 16).

A relação entre a decisão judicial e as fontes em que ela se baseia é explícita no elemento de fundamentação da sentença judicial. Graças à fundamentação a decisão ganha uma validade. Essa fundamentação consiste em uma argumentação. Essa argumentação supõe as fontes do direito, mais especificamente supõe as normas produzidas pelo Parlamento, como os elementos últimos em que se baseiam, não vindo a questioná-las.

Se, no entanto, se mostrar que há um modelo da argumentação prática em geral que envolve certos pressupostos morais e que a argumentação jurídica está submetida a esse modelo geral, pode-se concluir que a argumentação jurídica, ainda que esteja submetida às fontes do direito, consiste em um caso especial da argumentação em geral. Por um lado, não se trata aqui de uma argumentação prática comum, pois as fontes do direito devem, de certo modo, fundá-la; por outro lado, como ela se basearia em um modelo geral que, por sua vez, supõe certos pressupostos morais, ela deveria, se for o caso, desconsiderar certas fontes em nome desses pressupostos morais. É essa posição que Alexy busca defender.

Portanto, diante da pergunta: “Há, para além e acima das fontes do direito, alguma instância que dê validade aos proferimentos jurídicos, mais especificamente: às decisões judiciais?”, a resposta de Alexy será afirmativa. Nas justificações que validam esses proferimentos lança-se mão de um modelo argumentativo que, com efeito, possui peculiaridades, dado que o direito, para que tenha seus proferimentos válidos, deve estar de acordo com o que determinam as fontes jurídicas de uma sociedade. Por outro lado, no entanto, esses proferimentos fundamentam-se, apesar das peculiaridades, a partir de um modelo argumentativo que vale não apenas para o direito, mas para argumentações práticas em geral. Nesse sentido, diz Alexy que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação em geral.

Para demonstrar sua tese, Alexy terá de desenvolver uma teoria da argumentação prática racional em geral e mostrar como funciona a argumentação jurídica de modo que ela seja considerada um caso especial da argumentação prática em geral. Isso ele realiza, além de em vários artigos⁸, nas partes B e C da obra *Teoria da Argumentação Jurídica*.

Alexy coloca-se, nessa obra, em uma tradição em que, ao invés de se apresentar uma tese e defendê-la diretamente, enquadra o problema no contexto de uma discussão que já vem sendo travada por outros teóricos anteriores. Esse procedimento tem a vantagem de se saber de onde advêm vários dos pontos abordados pelo autor e, a partir das críticas que ele destina a seus antecessores, se identificarem os pontos novos por ele defendidos. É nesse sentido que a parte A do livro consiste em uma discussão com algumas teorias do discurso argumentativo prático avançadas por autores anteriores a Alexy. Como ele próprio afirma, no início da parte B, “as seguintes explicações [sc. partes B e C] são completamente compreensíveis (...) apenas sob o pano de fundo das discussões anteriores [sc. parte A]” (1978, 221). No que se segue, no entanto, limitar-me-ei a indicar em linhas gerais as teses avançadas nas partes B e C, teses estas que compõem as contribuições próprias de Alexy, e apresentarei observações críticas a essas teses.

2. A ARGUMENTAÇÃO PRÁTICA GERAL

As regras constitutivas do discurso prático são, por um lado, regras que esse discurso mantém em comum com o discurso teórico (em que se resgatam pretensões teóricas de proferimentos descritivos) e, por outro lado, regras peculiares ao discurso prático. Alexy distingue entre vários tipos de regras e formas que estruturariam o discurso prático (1978, 234ss.). Essas regras são organizadas em grupos.

⁸ Cf., por exemplo, os artigos “The Special Case Thesis” e “The Dual Nature of Law”.

Um primeiro grupo de regras distinguido, chamado de **regras fundamentais**, funcionaria como condição de possibilidade de toda comunicação linguística em que se erguem quer pretensões de verdade (no caso dos proferimentos teóricos), quer pretensões de correção (no caso dos proferimentos práticos). São as seguintes (1978, 234ss.):

(1.1) Nenhum falante pode contradizer-se;

(1.2) Todo falante só pode asserir aquilo em que ele próprio crê;

(1.3) Todo falante que aplica um predicado F a um objeto a tem de estar disposto a aplicar F a outros objetos semelhantes nos aspectos relevantes;

(1.4) Diferentes falantes devem utilizar a mesma expressão no mesmo sentido.

Alexy, após considerar essas pressuposições da comunicação, passa, em seguida, a apresentar um outro grupo de regras, que chama não de regras fundamentais, mas, antes, de **regras racionais**. Trata-se, com efeito, de uma regra, a saber: “Cada falante tem de, caso dele exigido, fundamentar, a menos que ele possa apresentar razões que justifiquem que ele se recuse a fundamentar” (1978, 239). Essa regra básica articula-se em três outras regras, que estruturam a fundamentação:

(2.1) É lícito a qualquer um que possa falar participar de discursos;

(2.2) É lícito a qualquer um problematizar qualquer afirmação, introduzir qualquer afirmação na situação de discurso e exprimir posições, desejos e necessidades;

(2.3) Nenhum falante deve ser impedido, por meio de coação interna ou externa ao discurso, de realizar o previsto em (1) e (2) acima.

Além das regras fundamentais e das regras racionais, um terceiro grupo de regras presente em qualquer tipo de discurso prático é formado pelas **regras que determinam o peso dos argumentos**⁹. Essas regras devem determinar o peso dos argumentos ou das fundamentações. A novidade desse tipo de regra com relação às anteriores estaria no fato de que estas últimas determinarem o peso apenas de asserções, enquanto as regras que determinam o peso dos argumentos considerarem também o peso para perguntas e expressões de dúvidas. Se as regras racionais foram sobretudo baseadas na teoria de Habermas de uma pragmática universal, Alexy, para chegar às regras que determinam o peso dos argumentos, remete às teorias de M. G. Singer, P. Lorenzen e C. Perelman. São elencadas, agora, as seguintes quatro regras (1978, 243ss.):

(3.1) Quem pretende tratar uma pessoa x diferentemente de como pretende tratar uma pessoa y é obrigado a justificar essa diferença de tratamento;

(3.2) Quem ataca um enunciado ou uma norma que não é objeto de discussão tem de apresentar uma razão para tanto;

(3.3) Quem apresenta um argumento só está obrigado a apresentar argumentos adicionais diante da apresentação (por outrem) de contra-argumentos;

(3.4) Quem introduz no discurso uma asserção ou uma manifestação (Äußerung) sobre suas posições, desejos ou necessidades que não sejam argumentos para um proferimento anterior tem, caso solicitado, de fundamentar por que ele introduziu essa asserção ou manifestação.

Como Alexy chega a esse terceiro grupo de regras como constitutivas do discurso prático em geral não parece estar claro

⁹ Assim traduzo a expressão alemã “Argumentationslastregeln”, que significa regras da carga da argumentação ou, melhor, regras que dão o peso dos argumentos. O próprio Alexy explicita essas regras dizendo que concernem “dem Ausmaß und der Verteilung von Argumentations- oder Begründungslasten” (1978, 232), i.e. que concernem ao grau (à extensão) e à distribuição das cargas (dos pesos) da argumentação ou da fundamentação. A tradução inglesa usa a expressão “rules for allocating the burden of argument”.

no texto. O primeiro grupo de regras, com exceção talvez de 1.2, parece decorrer de condições necessárias para que se dê algo a entender com sentido. Desse modo, haveria uma relação analítica entre essas regras e o próprio fato de se dizer algo com sentido. O segundo grupo, baseado na teoria de Habermas, não se segue analiticamente do que seria dar algo a entender com sentido, mas pressupõe, antes, que haja uma situação de igualdade entre todos os falantes possíveis para, então, extrair as três regras baseadas nessa identidade. O terceiro grupo parece considerar a relevância dos argumentos que podem ser mobilizados no discurso. No entanto, a regra 3.1 desse grupo concerne, antes, ao pressuposto de igualdade do segundo grupo do que à noção de relevância dos argumentos.

Como uma observação intermediária no elencar dos grupos de regras da argumentação prática em geral, Alexy considera **as formas de argumentos** que podem ser mobilizadas nesses tipos de argumentação (1978, 245ss.). Isso é tratado sob o item (4). Trata-se de argumentos voltados, em um primeiro momento, para a validação de enunciados singulares, argumentos esses que pressupõem regras. Em um segundo momento, Alexy considera argumentos que incidem sobre a fundamentação das próprias regras, sendo eles, por sua vez, baseados em princípios. Enfim, em um terceiro momento, são abordados os argumentos visando a fundamentação dos próprios princípios. Não exporei aqui essas estruturas argumentativas, limitando-me, nessa exposição sumária, às regras. Menciono apenas que esses modelos de argumentação não são uma novidade introduzida por Alexy. Nas tentativas usuais de fundamentar enunciados normativos particulares, costuma-se recorrer a essa gradação. Isso já está indicado, por exemplo, em Toulmin, e no modo como Habermas retoma Toulmin¹⁰ em “Teorias da Verdade”.

Alexy, após apresentar essa cadeia de tipos de argumentos, retoma o elenco de regras, dedicando-se, agora, a um novo tipo

¹⁰ Cf., por exemplo, E. S. Toulmin, *The Uses of Arguments*.

de regras que organizam a argumentação prática. São as **regras de fundamentação**. Três sub-grupos desse tipo de regras são distinguidos: (5.1) regras que são tributárias do princípio da universalização; (5.2) regras que garantem uma união (*Einigung*) racional; e (5.3) regra que mostra que os resultados dos discursos práticos podem, na prática, ser implementados.

Para finalizar os grupos de regras que estruturam as argumentações práticas em geral, Alexy introduz as **regras de transposição** (*Übergangsregeln*). Essas regras são necessárias pelo fato de que as argumentações práticas frequentemente não são suficientes para solucionar problemas práticos. Esses problemas concernem ou bem a questões fáticas, ou bem a questões linguísticas, ou bem a questões sobre a própria estrutura do discurso prático. É preciso, então, para que problemas desse tipo sejam contemplados, que se passe da argumentação prática para um outro tipo de argumentação. Daí serem concebidas as três seguintes regras de transposição ou de passagem da argumentação prática a um outro tipo de argumentação (1978, 254s.):

(6.1) É sempre possível a qualquer falante passar a um discurso teórico empírico;

(6.2) É sempre possível a qualquer falante passar a um discurso linguístico-analítico;

(6.3) É sempre possível a qualquer falante passar a um discurso teórico sobre o próprio discurso.

Com esses cinco grupos de regras e com as formas de argumentos, Alexy conclui sua apresentação da estrutura da argumentação prática em geral. Por que exatamente as argumentações práticas têm de ter essa estrutura é uma questão que não parece suficientemente clara no texto. Ainda que o primeiro grupo possa, pelo menos em parte, ser considerado como composto

de regras que, analiticamente, são condições de todo falar com sentido e, portanto, também de toda argumentação, incluindo a argumentação prática, os demais grupos são introduzidos sem que fique claro por que as argumentações práticas têm de seguir essas regras. Essas regras parecem já introduzir um elemento normativo, a saber: a situação de simetria ou de igualdade entre todos os falantes. Trata-se aqui não de uma condição que, se violada, faria com que a argumentação deixasse de ser uma argumentação prática. As regras dos grupos 2, 3, 5 e 6 não parecem ser regras constitutivas das argumentações práticas em geral, mas antes regras regulativas. Analisarei, com maior detalhe, essa questão com a finalidade de avaliar a plausibilidade da teoria da argumentação prática geral avançada por Alexy.

As práticas humanas são realizadas ao se seguirem certas regras. Podem-se distinguir dois tipos de regras que seguimos: as constitutivas e as regulativas. As primeiras são definitórias da prática, de modo que, caso sejam violadas, não se estará realizando a prática em questão; as segundas podem ou não ser seguidas em uma prática e servem para que a prática cumpra melhor uma finalidade que se conecta de modo não analítico com ela. Tomemos um exemplo. O jogo de xadrez possui um conjunto de regras constitutivas, como, por exemplo, as que determinam como mover as peças no tabuleiro. Se alguém mover o bispo não através das casas transversais, mas sim através das casas horizontais ou verticais, i.e. se o mover segundo as regras da torre, não estará jogando xadrez. Isso porque estaria violando uma das regras constitutivas, definitórias do jogo. Há, no entanto, um outro tipo de regra, as regulativas. Voltando ao exemplo do xadrez, há um variado número de regras que indicam diferentes possibilidades de se abrir o jogo. Essas regras podem ou não ser seguidas. Se seguidas, é possível que quem delas se sirva consiga levar alguma vantagem sobre o adversário. Mas, caso não as siga, não deixará, por isso, de jogar o jogo de xadrez.

O que importa da distinção entre regras constitutivas e regulativas é o fato de que as primeiras parecem justificar-se analiticamente ao se pretender que organizem uma dada prática, enquanto as segundas não se justificam sem mais quando consideradas como organizadoras da prática. É preciso que se encontre um fim externo à prática a ser atingido por meio desta para que se justifique a introdução de regras regulativas como organizadoras da prática.

A maior parte das regras contempladas por Alexy, como visto, parece consistir de regras regulativas. Sua introdução como regras organizadoras da argumentação prática necessita uma justificação que não a alegação de que elas estruturam analítica ou constitutivamente a prática da argumentação prática. Essas regras, como já mostrado, comprometem-se com um elemento normativo (a simetria) que não é constitutivo da argumentação prática. Qualquer elemento normativo que seja extraído da estrutura apresentada por Alexy é apenas um elemento regulativo.

Se é assim, a normatividade extraída da teoria da argumentação é justificada de modo fraco. Alexy corre o risco de cometer uma petição de princípio, introduzindo regras normativas não constitutivas em sua teoria para, então, extrair da estrutura da argumentação prática exatamente o elemento normativo.

3. A TESE DO CASO ESPECIAL

A terceira parte da obra *Teoria da Argumentação Jurídica* (261ss.) está dedicada à determinação das estruturas da argumentação jurídica. A expressão “argumentação jurídica” aplica-se a diversos tipos de discursos no âmbito do direito em que se busca fundamentar. De pareceres a petições iniciais, ou mesmo a sentenças de

magistrados. Poder-se-ia pensar ser de fundamental importância para uma teoria da argumentação jurídica, sobretudo a fundamentação presente nas sentenças ou mesmo nos demais despachos realizados pelos magistrados. Pois é exatamente a partir desse modo de argumentação que se pode determinar em que consiste o direito. É com base nos padrões de que o magistrado lança mão para decidir que se poderá dizer em que consiste o direito. Para Alexy, no entanto, dado que sua teoria da argumentação jurídica terá, antes, um caráter normativo e não descritivo, não é muito relevante atentar apenas para as decisões de magistrados para, a partir daí, extrair sua teoria da argumentação jurídica.

A argumentação jurídica e, portanto, a determinação do que é direito, depende por um lado de certas instituições de fato existentes nas sociedades. Afinal, o direito é uma instituição social, criada por homens. Nesse sentido, haveria um aspecto, à primeira vista, juspositivista na teoria de Alexy. Por outro lado, a relação que a argumentação jurídica seria um caso especial, segundo Alexy, da argumentação prática em geral, o que, pelo fato de a argumentação prática em geral implicar padrões normativos morais, faz com que a argumentação jurídica também tenha uma relação necessária com a moral, o que aproxima Alexy do jurnaturalismo.

Para justificar a tese de que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática em geral, Alexy oferece três argumentos (1978, 263): (1) as argumentações jurídicas lidam com questões práticas; (2) proferimentos práticos erguem pretensões de correção a serem resgatadas em um discurso; e (3) as argumentações jurídicas estão submetidas a certos limites impostos pelo direito positivado. Os dois primeiros argumentos indicam que a argumentação jurídica submete-se às estruturas de qualquer argumentação prática; o último mostra em que sentido não se trata aí de uma argumentação prática simplesmente, mas

sim de uma argumentação prática no âmbito da instituição do direito. Na afirmação “a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática em geral”, os dois primeiros argumentos legitimam o uso da expressão “da argumentação prática em geral” e o terceiro, o uso da expressão “um caso especial”. Em termos aristotélicos, (1) e (2) legitimam a atribuição de um gênero à argumentação jurídica e (3), a atribuição de uma diferença específica.

Após apresentar as três razões para a tese do caso especial, Alexy concebe três objeções contra sua posição.

Poder-se-ia, inicialmente, alegar que a argumentação jurídica não lida com questões práticas. Isso significaria dizer que o objetivo da argumentação jurídica não é dizer o que alguém deve fazer ou deixar de fazer. Pode-se evidentemente abordar o direito, como qualquer prática humana, a partir da perspectiva de terceira pessoa. Isso equivale ao que faz o cientista ao descrever o seu objeto em terceira pessoa, sem se colocar na perspectiva daquele que realiza a prática jurídica. O historiador do direito é um exemplo de investigador que se coloca em um ponto de vista de terceira pessoa. Ele descreve como sistemas jurídicos diferentes sucederam-se na história. Suas descrições erguem pretensões de verdade e não de correção. Trata-se aqui de um teórico falando sobre seu objeto de estudo. No entanto, essa não é a única perspectiva de se abordarem práticas humanas. Pode-se, ao invés de descrever o que se pode observar empiricamente, tentar reconstruir a competência dos envolvidos em uma dada prática, competência esta que permite às pessoas participar dessa prática. Essa é uma perspectiva de primeira pessoa. O direito pode, desse modo, por ser uma prática humana, ser abordado de uma perspectiva de primeira pessoa. Isso significa dizer que o objetivo do teórico é reconstruir as regras de que se servem os participantes da prática para realizá-la. Ao se fazer isso com relação ao direito, observa-se que os que argumentam juridicamente

pretendem justificar por que alguém deve agir ou deixar de agir de um determinado modo.

A segunda crítica incide sobre a afirmação de que os proferimentos normativos da argumentação jurídica erguem pretensão de correção a ser resgatada no discurso. Que a argumentação jurídica ergue pretensões de validade e, para ser mais específico, pretensões de correção, não parece ser difícil de mostrar. Realizar um proferimento prático, como de resto também ocorre com o teórico, é comprometer-se com uma possibilidade dentre duas oferecidas. Na situação teórica, se se diz “O gato está sobre o capacho”, opta-se por uma dentre duas alternativas, a segunda sendo a que afirmaria não estar o gato sobre o capacho. Ao se optar por uma possibilidade e ao se declarar a um outro falante (ou a si mesmo enquanto outro) que se está tomando essa posição, pretende-se, no caso teórico, que o interlocutor receba sua afirmação não como uma mera opinião não fundada, mas sim que o mundo de fato está organizado de modo que o proferimento descreve a situação tal qual ela ocorre. Para que se marque essa diferença entre asserção e mera opinião, o falante dá a entender que ele está disposto a fundamentar e isso significa que ele ergue uma pretensão que, no caso descrito, é uma pretensão de verdade. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para os proferimentos práticos. Quem diz a um outro que ele deve sair mais tarde, escolhe uma de duas possibilidades, sendo a outra o proferimento de que ele não deve sair mais tarde. Essa escolha por uma de duas possibilidades também não pretende ser a expressão de uma mera opinião. Desse modo, também aqui no âmbito prático, o falante ergue uma pretensão de validade, no caso, uma pretensão de correção. Isso vale, em particular, para as decisões judiciais. Que também aqui se ergue uma pretensão parece claro. O que não é, no entanto, em todos esses casos, claro é que o modo como essa pretensão pode ser validada ou, conforme o caso, invalidada é entrando em um discurso organizado pelas regras elencadas por Habermas e retomadas por Alexy.

A terceira objeção atacaria, desse modo, o fato de que, ainda que se admita que a argumentação jurídica busque validar proferimentos normativos e que seja uma pretensão de correção erguida por esses proferimentos o objeto de fundamentação, essa justificação se daria em um discurso. Poder-se-ia imaginar modalidades outras de resgate da pretensão de correção que não via um discurso nos moldes já discutidos anteriormente a partir de Habermas. Essa terceira crítica incide sobre o cerne da tese de Alexy acerca da estrutura da argumentação prática. Ela poderia ser expandida de modo a se afirmar que não apenas a argumentação prática jurídica, mas toda argumentação prática em geral, ainda que busque validar uma pretensão de correção de proferimentos normativos, não realiza essa validação em discursos, lançando mão, ao contrário, de outros modelos de validação. Parece estar aqui o ataque mais forte à teoria de Alexy. Em um discurso tem-se por fim alcançar o assentimento das partes envolvidas. Mesmo que se admita que, em outros âmbitos da argumentação prática, os envolvidos pretendem chegar a um assentimento geral, essa afirmação parece tanto mais difícil de ser aceita quando se trata da argumentação prática jurídica. Como o próprio Alexy lembra (1978, 270), mesmo Habermas, ao considerar a argumentação jurídica no contexto do processo, não vê aí uma forma de discurso, mas sim de agir estratégico. As partes buscam, cada uma, não obter o assentimento da outra, mas sim ganhar o jogo.

A resposta a essa terceira objeção consiste em mostrar que, ainda que as partes, no processo, possam perseguir interesses subjetivos, elas, no entanto, erguem pretensões de correção. E os fundamentos oferecidos para a posição de cada uma são fundamentos objetivos, baseados, às vezes, mesmo em afirmações científicas. O procedimento não é um discurso sem qualificações, embora não seja tampouco um caso de agir estratégico. O processo ocuparia uma situação intermediária particular (1978, 271)

(*besondere Zwischenstellung*). Ainda que as partes não pretendam de fato convencer a parte oposta, elas erguem pretensões a serem resgatadas objetivamente, devendo convencer, buscar assentimento, pelo menos do magistrado. É a partir dessas considerações que Alexy pretende mostrar que se trata aqui também, na argumentação jurídica, de um erguer pretensões que se deixam resgatar discursivamente.

A tese de que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática em geral foi atacada por vários teóricos do direito, especialmente por K. Günther. Em seu texto “Critical Remarks on Robert Alexy’s ‘Special-Case Thesis’”, Günther apresenta, de modo, a meu ver decisivo, uma crítica à posição de Alexy.

O ponto central de Günther consiste em mostrar que, por um lado, a pretensão de validade das normas jurídicas não coincide com a das normas morais, pois, enquanto as segundas erguem pretensões universais, as primeiras erguem pretensões ligadas apenas aos membros de uma comunidade. Desse modo, a normatividade presente quando da solução de problemas apresentados ao discurso jurídico pelo discurso prático em geral não pode ser baseada em regras morais, portanto em regras do discurso prático geral. Por outro lado, há, no caso do direito, uma clara diferença entre a justificação no procedimento de legislação e a justificação no procedimento de sentencição. A justificação das normas jurídicas, sobretudo no caso de sua produção, não consiste em uma justificação moral.

Esses dois pontos, levantados por Günther, parecem-me decisivos para colocar em xeque o que é desenvolvido na terceira parte de *Teoria da Argumentação Jurídica*.

O presente texto pretendeu reconstruir, em suas linhas gerais, a teoria da argumentação jurídica proposta por Alexy em obra de mesmo nome. Se sua teoria for verdadeira, existirá uma relação de

dependência do direito em relação à moral. Parece-me, no entanto, como aleguei acima, que tanto sua teoria de uma argumentação prática geral quanto sua tese do caso especial possuem problemas, a meu ver, insuperáveis. Isso, por um lado, talvez traga problemas para a teoria da ponderação e a teoria dos direitos fundamentais, como Alexy as desenvolverá posteriormente. Não se pode, no entanto, excluir, pelo fato de não se aceitar a teoria da argumentação jurídica de Alexy, a existência de uma relação necessária do direito para com a moral. Existem outras tentativas de se estabelecer essa relação, tentativas estas que prescindem do modelo de Alexy. Caberia, então, para os que buscam uma tal relação, considerar essas outras alternativas.

LITERATURA CITADA:

- ALEXY, R. (1978): *Theorie der juristischen Argumentation – Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1983
- ALEXY, R. (1999): “The Special Case Thesis”, in: *Ratio Juris*, 12, 1999
- ALEXY, R. (2010): “The Dual Nature of Law”, in: *Ratio Juris*, 23, 2010
- DWORKIN, R. (1967): “The Model of Rules I”, in: idem: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1977
- GÜNTHER, K.: “Critical Remarks on Robert Alexy’s ‘Special-Case Thesis’”, in: *Ratio Juris*, 6, 1993
- HART, H. L. A. (1961): *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994
- KELSEN, H. (1960): *Reine Rechtslehre*, segunda edição, totalmente retrabalhada e ampliada, Verlag Österreich, Viena, 2000
- MOREIRA, E. R. (2012): *Racionalidade Prática nos Critérios de Justiça*, tese de doutorado, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, UFRJ, 2012
- TOULMIN, E. S. (1958): *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003

Juízos e Normas: Actos Téticos e Actos Nomotéticos

*Pedro M. S. Alves - Universidade de Lisboa Faculdade de Letras
Centro de Filosofia*

A fenomenologia é um instrumento de análise das configurações de sentido que possibilitam a consciência de objectos.

O seu ponto de partida não é uma interrogação sobre o que são os objectos de que temos experiência, mas, regressivamente, sobre como se realiza a experiência de objectos. A primeira interrogação é ontologicamente orientada. A segunda suspende todo e qualquer conhecimento acerca de quaisquer domínios positivos de objectividade para se interrogar sobre como e através de que tipo de configurações de sentido temos acesso a objectos, justamente todos os que estão aí para nós, na actividade prática ou na teórica, e cuja presença aceitamos como óbvia.

Assim, tipicamente, uma pergunta fenomenológica na esfera da normatividade não será: “Que é uma norma?”, esperando, de seguida, que a ciência positiva das normas nos possa dar uma resposta. A pergunta tipicamente fenomenológica será antes: “Como

se descreve a consciência de norma quanto ao seu sentido?”, “Que é visar algo *como* norma ou *através* de uma norma?” Ou seja, a fenomenologia interessar-se-á por descrever o sentido da experiência normativa, sentido pelo qual diferenciamos as normas de outros objectos, neste caso, de outros objectos da esfera linguística, pois a norma exprime-se em certo tipo de frases, e de outros objectos da esfera social, pois a norma tem que ver com agentes e acções no contexto da sociabilidade e de uma comunidade.

Para este fim, a fenomenologia tem pelo menos dois procedimentos metódicos relevantes. São eles:

A descrição do sentido dos actos intencionais;

A regressão dos actos intencionais, e dos objectos neles constituídos, até um horizonte de pré-dação.

O primeiro procedimento culmina numa teoria da constituição; o segundo tem que ver com uma teoria da génese. A relação entre ambos consiste, basicamente, no seguinte: os objectos constituídos em actos intencionais assentam num horizonte prévio, que está pressuposto nesses actos, mas que só indirectamente, por uma análise regressiva e genética, pode ser posto a descoberto. No caso vertente, uma teoria fenomenológica da constituição dirá respeito aos actos intencionais em que as normas se constituem enquanto tais; o fundo passivo dirá respeito à tessitura de sentido que está já pressuposta para que, por sobre ela, possa sobrevir algo como uma consciência normativa. Esse pressuposto da constituição de normas diz respeito aos elementos que têm já de estar pré-dados para que um objecto como uma “norma” possa fazer sentido. Este estrato pré-dado não esgota o objecto que se constitui por vida dos actos intencionais, pois, de outro modo, os actos não seriam verdadeiramente constituintes, mas apenas explicitadores; ele é, digamos, uma condição necessária, mas não uma condição suficiente para a espontaneidade activa em que as normas se constituem.

No seu trabalho de habilitação, *Gesetz und Sittengesetz*, Herbert Spiegelberg distinguiu 16 sentidos do termo “norma” (1935, 64-67). A desambiguação de um termo é essencial para uma disciplina que tem na descrição das estruturas de sentido o seu trabalho fulcral. De todos eles, interessa-me o sentido primitivo de norma como “padrão”, que é também o seu sentido etimológico, pois *norma* significava o ângulo recto que os carpinteiros usavam na construção, e a norma como prescrição mais ou menos autoritativa para a regulação de comportamentos na esfera individual, social e comunitária. As normas jurídicas são apenas um caso particular de um fenómeno normativo mais vasto. Há normas que regulam o manejo de instrumentos, ou o comportamento dentro de um espaço funcional, como um hospital ou um elevador; há normas éticas, religiosas, sociais, ao lado das normas estritamente jurídicas. Por todo o lado, assumiremos que a consciência normativa permanece invariante nas suas estruturas e no seu teor, pese embora a especificidade da normatividade jurídica, ligada a fenómenos que não lhe são exclusivos, como é o caso da sanção (as normas religiosas, por exemplo, prevêem também sanções que são válidas no seu universo de sentido, como a danação eterna para o pecador), ou a fenómenos exclusivos, como os mecanismos processuais, estatais, da imputação e da decisão de culpabilidade, ou o carácter coercivo, autoritativo, das suas prescrições. Tudo isso faz da intencionalidade normativa jurídica um fenómeno mais complexo, mas não genericamente diferente das outras espécies de normatividade. Introduzirei também um outro sentido de norma, a saber, o de ela ser originariamente instituidora de estatutos, instituição que é instrumental para a sua função reguladora: a norma só regula as acções e o comportamento dos agentes na medida em que os categoriza, na medida em que faz valer agentes e acções como tal ou tal. “Cidadão”, “deputado”, “menor”, “casado” – tudo isso são estatutos para agentes; “furto”, “homicídio”, “acto de tomada de

posse”, “decisão judicial” – tudo isso são categorizações para acções entre agentes, e para acções que, muitas delas, não poderiam sequer existir sem essas instituições de sentido.

O que se segue está escorado nas seguintes decisões de base, as quais não pretendo classificar propriamente como teses. Nomeadamente,

1º Que há uma diferença irreduzível entre julgar e normar;

2º Que as normas não são adequadamente expressas, no seu conteúdo e na sua validade, quando são traduzidas em proposições com o sintagma verbal “dever-ser”;

3º Que a qualidade dos actos normativos é, em geral, não a obrigatoriedade, mas o que chamarei função ductiva, que pode ir da coerção estrita até à simples inclinação ou mesmo à ineficácia;

4º Que a função normativa está intencionalmente dirigida para a motivação de comportamentos, e actua como um padrão de referência, com força variável, entre uma multiplicidade aberta de outras motivações.

O primeiro ponto, que desenvolverei expressamente nesta comunicação, tem por base a diferenciação, de raiz husserliana, entre matéria intencional, que diz respeito ao conteúdo proposicional, e qualidade de acto, que identifica a espécie de acto intencional que reveste um conteúdo proposicional. A diferença maior é entre actos que simplesmente se referem a estados de coisas através de um conteúdo proposicional, e actos que explicitam uma tomada de posição relativamente ao próprio conteúdo proposicional. Os primeiros expressam-se em simples asserções, como “O tinteiro está cheio”; os segundos, expressam-se por meio de cláusulas que exprimem uma tomada de posição, como, por exemplo, “eu creio” ou “eu desejo *que* o tinteiro esteja cheio”. Argumentarei que a

tese de Husserl sobre os actos intencionais fundantes e fundados é uma base demasiado estreita para descrever a especificidade da intencionalidade normativa.

O segundo ponto, que também exporei aqui, discute a questão de saber se as normas são adequadamente expressas em proposições jurídicas usando o sintagma verbal *dever-ser*. Esse sintagma pode bem pertencer ao conteúdo proposicional de uma norma. A questão é, porém, outra. Trata-se de saber se a frase normativa, ao converter-se numa proposição jurídica, ou seja, numa frase declarativa *que a descreva adequadamente*, tem de, necessariamente, ser uma proposição de dever. A minha ideia é que a palavra “dever” se torna polissémica e não exprime verdadeiramente a validade da norma. Discutirei isto apelando para a separação entre matéria e qualidade de acto, que revê a teoria brentaniana do duplo juízo, argumentando que essa descrição não só funde o *dever-ser* copulativo e o *dever-ser* da qualidade do acto normativo, como também parte do pressuposto inadequado de que todas as normas têm uma força estritamente coerciva.

O terceiro ponto, de que farei uma apresentação meramente preliminar, introduz um termo novo para designar a qualidade de acto normativo, recusando que essa qualidade possa ser descrita, como comumente acontece, como uma ordem, um comando ou uma volição. Usarei os termos *ductão* e *força ductiva* para denominar a qualidade do acto normativo. O objectivo é contornar a equação estrita, muito vulgar na teoria das normas jurídicas, entre norma e obrigatoriedade. Direi que a qualidade do acto ductivo pode declinar-se numa gradação que vai da coerção estrita até o simples conselho, e que essa qualidade ductiva nada tem que ver com os funtores deônticos, que actuam ao nível do conteúdo proposicional, os quais podem falar de permissões, de obrigações ou de proibições com uma força ductiva variável. A ideia de fundo é a que a norma é um padrão de referência para a motivação de comportamentos que tem um

impacto variável sobre a sua liberdade: a força ductiva da norma pode ir da coercividade pura até a simples recomendação ou ao conselho.

Finalmente, o quarto ponto, que apenas mencionarei ocasionalmente, tem por base a ideia de que os objectos intencionais dos actos normativos não são os comportamentos factuais dos agentes, mas as suas decisões, e que a norma actua como um ponto de referência, e como uma razão mais ou menos forte no plexo de motivações que determinam um comportamento. A ideia de fundo é que a norma, que intencionalmente se dirige às decisões, é ela própria uma decisão da autoridade normativa, de tal modo que, se olharmos não para a relação estática de subsunção entre normas positivas e comportamentos, mas para o dinamismo da intencionalidade normativa, encontraremos uma relação entre decisões do legislador, decisões dos agentes, e mesmo, quando é o caso, decisões de tribunais, agentes que podem ser indivíduos, categorizados pelos conceitos normativos, ou sujeitos de ordem superior, como instituições e entidades colectivas. A opção de Reinach de substituir o termo “norma” por “*Bestimmung*” mostra, parcialmente, este fundo decisório da normatividade, pois *Bestimmung* contém uma constelação de sentidos que andam em torno das noções de determinação, destinação e disposição.

I – ACTOS TÉTICOS E ACTOS NOMOTÉTICOS: DOIS DOMÍNIOS IRREDUTÍVEIS

Não há, até o presente, uma análise fenomenológica suficientemente desenvolvida acerca da consciência normativa. Não há, sequer, uma visão consensual, estável, a respeito do que seriam, para essa análise, os instrumentos conceptuais pertinentes.

Isto tem que ver com a orientação predominante da fenomenologia para o estudo dos actos téticos, ou seja, para o estudo daquelas formas

de intencionalidade que são intenções de ser e que aprendem, portanto, o seu objecto sob uma qualquer modalidade posicional, seja ela a existência, a possibilidade, a não-existência ou outra. De facto, foi em torno dos actos téticos – a que Husserl chamou, na quinta investigação lógica, *actos objectivantes* – que a análise fenomenológica da intencionalidade adquiriu os seus instrumentos conceptuais basilares e as suas teses mais cruciais. Nomeadamente, os conceitos de matéria intencional – nominal ou proposicional – e de qualidade de acto, bem como a tese, que resulta de uma releitura crítica de um célebre *dictum* de Brentano, de que, entre as várias qualidades de acto que uma análise fenomenológica pode distinguir, seriam os actos objectivantes que deteriam o estatuto de forma fundante da intencionalidade, no sentido de que qualquer acto intencional seria ou um acto objectivante ou teria um acto objectivante como sua base.

Assim despontou a ideia de uma hierarquia entre as formas de intencionalidade, à luz da qual qualquer qualidade de acto não-objectivante, como o desejar, o querer, o valorar, etc., pressuporia, “na sua base”, um acto de qualidade objectivante, estaria nele fundada, ao passo que o acto objectivante não careceria de qualquer outro acto para se efectivar. Chamarei a esta tese de Husserl a “hierarquia-padrão” dos actos intencionais.

Esta tese é verosímil em casos como os dos actos optativos ou volitivos. Assim, a frase “desejo que sirvam bolinhos com o café”, que dá expressão a um acto de qualidade optativa, teria por base um acto objectivante que poria o estado de coisas descrito na matéria proposicional “há bolinhos com o café” como possível, possibilidade essa que serviria de base para o subsequente acto de desejo.

Como estender, porém, esta análise para os actos nomotéticos ou normativos? Sejam frases como “O homicídio é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos” (Artigo 131º do *Código Penal*) ou

“O Primeiro-Ministro é nomeado pelo Presidente da República” (*Constituição da República Portuguesa*, Artigo 187º, nº 1). Tomemo-las não como frases declarativas que descrevem uma ordem jurídica positiva, precedidas de locuções como “O Artigo 131º do *Código Penal* diz que...”, frases que podem ser verdadeiras ou falsas, mas como normas que instituem a própria ordem jurídica que as frases declarativas, de seguida, descrevem. Tomemo-las, portanto, como expressão de actos nomotéticos, que não se referem a normas pré-existent, mas que as instituem originalmente.

Qual o acto objectivante que está na sua base? A resposta é, obviamente, a seguinte: o acto nomotético que institui essas normas não contém qualquer acto tético subjacente. E isso por três razões.

Primeiro, a norma constitucional que acabei de transcrever não tem por base a descrição de um estado de coisas pré-existente – pelo contrário, institui-o, pois ela não assenta na posição prévia do acto de nomeação como possível ou como real, mas é ela que cria originalmente tal possibilidade: não houvesse normas instituindo certos estatutos e funções, não haveria sequer algo como um Presidente e um Primeiro-Ministro, a propósito dos quais certas frases declarativas verdadeiras são, de seguida, possíveis. Na verdade, o acto normativo tem certamente um pensamento director. Neste caso, a relação de nomeação entre dois actores institucionais. Mas esse pensamento não se articula sob qualquer modalidade posicional, não visa o seu objecto como um facto, possível ou real. Ele é simplesmente o sentido do acto normativo e não um elemento de um acto tético, posicional. A prova última é que, se fizéssemos abstracção sistemática de todos os objectos constituídos em actos normativos, *nada ficaria* que pudesse ser objecto de um acto tético, ou seja, de um acto que visasse o seu objecto sob uma qualquer modalidade de ser. Ficariam seguramente as pessoas envolvidas, nas suas dimensões físicas e morais; no entanto, não haveria já algo

como um Presidente, um Primeiro-Ministro, e um acto institucional cujo sentido seria a nomeação. Não restaria, portanto, nada que um acto tético pudesse visar antes de a função normativa ter constituído os seus objectos, razão pela qual o acto normativo não tem, notoriamente, um acto objectivante na sua base; pelo contrário, é ele que torna possível a existência de tais actos, relativamente aos objectos que originariamente institui.

Segundo, a norma constitucional também não é nem verdadeira nem falsa, como será verdadeiro ou falso que deseje bolinhos com o café ou que seja possível haver bolinhos com o café – a norma só pode ser ou válida ou inválida: certas coisas acontecem porque a norma é válida, coisas que são interpretadas à luz da própria norma, por exemplo, como um acto de nomeação, ou então nada acontece, porque a norma é inválida, ou seja, não existente, ou porque a sua força ductiva não é coerciva, ou porque, apesar de coerciva, não é eficaz.

À norma, por fim, não se aplica o princípio lógico *tertium non datur* – enquanto o contrário de uma proposição falsa é verdadeiro, e inversamente, o contrário de uma norma válida não é *eo ipso* uma norma inválida. Por exemplo, enquanto da verdade da proposição “desejo que haja bolinhos com o café” se segue a falsidade da proposição contrária, “não é o caso que deseje bolinhos com o café”, da validade de uma norma não se segue que não exista uma norma contrária que seja válida. Para os actos objectivantes, e também para os actos fundados, disjunções lógicas como “Ou há bolinhos com o café ou não há bolinhos com o café” são sempre verdadeiras. As normas têm um comportamento assaz diferente; o predicado da validade qualifica todas as normas existentes num sistema normativo qualquer. A tese kelsiana equacionando validade e existência, no caso das normas, pode ser subscrita mesmo por uma visão não estritamente positivista do Direito. De facto, é óbvio que, para um candidato a norma, o reconhecimento da sua

invalidade é o reconhecimento da sua nulidade, ou seja, da não existência dessa frase prescritiva dentro de um sistema normativo. Para uma norma, invalidade é inexistência e existência é validade. Assim, se uma norma *N* é válida, daí não se segue que não exista uma norma conflituante; e, se não existe uma qualquer norma *N*, não se poderá inferir que exista a norma contrária $\sim N$. Uma frase declarativa sobre a validade ou não validade de uma norma está governada pelo princípio do terceiro excluído. Mas a própria norma não está: das normas *N* e $\sim N$, não se poderá dizer que só uma existe (é válida), ou que a existência (validade) de uma exclui a existência da outra: podem ser ambas válidas (existentes) ou ambas inválidas (não existentes). Assim, normas conflituantes existem, sem que a validade de uma delas fique, desde logo, anulada pelo próprio conflito.¹ Uma frase declarativa pode existir sem ser verdadeira; uma norma não pode existir sem ser válida. Como escreveu Amedeo Conte a propósito das teses da fase última de Kelsen, “Tal como, de duas frases descritivas contraditórias, uma é necessariamente não-verdadeira (falsa), assim também uma de duas frases prescritivas contraditórias pareceria ser necessariamente inválida. No entanto, ... o princípio ... não tem aplicação directa ou indirecta à validade das frases prescritivas. ... Se há duas frases prescritivas contraditórias num sistema normativo, então ambas existem nesse sistema, o que é o mesmo que dizer (de acordo com a equação kelsiana de validade e existência) que serão ambas válidas. O princípio de não-contradição não se aplica, portanto, directamente à validade (existência) das frases prescritivas” (Conte, 1998, 332).

¹ As teses mais amadurecidas de Kelsen vão justamente neste sentido, que revê algumas teses das suas obras anteriores. Por exemplo, “The conflict between norms presupposes that both norms are valid. The assertions concerning the validity of both conflicting norms are true. Therefore, a conflict between norms is not a logical contradiction and cannot even be compared to a logical contradiction. Derogation repeals the validity of one of the valid norms. But in case of a logical contradiction between two assertions, one of the two assertions is untrue from the very beginning. Its truth is not repealed for it does not exist at the outset. Since the validity of a norm is its own specific existence, a conflict between norms cannot be compared to a logical contradiction” (Kelsen, 1973, 271). Nesta fase, Kelsen afasta a ideia que uma norma possa, por si própria, ter força derogante face a outra norma relativa à mesma conduta, segundo o princípio *lex posterior derogat priori* (Kelsen, 1973, 236).

O *dictum* de Brentano, na sua reformulação husserliana, parece, pois, não ter aqui aplicação: não só os actos nomotéticos parecem não envolver actos téticos subjacentes, mas antes os possibilitarem, como também parecem não ser convertíveis neles: nada nas normas tem o teor de uma frase descritiva, nada nelas pode ser dito verdadeiro ou falso, nada nelas obedece a princípios lógicos válidos para as frases declarativas, como o princípio de não-contradição e do terceiro excluído. Pelo contrário, as normas parecem estar ao mesmo nível dos actos téticos e serem um seu conjunto complementar. Juízos e normas parecem, pois, ocupar em conjunto o campo husserliano dos actos fundantes.

O reconhecimento, implícito ou explícito, desta ausência de uma base tética para os actos normativos determina, em vários autores, uma opção teórica que consiste, *grosso modo*, no seguinte: dado que as normas não parecem exibir um fundo tético, socorramo-nos, então, da vetusta oposição kantiana entre ser e dever-ser (entre *Sein* e *Sollen*) e construamos o plano normativo como expressão da esfera paralela do “dever-ser”. Esta cisão entre dois domínios ontológicos, como base para a separação entre juízos e normas, foi, como é sabido, a orientação permanente de Kelsen. Mas também um seu discípulo, o fenomenólogo Felix Kaufmann, afirma que o *dever-ser*, ao lado de *pessoa* e de *comportamento*, conta como um dos conceitos fundamentais do Direito.²

II – SOBRE A DEPENDÊNCIA DO ACTO NORMATIVO

Se perguntarmos, agora, qual seja a qualidade destes actos nomotéticos, que não exibem um fundo tético, a hierarquia-padrão parece também não poder sugerir uma resposta satisfatória. De facto, esta hierarquia-padrão só discrimina tipicamente actos de

² Diese Rechtsbegriffe müssen sich sämtliche aus den Rechtsgrundbegriffen gewinnen lassen, den sachhaltigen Begriffen des reinen, einfachen Rechtssatzes. Als solche haben wir den Begriff des Menschens, welchen wir in seiner rechtlichen Apriorisierung als Person bezeichnen wollen, den Begriff des Verhaltens und endlich den Begriff des ‚Sollens‘ erkannt.“ (Kaufmann, 1922, 102).

qualidades como a volitiva, a optativa, a imperativa, a estimativa ou a emotiva (*Gemütsakte*), e refere-as a todas a actos téticos subjacentes. Daí resulta uma tendência para dissolver a qualidade específica do acto nomotético numa mistura, mais ou menos imprecisa, de actos imperativos, volitivos, valorativos e mesmo téticos, como se uma norma se pudesse analisar, *quanto à sua qualidade de acto*, por uma amálgama de juízos teóricos, de valor, de comandos e de volições.

Uma clara ilustração deste caminho é a passagem dos *Prolegómenos à Lógica Pura* em que Husserl remete o acto normativo para actos valorativos e teóricos subjacentes (1975, 53 e sgs). Um dos exemplos é o da norma “Um guerreiro deve ser corajoso”, norma que contém, na sua matéria intencional, a expressão “deve-ser”, como se isso fosse o carácter distintivo da normatividade, e que, do ponto de vista da qualidade, Husserl apresenta como sendo um comando ou uma exigência objectiva, se bem que não uma ordem, dada por alguém a um destinatário preciso. A tese desenvolvida no passo em questão é que essa norma está fundada no juízo de valor “Só um guerreiro corajoso é um bom guerreiro”; juízo de valor que, por sua vez, se bem interpreto, estaria fundado na lei de essência “Todo guerreiro autêntico é corajoso”, lei que não diz o que são ou não os guerreiros de facto, mas o que tem de ser um guerreiro para que possa ser plenamente apelidado de tal, descrevendo, assim, de uma maneira puramente teorética, a conexão apriorística entre a ideia de guerreiro e o predicado da coragem. Husserl precisa, mais adiante, que este núcleo teórico poderá ser expresso, independentemente de toda a normatividade, pelo juízo “Só um A que é B tem a qualidade C”, em que C designa a propriedade que a subsequente valoração fundamental descreve, para cada região ôntica em concreto, como a circunstância de “ser um bom A”.

Assim se desenha uma tese a que chamarei a “tese da dependência”. Esta tese parece outorgar às normas aquele fundo tético que não era antes visível. Ela estatui que, para justificar uma

norma, construída na sua matéria intencional com o sintagma verbal “deve-ser”, teremos de encontrar o juízo de valor e o juízo teórico antecedentes, juízo teórico que, pelo seu lado, exprimiria uma lei pura de essência, anterior a quaisquer factos. Assim, a esfera normativa seria um campo de comandos ou imperativos assente num plano axiológico e num plano teórico mais fundamentais, campo para o qual poderia ser dada a seguinte fórmula de derivação: do juízo tético “Só um A que é B tem a qualidade C”, segue-se o juízo de valor “só um A que tem C é um bom A”, e, finalmente, o comando “A deve ser B”, que prescreveria para a esfera dos factos – aqui, dos agentes e das acções –, como uma exigência objectiva a que esses factos estariam necessariamente submetidos.

Esta não é, porém, uma necessidade ôntica, que expressaria aquela conformação inexorável do facto com a *sua* essência de que Husserl fala, por exemplo, na Introdução de *Ideias I* (1977, 19-20), como é o caso na proposição “se x é um homem, então x é necessariamente mortal”; ela exprimiria, antes, uma necessidade deôntica, assente numa prescrição, a qual deixa margem para uma liberdade de decisão que pode quer ou não querer estar em conformidade com a norma, necessidade que poderia enunciar-se assim: “se x é um guerreiro, e se x quer ser um bom guerreiro, então x tem necessariamente de ser um guerreiro corajoso”. Vê-se, porém, que esta exigência objectiva “Se queres ser um bom A, então deves ser B”, não formula ainda uma *obrigação* para x, ou seja, ela não contém a formulação de uma vinculação da vontade de x à norma estatuinto que um A deve ser B para que seja um bom A. Não definindo que tipo de vinculação há entre norma e vontade de x, a formulação husserliana da normatividade é meramente hipotética: se x quer ser D, então deve querer F, pois F é condição para ser D; no entanto, uma cabal caracterização da norma deve ir mais longe: ela deve qualificar este “se” e definir o modo como a vontade de x fica vinculada, se como uma obrigação, uma sugestão, um conselho,

uma recomendação, ou outra. É que isso que designamos como “força ductiva”. A formulação husserliana da normatividade não a contém verdadeiramente. Ela diz que um A (“bom”, “autêntico”) deve ser B, mas não diz até que ponto os sujeitos a quem a norma se dirige ficam vinculados a terem de ser A. Husserl parece pensar, porém, que a força prescritiva da norma assenta, a montante dela, em juízos teóricos e em valorações, juízos teóricos e valorações que poderiam ser encontrados *regressivamente* como algo pressuposto no conteúdo proposicional da norma (A deve ser B, *porque* só um A que é B tem a qualidade C e *porque* só um A que tem C é um bom A).

Esta tese husserliana da dependência está repleta de consequências relativamente à autonomia da racionalidade jurídica e das ciências normativas em geral, na medida em que ela estatui que “... as suas regras têm de possuir um conteúdo teorético separável do pensamento da normatividade (do dever-ser), conteúdo cuja pesquisa científica compete precisamente àquelas disciplinas teoréticas” (Husserl, 1975, 53). De facto, a justificação destes actos, a sua racionalidade intrínseca, bem como a possibilidade de se lhes reconhecer força normativa, ou seja, poder de vincular, passaria pela possibilidade de os reconduzir aos planos axiológico e puramente teórico, supostamente mais fundamentais, e de os justificar a partir deles.

III – O “DEVER-SER” E SUA SUPOSTA FUNÇÃO NORMATIVA

A este propósito, quero discutir mais a fundo esta tendência persistente para descrever a norma por um juízo e para fazer a sua força normativa emergir no sentido proposicional desse juízo pelo sintagma “dever-ser”. Trata-se de saber se aquilo a que Husserl chamou o “pensamento da normatividade”, de onde as normas obtêm o poder de guiar os comportamentos, é algo que tem de se expressar no seu conteúdo proposicional (na sua “matéria”),

assumindo quer a forma de um juízo hipotético do tipo “Se A é, então deve ser B”, quer a forma de um juízo copulativo “A deve ser B”. Como questão subsidiária, discutirei se este putativo “dever-ser”, que expressaria a normatividade, é, por princípio, justificável apenas pelo conteúdo semântico interno da proposição normativa.

Relativamente à primeira questão, há que reconhecer que a resposta afirmativa é quase consensual entre os autores da tradição fenomenológica. Para lá do próprio Husserl, que vê no sintagma “dever-ser” a expressão da normatividade, referirei apenas dois casos paradigmáticos. O primeiro é o do fenomenólogo Felix Kaufmann que, seguindo Kelsen, vê a origem do direito num *Soll-Satz*, ou seja, numa proposição de dever-ser, a qual, mais uma vez com Kelsen, envolve um juízo hipotético articulando uma norma secundária e uma norma primária:

Um sujeito A deve realizar um comportamento C1 e, se não o fizer, deverá então ter lugar, contra ele, um comportamento C2.³

O outro caso é o do jus-fenomenólogo argentino Carlos Cossio, que, também sob o paradigma kelsiano, descreve do seguinte modo a proposição jurídica:

A análise fenomenológica do problema normativo que a egologia efectuou ... estabelece ... que a norma é um juízo e que, nesse juízo, a cópula proposicional é o verbo dever-ser e não o verbo ser. ... Dado A, dever ser B.⁴

Relativamente à segunda questão, Adolf Reinach é, com Husserl, um claro defensor da tese segundo a qual o carácter prescritivo da norma se justifica por razões deriváveis do seu simples

³ “Jeder Rechtssatz konstituiert sich als Doppelnorm in der Weise, dass das Soll-Subjekt der primären Norm “Zielpunkt” des in der sekundären Norm gebotenen Verhalten wird. Der „reine einfache“ Rechtssatz lautet: Ein Subjekt A soll ein Verhalten V1 an den Tag legen, tut es dies nicht, so soll ihm gegenüber ein Verhalten V2 platzgreifen” (Kaufmann, 1922, 91)

⁴ “El análisis fenomenológico del problema normativo que ha efectuado la Egología ... establece ... que la norma es un juicio y que en ese juicio la cópula proposicional es el verbo deber ser y no el verbo ser. ... Dado A, debe ser B” (Cossio, 1964, 332-333 e 353).

conteúdo proposicional. Reinach argumenta que há qualquer coisa como “configurações jurídicas” (*rechtliches Gebilde*) que estão governadas por leis puras de essência anteriores a qualquer norma jurídica positiva, norma que designa como uma “determinação” (*Bestimmung*) e que faz depender de um acto social específico. Assim, para usar o seu exemplo, a correlatividade entre promessa e obrigação é uma configuração jurídica que está baseada no próprio *eidos* “promessa”, e é essa conexão de essência que dá o fundamento para a lei positiva determinando que os contratos devem ser cumpridos. Contrariamente aos matizes positivistas de Kaufmann, para Reinach, o direito não começa com o acto normativo; ao invés, a determinação jurídica instancia estruturas eidéticas puras que são, como escreve Barry Smith, “anteriores a qualquer convenção humana e que seriam o caso mesmo que nunca fossem actualmente reconhecidas por um qualquer sujeito pensante” (Smith, 1987, 297).⁵ Esta é uma clara retomada da tese da dependência de Husserl. A determinação positiva “os contratos devem ser cumpridos” pode justificar-se pela remissão para o juízo de valor “só um pacto que é cumprido é um bom pacto”, e este, por sua vez, para uma configuração jurídica assente na lei material de essência “toda promessa envolve a obrigação de cumprimento” ou, dito pela negativa “uma promessa que não envolva a obrigação de cumprir não é uma promessa”. Deste modo, a tese husserliana da dependência mostra-se, aqui, como directamente vinculada à ideia de que a força normativa se pode justificar pelo próprio conteúdo semântico positivo que é expresso na proposição jurídica. A obrigação nela estatuída tem um fundo tético que pode ser mediatamente exibido regredindo até o juízo teórico correspondente, de tal modo que, como escreve Reinach, “as configurações que, em geral,

⁵ Reinach opõe-se expressamente ao positivismo jurídico, que toma a proposição jurídica como o lugar originário do Direito e a refere a uma esfera autónoma de dever-ser, doutrina que descreve pela tese segundo a qual „An sich bestehende zeitlos geltende rechtliche Gebilde, in Sinne der Mathematik, gibt es schlechthin nicht“ (Reinach, 1989, 141).

designamos como especificamente jurídicas possuem um ser, tal como os números, as árvores ou as casas” (Reinach, 1989, 143).

Discrepo destas duas teses. No que se segue, quero apresentar alguns argumentos para o justificar a minha discordância sobretudo a respeito da primeira.

O meu primeiro argumento assenta no que me parece ser um dos pontos fortes da análise husserliana da estrutura da intencionalidade. Refiro-me à separação estrita entre matéria e qualidade, bem como à tese de que a atitude dóxica que está envolvida na asserção – no caso normal, a crença – não se reflecte no conteúdo proposicional da asserção, ou seja, na sua matéria, nomeadamente na cópula. Como é sabido, essa separação foi estabelecida através de uma crítica da doutrina brentaniana do duplo juízo. De acordo com esta, o conteúdo proposicional de um juízo “A é B” teria de ser lido como uma dupla asserção, em que o “é” exprimiria, primeiro, a crença de que a “A existe” ou de que “AB existe” (Brentano chama-lhe *die Anerkennung*, o reconhecimento ou admissão), e, de seguida, exprimiria a relação predicativa em sentido estrito, de tal modo que, na sua estrutura de conjunto, o juízo significaria “o A, que existe, é B” ou “o A que é B existe”, dependendo do facto de a representação de base ser simples, apenas A, ou complexa, AB. Contra esta doutrina do duplo juízo, Husserl mostrou convincentemente que o “é” tem, na proposição, uma função meramente copulativa, pois nenhuma diferença fenomenológica há entre uma proposição, digamos, “Marte é três vezes mais pequeno que a Terra”, quando é asserida como verdadeira ou quando é simplesmente considerada como uma proposição sobre a qual não tomamos posição, ou mesmo da qual descremos. De facto, se a crença e a descrença, ou qualquer outra atitude dóxica, não versassem sobre o mesmo conteúdo proposicional, teríamos então várias proposições e não apenas uma só. Ora isso significa que o “é” só pode ter uma função copulativa

e que a qualidade posicional do juízo não está plasmada no seu conteúdo proposicional.

Pois bem, a tese de que a proposição jurídica contém o sintagma verbal “deve-ser” parece ser uma recaída nesta tese brentaniana, dado que implica que a qualidade normativa do acto se tenha de expressar na sua matéria proposicional. Carlos Cossio é bem ilustrativo desta mescla. Num passo da sua *Teoria Ecológica do Direito*, escreve:

Sabemos já que o dever-ser copulativo se refere à concordância, por ele estabelecida e enunciada, entre os dois termos da norma; ao passo que o dever-ser da norma em conjunto se refere à concordância entre ela, enquanto menção de conduta, e a percepção da conduta por ela visada.⁶

Numa palavra: o dever-ser estabelece uma conexão copulativa entre os termos da proposição e, ao mesmo tempo, exprime que a proposição, no seu todo, tem um valor normativo relativamente às condutas dos seus destinatários. Esta tese parece estar em retrocesso relativamente à separação estrita entre matéria e qualidade, bem como à evidência de que uma mesma matéria pode ser revestida por actos de diferentes qualidades permanecendo, porém, inalterada no seu estrito teor proposicional. Para voltar ao exemplo de há pouco, o conteúdo proposicional “O Presidente da República nomeia o Primeiro-Ministro” é o mesmo, seja ele expresso num acto com força assertiva ou num acto com força normativa. No primeiro caso, trata-se de uma frase declarativa que descreve, de um modo verdadeiro ou falso, um artigo da Constituição portuguesa; no segundo caso, trata-se da própria norma, que não descreve, mas determina como alguém pode ser constituído na função de primeiro-ministro. Se bem que a força, ou o que designamos como “qualidade de acto”, seja totalmente diversa, o

⁶ “Ya sabemos que el deber ser copulativo se refiere a la concordancia, por el establecida y enunciada, entre los dos términos de la norma; en tanto que el deber ser de la norma en conjunto se refiere a la concordancia entre ella como mención de la conducta y la percepción de la conducta por ella mentada” (Cossio, 1964, 369).

conteúdo proposicional permanece invariável. A dar crédito a Cossio, porém, o conteúdo proposicional teria de ser diferente, nomeadamente a cópula “é” da norma deveria poder ser substituída pela cópula “deve ser” na proposição jurídica, exprimindo esta, duplamente, a conexão entre os termos na proposição e a força normativa da proposição como um todo. No entanto, é claro que a norma “O Presidente nomeia o Primeiro-Ministro” não é semanticamente equivalente à proposição jurídica “O Primeiro-Ministro deve ser nomeado pelo Presidente”. A norma não diz que é preferível que seja o Presidente a nomear (se admitirmos a interpretação fraca de dever); a norma também não diz que é dever do Presidente nomear (se admitirmos a interpretação forte); a norma diz, simplesmente, que há Primeiro-Ministro quando há um acto de nomeação pelo Presidente.

Além disso, o dever-ser introduzido na descrição da norma, para lá de alterar o sentido da proposição, está longe de poder expressar a força normativa. Num trabalho recente, Paolo de Lucia procedeu a uma análise da polissemia de “dever-ser” (Lucia, 2003). Distinguiu entre um sentido bulético, um sentido axiótico e um sentido eidético de dever. O primeiro tem que ver com desejos e volições, como quando dizemos “deves estar em casa às 3 horas”, uma forma elíptica de dizer “eu quero que...” ou “eu ordeno-te que...” O segundo exprime uma apreciação valorativa acerca do que é bom em cada caso, que não tem necessariamente de ser desejada ou querida por alguém. Por exemplo, “O Drama não deve ser dividido em episódios”, “Todo homem deve amar o seu próximo”. O terceiro, o dever eidético, exprime uma necessidade de essência, como na frase “Um triângulo equilátero deverá ter os ângulos internos iguais”, ou ainda na frase reinachiana “Da promessa deve nascer uma pretensão”. Os três sentidos organizam-se a partir dos conceitos de *querer*, de *valer* e de *necessidade ôntica*, no sentido que lhe foi dado por Albert Hofstadter:

*Temos necessidade ôntica quando ... o facto de que uma coisa seja qualquer coisa necessita que seja outra coisa, ou quando o facto de ser qualquer coisa a impede de ser uma outra coisa.*⁷

Pace Reinach e Lucia, o “dever-ser copulativo” na proposição jurídica (Cossio, porém, refere-se verdadeiramente, com essa expressão, à relação entre os membros do juízo hipotético: “se A é, então *deve ser* B”) não exprime uma necessidade de essência. Simplesmente descreve aquilo que a norma estatui, como quando, relativamente à norma do *Código de Estrada* “Quem circular em sentido oposto ao estabelecido é sancionado com coima” (Artigo 13º, nº 4), a descrevemos pela proposição “Se alguém circular em sentido oposto, então deve ser sancionado com coima”. Este uso do sintagma “dever-ser” é puramente descritivo da conexão entre infracção e sanção que a norma estabelece. No entanto, Cossio pretende que ele tenha, na proposição jurídica, ainda uma outra função, e também um outro sentido. Ele, supostamente, deve exprimir o carácter obrigatório da norma no seu todo, ou seja, terá de, auto-referencialmente, significar: “Se alguém circular..., então deve ser sancionado com coima e isto é uma obrigação (um “dever-ser”) para as autoridades competentes”. Aqui, o dever-ser apareceria no segundo sentido de Lucia, como expressão de uma validade.

Cossio socorre-se da autoridade de Husserl para sustentar a sua análise da proposição jurídica. Argumenta que Husserl havia mostrado que, ao visar um estado de coisas através de uma expressão significativa, intentamos simultaneamente duas coisas, a saber, digamos, que “A é B”, que é vivido e expressado, e que “é verdade que A é B”, que é vivido mas não expressado (Cossio, 1964, 355). *Mutatis mutandis*, a proposição jurídica asseriria que “B deve ser, se A for”, e que “é obrigatório que B seja, se a A for”. Fá-lo-ia, no

⁷ “We have ontic necessity when, for instance, something’s being necessitates it to be something else, or when its being something prevents it from being something else” (Hofstadter, 1957, 603)

entanto, expressamente, pois a proposição jurídica deve descrever o conteúdo da norma: não é o estudioso do direito que enuncia com carácter obrigatório, mas o legislador; por isso, a proposição jurídica deve enunciar *descriptivamente* o duplo sentido, copulativo e obrigante, do “dever-ser”. Esta é uma consequência que Cossio não parece ter em conta. Ora esta análise, assim precisada, não pode reivindicar este argumento de autoridade. Husserl havia mostrado – em minha opinião, correctamente – que os objectos intencionais das duas proposições são diferentes. Na primeira, estamos intencionalmente dirigidos para um estado de coisas objectivo, a saber, para o facto de que A é B, e asserimo-lo na frase declarativa (*Aussagesatz*) correspondente. No segundo caso, porém, estamos dirigidos para a própria proposição, para o “noema proposicional”, e asserimos não o estado de coisas, mas que a proposição, ela própria, é verdadeira ou falsa. Este segundo caso requer um acto intencional específico, diferente do anterior, que Husserl denomina “reflexão categorial”.

Esta análise é, pois, pouco verosímil: o “dever-ser” torna-se polissémico, oscilando entre a matéria proposicional e a qualidade de acto, e introduz na proposição jurídica uma auto-referencialidade que não é de todo justificável. Se procuramos uma metalinguagem para expressar o conteúdo das normas, teríamos de optar por uma conjunção de várias proposições, como “A norma N diz que “Quem circular, etc.” e N é válida e N tem força obrigatória”.

IV – DEVER-SER E FORÇA DUCTIVA

O meu segundo argumento é que a qualidade de acto dos actos normativos exhibe uma variabilidade tal que não é, sequer, expressável pelo sintagma verbal dever-ser, pois este está estritamente ligado à obrigação ou força coerciva, que é apenas um caso, se bem que relevante, dos modos possíveis de ducção que a qualidade normativa pode assumir.

A questão em torno da qualidade do acto normativo pode ser reformulada a partir da distinção fregeana entre “conteúdo” e “força”. Um sentido proposicional, que expressa um pensamento, pode ser objecto de um acto de asserção, mas também, permanecendo o mesmo, pode dar lugar a uma pergunta de sim ou não, ou ser antecedente de um juízo hipotético. De cada vez, há um elemento idêntico, o próprio pensamento, e uma variabilidade dos modos de enunciação, que transformam esse pensamento em frases assertivas, interrogativas ou condicionais. Como o escreve em *Der Gendanke*,

*Frases interrogativas e frases declarativas contêm os mesmos pensamentos; a frase declarativa, porém, contém qualquer coisa mais, a saber, precisamente a asserção. Também a frase interrogativa contém algo mais, a saber, uma solicitação.*⁸

Contrariamente a estas, Frege distinguia, no mesmo passo, outras frases, como as optativas, as imperativas e rogativas, que não podiam ser consideradas “pensamentos”, por o seu sentido não ser verdadeiro ou falso.

A questão fenomenológica sobre a qualidade dos actos tem uma semelhança estrutural com estas distinções fregeanas. À distinção entre conteúdo e força corresponde a distinção entre matéria e qualidade de acto; e à distinção entre frases que expressam ou não pensamentos susceptíveis de verdade ou falsidade corresponde a distinção fenomenológica entre actos objectivantes e actos fundados. A questão é, pois, onde a qualidade do acto normativo deve ser inserida: na classe dos actos objectivantes, que têm um conteúdo proposicional que pode ser objecto de um reconhecimento da sua verdade (um juízo) e de um acto de asserção, ou na classe dos actos fundados, que têm por base, mas não são actos objectivantes.

⁸ “Fragesatz und Behauptungssatz enthalten denselben Gedanken; aber der Behauptungssatz enthält noch etwas mehr, nämlich eben die Behauptung. Auch der Fragesatz enthält etwas mehr, nämlich eine Aufforderung” (Frege, 2003, 40-41).

Desde cedo que os fenomenólogos recusaram a visão, vulgar no fim do século XIX e início do século XX, das normas como imperativos ou comandos acompanhados de sanção. A razão profunda para isso é a convertibilidade entre juízos e normas que assinalei atrás, ou seja, o facto de o conteúdo proposicional permanecer imutável quando passa de juízo, com força assertiva, para norma. Na verdade, o conteúdo “O Presidente nomeia o Primeiro-Ministro” tando pode dar a matéria para um acto tético como para um acto nomotético e funcionar como frase declarativa ou como norma. Muito ao contrário dos actos fundados, em que o conteúdo proposicional deve ser precedido de cláusulas como “eu desejo que...”, “eu ordeno que...”, e semelhantes, a convertibilidade de juízo em normas é directa, sem necessidade das cláusulas próprias dos actos fundados. Esta semelhança estrutural flagrante está, creio, na base da recusa, quer de Kaufmann, quer de Reinach, quer também de Spiegelberg, em construir a normatividade a partir da ideia de imperatividade, ou seja, como um conjunto de ordens, mesmo que essas ordens sejam entendidas impessoalmente. Isso significa, no idiolecto fenomenológico, que o acto normativo não é um acto fundado. À única opção que aparentemente restava deu-lhe plena expressão Carlos Cossio: dado que o acto normativo não é um acto fundado, será então um juízo, um juízo que se distingue do juízo dóxico pelo facto de a cópula consistir no “dever-ser” e não no “ser”. Daí a insistência de Cossio na necessidade de uma “lógica do dever-ser”, que deveria ser desenvolvida em paralelo à lógica modal alética e como irredutível a esta, na esteira de algumas intuições nucleares da lógica deôntica de von Wright, que Cossio discute expressamente (Cossio, 1964, 333 e sgs).

Como notou Paul Amselek – um teórico do direito mais recente que tem uma relação estreita com a fenomenologia –, “a ideia confusa do dever-ser não é outra coisa senão uma outra maneira de exprimir a própria estrutura da norma de modelo, de instrumento de

avaliação” (Amselek, 1962, 81). O ponto de Amselek é importante. Devemos distinguir entre o conteúdo semântico das normas e a própria função do acto normativo. Quanto ao seu conteúdo, as normas podem ser permissões, obrigações ou proibições. Estes funtores deônticos podem ser definidos uns em função dos outros, como von Wright o fez partindo do functor “permissão” (1951, 4). Mas do mesmo modo que uma norma permissiva não é, ela própria, permissiva, também uma norma que, quanto ao seu conteúdo, prescreve uma obrigação só incorrectamente poderá ser descrita por uma duplicação do functor deôntico “obrigação”. Há que distinguir os dois planos. Há qualquer coisa na norma que a impõe como modelo para as condutas. Mas não podemos descrever essa função da norma como obrigação. De outro modo, teremos de, confusamente, dizer que as normas são todas obrigatórias e que, quanto ao seu conteúdo, podem exprimir obrigações, permissões ou proibições. Foi esta caracterização que se veio plasmar na doutrina de Kelsen e de Cossio do dever-ser. O paradoxo é que a norma, sendo uma obrigação, pode obrigar uma permissão, coisa que não tem um sentido claro e isento de ambiguidades.

Se distinguirmos a matéria proposicional das normas e a qualidade de acto normativo, podemos clarificar este ponto. Quanto ao seu conteúdo proposicional, as normas expressam ou obrigações ou permissões ou proibições. A qualidade do acto normativo, ou seja, o tipo de intencionalidade que define a consciência originariamente produtora de normas, é, porém, uma única: a norma não diz o que é, como um juízo, pelo contrário, constitui originariamente estatutos e relações jurídicas; o acto normativo também não prescreve o que deve-ser, como se fosse uma estrita obrigação; o acto normativo estabelece um padrão de referência para os comportamentos, que se relaciona com a liberdade dos agentes com níveis diversos de coercividade. Numa palavra, o acto normativo é um acto “ductivo” ou um acto de “ducção”, palavras que, à falta de melhor, criamos

directamente a partir do latim *ductio, ducere*. A função da norma é estatuir um padrão de referência para comportamentos possíveis e constituir originariamente os estatutos daqueles que se assumem, ou podem assumir, como sujeitos desses comportamentos. Olhando a grande variedade de normas, desde as normas morais às jurídicas, passando pelas instrumentais, pelas regras de etiqueta, e tantas outras, é fácil compreender que a vida social está perpassada por regras e códigos. E é também fácil perceber que esses padrões de referência estão longe de ter, todos eles, uma força coerciva, e que a sua função de padrão admite uma paleta bem variegada de modalidades. Seria uma opção limitadora considerar que só as normas jurídicas, com uma força coerciva e, por vezes, também sancionatória, podem ser verdadeiramente denominadas como “normas”. Isso seria estreitar artificialmente o fenómeno social da normatividade.

É, porém, uma tendência quase inexorável do pensamento jurídico considerar que as normas têm necessariamente uma força ductiva coerciva (*jus cogens*). Daí a tendência para as expressar como um “dever-ser”, como se uma norma só pudesse ter força obrigatória. Na verdade, a distinção entre normas coercivas e normas não-coercivas passou, entre os clássicos, como sendo a própria linha divisória entre o Direito e a Ética. Isso pode ver-se claramente em Thomasius: a distinção entre *obligatio interna* e *obligatio externa* separava a esfera dos conselhos da razão, relativos ao decorum e ao *honestum*, de um lado, e a esfera do *justum*, do outro. Assim se apartavam as esferas da Ética e do Direito. No entanto, há normas jurídicas não estritamente coercivas. Os dispositivos de *opt-in* (a norma aplica-se se for aceite) e de *opt-out* (a norma não se aplica se for rejeitada), por exemplo, no direito europeu dos contratos, permitem falar de uma força *opcional* da norma, na medida em que convocam expressamente uma decisão voluntária de aceitação ou de rejeição. Também o fenómeno designado por *soft law*, relativo a declarações e recomendações de organismos internacionais, é claro

exemplo de uma força ductiva não coerciva, mas meramente indicadora, que tem, porém, eficácia. Seria uma visão limitativa considerar o *soft law* como uma espécie de antecâmara de um *hard law* futuro. Pelo contrário, ele desempenha uma função específica, nomeadamente dando aos estados capacidade para cumprir não vinculativamente resoluções ou acordos, libertos dos mecanismos “*hard*” dos tratados internacionais.⁹ E também, na ordem jurídica interna, documentos legais como pareceres do Tribunal de Contas ou decisões do Provedor de Justiça, bem como recomendações de autoridades reguladoras, não têm força coerciva para as entidades visadas, se bem muitas vezes que se articulem em termos de dever. Pese embora as normas jurídicas terem, na esmagadora maioria dos casos, uma força ductiva coerciva, há modulações dentro da própria esfera do Direito, de modo que força ductiva não significa *eo ipso* estrita coercividade. Nem tudo é coercivo no universo jurídico, do mesmo modo que nem todas as normas estão acompanhadas de sanção. Esta ductilidade do que chamamos “força ductiva da norma” foi bem exposta pelo jurista Cédric Groulier. Vale a pena citar as suas palavras:

A função dada à norma jurídica [é] fornecer uma referência para a organização das relações sociais. Ora esta função é ocultada pela abordagem imperativista, focada nessa especificidade que o Direito teria de se impor unilateralmente e de se apoiar num aparelho coactivo ligado ao poder. ... O ponto de vista imperativista não só adopta uma posição dogmática, que o obriga a contorções teóricas a respeito das

⁹ Esta questão, apesar de controvertida, tem vindo a estabilizar-se em torno do reconhecimento da autonomia do *soft law*. Dou apenas uma abonação: “Emerging changes that have occurred in recent years has also influenced the methods and enforcement of international law. The positivist approach to law defined a norm as a law if a sanction or other type of enforcement followed it. In the international system, sovereign states use treaties, general principles of law and customary international law. The International Court of Justice recognizes these methods as a source of law and believes that judicial decisions as well as education will help implement laws. Within the last forty years, soft law, something that is either not year or not only a law, has been a major influence in international law. The United Nations system has used soft law to create and establish declarations, codes of conduct and guidelines. Non-governmental organizations have also used soft law to create resolutions and other statements. Although soft laws lack enforceability, they have normative weight in the international system. International environmental law has appeared to blur the use and difference between soft law and hard law in order to face new trends in the international system” (Buriel et alia, 2004).

normas permissivas, mas restringe e obscurece o que se deve entender por força normativa: a exclusão do soft law mostra como a noção de normatividade está desnaturada, pois não mais remete, como a etimologia da palavra norma o ensina, para essa aptidão para constituir um modelo, uma referência, mas está consubstancialmente ligada à coacção. Só é norma o que coage. Do mesmo modo, parece que foi feita uma associação abusiva da normatividade à juridicidade: pretensamente não-normativo, o soft law é lançado para fora do campo jurídico.¹⁰

Neste caso, há mais uma vez um estreito paralelismo com o juízo, ou seja, com a esfera dos actos téticos. Para estes últimos, a qualidade posicional pode ir da existência à não existência, passando por graus intermédios como a possibilidade, a verosimilhança, e outros. A força ductiva também se deixa modular, de um modo estruturalmente semelhante às modalidades dóxicas do juízo. Chamemos-lhes “modalidades nómicas”. Normas há cuja força ductiva é a coerção, mas outras normas há que cuja força ductiva é a do conselho ou da recomendação. Mesmo a força ductiva nula é uma realidade, à semelhança do acto tético da negação, pese embora o aparente paradoxo de se falar de uma norma cuja função de referência para os comportamentos seja inexistente. No entanto, o caso de uma norma revogada por outra norma (seja derrogação ou ab-rogação) é um exemplo disso. A norma revogada continua a existir como objecto da norma revogatória, ela não desaparece do universo jurídico; no entanto, a sua força ductiva é-lhe cancelada, total ou parcialmente, pela norma revogatória.

¹⁰ « La fonction assigné à la norme juridique [est de] fournir référence pour l'organisation des rapports sociaux. Or, cette fonction est occultée dans l'approche impérativiste, focalisé sur cette spécificité qu'aurai le droit à s'imposer unilatéralement et à s'appuyer sur un appareil coercitif lié au pouvoir. ... Non seulement de point de vue impérativiste adopte une posture dogmatique qui oblige à des contorsions théoriques s'agissant des normes permissives, mais il restreint et obscurcit ce qu'il faut entendre par force normative : l'exclusion du soft law montre combien la notion de normativité est dénaturée, qu'elle ne renvoie plus, comme l'étymologie du mot norme l'enseigne, à cette aptitude à constituer un modèle, une référence, mais est consubstantiellement liée à la contrainte. N'est normatif que ce qui contraint. De même, il semble que soit opéré une association abusive de la normativité à la juridicité : prétendument non normatif, le soft law est rejeté hors du champ du juridique » (Groulier, 2009, 201).

Para condensar este ponto direi que entre actos téticos e nomotéticos há um estrito paralelismo, que induz a considerá-los como conjuntos complementares de actos fundantes. Os objectos de uma ontologia da natureza são descritos por actos téticos; os objectos de uma ontologia do mundo social são originariamente constituídos por normas. Relativamente à qualidade, a força ductiva é susceptível de modulações, do mesmo modo que a qualidade tética dos actos objectivantes o é. O que diferencia juízos e normas e os torna classes complementares, irreduzíveis, tem que ver com duas características fundamentais. Primeiro, juízos podem ser verdadeiros ou falsos, enquanto normas são válidas ou inválidas. Segundo, a sua direcção de ajustamento (*direction of fit*), para utilizar uma expressão de Austin e de Searle, é inversa: o juízo é verdadeiro na medida em que descreve um estado de coisas pré-existente à linguagem; a norma, pelo seu lado, é válida na medida em que torna possível que um estado de coisas ocorra no mundo por força da pré-existência do acto normativo.

Pondo agora de parte a fenomenologia dos actos e concentrando-nos apenas no plano dos signos expressivos, bem poderíamos fixar a diferença entre frases declarativas e frases normativas, usando uma metalinguagem liberta dos equívocos do “dever-ser”, expandindo e modificando o esquema de Tarski do seguinte modo:

Se “A neve é branca” é verdade sse a neve é branca,

então “A neve é branca” é uma frase declarativa;

Se o Presidente nomeia o 1º Ministro sse “O Presidente nomeia o 1º Ministro” é válido,

então “O Presidente nomeia o 1º Ministro” é uma frase normativa.

REFERÊNCIAS

- Amselek, Paul. 1962 – Perspectives critiques d’une réflexion épistémologique sur la théorie du droit. Paris : LGDJ.
- Buriel, Lizbeth; Hwang, Catherine; Suganta, Almira. 2004 – “Baseline Statement: Strengthening The System International Law”. In Environmental International Law. Geoffrey Wandesforde-Smith (Coord.): UC Davis/University of North London.
- Frege, Gottlob. 2003 – Logische Untersuchungen. Göttingen: Vandenhoeck & Riprecht.
- Conte, Amedeo. 1998 – “Hans Kelsen Deontics”. In S. Paulson and B. Litschewski Paulson (eds.) Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsian Themes. Oxford, New York: Clarendon Press.
- Cossio, Carlos. 1964 – La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Groulier, Cédric. 2009 – « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative ». in La force normative. Naissance d’un concept. Catherine Thibierge (ed.). Paris: LGDJ.
- Hofstadter, Albert. 1957 – “Six Necessities”. In The Journal of Philosophy, 54, 1957, pp. 597-613.
- Husserl, Edmund. 1975 – Logische Untersuchungen. Erster Teil. Prolegomena zur reinen Logik. The Hague: Martinus Nijhoff.
- . 1977 – Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie. Erstes Buch: Allgemeine Einführung in die reine Phänomenologie 1. Halbband. The Hague: Martinus Nijhoff.
- . 1884 – Logische Untersuchungen. Zweiter Teil. Untersuchungen zur Phänomenologie und Theorie der Erkenntnis. The Hague: Martinus Nijhoff.
- Kaufmann, Felix. 1922 – Logik und Rechtswissenschaft. Grundriss eines Systems der reinen Rechtslehre. Tübingen: Verlags J. C. B. Mohr.
- Kelsen, Hans. 1973 – Essays in Legal and Moral Philosophy. D. Reidel Publishing Company: Dordrecht-Holland/Boston-USA.
- Lucia, Paolo de. 2003 – “Tre specie di dovere eidetico. Un’analisi ontologica”. In Paolo de Lucia (ed.) Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive. Macerata: Quodlibet.
- Reinach, Adolf. 1989 – Sämtliche Werke I. (K. Schuhmann and B. Smith eds.). München: Philosophia Verlag.
- Smith, Barry. 1987 – “Adolf Reinach 1883-1917”, in Speech Act and Sachverhalt. Reinach

and the Foundations of Realist Phenomenology. Kevin Mulligan (ed.), Dordrecht & Boston: Martinus Nijhoff.

Spiegelberg, Herbert. 1935 – Gesetz und Sittengesetz. Strukturanalytische und historische Vorstudien zur einer gesetzfreien Ethik. Zurich: Max Niehans Verlag.

von Wright, Georg. 1951 – “Deontic Logic”. Mind. Vol. LX, nº 237.

MUNDO DA VIDA E DIREITO NATURAL. UMA FUNDAMENTAÇÃO FENOMENOLÓGICA DOS DIREITOS HUMANOS?

*Ana Paula Loureiro de Sousa - Centro de Filosofia da UL,
Universidade Lusófona*

1. A situação de barbárie e de violência que se viveu na II Grande Guerra, assim como o desenvolvimento tecnológico e consequente globalização, geraram uma crise no interior do direito que tem como consequência repensá-lo não apenas numa perspectiva ontológica e normativa, mas também axiológica. A questão incontornável que se coloca agora é pelo *sentido* de *sentido* do direito, a qual não prescinde de uma atenta reflexão sobre o homem, a intersubjectividade e os seus modos de vida política e comunitária. Nessa linha, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (DH), constitui-se como um diálogo intercultural de garantia de protecção de direitos, os quais radicam na dignidade “inerente a todos os membros da família humana”. Estabelece o propósito de promover uma “concepção

comum” para “todos os povos e todas as nações”, com o fim de alcançar um mundo onde os homens sejam “livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria (...)”.¹

Sem olvidar as primeiras proclamações dos DH, foi a Declaração de 1948 que pôs, novamente, no terreno político, social, moral, e, até, no quotidiano, o discurso sobre os DH, dando origem, posteriormente, a outras declarações, protocolos e convénios. Podemos, por isso, afirmar que estamos no tempo dos Direitos Humanos, ainda que o discurso sobre eles, e o próprio termo DH, se revele, bastas vezes, complexo e ambíguo, conduzindo a múltiplas interpretações. Aliás, este problema sido muito controvertido, pelo que nem de longe nos iremos ocupar dele em extensão. No entanto, não deixamos de fazer uma pergunta directora: serão os DH direitos naturais que fazem parte constituinte do direito? Estamos em crer que sim.

O trajecto que vamos percorrer é feito com a fenomenologia. Ela fornece-nos instrumentos de análise que nos permitem compreender em que medida os DH se podem relacionar com o Direito Natural. Tais instrumentos dizem respeito à fenomenologia do mundo da vida, à noção de pré-doação, à descrição fenomenológica da intersubjectividade e, finalmente, à noção ética de responsabilidade.

Os textos husserlianos que tomamos como referência são: *A Crise das Ciências Europeias e a Fenomenologia Transcendental. Uma introdução à Filosofia Fenomenológica; Ideias para uma Fenomenologia Pura e para uma Filosofia Fenomenológica; Cinco Artigos sobre Renovação. A crise da Humanidade Europeia e a Filosofia; Meditações Cartesianas - V Meditação.*²

¹ Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 217 A (III) de 10 de Dezembro de 1948.

² Seguimos a tradução portuguesa, Phainomenon, Centro de Filosofia da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa.

Mas a fenomenologia, como “método de crítica do conhecimento”, não nos oferece respostas expressas para o problema da relação entre direitos humanos e direito natural. Por isso, não se espere também destas reflexões uma conclusão definitiva, mas, ao invés, o que aqui deixamos são breves considerações que nos direccionam para a seguinte questão de fundo: pode o direito natural constituir fundamento da normatividade? Pode a descrição fenomenológica da intersubjectividade servir de base para assentar sobre ela uma teoria dos direitos humanos? Em que ponto emerge o direito como categoria da intersubjectividade?

2. A primeira ideia que queremos salientar é aquela que o método fenomenológico exige, o retorno às *coisas mesmas*, ou seja, às instituições originárias de sentido nas quais os objectos se constituem. Temos de volver à subjectividade transcendental através da qual se constitui uma experiência do mundo, envolvendo os estratos da naturalidade, da intersubjectividade, da sociabilidade e, mais além dela, da vida em comunidade, com os seus objectos respectivos, a saber, as instituições do mundo social e comunitário, e os indivíduos, enquanto pessoas em mútua apreensão e em mútuo reconhecimento. É pelo método da parentetização que procede a *epoché* fenomenológica, segundo a qual se suspende a tese da atitude natural.

Escreve Husserl: “a *epoché* é uma alteração radical (...). Com esta libertação, e nela, é dada a descoberta da correlação universal, inteiramente encerrada em si e absolutamente autónoma, do próprio mundo e da consciência do mundo”.³

Esta “descoberta da correlação universal” é compreendida segundo a redução *transcendental*. Nesta, o sujeito é sujeito para

³ HUA, VI, p. 164.

o mundo, é o “eu puro” e o tecido da sua vida intencional. Este “eu puro” é o ser próprio da consciência, através do qual se dá a auto-reflexão, que objectiva e tematiza as vivências purificadas (libertas da apercepção mundana), nas quais se efectua a “doação originária de sentido”. Portanto, a função da redução transcendental é tornar patente a correlação entre acto intencional e noema objectual. Ora, como sabemos pelas obras do último Husserl, o estrato mais básico da constituição mundana é a fenomenologia do *mundo da vida*.

Segundo o autor, “O mundo da vida é (...), para nós os que vivemos, aquilo que existe sempre já de antemão, o «solo» para toda a práxis, tanto teórica quanto extra-teórica. Para nós, sujeitos ..., continuamente, e de um modo ou outro, ... o mundo é pré-dado como horizonte, não por uma vez, ocasionalmente, mas sempre e necessariamente, como campo universal de toda a práxis efectiva e possível”

O mundo da vida é, assim, a pré-doação universal para toda a experiência, tanto teórica, como prática, como socialmente orientada em actos de correlação intersubjectiva.

Isto tem um duplo significado. O mundo da vida dá-se com o sentido de algo que está já sempre de antemão, antes de quaisquer actos e de qualquer actividade prática ou teórica, ele é o que está sempre aí, aquele em que estamos inseridos, é o “viver na certeza-do-mundo”. Mas não basta isto. É preciso ter a consciência de que vivemos no mundo e que percebemos o mundo como estando sempre já aí de antemão, como algo em que a nossa vida se insere. A consciência do mundo está em sermos conscientes das coisas como “objectos no *horizonte do mundo*”. Dito de outro modo, temos, consciência do mundo como *horizonte total* no qual inscrevemos os nossos actos e seus objectos correlativos. (*Ob. Cit.*, p. 157). Portanto, cada ente participa de múltiplos horizontes – internos e externos - que se inscrevem nesse horizonte total do mundo.

Dentro desta orientação, não podemos deixar de mencionar o conceito de *pré-doação*. Na verdade, enquanto mundo pré-dado, é o horizonte total, engloba num *continuum* todas as “metas”, realizadas e a realizar, provisórias ou constantes. A pré-doação é o “solo” que constitui aquilo a que chamamos mundo. “Mundo é o campo universal para onde estão dirigidos todos os nossos actos de experiência, de conhecimento ou de acção”, escreve Husserl.⁴ Assim, a pré-doação tem que ver com estruturas de sentido que são prévias à intencionalidade activa. Para o que nos interessa, tem que ver com um sentido que antecede os actos que se exprimem sob forma proposicional, como é o caso dos juízos teóricos e das normas de direito. Do mesmo modo, o mundo da vida tem múltiplas camadas. Advertimos que o mundo da vida, para lá da esfera fundante da naturalidade, contém também a pré-doação intersubjectiva e a dinâmica da socialidade. Interessa-nos especialmente estas últimas dimensões da pré-doação do mundo como horizonte universal, ou seja, a relação a um alter-ego e a socialidade. Assim, o mundo da vida é por nós entendido como mundo intersubjectivo e, como veremos adiante, será no estrato da “região cultura” que se virá inserir o Direito

Por conseguinte, antes de qualquer acto normativo, há sempre algo que, para ele, se dá com o sentido de estar “já lá de antemão”. Ou seja, o horizonte da norma é esse “fundo” de sentido prévio ao acto normativo. Então impõe-se uma pergunta: que horizonte é esse?

Comecemos, então, pela redução fenomenológica. Segundo o método da parentetização, pomos “fora de circuito” o mundo jurídico como facto, e suspendemos toda a ciência positiva do direito, ou seja, pomos-los, ao mundo jurídico e à ciência jurídica, fora de validade. O que nos fica dessa redução? A boa resposta husserliana é: fica-nos o “fenómeno-Direito”, como correlato da consciência intencional originariamente constituinte, ou seja,

⁴ Ob. Cit., p.158.

fica-nos o tecido de prestações intencionais em que algo como o Direito se constitui enquanto tal. Aqui, a consciência intencional dirá respeito aos actos originariamente doadores do sentido da juridicidade, constituindo o *priori* jurídico enquanto tal, a partir de uma pré-doação de sentido passiva, que é o horizonte em que se insere a constituição activa do mundo normativo, horizonte esse que já encerra a constituição activa do estrato de sentido da simples natureza. Assim, a redução transcendental conduz-nos ao *eidos*-direito, ou ao direito como essência regional. A finalidade desta marcha será definir as condições de possibilidade de todo e qualquer sistema jurídico positivo, circunscrevendo os limites a partir dos quais os sistemas jurídicos deixariam de ser possíveis pela exibição tanto dos estratos em que ele está fundado (por exemplo, a naturalidade e a intersubjectividade), como das leis de essência que caracterizam o *eidos*-Direito na sua especificidade.

Chegados aqui, estamos habilitados a descrever as estruturas dos actos que se exprimem de forma proposicional, do qual fazem parte as normas. Para tal, é imperioso considerarmos a noção de *intersubjectividade* e de *vida comunitária*. Justamente, é sobre a intersubjectividade e a vida comunitária que se alicerça a essência do Direito.

2. Os homens estão inevitavelmente em coexistência, seja esta pacífica, seja dada pelo confronto. Isolados jamais poderiam manifestar a sua humanidade, pois esta dá-se através das relações de convivência. Basta pensar no caso das crianças selvagens para percebermos como, isolados do contexto social e cultural, a nossa humanidade fica reduzida. Sustentamos, portanto, que a **condição de coexistência**, é estruturante de toda a intersubjectividade e, consequentemente, prévia a toda a norma, seja esta entendida como prescritiva, proibitiva declarativa ou comando, seja uma norma moral ou de outro tipo.

Na verdade, um dos sentidos da apercepção de um outro sujeito é o ele dar-se com o sentido de “estranho”, “alheio”. Mas estranho, *Fremd*, não significa inimigo, *Feind*. Se o sentido originário da doação de um outro sujeito é a estranheza, como o mostrou Husserl, essa estranheza não se volve ainda em hostilidade, à maneira de Schmitt. Nessa medida, a relação intersubjectiva, como acolhimento do que me é estranho, *mas que é um outro como eu*, envolve a condição de coexistência como sua dimensão estruturante.

Uma teoria da constituição, conjugada com a gênese passiva, são os elementos que melhor explicam as estruturas essenciais dessa condição.

A primeira intuição que tenho de mim mesmo está em encontrar-me de antemão como um ego que se localiza “num ambiente que está «aí para mim»”⁵ feito de outros eus, bem como de coisas, que estão disponíveis «para mim». Outros eus e objectos disponíveis fazem parte do meu horizonte do mundo, tal como eu próprio, que me dou conta daquilo que sou por um modo de auto-acesso que envolve os modos como me encontro de antemão já presente no horizonte do mundo.

E a experiência primeira que o meu ego tem de si próprio é, neste contexto, a de um soma (*Leib*) animado por uma psique. Com efeito, é no mundo circundante que irrompe o meu corpo, como corpo de um ego monádico espaço-temporalmente localizado. Nesta medida, só porquanto apareço corporalmente no mundo me é dada a aparição de outrem, sendo eu, reciprocamente, uma aparição para o outro. Significa isto que o outro tem experiência de mim pelo seu soma, na medida em que projecta no meu soma a sua experiência da corporalidade própria.

⁵ Husserl, *Meditações Cartesianas*. V. Meditação, p. 91, Ed. Rés.

Nesta co-presença, ou neste emparelhamento, como o denomina Husserl, o ego inter-relaciona-se com o alter-ego por uma associação, ou síntese de analogia, a partir da qual dá sentido aos gestos, que agora já não são meros movimentos corporais, mas expressões de sentimentos, vontades, expectativas, frustrações. Aceitamos que temos já uma comunidade “quando existimos mutuamente uns para os outros no mundo circundante (o outro, no meu), o que implica, sempre, existir somático-corporeamente”⁶. Mas a comunidade aprofunda-se através das relações de mútua compreensão e de cooperação. Desta dialéctica forma-se aquilo que se designa fenomenologicamente como “actos de consciência «sociais»”, os quais originam uma forma de comunidade “espiritualmente unida por momentos internos, através de actos e de motivações intersubjectivos”⁷.

É neste momento básico, no sentido de primeiro, que se dá a consciência da especificidade própria das comunidades, como “sujeitos de ordem superior”, na designação de Husserl, ou se quisermos, é do mundo da vida, enquanto mundo intersubjectivo, que emergem estas formas da interacção social e os sujeitos colectivos. Pertencem a essa consciência, tal como Husserl afirma e nós concordamos, as “formas normativas da «razão»” existindo, simultaneamente *a priori*, “a possibilidade de as pensar livremente em geral e, de acordo com leis normativas apriorísticas auto-reconhecidas, de as pensar no modo como elas nos determinamos em geral para a prática”.⁸

3. A expressão destas leis apriorísticas, relativas à esfera da socialidade e da comunidade intersubjectiva, que podemos designar como princípios da coexistência e da convivência humanas,

⁶ Hua VI, p. 310).

⁷ Hua, XXVII, p. 24 e segts.

⁸ Ob. Cit., p. 25.

cremos encontrá-las nos chamados direitos humanos, e julgamos mesmo que são elas que constituem o seu cerne. Descrever fenomenologicamente a estrutura desses princípios é tarefa indispensável que se tem agora de realizar.

O primeiro princípio é a dignidade humana. Uma descrição fenomenológica deste princípio leva-nos a afirmar que a dignidade humana tem que ver com o sentido do *mesmo*, daquilo que é *igual*, que é a dimensão básica da apercepção de um outro enquanto outro eu.

Não no sentido da pura identidade, pois a realidade mostra-nos que somos diferentes, seja por condições económicas, culturais, sociais, ou outras, mas porque esta *mesmidade* faz parte da estrutura essencial da experiência intersubjectiva. A dignidade radica desde logo na intersubjectividade, uma vez que a intuição originária que tenho do outro é a de que ele está no mesmo plano que eu. Por isso, eu sou de imediato reenviado para o outro e o outro para mim. Podemos mostrar ainda que dignidade, enquanto **igualdade**, envolve o sentimento de respeito, ou seja, o sentido de uma presença que é para mim incontornável, que me leva a tratá-la como susceptível de *atenção*, e a atenção primeira que tenho para com o outro é a igualdade que reconheço nele. Esta igualdade não se adquire. Ela é originária.

Pelo facto de virmos ao mundo, temos já dignidade, logo, somos “dignos ou iguais”. A dignidade do outro, e a minha dignidade perante o outro, está sempre relacionada com o reconhecimento recíproco, que é pedra angular da intersubjectividade. A dignidade do homem, cujo correlato é o respeito, afirma-se pelas ideias conexas de **liberdade** e de **responsabilidade**. Advertimos que não estamos a falar do exercício concreto da liberdade, mas de uma “liberdade eidética”, inscrita na legalidade que regula a interferência intersubjectiva das possíveis condutas humanas.

Podemos acrescentar que esta liberdade é uma determinação de essência. A essência da liberdade é a própria liberdade na sua possibilidade de realização. Esta é, segundo Husserl, uma “liberdade de razão”, desenvolvendo-se segundo as ideias de responsabilidade e de vida autêntica, liberdade criadora de valores que se autojustifiquem absolutamente, os quais permitem avaliar a acção fáctica segundo um fundamento racional e não já contingente, relativo a um qualquer universo cultural preso na finitude. Só a liberdade da razão cria “a consciência de responsabilidade da razão ou da consciência ética”⁹. Justamente, estes princípios referidos apontam para o que há de mais elevado no homem, a intuição racional do justo ou do injusto, do bom ou do mau, para lá de todos os circunstancialismos. E, como podemos concluir, é o homem que é sujeito e objecto dessa responsabilidade da razão, que já não se traduz como mera escolha individual, mas o envolve num projecto que implica o “combate pela clareza, pela verdade, pelo direito (...)”¹⁰, o qual conduz à comunidade e em última instância à realização de um ideal de humanidade. Sem essa responsabilidade, a liberdade não passaria de libertinagem, pois o homem ao ser responsável pela sua decisão, toma o acto como seu. De onde se segue que a dignidade, postulando os restantes princípios, significa que toda a pessoa humana é merecedora de respeito por ser um ser moral, livre, autónomo e responsável. Podemos, quiçá, afirmar que os direitos humanos e os direitos fundamentais são, por convergência, a manifestação da dignidade e da liberdade ou autonomia do homem. Assim, devem as Constituições promover e integrar os direitos humanos.

4. Feitas estas breves considerações, fica por responder de que modo são os direitos humanos expressão do direito natural.

Antes de mais, convém salientar a seguinte ideia: entendemos que os direitos humanos envolvem em si uma questão jurídica e

⁹ *Hua*, VI, p. 51

¹⁰ *Ob. Cit.*, p. 56

política. Não nos interessa aqui elencar os direitos humanos nas suas diferentes gerações, mas compreender como podem ser, ao mesmo tempo, um direito natural e um princípio de constituição da ordem normativa. Na verdade, os seus princípios são tão relevantes que urge salvaguardá-los. Essa salvaguarda só pode ser dada na Constituição dos estados. É o que acontece na nossa Constituição quando lemos as expressões como “garantir os direitos fundamentais dos cidadãos”, “república soberana, baseada na dignidade da pessoa humana”, ou ainda, “Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios (...) do respeito dos direitos do homem (...)” ¹¹

A questão é esta: como podemos conciliar uma natureza humana universal, inerente ao direito natural, fundada numa teoria do eidos “homem e sua vida intersubjectiva”, com a historicidade e pluralidade de sentimentos e visões? Não haverá aqui contradição? Reconhecemos que o nosso tempo não tem sido fácil. Vivemos no início de um milénio conturbado e contraditório. Período de desconcerto, gerador de uma crise de valores culturais, que atinge o direito e a política. Positivismo jurídico, agnosticismo, relativismo, naturalismo jurídico, pragmatismo jurídico e social, perspectivas que, como salienta Castanheira Neves e com o qual estamos de acordo, vão no sentido de proclamar que o direito tem uma finalidade social e uma instrumentalização ao político. Estas perspectivas conduzem à negação da autonomia humana, pelo que a pessoa, longe de ser um fim em si mesma, perde a possibilidade de participação e de responsabilidade comunitária, para ser instrumento de realização colectiva. E, à custa desse colectivo, quantos atropelos, trágicos destinos e injustiças se realizaram! Não mostra a realidade, e estas correntes, nem direitos humanos, nem direito natural?

Parecendo que sim, afirmamos que não. Sem dúvida que o mundo jurídico é um mundo de decisão. A decisão implica o diálogo entre os espíritos, fruto do raciocínio prático, sem o qual

¹¹ *Constituição da República Portuguesa.*

nenhuma acção seria possível. Tempo e história são indissociáveis deste raciocínio. Nesta indissociabilidade, desenrola-se a vida jurídica como vida actual, dinâmica e criadora. Assim, o tempo jurídico é indissociável do *ser* jurídico. Dito de outro modo, o presente, manifesta a experiência jurídica, contendo, simultaneamente, em si as infinitas possibilidades dessa mesma experiência. Nesta medida, o mundo jurídico é o resultado de um consenso entre várias partes. Consenso que implica diálogo perante um certo auditório, o qual, investido do poder, legitima a escolha de certa norma. A norma é, pois, o resultado de uma decisão em detrimento de outra norma. Em termos idênticos a Husserl, a verdade dos argumentos exprime uma *certezacrença*. Nesta convergência do conhecer e do agir, falamos de *objectividade da vida*, a qual se desdobra em múltiplas interpretações. Em vista disso, a diferença que podemos apontar entre as várias convicções que apontam para as formas de verdadecerteza é qualitativa e não de grau. Deste modo, na decisão, ou na aplicação da norma, a lógica jurídica não atende apenas à análise dos esquemas argumentativos, mas opera dentro de um contexto em que é fundamental o respeito pelas regras de direito (seja de conteúdo, seja de processo).

Ora, o respeito das regras, a segurança jurídica, a procura da verdade e de resposta às situações-limite, a protecção dos inocentes, a defesa das relações de confiança entre os sujeitos e, até, entre os estados, devem ser consonantes com o respeito pela pessoa humana, consequentemente, com o respeito pelos direitos humanos. Com efeito, se estes elementos são estranhos a uma lógica jurídica formal, são a pedra de toque de uma lógica jurídica entendida.¹² No

¹² Na linha de Chaim Perelman entendemos a lógica argumentativa como, “lógica da controvérsia”, que pretende “estabelecer, em cada caso de espécie, a preeminência de um ou outro valor”, pois não está em causa a adequação cognitiva a um certo facto, nem se pretende justificar leis universais, uma vez que o domínio do direito se refere a convicções. Sendo práticoemocional, é a dimensão da avaliação e da decisão, segundo o bem ou o mal, o justo ou o injusto, o direito ou o oblíquo, que está em causa. Cfr., Chaim Perelman, *Ética e Direito*, Instituto Piaget e Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da Argumentação*. A Nova retórica, Martins Fontes, 2002.

seguimento destas análises, concluímos que o mundo jurídico faz parte da cultura. Acolhemos a região ôntica de realidade proposta por Husserl: o eidos homem e vida ética e social, inserto na região mundo cultural. Justamente, uma das características fundamentais dos objectos culturais está na identidade entre ser e sentido. Mas o sentido só é sentido quando significa algo para alguém, ou seja, os objectos culturais só são realidades valiosas para o homem. Essas realidades valiosas constituem o mundo da cultura, o qual manifesta não só o passado, mediante os valores, as crenças, os conhecimentos sedimentados numa tradição, só para citar alguns exemplos, como manifesta as intenções criadoras actuais.

O direito é, então, ser ideal, e o seu ser não se exaure nas manifestações reais que o representam. A essência do direito encontra-se, então, na *condição de coexistência* sem a qual não existe o humano. Dentro deste contexto, o *ser* do direito é a conduta em interferência intersubjectiva. O direito é fenómeno que aparece como resultado das relações de interesses entre os sujeitos. Os interesses pressupõem vontades, expectativas, intenções, e são, por isso, manifestações de valor, daí que a norma prescritiva, declarativa, proibitiva, ou outra, embora não seja um juízo de valor, pressupõe esse juízo, uma vez que exprime uma determinada decisão.

5. Por conseguinte, o direito, como fenómeno cultural, tem densidade ontológica e axiológica. Acresce que não há cultura sem comunidade, como bem salientou Husserl: “a cultura é o conjunto das realizações que se efectivam nas actividades consecutivas do homem comunalizado, que têm uma existência espiritual permanente na unidade da consciência comunalizada e da sua tradição persistente”.¹³ A comunidade radica nas relações intersubjectivas que emergem do mundo da vida. Por maioria de razão, o “eu” e o “outro” formam uma unidade igualdade,

¹³ HUA, VI, p. 40

sem a qual não seria possível a manifestação da pessoa. Amar ou odiar, querer ou não querer, afirmar ou negar são atitudes comuns que têm de envolver, pelo menos, dois sujeitos; a língua, as instituições, as vivências religiosas e os ritos pressupõem um comum de sujeitos, e de tudo isso é constituída a comunidade. Salientando o que nos importa, a condição de coexistência, base de toda a intersubjectividade humana, da qual nascem os princípios da dignidade, igualdade e liberdade, radica no retorno à corporalidade, à *physis* na sua unidade com a *psyche*, base para todo o reconhecimento intersubjectivo. Não podemos pensar o espírito sem pensar o corpo onde ele assenta. “A pessoa é decerto localizada, e na verdade, por meio do seu corpo somático, corpóreo, no espaço natural e na temporalidade natural”¹⁴. O fundamento dos direitos humanos está assim nessa estrutura básica, na qual o homem se encontra como ser psicossomático e espiritual, desenvolvendo-se toda a sua acção no mundo circundante. Com efeito, como refere Husserl, na minha esfera, o outro apresenta-se em virtude de uma associação e do emparelhamento com o meu soma corpóreo e o eu psíquico que aí governa. Isto permite que eu me situe no lugar do outro, e vice-versa, “como se eu actuasse ali, no lugar do corpo somático alheio”¹⁵. Esta ideia de que, na apresentação do outro, há um analogon, a partir do qual os sistemas sintéticos da vida de consciência, com seus respectivos teores noemáticos, são os mesmos, embora em perspectiva convergente, permite-nos afirmar que todo o sistema jurídico se fundamenta num sentido do justo ou do recto que dimana desta relação analógica, de diversidade convergente, em que o jurídico surge como o sentido da “afinação” ou de “ponto de convergência” que permite a coexistência das diferenças. O jurídico, nesse sentido de busca de uma convergência “recta” entre as diferenças, não é algo sujeito à historicidade. A história é mudança, permanecendo, porém, a procura do justo

¹⁴ Ob. Cit., p. 305.

¹⁵ V. Meditação, p. 161.

como dimensão de essência da vida intersubjectiva. Se é certo que “o sentir e o pensar de cada época são, sempre, o sentir e o pensar que nela, e só nela, são possíveis”, todavia, a constituição e as disposições ontológicas desse sentir e pensar são imutáveis. Se assim não fosse, mudariam essas disposições. Logo, não estaríamos defronte das múltiplas manifestações históricas de um mesmo ser, mas perante manifestações de seres diferentes.

De onde se segue que é da essência humana a pessoa ser um ser jurídico: intersubjectividade é juridicidade, enquanto determinação do “justo” ou do “recto”, sem o qual uma vida *comum* não seria possível. O carácter jurídico resulta da condição de coexistência. Deste modo, as Declarações dos Direitos Humanos, mormente a de 1948, as Constituições que evocam os direitos humanos, as Convenções, os Tratados, têm como fundamento originário a pessoa humana em coexistência ou em conexão intersubjectiva. Ela é a fonte de todo o direito, só o homem é, como no-lo dizia Heidegger, “um ser a caminho”, e, por isso, ele é a fonte de toda a compreensão e interpretação possível.

6. Chegados aqui, importa esclarecer uma decisiva questão: a relação entre direitos humanos e direito natural.

Consideramos que os direitos humanos são direitos naturais. A dificuldade que se nos depara está em saber o que é, neste caso, o direito natural. A nossa tese é a seguinte, quando falamos de direitos humanos, referimo-nos, sobretudo, aos princípios pré-normativos que foram expostos, dignidade, liberdade e igualdade, os únicos que podem ser radicados na natureza psicossomática e intersubjectiva do homem.

Assim, a dignidade humana é o núcleo essencial dos direitos humanos, constituindo-se como seu critério interpretativo. Nesta

sequência, os princípios que decorrem do reconhecimento da igualdade do outro, e vice-versa, a liberdade, indispensável para a realização da pessoa, são meios que conduzem à realização jurídica e política das comunidades. Então perguntamos o que pode ser fundamento do direito que vá para além da positividade inerente a todo o ordenamento jurídico, bem como à validade e eficácia da norma? O que nos permite acreditar que há um invariante, um para além de toda a historicidade e temporalidade jurídicas? O que leva à afirmação de que a Constituição, como instrumento de constituição do poder, tem fundamento em si mesma?

A resposta está nessa invariante que é a estrutura trina da pessoa humana que emerge do mundo da vida: a pessoa humana em interferência intersubjectiva. No que importa insistir, e retomando o conceito fenomenológico de mundo, somos chamados à verificação de que os homens convivem uns com os outros partilhando e comungando várias intencionalidades. Esta dimensão da intersubjectividade implica um *fazer compartilhado*, ou seja, tem como características a *correlatividade* e a *reciprocidade*, a que vai colada a *exigibilidade*, uma vez que eu, para poder usufruir da habitabilidade do mundo e me poder manifestar como pessoa, exijo determinadas condições aos outros, que por sua vez, num processo idêntico, me exigem igualmente determinadas condições. A significar tal afirmação que a condição mundana é, simultaneamente, condição natural e social, pois sem os outros (*socii*) nada disto seria possível. Sendo assim, podemos concluir que temos a condição primeira do aparecimento do direito, que é a condição social na qual os vários sujeitos interagem, manifestando pretensões e acções uns perante os outros, pelo que aquilo que é juridicamente possível, é, por isso mesmo, juridicamente exigível. E o que é exigível, em primeiro lugar, é o respeito e o reconhecimento do outro como pessoa, que é, a um tempo, condição *transcendental* e condição de *possibilidade* do direito, pois, sem o reconhecimento da pessoa,

o direito seria impensável e não poderia existir. Por conseguinte, apesar de apresentar conteúdo positivo, o fundamento do direito não é um facto social mas eidético, pois o homem por essência tem capacidade para estabelecer relações jurídicas.

Consequentemente, esta essência não é a mesma afirmada pelas concepções jusnaturalistas essencialistas. A lei natural implica que no próprio ser do homem está a sua plenitude de ser como deverser, logo, a sua primeira expressão é a realização da liberdade. Esta é o princípio impulsionador de decisões que singularizam o homem no plano ontológico e axiológico, visando a dignidade humana. Por conseguinte, o direito e toda a ordem normativa deve contemplar o direito natural à liberdade, da qual proviriam o direito à vida, à integridade física, à expressão, etc. Daí a urgência de entender um novo direito natural centrado na ideia de dignidade do qual dependem os restantes valores jurídicos.

7. Ficou esclarecido que quando falamos de condição de coexistência falamos do seu resultado, que é a comunidade, o *commune*. Também já vimos que esta emerge do mundo da vida (*Lebenswelt*) que constitui o *a priori* da convivência e o *a priori* da linguagem. Decorre daqui que o direito natural constitui-se como direitovalor, pelo que, direito natural e direitos humanos articulam-se na vida natural dos homens, da qual emerge a cultura e a comunidade. A comunidade é sempre “comunidade comunicativa”¹⁶ coconstitutiva da natureza do homem, cujos princípios ordenadores e originários são os pressupostos essenciais da “comunicação” e da forma de vida do “homem”. Estes constituem-se como metainstitucionais e não contingentes, revelam-se como princípios normativos suprapositivos. A validade de qualquer direito positivo estaria, pois, nesses princípios ordenadores originários transcendentais ao arbítrio humanos, como sejam os princípios da dignidade, da igualdade e da liberdade. Por

¹⁶ Cfr., João Baptista Machado, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, Almedina.

um lado, apesar de se constituir como *a priori* do direito, esses princípios aparecem no plano práticoaxiológico do existir humano, não dispensando a experiência jurídica concreta. Assim, e próximo de Castanheira Neves, sustentamos que estes princípios objectivam-se historicamente nos princípios regulativo-jurídicos, sendo o *constituens* de um válido ordenamento jurídico. A título de exemplo: os princípios da autonomia privada, de responsabilidade pelos danos; seguidamente, temos os princípios *éticojurídicos*, *ideológicopolíticos* e *sóciojurídicos*, que são dados mediante a conversão à juridicidade de valores éticos ou padrões sociais, como a noção de boafé, dos bons costumes, etc.; por último, os *princípios meramente jurídicos*, que se impõem também como intenções regulativas. Portanto, estes princípios são constituintes da normatividade jurídica.¹⁷ Por outro lado, defendemos que o direito natural exprime o *sentido* do jurídico, e que é uma *metodologia*, ou seja, apresentar-se-ia como um método nessa busca constante e perpétua de **justiça** (*constans et perpetua voluntas*), manifestação primeira do direito natural.

Uma análise fenomenológica da justiça leva-nos a considerar que é a exigência de *harmonia* entre os sujeitos, sem a qual a realização da dignidade humana não é possível. Não podemos tratar aqui de tão complexo problema, por isso não vamos referir os critérios da justiça. São múltiplos e dependem de várias circunstâncias. Nem vamos abordar também as múltiplas definições de justiça, todas elas decerto importantes. Centramo-nos apenas em duas ideias que vamos somente enunciar.

Uma. Todas as definições de justiça apontam para a noção de igualdade. Deixando de lado as razões que justificariam a pluralidade deste princípio, afirmamos apenas que a justiça será “um princípio de acção segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma maneira”¹⁸

¹⁷ Cfr., Castanheira Neves, “Fontes do Direito”, Digesta, vol. II, p. 66 e segts.

¹⁸ Cfr., Perelman, Ética e Direito, p. 27 e segts.

Duas. A *justiça consiste em atribuir a cada um aquilo que é seu*. Ora, não estará implícita nesta fórmula que o que é de cada um é a realização da sua liberdade? E nesse sentido, não significa a justiça a realização do ser próprio da pessoa, da sua dignidade? Por outras palavras, a justiça, fundamentada no *emparelhamento originário, protoforma da síntese de associação que permite a génese do sentido do justo como forma de coexistência*, constitui-se como uma intencionalidade normativa, significando que a norma jurídica deve visar o justo. Por isso, a justiça é o princípio que antecede e orienta a imposição do valor jurídico e, nessa medida, diz como o direito deve ser e exigelhe determinado conteúdo. Ambos, forma e conteúdo do jurídico, estão-lhe subordinados.

Por conseguinte, como princípio de realização, da pessoa a justiça manifesta-se nas situações concretas, seja em termos de intenções específicas, seja em termos de intenções éticopolíticas. Assim considerada a justiça não é virtude ou princípio subjectivo, mas é a justiça como princípio, o mesmo é dizer, fundamento de um juízo de validade, portanto, como princípio objectivo.

8. Significam estas considerações que defendemos que os direitos humanos se manifestam nos direitos fundamentais, pois estes tendem à preservação da dignidade e consequente protecção da pessoa humana, e, nessa linha, os direitos fundamentais devem ser fundamentados na essência humana. Nessa medida, julgamos que o direito natural, ou o eidos direito, deve fazer parte constituinte do Direito, e por isso devem estar protegidos nas constituições e nas normas; caso contrário, correm o risco de serem considerados como simples princípios de boas intenções, sem serem levados a sério.

Consideramos que os direitos humanos não são direitos subjectivos no sentido positivista, *visam todo o homem*, e nessa medida transcendem a ordem jurídica. São, igualmente, do domínio

da política, por isso, encontram nas declarações, constituições, convenções, suporte de aceitação, as quais remetem para a importância da sua salvaguarda e necessária positividade. Mas aceitamos que os princípios normativos dos direitos humanos são direito natural fundado na lei eidética de coexistência entre os homens, e que estão plasmados nos direitos fundamentais. Por isso, a nossa resposta à questão a que nos propusemos é esta: os direitos humanos são direito natural (eidético) e o direito natural é fundamento da normatividade.

UM ESTUDO A RESPEITO DA CARTA DE HEIDEGGER “SOBRE O HUMANISMO” (DESTACANDO ALGUMAS IMPLICAÇÕES PARA A FILOSOFIA DO DIREITO)

Márcia Regina Pitta Lopes Aquino - Bacharela em Direito. Especialista em Filosofia. Mestre em Direito. Doutoranda em Filosofia do Direito.

Willis Santiago Guerra Filho - Bacharel em Direito. Especialista, Doutor e Pós-Doutor em Filosofia. Mestre e Doutor em Direito. Livre Docente em Filosofia do Direito. Professor Titular da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Professor Colaborador dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Universidade Candido Mendes. Pesquisador das Universidades Paulista e Presbiteriana Mackenzie.

Introdução

Muitas eram as cartas endereças a Heidegger (1889 – 1976), porém poucas eram as que mereciam resposta do filósofo já que eram poucos também os pensadores que compreendiam, de fato,

o conteúdo de suas obras, especialmente *Ser e Tempo* (1927). As cartas vinham de toda parte do mundo.¹

Eram tempos difíceis aqueles em que Heidegger responde a carta de Jean Beaufret que dá origem ao texto “Sobre o Humanismo”.² Era 1946. Quase nada além desta informação precisa ser dita para que se compreenda a dificuldade a que se refere. Depois de anos de barbárie, a possibilidade do “humanismo” toma a atenção de grandes pensadores como Sartre e Heidegger.

A vida de Heidegger, à essa época, era a de um ‘proscrito’ e a referência a uma passagem em que Heráclito está numa situação de simplicidade, aquecendo-se em frente a um forno parece ter um grande significado, como bem salienta Safranski³. Heidegger também estava vivendo uma vida pobre e modesta e, talvez, também precisasse de um forno para se aquecer. “Não havia combustível em Freiburg; a cabana de Todtnauberg (...) precisava de consertos; não é mais adequada para suportar o inverno e falta material para a reconstruir.” O afastamento da Universidade e a espera dos dois filhos que eram prisioneiros de guerra russos oprimiam Heidegger.⁴ O frio provavelmente não era sentido apenas no corpo.

Após 1945, o primeiro documento público do pensar de Heidegger é o texto “Sobre o humanismo”. Jean Beaufret foi importante discípulo e amigo de Heidegger e a pergunta que lhe endereçou: “de que maneira se pode devolver o sentido da palavra humanismo?” representa uma oportunidade a Heidegger – que já havia tentado um encontro pessoal - para responder a um

¹ CABRAL. Alexandre Marques. Heidegger e a destruição da ética. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2009. p. 109

² Neste estudo será usada, basicamente, a tradução de Ernildo Stein presente no volume XLV. HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril, 1973. p. 345 – 373. Coleção Os pensadores. Todavia, recorrer-se-á em alguns momentos à tradução e notas de Emmanuel Carneiro Leão: HEIDEGGER, Martin. Sobre o humanismo. Introdução, tradução e notas de Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1967.

³ SAFRANSKI. Rüdiger. Heidegger um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. Tradução Lya Luft. Apresentação de Ernildo Stein. São Paulo: Geração Editorial, 2005. p. 414

⁴ SAFRANSKI. Rüdiger. Heidegger um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. p. 414

ensaio de Sartre aparecido pouco tempo antes. Este ensaio - “O Existencialismo é um humanismo” – teve grande repercussão por toda a Alemanha. “Depois de uma conferência, a 29 de outubro de 1945, baseada nesse ensaio, o existencialismo de Sartre se tornara, quase do dia para a noite, objeto de culto na Europa.” Muitos se reuniram ali, se acotovelaram, para ouvi-lo. “A insistente formulação de Sartre ‘a existência precede a essência’, atingiu na Alemanha destruída o sentimento de vida daqueles que depois da catástrofe se reencontravam sob os escombros, conscientes de mais uma vez terem escapado. Quem salvara a sua existência podia afinal recomeçar. Exatamente nessa compreensão a frase filosófica altamente sutil fez carreira na Alemanha do pós-guerra.”⁵

No ensaio, ao tentar definir o Existencialismo, Sartre afirma que a dificuldade está em existirem dois tipos de existencialistas. De um lado, os cristãos como Jaspers e Gabriel Marcel e, de outro, os ateus como Heidegger e ele próprio. Todos teriam em comum o fato de admitirem “que a existência precede a essência.” E continua mais a frente opondo-se a frase contrária – a essência precede a existência - afirmando: “O existencialismo ateu, que eu represento, é mais coerente. Declara ele que, se Deus não existe, há pelo menos um ser no qual a existência precede a essência, um ser que existe antes de poder ser definido por qualquer conceito, e que este ser é o homem ou, como diz Heidegger, a realidade humana.” Para Sartre, o homem primeiramente existe, depois se define.⁶ Em suas palavras: “(...) só há realidade na ação (...) o homem não é senão o seu projeto, só existe na medida em que se realiza, não é portanto nada mais do que o conjunto dos seus atos, nada mais do que a sua vida.”⁷ O ser humano, portanto, para o Existencialismo elaborado por Sartre, define-se pelo seu agir. É exatamente sobre o agir que fala Heidegger no início de

⁵ SAFRANSKI. Rüdiger. Heidegger um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. p. 417

⁶ SARTRE. Jean-Paul. O existencialismo é um humanismo. Tradução Vergílio Ferreira. 4.ed. Lisboa: Editorial Presença, 1978. p. 213

⁷ SARTRE. Jean-Paul. O existencialismo é um humanismo. p. 241

sua resposta a Jean Beaufret (leia-se a Sartre) para depois chegar à questão do humanismo e da necessidade de uma Ética.

1. ANTES DA QUESTÃO SOBRE O HUMANISMO

Heidegger inicia o texto com uma advertência: “Estamos ainda longe de pensar, com suficiente radicalidade, a essência⁸ do agir”. Conhecemos o agir como o produzir de um efeito e, assim, avaliamos sua realidade efetiva segundo a utilidade que oferece. Porém, essa não é a essência do agir, explica Heidegger. A essência do agir é o consumir. E consumir significa levar alguma coisa até a plenitude de sua essência, em outras palavras, levá-la ao sumo. Só se leva à plenitude o que já é e o que é, antes de tudo, é o ser. O pensar leva à plenitude a relação do ser com a essência do homem, porém não produz nem efetua essa relação. O pensar apenas **oferece** ao ser essa relação do ser com a essência do homem. E, no que consiste esta oferta? “Esta oferta consiste no fato de, no pensar, o ser ter acesso à linguagem. A linguagem é a casa do ser. Nesta habitação do ser mora o homem. Os pensadores e poetas são os guardas desta habitação.”⁹ Como se exerce essa guarda pelos pensadores

⁸ É necessário atenção especial ao termo ‘das Wesen’, tão caro ao vocabulário heideggeriano, traduzido por ‘a essência’. Irene Borges Duarte, em prólogo à obra: Heidegger, Martin. Caminhos de floresta. Tradução de Irene Borges Duarte. et al. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, já manifesta a dificuldade de tradução do termo ‘wesen’ - que no sentido verbal de ‘estar-a-ser’ ou ‘essenciar-se’, “pelo qual o ser vem a estar-em-presença (anwesen), no não-estar-encoberto (Un-verborgenheit) da sua verdade” - não possui expressão direta em português, “como não há no alemão contemporâneo, pelo que também Heidegger houve de recorrer a um arcaísmo para dizer o que pretendia.” Como substantivo no texto ora estudado - explica Emmanuel Carneiro Leão - o termo não designa “natureza, quiddidade, mas a estrutura em que vigora, i.é. desenvolve a força de seu vigor, o agir(grifo dos articulistas).” E para exprimir esse sentido ele, em sua tradução, grifa o termo sempre com maiúscula: ‘Essência’. HEIDEGGER, Martin. Sobre o humanismo. Tradução emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967. p. 23

⁹ HEIDEGGER, Martin. Sobre o humanismo. p. 347 A citação dessas últimas frases, como é possível notar, foi feita de forma literal. Trata-se, como já referido, da tradução de Ernildo Stein. Todavia, a referência à tradução de Emmanuel Carneiro Leão, destas frases, pode colaborar para o entendimento do pensamento de Heidegger. O que aquele traduz por “relação entre ser e a essência do homem”, o último o faz por referência, não no sentido do nexo entre duas coisas, mas como “suporte da Verdade do Ser na existência, que faz com que o homem existindo possa reportar-se ao Ser.” Também o que está na tradução de Ernildo Stein como “... no pensar o ser ter acesso à linguagem”, na tradução de Emmanuel Carneiro Leão encontra-se: “... no pensamento, o Ser se torna linguagem”. “Con-sumar quer dizer: conduzir uma coisa ao sumo,

e poetas? Exercem essa guarda, essa vigília levando à plenitude a manifestação do ser, à medida que levam a manifestação do ser à linguagem e na linguagem conservam essa manifestação.¹⁰ O pensar não se transforma em ação porque irradia um efeito ou porque pode ser aplicado, mas o pensar ‘age’ – se transforma em ação – enquanto se exerce como pensar. É, “provavelmente, o mais singelo e, ao mesmo tempo, o mais elevado agir porque interessa à relação do ser com o homem.”¹¹

A eficácia¹² sempre se funda no ser e se espraia sobre o ente. Com o pensar é diferente: ele – o pensar – “deixa-se requisitar pelo ser para dizer a verdade do ser”. O pensar leva à plenitude esse deixar-se requisitar. Assim, o pensar é engajamento pelo ser para o ser. Nisto há algo de sujeito e objeto. Todavia, não se pode esquecer que essas expressões – sujeito e objeto - são expressões inadequadas de origem Metafísica. A Metafísica muito cedo se apoderou da interpretação da linguagem na forma da Lógica e Gramática ocidentais: aprisionou a linguagem. A libertação da linguagem está reservada para o pensar e poetizar.¹³

à plenitude de sua Essência. Levá-la a esse plenitude, producir. Por isso, em sentido próprio, só pode ser consumado o que já é. Ora, o que é, antes de tudo, é o Ser. O pensamento consuma a referência do Ser à Essência do homem. Não a produz nem a efetua. O pensamento apenas a restitui ao Ser, como algo que lhe foi entregue pelo próprio Ser. Essa restituição consiste em que, no pensamento, o Ser se torna linguagem. A linguagem é a casa do Ser. Em sua habitação mora o homem.” (grifo da articulista). HEIDEGGER, Martin. Sobre o humanismo. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967. p. 24

¹⁰ “A ação do pensamento consiste, pois, em trazer o ser à linguagem, mas tal ação apenas se dá na medida em que o próprio pensamento se expõe ao apelo (Anspruch) do ser, correspondendo ao ser no dizer de sua verdade histórica. Velar por tal morada em pensamento e linguagem é restituir ao homem sua essência, cuidar para que a humanidade do homem não se torne inumana, estranha a sua essência. Em outras palavras, a essência do humano só é na medida em que o homem é reclamado, apelado ou reivindicado pelo ser, o que, evidentemente, exige que tal apelo seja escutado e correspondido em uma linguagem conveniente, apropriada ao ser. Apenas nessa solicitação correspondida pode o humano encontrar a morada de sua essência e ser o falante que ‘tem’ a linguagem como o albergue de sua essência.” DUARTE, Andre. Foucault e Heidegger, críticos do humanismo e da ‘época’ moderna. In: Vidas em risco: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 85

¹¹ HEIDEGGER, Martin. Sobre o humanismo. p. 347

¹² Na tradução de Emmanuel Carneiro Leão: “Toda produção se funda no Ser e se dirige ao ente. O pensamento ao contrário se deixa requisitar pelo Ser a fim de proferir-lhe a Verdade.” HEIDEGGER, Martin. Sobre o humanismo. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. p. 25

¹³ Aqui também é preciso trazer ressaltar o que em nota à tradução de “Introdução à Metafísica”, Emmanuel Carneiro Leão explica a respeito dos termos ‘pensar’ e ‘poetizar’, mas já advertindo que uma nota de rodapé

Para aprendermos a experimentar a essência do pensar – o que significa ao mesmo tempo realizar a essência do pensar – devemos nos libertar da interpretação técnica do pensar que remonta a Platão e Aristóteles. (...) “A caracterização do pensar como teoria e a determinação do conhecer como postura ‘teórica’ já ocorrem no seio da interpretação ‘técnica’ do pensar”. O empenho da Filosofia em justificar sua existência em face das ‘Ciências’ buscando mostrar-se ela mesma como ciência já é o abandono da essência do pensar. “Na interpretação técnica do pensar, é abandonado o ser como elemento do pensar”. A Lógica sanciona a interpretação técnica do pensar desde a Sofística e Platão. Porém, ela – a Lógica – é uma forma inadequada de julgar o pensar. Explica Heidegger: é como se procurássemos avaliar a natureza do peixe de acordo com sua capacidade de viver em terra seca. Há muito tempo o pensar está fora de seu elemento. E ele pergunta: “será possível chamar de ‘irracionalismo’ o reconduzir o pensar ao seu elemento?”. O elemento do pensar é o ser.¹⁴

não é lugar suficiente para “se discutir a dialética de identidade e diferença entre pensar em poetar. Pode-se apenas sugerir o problema”. Explica o tradutor: “A conjunção desses dois verbos, ‘denken’ (= pensar) e ‘dichten’ (poetar) possuem em Heidegger um significado profundo e essencial. Num como no outro comportamento do homem a essencialização originária é a mesma. As palavras portuguesas, ‘poesia’, ‘poetar’, ‘poeta’ traduzem mal o que Heidegger quer dizer com ‘Dichtung’ (poesia), ‘Dichten’ (poetar), ‘Dichter’ (poeta). Em todas elas ele se reporta à dimensão originária expressa, de alguma maneira, na palavra alemã ‘dichten’. Etimologicamente ‘dichten’ tem o sentido de ‘colher’, ‘ajuntar’, ‘concentrar’, ‘reunir’. Assim o adjetivo ‘dicht’ significa ‘concentrado’, ‘denso’, ‘compacto’; ‘auf etws dichten’, significa ‘concentrar-se em alguma coisa’ e por conseguinte ‘meditar’, ‘pensar nela’;. Refletindo nessa direção chegar-se-á a compreender o sentido da frase de Nietzsche de que ‘os pensadores (Denker) e poetas (Dichter) moram em montanhas vizinhas mas separadas’. Para Heidegger pensar e poetar, pensamento e poesia são a mesma coisa (das Selbe) sem serem iguais (das Gleiche). Trata-se aqui da dialética da identidade e diferença, evocada por Hölderlin na frase: ‘enquanto estão em pé, permanecem separados os troncos vizinhos’. Aqui se aprofunda a observação acima referida de Nietzsche.” HEIDEGGER, Martin. Introdução à Metafísica. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. p. 218

¹⁴ HEIDEGGER, Martin. Sobre o humanismo. p. 348

Para melhor compreensão do que significa a ‘interpretação técnica do pensar’ remete-se o leitor a outro texto de Heidegger: HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. In: Ensaios e conferências. Trad. Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel e Marcia Sá Cavalcante Schuback. 6.ed. Petrópolis: Vozes. 2010. p. 11-38. Coleção Pensamento Humano. p. 11 – 38. Ainda em auxílio de tal compreensão veja-se a aproximação desse texto sobre a essência da técnica ao filme “Matrix” proposta em: AQUINO, Márcia Regina Pitta Lopes. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Matrix como a essência da técnica segundo Heidegger. Fenomenologia e Direito. Rio de Janeiro, v.5, Número 2, p. 97-125, out.2012/mar.2013.

É importante ressaltar que há um texto de Heidegger publicado em 1954 como resultado de reflexões e conferências anteriores, no qual ele propõe pensar a essência da técnica moderna¹⁵ e a denomina composição (*Ge-stell*): o apelo de exploração que reúne o homem a dis-por do que des-encobre como dis-ponibilidade. Essência é o que perdura, mas não no sentido metafísico de uma ideia que paira acima de tudo, mas, sim, no sentido de que “somente dura o que foi concedido. Dura o que se concede e doa com força inaugural, a partir das origens. Como vigência da técnica, a composição é o que dura.” Porém, des-encobrimento (*alethéia*) também era o que se dava entre os gregos, mas como pro-dução (*poiesis*). Há, portanto, um parentesco entre o produzir como *poiesis* e o dis-por explorador da técnica moderna. Ambos são descobrimentos, destinos, envios, apelos que desafiam e impõem ao homem o des-cobrimento do real. A composição é um destino, um envio que põe o homem no caminho de um des-encobrimento, “que ameaça trancar o homem na dis-posição, como pretensamente o único modo de descobrimento. Trancado, o homem fica ameaçado de abandonar sua essência de ser livre.”¹⁶

Procura-se a essência da técnica moderna e chega-se à essência da verdade, como liberdade, no que concerne ao humano. Esse tema é particularmente tratado no texto “Sobre a essência da verdade”.¹⁷ E a essência da verdade, afirma Heidegger, é a liberdade. No pensar heideggeriano, o objeto se opõe a nós, enquanto *Gegen-stand*, o que se põe contra e, assim, cobre um âmbito no qual se dá o nosso encontro, mas precisamos nos ter instaurados como livres dentro desse aberto para aquilo que nele se manifesta e que vincula toda

¹⁵ HEIDEGGER. Martin. A questão da técnica. Trad. Emmanuel Carneiro Leão.. In: Ensaios e conferências. Trad. Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel e Marcia Sá Cavalcante Schuback. 6.ed. Petrópolis: Vozes. 2010. p. 11-38. Coleção Pensamento Humano. p. 11 - 38

¹⁶ HEIDEGGER. Martin. A questão da técnica. p.34

¹⁷ HEIDEGGER. Martin. Sobre a essência da verdade. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Abril, 1973. Coleção Os Pensadores. v. XLV. p.327 – 343 A respeito de uma aproximação desse texto com o mito de Édipo conforme Sófocles o apresenta, especialmente, em Édipo Rei, veja-se: AQUINO. Márcia Regina Pitta Lopes. Édipo Rei de Sófocles e a verdade segundo Heidegger. In: ZOVICO, Marcelo Roland. (organizador). Filosofia do Direito: Estudos em homenagem a Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo: Clássica, 2012. p. 224-247

apresentação. A essência da verdade é "liberdade daquilo que é manifesto no seio do aberto", liberdade em face do que se revela no seio do aberto. Liberdade é o que "deixa que cada ente seja o ente que é". É "deixar ser o ente". Esse "deixar-ser" do ente não significa deixar no sentido de omissão (como abster-se de algo) nem indiferença (não se incomodar com algo). O "deixar-ser o ente" tem o sentido de entregar-se ao ente, "entregar-se ao aberto e à sua abertura, na qual todo ente entra e permanece, e que cada ente traz, por assim dizer, consigo."¹⁸

Como a essência da verdade é a liberdade, "o homem historial pode também, deixando que o ente seja, *não* deixá-lo ser naquilo que ele é e assim como é. O ente, então, é encoberto e dissimulado". O que domina, então, é a aparência e o que surge é a não-essência da verdade.¹⁹

A essência da verdade e a não-essência da verdade se copertencem. "A mais própria e mais autêntica não-verdade pertence à essência da verdade". E o que isso significa? Pensada a verdade como desvelamento do ente em sua totalidade, a não-verdade é o velamento do ente em sua totalidade, mas não como uma consequência secundária do conhecimento sempre parcelado do ente. Entretanto, o não-determinado, o indeterminável é confundido, o mais das vezes, com o que é mais corrente e menos digno de nota. A não-verdade é dissimulação.²⁰

E no deixar-ser desvelador "a dissimulação aparece como aquilo que está velado em primeiro lugar." Assim, "a não essência original da verdade é o mistério." E, não se trata da 'não-essência' como negativo, degradado. A não-essência é a essência pré-existente.²¹ a existência que precede a essência, no famoso dito sartreano...

¹⁸ HEIDEGGER. Martin. Sobre a essência da verdade. p. 336.

¹⁹ HEIDEGGER. Martin. Sobre a essência da verdade. p. 334-338

²⁰ HEIDEGGER. Martin. Sobre a essência da verdade. p. 339

²¹ HEIDEGGER. Martin. Sobre a essência da verdade. p. 339

Todo comportamento²² se funda na liberdade enquanto deixar-ser do ente, porém desvelando o ente já o dissimula. É assim que se mantém a relação da liberdade como essência da verdade com a não-verdade, com a dissimulação, com o mistério. Entretanto, o que ocorre é que “esta relação com a dissimulação se esconde a si mesma nessa relação enquanto dá primazia a um esquecimento do mistério” e nele – no esquecimento – desaparece. O homem, então, em seu relacionamento com o ente, limita-se ao seu caráter já revelado, limita-se à realidade corrente. E, mesmo se o homem decide transformar essa situação, permanece no esquecimento, já que procura os parâmetros para tal transformação nos “estritos limites de seus projetos e necessidades correntes. Instalar-se na vida corrente é, entretanto, em si mesmo o não deixar imperar a dissimulação do que está velado.” É o esquecimento do mistério,²³ e não simplesmente aceitar-se como lançado (*geworfen*), como projeto, tal como proporia Sartre.

O homem perde-se no que Heidegger chama de vida corrente, a mera existência. Esquece-se do mistério ao se limitar ao relacionamento apenas com o revelado desse ou daquele ente. Não que, na vida corrente, não hajam obscuridades, enigmas, questões não resolvidas e coisas duvidosas, afirma Heidegger. “Mas todas essas questões, que não surgem de nenhuma inquietude e estão seguras de si mesmas, são apenas transições e situações intermediárias nos movimentos da vida corrente e, portanto, inessenciais.”²⁴

O esquecimento do mistério permite que o homem permaneça

²² “Toda a relação de abertura, pela qual se instaura a abertura para algo, é um comportamento. A abertura que o homem mantém se diferencia conforme a natureza do ente e o modo do comportamento. Todo trabalho e toda realização, toda ação e toda previsão, se mantém na abertura de um âmbito aberto no seio do qual o ente se põe propriamente e se torna suscetível de ser expresso naquilo que é e como é. Isso somente acontece quando o ente mesmo se pro-põe, na enunciação que o apresenta, de tal maneira que esta enunciação se submete à ordem de exprimir o ente assim como é. Na medida em que a enunciação obedece a tal ordem, ela se conforma ao ente. O dizer que se submete a tal ordem é conforme (verdadeiro). O que assim é dito é conforme (verdadeiro)”. HEIDEGGER. Martin. Sobre a essência da verdade. p. 334

²³ HEIDEGGER. Martin. Sobre a essência da verdade. p. 340

²⁴ HEIDEGGER. Martin. Sobre a essência da verdade. p. 340

distraído com suas criações. O homem toma a si mesmo como medida de todos os entes, e assim a humanidade, através daquilo que lhe é acessível na vida corrente, na ilusão de seu conhecimento, insiste em, assim sendo, estar segura. Entretanto, apesar do esquecimento, o mistério reina como essência esquecida.

O objeto – seja qual for - e pode ser a essência da técnica – se opõe a nós (se põe contra) e, assim, cobre um âmbito aberto. Nesse aberto se dá nosso encontro, mas precisamos nos ter instaurado como livres para aquilo que nele se manifesta e que vincula toda apresentação. No aberto se dá o desvelamento, mas também o velamento. Se permanecemos apenas em meio ao já desvelado, envolvidos entre aparatos técnicos, acreditando numa definição instrumental e antropológica da técnica, aplicável a todos os campos do conhecimento humano - o direito aí incluído - cada vez mais, esquecemos o mistério, os limites de nosso conhecimento já adquirido. Caso não seja assim, teremos aproveitado o que nos salva, o que deita raízes no perigo, conforme a remissão feita por Heidegger ao poema de Hölderlin no texto sobre a essência da técnica.

É preciso pensar não apenas a técnica, mas inclusive o direito e aquilo que acreditamos ser o humanismo. É preciso que esse pensar se dê num relacionamento livre de maneira a fomentar sempre o que salva, “o que inclui ter sempre em mente o perigo extremo” que é deixar-se capturar absolutamente pela composição (Ge-stell). É deixar-se capturar pelo já dito, já visto, já sabido e esquecer o mistério. Esquecer que nada está pronto e acabado. Há apenas marcas no caminho.²⁵

No começo do destino ocidental na Grécia, explica Heidegger, a arte chamava-se *techné*. Era um des-encobrir pro-dutor e pertencia à *poiesis*, era também poesia. Será, ele pergunta, que as artes serão convocadas para que fomentem o crescimento do que salva? E a

²⁵ HEIDEGGER. Martin. A questão da técnica. p.36

resposta não é afirmativa, mas Heidegger sugere que se pense o contrário: “a possibilidade de se instalar por toda parte a fúria da técnica até que um belo dia, no meio de tanta técnica, a essência da técnica venha vigorar na apropriação da verdade.” E mais uma vez lembra um verso de Hölderlin: “poeticamente o homem habita esta terra.”²⁶ No aberto para o ente e no aberto do ente o homem ek-siste, põe-se fora da ordem fixa das coisas.

No final da publicação “Sobre a essência da verdade”, Heidegger afirma que a este texto deveria seguir, como complementação, um outro “Sobre a verdade da essência” que não foi viável por motivos para os quais Heidegger acena na carta “Sobre o humanismo”. É a respeito deste último que o trabalho, agora, continua se debruçando.

2. A RESPOSTA SOBRE O HUMANISMO

Embora uma conversa ‘direta’ pudesse elucidar melhor as questões levantadas na carta, pois “no papel, o pensar sacrifica facilmente sua mobilidade”, Heidegger propõe responder por escrito e escolhe apenas uma das questões postas por Jean Beaufret: “Como tornar a dar sentido à palavra ‘Humanismo’?” E a própria pergunta já leva a algumas considerações, pois pressupõe que exista a intenção de conservar a palavra humanismo. E Heidegger pergunta: seria isso necessário? “Ou será que não se manifesta, ainda, de modo suficiente, a desgraça que expressões desta natureza provocam?” A resposta talvez já seja uma marca no caminho que se vai trilhar nesse texto, pois ele afirma: “Não há dúvida, de há muito já se desconfia dos ‘ismos’. Mas o mercado da opinião pública exige constantemente novos. E sempre se está disposto a cobrir esta necessidade.”²⁷ Pensemos, rapidamente, nestas palavras de

²⁶ HEIDEGGER. Martin. A questão da técnica. p.37

²⁷ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 348

Heidegger e desconfiemos: platonismo, judaísmo, cristianismo, absolutismo, fascismo, nazismo, capitalismo, individualismo, populismo, comunismo, liberalismo, ativismo, positivismo, empreendedorismo, evolucionismo, criacionismo, narcisismo...

Os termos Lógica, Ética e Física surgem, explica Heidegger, quando o pensar originário chega ao fim. Em sua gloriosa era os gregos pensaram sem esses termos e nem chamavam o pensar de Filosofia. O pensar termina quando sai de seu elemento. É a partir de seu elemento que o pensar é capaz de ser um pensar. O elemento assume o pensar e o conduz para a sua essência. "O pensar é o pensar do ser." E isso diz duas coisas: 1) o pensar pertence ao ser à medida que o pensar é apropriado e manifestado pelo ser e 2) o pensar, pertencendo ao ser, escuta²⁸ o ser. ²⁹

O elemento do pensar é aquilo a partir do qual o pensar é capaz de ser um pensar. O elemento é, então, o que pode: o poder. A essência propriamente dita do poder é o querer e querer, quando pensado mais originariamente, significa gratificar a essência. O poder não significa apenas a capacidade de produzir isto ou aquilo. O poder é capaz de 'deixar-ser'. Graças ao poder do querer alguma coisa é propriamente capaz de ser. Este poder é o propriamente possível. O ser como o elemento é a "força silenciosa do possível" que não é, para Heidegger, a *potentia* enquanto *essentia* de um *actus* da *existentia*. **É "o próprio ser que, pelo seu querer, impera com seu poder sobre o pensar e, desta maneira, sobre a essência do homem, e isto quer dizer, sobre sua relação com o ser."**(grifo dos articulistas)³⁰

²⁸ Novamente recorre-se às notas de Emmanuel Carneiro Leão quando ele salienta a interdependência dos dois verbos referidos no texto: *hoeren* (ouvir, auscultar) e *gehoeren* (pertencer). Como se pode notar, ambos possuem o mesmo radical o que levar a dizer: "O pensamento é ainda pensamento do Ser, enquanto, pertencendo ao Ser, ausculta o Ser. Enquanto, auscultando, pertence ao Ser (...)." HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. p. 33

²⁹ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 348

³⁰ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 349. Conforme Alexandre Cabral, Heidegger assinala: "o elemento do pensamento é o próprio ser. Este é o que deixa o pensamento ser pensamento. Este deixar é um poder-ser. Somente no ser, o pensamento pode ser o que é. Pertencer ao ser é próprio do pensamento.

O pensar, à medida que sai de seu elemento, chega ao fim e compensa esse vazio (de seu elemento) valorizando-se como *téchne*, como instrumento de formação³¹ e, assim, como atividade acadêmica e depois como atividade cultural. A Filosofia, então, transforma-se numa técnica de explicação pelas causas últimas. “Não mais se pensa: a gente se ocupa com ‘Filosofia’”³², diz Heidegger e ainda explica que são essas ocupações que se exibem como ‘ismos’ procurando uma sobrepujar a outra, numa verdadeira concorrência. O domínio desses ‘ismos’ ocorre predominantemente nos tempos modernos pela ditadura da opinião pública. Mesmo assim, o oposto – a ‘existência privada’ – não significa o ser-homem essencial e livre. A ‘existência privada’ contrai-se numa negação do que é público e num recuo do que é público, subjugando-se à opinião pública. A linguagem termina a serviço da mediação das vias de comunicação para as quais a objetivação dá acesso uniforme de tudo a todos desprezando qualquer limite. Também a linguagem cai sob a ditadura da opinião pública, que decide o que é compreensível e o que é incompreensível. Sob o domínio da subjetividade que se apresenta como opinião pública, o pertencer originário da palavra ao ser permanece oculto. Pensar a verdade do ser requer reflexão sobre a essência da linguagem e isso não significa simplesmente fazer um uso cultivado da palavra. O esvaziamento da linguagem é o que se dá sob a égide de nossa era movida pela compulsão de comunicar seja o que for, sem preocupação com o que é informado, se é formativo, donde surgir um círculo vicioso entre o que se pode chamar, empregando expressões germânicas, mas que não são de Heidegger *Kommunikationszwang* (= constrangimento a comunicar-se) e *Informationsangst* (= angústia por informar-se).

Isto significa que o pensamento pensa o ser e, concomitantemente, ausculta o ser, isto é, sintoniza-se com ele, deixando-o vir à tona na dinâmica do próprio pensar.” CABRAL. Alexandre Marques. Heidegger e a destruição da ética. p. 142

³¹ O pensamento ao tornar-se techné, torna-se também “meio de formação de uma cultura, de um povo. É formação, aqui, deve ser entendida como formatação, isto é, ação de pôr na forma, de enquadrar o homem em paradigmas pré-determinados. É neste sentido que filosofia, diz Heidegger, torna-se atividade acadêmica e cultural.” CABRAL. Alexandre Marques. Heidegger e a destruição da ética. p. 143

³² HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 349

Lembremos as palavras iniciais de Heidegger: “a linguagem é a morada do ser. Nesta habitação do ser mora o homem.” É, portanto, um processo desumanizante o que presenciamos, quando observamos a nossa era da informação (*Informationszeitalter* – Karl Acham),³³ em que se afirma uma sociedade mundial de comunicação (*Weltgesellschaft* – Niklas Luhmann).³⁴

A linguagem, sob o domínio da metafísica moderna da subjetividade - com sua origem medieval nominalista, que culmina em Descartes, Hobbes até por assim dizer aperfeiçoar-se em Kant³⁵ – se extravia de seu elemento, fica abandonada ao nosso puro querer e a nossa atividade. A linguagem é, dessa forma, instrumentalizada, tornando-se instrumento de dominação do ente que aparece como o efetivamente real num sistema de atuação de causa e efeito. O ser que é linguagem, os humanos, passamos, então, a nos vermos também como instrumentalizáveis. E isso ocorre tanto quando calculamos e agimos quanto ao procedermos cientificamente e filosofamos com explicações e fundamentações. As explicações e fundamentações também garantem e nos asseguram de que algo seja inexplicável. É como se já estivesse estabelecido que a verdade do ser possa ser fundamentada através de causas e razões explicativas ou que, quando não, isso seja impossível: o que dá no mesmo.³⁶

Caso o homem encontre mais uma vez o caminho para a proximidade do ser, deve antes: 1) aprender a existir no indizível; 2) reconhecer tanto a sedução pela opinião pública como a impotência do que é privado; 3) e, antes de falar, deve primeiro escutar o apelo do ser correndo o risco de, sob este apelo, pouco ou raramente algo

³³ ACHAM, Karl. “Vernunftanspruch und Erwartungsdruck. Studien zu einer philosophische Soziologie”, Stuttgart/Bad Cannstatt, 1989.

³⁴ LUHMANN, Niklas. “Die Weltgesellschaft”, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, n. 57, Stuttgart: Steiner Verlag, 1971.

³⁵ Sobre esse tema ver: GUERRA FILHO, Willis Santiago. O conhecimento imaginário do direito. Rio de Janeiro, 2011. Tese (Doutorado em Filosofia). Instituto de Filosofia e Ciências Sociais. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2011.

³⁶ HEIDEGGER, Martin. Sobre o humanismo. p. 350

lhe restar a dizer. Só assim será devolvida à palavra o valor de sua essência e ao homem será devolvida a habitação para que resida na verdade do ser.³⁷

Neste apelo ao homem pelo ser, nesta tentativa de preparar o homem para este apelo do ser há um empenho e uma solicitude pelo homem mesmo, um conduzir o homem para sua essência, um tornar o homem humano. Desta forma é a '*humanitas*' que permanece a preocupação de um tal pensar, **"pois humanismo é isto: meditar, e cuidar para que o homem seja humano e não des-humano, inumano, isto é, situado fora de sua essência"** (grifo dos articulistas), o que sempre pode ocorrer e, de fato, vem ocorrendo cada vez mais ampla e frequentemente.³⁸

A humanidade do homem repousa em sua essência. Marx a encontrou na 'sociedade'. Para o cristão, o homem é homem como 'filho de Deus'. "O homem não é deste mundo, na medida em que o 'mundo' pensado teórica e platonicamente é apenas uma passagem provisória para o Além". Na época da República Romana é que se pensa pela primeira vez a *humanitas* contrapondo-se o *homo humanus* e o *homo barbarus*. O primeiro, como o romano a quem enobrece a *virtus* romana através da incorporação da *paideia* herdada dos gregos do helenismo cuja cultura era ensinada nas escolas filosóficas. Essa *paideia* é traduzida por *humanitas*. O *homo barbarus* não recebia aquela formação, não possuía a *humanitas*. "A romanidade propriamente dita do *homo romanus* consiste em tal *humanitas*." Nos séculos XIV e XV na Itália (Renascença) o que ocorre é uma *renascentia romanitatis*, portanto trata-se da *humanitas* e, por isso da *paideia* grega. A questão é que a grecidade é sempre vista em sua forma tardia e continua a ser vista de forma romana. Historicamente faz sempre parte do "humanismo" um estudo da

³⁷ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 350

³⁸ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 350

humanitatis que de alguma forma recorre à Antiguidade sendo em cada caso “uma tentativa de revivificação da experiência humanista greco-romana”.³⁹ Heidegger cita Winckelmenn, Goethe e Schiller, mas exclui Hölderlin desse humanismo – dessa tentativa - pelo “simples fato (de Hölderlin) pensar o destino da essência do homem mais radicalmente do que este “humanismo” é capaz.”⁴⁰ Ora, é esse humanismo o que impregna, de modo especial, a nossa formação jurídica, em que ele se afirmou pioneiramente, antes da Renascença se generalizar como fenômeno cultural, com a redescoberta na Itália do *Corpus Juris Civilis*, no século XIII.

Todavia, se se entende por humanismo o empenho para que o homem se torne livre para sua humanidade e para nela encontrar sua dignidade, então o humanismo se distingue em cada caso segundo a concepção de liberdade, de natureza do homem, e pelas vias para sua realização. O humanismo de Marx, o humanismo de Sartre, e também o do cristianismo são diferentes quanto às metas e fundamentos, quanto à maneira e meios de realização, quanto à forma da doutrina, mas são iguais no que se refere à *humanitas* do homem que é determinada a partir do ponto de vista de uma interpretação fixa da natureza, da história, do mundo e do fundamento do mundo, ou seja, do ente em sua totalidade.⁴¹

Todo humanismo funda-se numa Metafísica ou ele mesmo se postula como fundamento de uma Metafísica, afirma Heidegger. Esse “humanismo” não apenas deixa de questionar a relação do ser com o ser humano como também todo humanismo por sua origem metafísica não conhece nem mesmo compreende essa relação do ser com o ser humano. Todos os tipos de humanismos - desde o romano até os presentes, que não deixam de ser uma variante daquele - pressupõem como obvia a essência mais universal do homem. O

³⁹ CABRAL. Alexandre Marques. Heidegger e a destruição da ética. p. 146

⁴⁰ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 351

⁴¹ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 351

homem é tomado como '*animale rationale*', o que não significa uma interpretação falsa, mas uma interpretação condicionada pela metafísica. A Metafísica não pensa o ser do ente, não pensa a diferença entre ser e ente, não levanta a questão da verdade do ser. A Metafísica jamais questiona o modo como a essência do homem pertence à verdade do ser. "O ser ainda está à espera de que ele mesmo se torne digno de ser pensado pelo homem".⁴²

É preciso perguntar se a essência do homem realmente se funda na dimensão da *animalitas*, pois quando se diz do homem que é um 'animal' já se decidiu muito, inclusive, o que é sua vida – a mera vida (ou vida nua, para usar a expressão tornada notória por Gorgio Agamben a partir de seus estudos da série *Homo Sacer*) a que os gregos chamavam *zoé*, em contraposição à forma de vida que denominavam *bios*, na qual a *zoé* atingia uma ordenação cuja culminância seriam aquelas humanas e, dentre estas, a *bios philosophica*, que na Idade Média foi qualificada de *contemplativa*. O entendimento do homem como ser vivo que se distingue dos demais seres vivos – da planta, dos animais e mesmo de Deus – pode até nos levar a afirmar coisas acertadas sobre o homem, mas o homem assim diferenciado, mesmo que especificamente, permanece situado em meio ao ente e relegado definitivamente para o âmbito essencial da *animalitas* de onde a Metafísica pensa o homem. Na Metafísica – e portanto também todas as formas de conhecimento dela derivadas, como as ciências, as filosofias ou as teologias, sem esquecer o direito - não se pensa o homem em direção a sua *humanitas*.⁴³

⁴² HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 352

⁴³ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 3452 Conforme André Duarte, "(...) ele (Heidegger) estava certo de que, enquanto a essência do ser humano fosse determinada metafisicamente a partir de sua animalidade, isto é, como ser vivo distinto das plantas, dos demais animais e dos deuses, acrescentando-se a ele a diferença específica da racionalidade, jamais seríamos capazes de pensar a própria humanidade do homem." DUARTE, Andre. Foucault e Heidegger, críticos do humanismo e da 'época' moderna. In: Vidas em risco: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 84

E continua Heidegger: "a Metafísica cerra-se para o simples dado essencial de que o homem somente desdobra seu ser em sua essência, enquanto recebe o apelo do ser." Somente na intimidade deste apelo do ser, já 'tem' o homem encontrado aquilo (onde) mora sua essência. Somente por conta deste morar o homem 'possui' linguagem como a habitação que preserva o ec-stático para sua essência. "O estar postado na clareira do ser denomino eu a ec-sistência do homem. Este modo de ser só é próprio do homem." A ec-sistência não é apenas o fundamento da possibilidade da razão (*ratio*). A ec-sistência é "aquilo em que a essência do homem conserva a origem de sua determinação."⁴⁴

A ec-sistência somente se deixa dizer a partir da essência do homem, isto é, a ec-sistência somente se deixa dizer a partir do modo humano de 'ser', "pois apenas o homem, ao menos tanto quanto sabemos, nos limites de nossa experiência, está iniciado no destino da ec-sistência." Somente o homem ec-siste. Por isso a ec-sistência não pode ser pensada como uma maneira específica de ser em meio a outras espécies de seres vivos. Não se pode superar o erro do biologismo juntando-se ao elemento corporal do homem outros elementos como alma e espírito. O homem pode ser examinado pelas ciências da natureza em seu aspecto orgânico, mas nisso não reside a essência do homem. Aquilo que o homem é (o que a Metafísica denomina essência) reside em sua ec-sistência que é diferente do conceito tradicional de existência como realidade efetiva que se distingue da essência (possibilidade).⁴⁵

Em *Ser e Tempo* foi dito, explica Heidegger, que "a essência do ser-aí reside em sua existência".⁴⁶ A frase não contém uma

⁴⁴ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 352

⁴⁵ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 353

⁴⁶ "Se em *Ser e Tempo* existir é o 'ter de' relacionar-se compreensivamente com o próprio ser, na Carta sobre o humanismo, existir é ek-sistir(...) Ek-sistir, então, é o estar na clareira ou verdade do ser; é o estar à mercê da dinâmica de desvelamento e retraimento inerente ao ser (aletheia)." CABRAL. Alexandre Marques. Heidegger e a destruição da ética. p. 147-148

afirmação geral sobre a existência da forma como esta designação surgiu no século XVIII, em lugar da palavra objeto, expressando o conceito metafísico de realidade efetiva do real. O que a frase diz é – e aqui parece termos uma direta resposta a Sartre : “O homem desdobra-se assim em seu ser (*west*) que ele é ‘aí’, isto é, a clareira do ser. Este ‘ser’ do aí, e somente ele, possui o traço fundamental da ec-sistência, isto significa, o traço fundamental da in-sistência ec-stática na verdade do ser”. A ec-sistência é diferente da existência pensada metafisicamente (Kant, Hegel, Nietzsche). Nas diversas interpretações metafísicas, embora formuladas de maneira diferente, fica aberta a questão, se através do termo existência (como realidade efetiva) já é pensado com suficiente precisão o ser da pedra ou mesmo a vida como ser da flora e da fauna. Os seres vivos por um lado têm um parentesco próximo a nós e, por outro, estão separados por um abismo de nossa essência ec-sistente. Pode até parecer que a essência do divino esteja “mais próxima, como elemento estranho do ser vivo; próxima quero dizer, numa distância essencial, que, enquanto distância, contudo é mais familiar para nossa essência ec-sistente que o abissal parentesco corporal com o animal, quase inesgotável para nosso pensamento.”⁴⁷

Tudo isso lança uma estranha luz sobre a determinação corrente do homem como animal racional. As plantas e os animais estão em seus ambientes próprios, mas “nunca estão inseridos livremente na clareira do ser – e só assim é ‘mundo’ -, para isso falta-lhes linguagem. E não porque lhes falta a linguagem, estão eles suspensos sem mundo em seu ambiente. Mas nesta palavra ‘ambiente’, concentra-se toda dimensão enigmática do ser vivo. Em sua essência, a linguagem não é nem exteriorização de um organismo nem expressão de um ser vivo”.⁴⁸

⁴⁷ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 353-354

⁴⁸ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 354

Nas palavras seguintes a resposta a Sartre é evidente. Ec-sistência não é existência "Ec-sistência significa, sob o ponto de vista de seu conteúdo, estar exposto na verdade do ser. "Ec-sistência nomeia a determinação daquilo que o homem é no destino da verdade. O homem que ec-siste não responde à pergunta se o homem efetivamente é ou não, mas responde à questão da essência do homem." A essência do homem é ec-sistência. A existência, diferentemente, é a realidade efetiva, diferente da possibilidade, da ideia. Ela permanece o nome para efetivação daquilo que alguma coisa é enquanto se manifesta em sua ideia.⁴⁹

Quando perguntamos sobre a essência do homem, explica Heidegger, perguntamos inadequadamente 'que é o homem?' ou 'quem é o homem?'. Porém, essas perguntas já revelam algo da resposta. No primeiro caso, o homem já teria o caráter de pessoa, no segundo, o caráter de objeto. Tanto o elemento pessoal como o objetivo obstruem o desdobramento do ser da ec-sistência ontológico-historial. A essência do homem se determina a partir do elemento ec-stático do ser-aí. "Como ec-sistente o homem sustenta o ser-aí, enquanto toma sob seu 'cuidado' o aí enquanto a clareira do ser. Mas o ser-aí mesmo é, enquanto jogado. Desdobra o seu ser no lance do ser que dispensa o destino e a ele torna dócil."⁵⁰

Não se pode compreender a essência ec-sistente do homem como se fosse a secularização do pensamento teológico cristão, de cunho personalista, já por sua origem no judaísmo, como também naquela ideologia que com ele se imbrica, a romana, cujo personalismo ao invés de impedir foi verdadeira condição para considerar a outros humanos como coisa, *res*, e não propriamente humanos, por lhes faltar a personalidade, em maior ou menor grau. A ec-sistência não é uma realização efetiva da essência. Nem a ec-sistência põe ou causa o que é essencial.

⁴⁹ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 354

⁵⁰ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 354 - 355

Percebe-se, desta forma, a oposição a Sartre que exprime o princípio do existencialismo com uma frase que nada tem a ver com o que foi dito em *Ser e Tempo*: ‘a existência precede a essência.’ Sartre, explica Heidegger, toma desta forma os termos *existentia* e *essentia* no sentido da Metafísica que desde Platão diz: a *essentia* precede a *existentia*, uma distinção que perpassa o destino de toda história do Ocidente e da história determinada pela Europa. Enfim, Sartre inverte a frase, mas se mantém na Metafísica. “A inversão de uma frase metafísica permanece metafísica”.⁵¹

Para que possamos atingir a dimensão da verdade do ser e para que possamos meditá-la, devemos primeiro tornar claro como o ser se dirige ao homem e como o ser requisita o homem. E, essa experiência só nos será dada se compreendermos que o homem é enquanto ec-siste, ou seja, “a substância do homem é a ec-sistência!” (...) O modo como o homem se apresenta em sua própria essência ao ser é a ec-stática in-sistência na verdade do ser.” É dessa maneira que se tem a determinação essencial do homem. Assim, as diversas interpretações humanísticas do homem como animal racional, como pessoa, como ser espiritual-anímico-corporal não são declaradas falsas por Heidegger. Pelo contrário, o único pensamento que se quer impor é que essas diversas determinações humanísticas do homem ainda não experimentaram a dignidade própria do homem. É desta forma que “*Ser e Tempo*” é contrário ao humanismo.⁵²

Ser contrário ao humanismo da maneira apresentada não significa ir para o lado oposto do humano, defender o inumano e a desumanidade e degradando, desta maneira, a dignidade do homem. “Pensa-se contra o humanismo porque ele não instaura a humanitas do homem numa posição suficientemente alta.” O homem é ‘jogado’ pelo ser na verdade do ser para que ec-sistindo desta

⁵¹ HEIDEGGER, Martin. Sobre o humanismo. p. 354 - 355

⁵² HEIDEGGER, Martin. Sobre o humanismo. p. 355

maneira, ou seja, jogado pelo ser, guarde a verdade do ser e, então, na luz do ser o ente se manifeste como o ente que efetivamente é.⁵³

Também não é o homem que decide se e como o ente aparece, se e como o Deus e os deuses, a história e a natureza penetram na clareira do ser, nem como se apresentam e ausentam. O homem não decide nada disso. **"O advento do ente repousa no destino do ser"** (grifo da articulista). De acordo com este destino o homem tem, enquanto ec-sistente, que vigiar e proteger a verdade do ser. Por isso, "o homem é o pastor do ser". É nesse sentido que já em *Ser e Tempo* a existência ec-stática é experimentada como 'o cuidado' (*die Sorge*, a cura), explica Heidegger.⁵⁴

Neste texto que ora se pretende estudar, Heidegger formula a grande questão de seu caminho, a mais insistente marca deste caminho: O que é o ser? E a aprendizagem pela qual deve passar o pensar futuro é experimentar e dizer: O ser é ele mesmo. O 'ser' não é Deus, pensado como ente supremo, *sumum ens*, não é um fundamento do mundo. O ser é mais amplo que todo ente. O ser é mais próximo do homem que qualquer ente, seja este uma rocha, um animal, uma obra de arte, uma máquina, anjo ou Deus,⁵⁵ pois só no homem ele advém à linguagem e, portanto, abre-se ao mundo que assim é criado – lembremos do famoso dito heideggeriano, enunciado no curso proferido logo após a publicação de *"Ser e Tempo"*, i.e., *"Problemas Fundamentais da Metafísica"*, segundo o qual *"a pedra é sem mundo (weltlos), o animal é pobre de mundo*

⁵³ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 355. Conforme André Duarte: "Para Heidegger, pensar a copertinência entre homem e ser não significa desprestigiar o humano, como tantas vezes já se afirmou; pelo contrário: pensar contra o humanismo metafísico não significa entregar-se ao inumano, mas lançar uma nova luz sobre a questão da essência ou da humanitas do homem. Trata-se, antes, de destituir o ser humano do seu caráter metafísico de senhor dos entes (Herr des Seienden), de privá-lo da posição privilegiada que ele ocupa modernamente como sujeito diante da totalidade dos entes convertida em objetividade, para então considerar sua dignidade essencial como guardião do ser (Hirt des Seins), isto é, como aquele ente lançado no aberto do ser, capaz, portanto, de corresponder em pensamento e na linguagem aos apelos do ser." DUARTE, Andre. Foucault e Heidegger, críticos do humanismo e da 'época' moderna. p. 84

⁵⁴ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 356

⁵⁵ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 356

(*Weltarm*) e o homem é criador de mundo (*Welbildend*). Anjos e deuses, nesse sentido, mais próximos dos animais do que de nós, viveriam em seus próprios mundos. E mesmo as máquinas, se não forem mais próximas das pedras, quando meramente mecânicas, mas dotadas, como hoje, da chamada “inteligência artificial”, até o momento, ainda não se mostraram capazes de criar um mundo como fazemos, de maneira exemplar, ao empregarmos a linguagem ao modo poético, e não, meramente técnico, instrumental.

Porém, a proximidade do ser permanece para o homem a mais distante. O homem sempre se atém primeiro ao ente. O pensar pensa sempre primeiro o ente e nunca o ser. É o esquecimento do ser. “A verdade do ser como a clareira mesma permanece oculta para a Metafísica”. A clareira mesma é o ser,⁵⁶ que não podemos ver como um peixe não vê o aquário em que habita.

A ‘decaída’ referida em Ser e Tempo, continua Heidegger, é o esquecimento da verdade do ser, em favor da agressão do ente impensado em sua essência. Não significa uma queda do homem do ponto de vista moral ou religioso e ao mesmo tempo secularizado. Essa decaída nomeia uma relação essencial entre o homem e o ser. Até agora esteve oculta para a Filosofia a relação ‘ec-stática’ do ser humano com a verdade do ser que é a primeira a ter que ser pensada. O ser permanece misteriosamente a singela proximidade que desdobra-se (seu ser) como a própria linguagem. Não, a linguagem como costumamos entendê-la (conhecemos). “Pensamos comumente a linguagem a partir da correspondência à essência do homem, na medida em que esta é apresentada como *animale rationale*, isto é, como a unidade de corpo-alma-espírito. Todavia, assim como na *humanitas* do *homo animalis* a ec-sistência permanece oculta e, através dela, a relação da verdade do ser com o homem, assim a interpretação metafísico-animal da linguagem encobre

⁵⁶ HEIDEGGER, Martin. Sobre o humanismo. p. 356

a sua essência ontológico historial" de acordo com a qual a linguagem é a casa do ser manifestada e apropriada pelo ser e por ele disposta. A linguagem é a habitação da essência do homem.⁵⁷ Somos (na) linguagem.

E, o homem não é apenas um ser vivo que, em meio a diversas faculdades, possui a linguagem. "(...) a linguagem é a casa do ser, nela morando, o homem existe enquanto pertence à verdade do ser, protegendo-a". Repita-se: protegendo a verdade do ser. O homem 'vive' na linguagem. O que importa na determinação da humanidade do homem – enquanto ec-sistência – é que não é o homem o essencial, mas o ser enquanto a dimensão – e esta não é o elemento espacial - do elemento ec-stático da ec-sistência.⁵⁸

Como se percebe, homem é pensado por Heidegger a partir do ser por isso o humanismo exposto por ele não é um humanismo como os outros. Por conta da diferença entre ser e ente, Heidegger afirma que em *Ser e Tempo* se diz: "Dá-se o ser." Quer dizer: o que aqui dá é o próprio ser. Com 'dá-se', provisoriamente, evita-se a expressão 'o ser é', pois comumente diz-se o "é" das coisas que são, dos entes: às coisas que são nós as designamos de ente. Mas o ser não é o ente. Voltando aos pensadores essenciais⁵⁹, Heidegger se refere a Parmênides que já afirmava: "É, a saber, o ser" e explica: "nesta palavra esconde-se o mistério originário para todo pensar. Talvez o 'é' só possa ser dito, de maneira adequada, apenas do ser, de maneira tal que todo ente jamais propriamente 'é'. Mas como o pensamento ainda deve atingir a dimensão em que dirá o ser em sua verdade, em vez de explicá-lo como um ente a partir do ente, deve ficar aberta para a solicitude do pensar a questão, se e como o ser é".⁶⁰

⁵⁷ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 357

⁵⁸ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 357

⁵⁹ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 358

⁶⁰ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 358 A história do destino do ser se manifesta na linguagem pela palavra dos pensadores essenciais. Assim, o pensar que pensa penetrando na verdade do ser é, enquanto pensar, historial.

Para Heidegger, a frase de Parmênides continua impensada – o ser continua impensado – o que nos permite medir o alardeado progresso da Filosofia – de resto, negado por alguns, como alguém que foi tão próximo a Heidegger, Karl Jaspers, que em sua obra de introdução à filosofia chega a afirmar que não há, em filosofia, como há na ciência, um “progresso do conhecimento”, pois sempre se volta as mesmas questões, que em tempo e lugar diversos requerem respostas diversas, sem que, por isso, perca-se o interesse pelas respostas dadas pelos filósofos de outros tempos e lugares, muito pelo contrário: dessas respostas, ao se recolocar as perguntas que a suscitaram, se extrai esclarecimentos antes ainda não percebidos, concluindo com uma provocativa de hipótese de que talvez ainda nem chegamos ainda onde Platão já esteve.

Quando Heidegger retorna aos ditos ‘pensadores essenciais’ não está sugerindo começar tudo outra vez e declarar falsa toda a filosofia anterior. O que parece necessário é pensar que “o ser se manifesta ao homem no projeto ec-stático. Todavia, este projeto não instaura o ser.” Esse projeto é um projeto jogado. **O que joga não é o homem, mas o próprio ser: o ser que destina o homem para a ec-sistência do “eis-aí-ser-ec-sistindo” ou, simplesmente, ser-aí (*Dasein*) como a essência do homem.** A clareira do ser é a forma como esse destino é. A clareira do ser garante a proximidade ao ser e nessa proximidade mora o homem como o ec-sistente, sem que hoje o homem possa experimentar e assumir esse morar. A proximidade ‘do’ ser é o modo como é o ‘aí’ do ser-aí. E Heidegger refere-se a uma conferência sobre a elegia de Hölderlin. “Retorno” para dizer que é a partir da poesia do poeta que a proximidade do ser é percebida numa linguagem mais radical. Para Heidegger, esta proximidade do ser é denominada a ‘pátria’ (Heimat). É aquela de que temos saudade, para usar uma palavra tipicamente galaico-portuguesa-brasileira, cujas ressonâncias filosóficas vem sendo tão

exploradas, mas ainda está longe de serem esgotadas, se é que isso é possível e, mais que isso, desejável.

A palavra pátria, afirma Heidegger, é pensada aqui num sentido mais originário. Não é pensada num sentido patriótico, nem nacionalista, mas a palavra pátria é pensada de acordo com a história do ser. Nomeia-se a essência da pátria para pensar a apatricidade do homem moderno a partir da história do ser. Para Heidegger, o último a experimentar essa apatricidade foi Nietzsche.⁶¹ Claro que ele está se referindo aos que conhece, especialmente em sua cultura nacional, pois essa experiência é vivenciada por todos nós de língua galaico-portuguesa, com tonalidades própria adquiridas no Brasil, pela inclusão do “banzo” africano, uma saudade que chegava a matar ou expor à morte quem a sentia, assim como em nosso indígena, entendida como ‘preguiça’, por recusarem a civilização produtivista do trabalho, pleonasticamente dito forçado, que os desenraizava de seu modo próprio e, assim, livre, de ser como só os humanos podemos atingir.

Para que superemos a apatricidade é preciso retornar ao ser, começar a partir do ser. Na apatricidade erram perdidos os homens e a essência do homem. A apatricidade é sinal do esquecimento do ser cuja consequência é que a verdade permanece impensada. O esquecimento do ser se manifesta indiretamente no fato de o homem só considerar e trabalhar o ente. Assim, o ser é explicitado como o mais geral, o que engloba o ente, como criação do ente infinito ou como produção de um sujeito finito. Desde a Antiguidade, ser e ente permanecem numa estranha e não pensada confusão. O homem moderno permanece apátrida quando interpretado pelo Existencialismo, com seu nihilismo, a nos definir como uma “paixão inútil”. O homem moderno – preso ao ente - não pensa o ser e o que foi um dia a grandeza da Europa – o seu pensar – corre o risco

⁶¹ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 359

de agora decair e ficar para trás. O destino futuro do homem está no fato de ele encontrar sua pátria.⁶²

A pátria do homem, porém, nada tem a ver com nacionalismo. Do ponto de vista metafísico, cada nacionalismo é um antropologismo, e desta forma é subjetivismo. Com o internacionalismo o que se faz é apenas ampliar e elevar o nacionalismo a um sistema mundial. Em relação ao individualismo, o coletivismo é a subjetividade do homem na totalidade. É preciso pensar: o homem, expulso da verdade do ser, gira por toda parte em torno de si mesmo como animal racional e sem pátria.⁶³

Quando Heidegger diz que o homem é mais do que simples homem enquanto representado como ser vivo racional, esse “mais” não tem sentido aditivo como se à definição tradicional do homem se acrescentasse o elemento existencialista. Esse “mais” significa mais originário e por isso mais radical em sua essência. “O homem é na condição de ser-jogado.” (...) “O homem não é o senhor do ente. O homem é o pastor do ser.” A pobreza do pastor já diz bastante, pois com ela talvez seja possível compreender que o homem não pode se arvorar em senhor de todos os entes, o homem é simplesmente o pastor do ser cuja dignidade reside no fato de ter sido chamado pelo próprio ser para guardar sua verdade (a verdade do ser). “Este chamado vem com o lance do qual se origina a condição de ser jogado do ser-aí. O homem é, em sua essência ontológico-historial, o ente cujo ser como ec-sistência consiste no fato de morar na vizinhança do ser. O homem é o vizinho do ser.”⁶⁴

Novamente, Heidegger se dirige a seu interlocutor antecipando uma possível objeção segundo a qual tudo o que disse até agora seria apenas um humanismo no sentido supremo. E Heidegger responde: certamente é. “É o humanismo que pensa a humanidade do

⁶² HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 360 - 361

⁶³ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 361

⁶⁴ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 361 - 362

homem desde a proximidade do ser." E, novamente, Heidegger chama atenção para o sentido que atribui à ec-sistência diferentemente do que se costuma nomear existência. "Ec-sistência é o morar ec-stático na proximidade do ser." A ec-sistência é a vigilância. A dificuldade para a compreensão do exposto está no fato de que estamos presos ao tipo de representação que nos foi transmitido como Filosofia. A dificuldade está em abandonar as opiniões correntes da Filosofia. Não se pode, porém, entregar-se a um conversar à toa sobre a verdade do ser e sobre a história do ser. **"Tudo depende do fato de a verdade do ser atingir a linguagem e de o pensar conseguir chegar a esta linguagem."** (grifo dos articulistas) Talvez, a linguagem exija, então, muito mais o silêncio que uma expressão precipitada.⁶⁵

À pergunta que Jean Beaufret formula a Heidegger: como dar novamente um sentido à palavra humanismo? Ajuda, diz Heidegger, a clarear o que ainda devemos trilhar "como viajores, no caminho para a vizinhança do ser." A pergunta, reafirma Heidegger, tanto pressupõe o desejo de conservar a palavra 'humanismo' quanto confessa que tal palavra perdeu o sentido. E uma expressão como "humanismo", assim como aquela que lhe é estreitamente correlata, a de "direitos humanos", perdeu sentido pela convicção de que a essência do humanismo é de caráter metafísico, afirma Heidegger. E, a Metafísica não apenas não coloca a questão da verdade do ser, como também a obstrui, na medida em que ela - a Metafísica - persiste no esquecimento do ser. "O pensar que conduz a esta compreensão do caráter problemático da essência do humanismo levou-nos, ao mesmo tempo, a pensar a essência do homem mais radicalmente. No que diz respeito a esta *humanitas do homo humanus*, em sua dimensão mais essencial, resulta a possibilidade de devolver à palavra humanismo um sentido historial que é mais antigo que seu mais antigo sentido, sob o ponto de vista historiográfico."⁶⁶

⁶⁵ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 362

⁶⁶ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 363

Devolver sentido à palavra humanismo não significa que ela seja considerada como algo vazio a ser preenchido. O ‘*humanum*’ da palavra humanismo aponta para a essência do homem e o ‘ismo’ aponta para o fato de que a essência do homem deveria ser tomada com mais radicalidade. Como palavra, é isso que significa ‘humanismo’. Dar-lhe um novo sentido significa determinar o novo sentido da palavra. Para isso, é preciso pensar a essência do homem e ela reside na ec-sistência. “É essa ec-sistência que essencialmente importa.” Isso significa que ela – a ec-sistência – recebe sua importância do ser mesmo, “na medida em que o ser apropria o homem enquanto ele é o ec-sistente, para a vigilância da verdade do ser, inserindo-o na própria verdade do ser. ‘Humanismo’ significa, agora, caso nos decidamos a manter a palavra: a essência do homem é essencial para a verdade do ser, mas de tal modo que, em consequência disto, precisamente não importa o homem simplesmente como tal.” O humanismo proposto por Heidegger é um humanismo singular porque pensa de forma singular a essência do homem,⁶⁷ recusando-se a pensá-lo como mero ente, a “vida nua” a que tão facilmente termina sendo reduzido por outros, que se definem como humanos por negação de outros, ao invés de afirmação de si aceitando que o outro seja simplesmente, outro ser. Isso para usar a expressão já referida, de um ex-aluno de Heidegger, Giorgio Agamben, “*vita nuda*”, ou “vida fática” (*faktisches Leben*), para empregar aquela originária de Heidegger, de seus primeiros cursos, sobre o cristianismo paulino, a fim de colocá-lo em seu devido lugar, o que lhe dá a possibilidade de ser um ser da verdade e de verdade, em aberto para as possibilidades infinitas que se lhes mostra sua libertação da ordem necessária e “absolutista” das determinações naturais e, mesmo, sociais. Como seria, então, um direito adequado a esse ser, um direito verdadeiramente humano, do qual decorreriam direitos verdadeiramente humanos? Eis o que nos incumbe ainda pensar.

⁶⁷ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 363

Esse humanismo particular fala contra todo humanismo já conhecido, mas isso não significa que ele se arvore em intérprete do inumano. E pergunta Heidegger: deveria esse humanismo ser ainda chamado de 'humanismo'? "e isto apenas para talvez participar no uso da expressão, acompanhar as correntes dominantes que se afogam no subjetivismo metafísico e que estão afundadas no esquecimento do ser? Ou será tarefa do pensamento tentar, através de uma aberta oposição contra o 'humanismo', um novo impulso que poderia suscitar uma atenção para a *humanitas* do *homo humanus* e sua fundamentação?"⁶⁸

O 'pensamento lógico, leva a falsas interpretações, explica Heidegger. Para elas, falar contra o humanismo é defender o inumano ou uma glorificação da barbárie brutal. Falar contra a 'Lógica' é renunciar ao rigor do pensamento introduzindo a arbitrariedade dos impulsos e sentimentos, é proclamar como verdadeiro o 'irracionalismo'. Falar contra 'valores' é abandonar ao desprezo os supremos bens da humanidade, é proclamar tudo sem valor. Dizer que o homem consiste em 'ser-no-mundo' é degradar o homem a um ser meramente mundano, é dar valor ao que é daqui de baixo negando o que é do além e renunciando a toda transcendência. Considerar a palavra de Nietzsche sobre a 'morte de Deus' é ter comportamento ateu. Fazer a experiência da 'morte de Deus' é ser um 'sem-Deus'. A tudo isso conduz o 'mais lógico'. "Porque, em tudo isto, em toda parte, se fala contra aquilo que para a humanidade vale como elevado e sagrado, tal filosofia ensina um 'niilismo' irresponsável e destruidor. Pois o que é 'mais lógico' do que isto: quem nega, em toda parte, o ente verdadeiro coloca-se do lado do não-ente e, com isto, proclama que o simples nada é o sentido da realidade efetiva?"⁶⁹

Ouve-se então falar de uma oposição contra o 'humanismo', contra a 'Lógica', os 'valores', 'mundo' e 'Deus'. Entende-se o que já

⁶⁸ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 363

⁶⁹ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 364

se tinha nomeado como o positivo e o que se fala em sua oposição já é imediatamente sua negação, o negativo, o destrutivo. Invocadas a Lógica e a razão, **ou mesmo, o direito**, o que não é, nesse sentido, positivo, e sim negativo. Falar em oposição a algo que se tem assentado, conhecido e idolatrado é desprezar a razão, é negar, é terminar no nada. “Deixa-se, através deste caminho lógico, afundar tudo num niilismo que se inventou com o auxílio da Lógica.”⁷⁰

E pergunta Heidegger: “Será que efetivamente o ‘contra’, que um pensar apresenta diante do que comumente se imagina, aponta necessariamente para a pura negação e o negativo?”⁷¹ Isso acontece se o conhecido até então é tomado como ‘o positivo’ e a partir dele se decide tudo absoluta e ao mesmo tempo, negativamente sobre o âmbito de toda e qualquer possível oposição a ele. Nesse procedimento esconde-se a recusa de submeter à reflexão o que já - por preconceito - tomou-se como positivo. Com a díade posição-oposição, pensa-se estar a salvo. Com o constante apelo ao elemento lógico tem-se a impressão de empenhar-se no pensar, mas é justamente o contrário. Com aquele apelo se recusou ao pensar.

“O pensar contra ‘os valores’ não afirma que tudo aquilo que se declara como ‘valores’, a ‘cultura’, a ‘arte’, a ‘ciência’, a ‘dignidade do homem’, ‘mundo’ e ‘Deus’ sejam sem valor.” É justamente o contrário disso, pois quando se reconhece algo como ‘valor’, rouba-se a sua dignidade. Ou seja, “ao avaliar algo como valor, aquilo que foi valorado é apenas admitido como objeto para a avaliação pelo homem. (...) Todo valorar, mesmo onde é um valorar positivamente, é uma subjetivação. (...) todo valorar deixa apenas valer o ente como objeto de seu operar. O esdrúxulo empenho em demonstrar a objetividade dos valores não sabe o que faz.” Degrada-se Deus ao dizê-lo como o valor supremo. O pensar através de valores é a

⁷⁰ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 364

⁷¹ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 364

maior blasfêmia que se pode pensar em face do ser. Pensar contra os valores não significa que todo ente é destituído de valor, mas significa "levar para diante do pensar a clareira da verdade do ser contra a subjetivação do ente em simples objeto."⁷²

Ao chamar a atenção para o traço fundamental da *humanitas* do *homo humanos* como sendo o 'ser-no-mundo' não significa dizer que o homem é apenas e tão somente um ser mundano no sentido cristão, ou seja, um ser afastado de Deus. Mundo na expressão 'ser-no-mundo' não significa o ente terreno diferente do ente celeste, nem o mundano que está em contraposição ao 'espiritual'. Não significa um ente e nenhum âmbito do ente, mas, sim, a abertura do ser. "O homem é e é homem enquanto é o ec-sistente. Ele está postado, num processo de ultrapassagem, na abertura do ser, que é o modo como o próprio ser é; este jogou a essência do homem, como um lance, no 'cuidado' de si. Jogado desta maneira o homem está postado 'na' abertura do ser. Mundo é a clareira do ser na qual o homem penetrou a partir da condição de ser-jogado de sua essência." Dessa forma, o homem – pensado como 'eu' ou 'nós' - nunca é apenas o sujeito que sempre se refere a objetos de maneira que sua essência consistiria na relação sujeito-objeto. "Ao contrário, o homem primeiro é, em sua essência, ec-sistente na abertura do ser, cujo aberto ilumina o 'entre' em cujo seio pode 'ser' uma 'relação sujeito-objeto'."⁷³

Com o que se disse do homem até aqui não se afirma a hipótese do homem ser ou não deste mundo. Também nada está decidido sobre a existência de Deus ou seu não-ser, ou ainda sobre a possibilidade de deuses. É também precipitado dizer que a determinação existencial da essência do homem seja ateísmo. A uma interpretação dessa falta leitura, diz Heidegger.⁷⁴

⁷² HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 364

⁷³ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 366

⁷⁴ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 366

“Somente a partir da verdade do ser deixa-se pensar a essência do sagrado. E somente a partir da essência do sagrado deve ser pensada a essência da divindade. E, finalmente, somente na luz da essência da divindade pode ser pensado e dito o que deve nomear a palavra ‘Deus’. Ou será que não devemos ser capazes de, primeiro, entender e escutar com cuidado estas palavras, se nós homens, isto é, como seres ec-sistentes, quisermos ter acesso a uma experiência de uma relação de Deus para com o homem?” Então, Heidegger considera a época que escreve, ou seja, o logo após II Guerra para indagar como poderia o homem daquele tempo questionar rigorosamente se o Deus se aproxima ou se subtrai, se antes não pensa para dentro da dimensão na qual a própria questão da proximidade ou subtração de Deus pode ser pensada, ou seja, a dimensão do sagrado que permanecerá fechada “caso não se clarear o aberto do ser para, em sua clareira, estar próximo do homem.” E conclui Heidegger: “talvez o elemento mais marcante desta idade do mundo consista no ‘rígido’ fechamento para a dimensão da graça. Talvez seja esta a única desgraça.”⁷⁵

3. A NECESSIDADE DE UMA ÉTICA

Como se viu, logo no início da carta, Heidegger chama atenção para a necessidade de pensarmos a essência do agir. Agir é, então, o consumir que significa levar alguma coisa até a plenitude de sua essência. Só se leva à plenitude o que já é e o que é, antes de tudo, é o ser.

Heidegger agora afirma que há muito lhe perguntam sobre se escreveria uma Ética. Numa época na qual a perplexidade se exacerba, parece mais urgente requerer-se regras obrigatórias para o agir do homem. Todavia, afirma Heidegger, a indigência da situação está no fato de que, no tempo de predomínio do modo técnico de

⁷⁵ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 366

pensar, quando o homem da técnica está entregue aos meios de comunicação de massa, a ordenação de seu planejar e agir como um todo precisará corresponder à técnica. A concepção moderna do homem da técnica leva à noção de uma ação utilitária. Mas será que ainda é possível manter e garantir os laços estabelecidos, deixar de pensar o ser que se manteve esquecido tanto tempo e agora se anuncia no momento da história universal através da comoção de todos os entes? Pergunta Heidegger.⁷⁶

Porém, antes de determinar as relações entre Ontologia e Ética é preciso, diz Heidegger, pensar o que significa cada uma delas, se o que se entende com esses termos ainda pode ser nomeado dessa forma quando se pensa a verdade do ser. O que Heidegger propõe é pensar a relação da Ontologia e da Ética, que bem poderemos estender para, aí, pensar o Direito, com a Filosofia, de tal forma que se considerassem caducas tanto essas disciplinas como suas relações. Nosso pensar adquiriria mais disciplina, diz ele. Começa, então, a narrar o surgimento da Ética na escola de Platão que ocorre juntamente com a Lógica e a Física. "As disciplinas surgem ao tempo que permite a transformação do pensar em "Filosofia, a Filosofia em *epistémē* (Ciência) e a Ciência mesma em um assunto de escola e atividade escolar. Na passagem por esta Filosofia assim entendida, surge a Ciência e passa o pensar." Até aí, os pensadores não conheciam Lógica, Ética, ou Física como distintas e nem por isso seu pensar era ilógico ou imoral. Toda Física posterior nunca alcançou a profundidade e amplitude que se pensava a *physis*. Sobre o *ethos*, melhor ler as tragédias de Sófocles que a Ética de Aristóteles,⁷⁷ já por ali não aparecer o que neste se esboçará pioneiramente, que é a diferença entre um direito positivo de outro, natural.

Explica Heidegger que a essência do *ethos*, ou seja, "o sentido

⁷⁶ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 367

⁷⁷ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 367 - 368

arcaico-originário da ética⁷⁸ brota numa sentença de Heráclito de apenas três palavras: “*Ethos anthrópo daímori*”. Costumeiramente essa frase é traduzida por: “o modo próprio de ser é para o homem o demônio”. Afirma Heidegger que essa tradução pensa de modo moderno e não de modo grego. Originalmente, “*ethos* significa morada, lugar da habitação. A palavra nomeia o âmbito aberto onde o homem habita. O aberto de sua morada torna manifesto aquilo que vem ao encontro da essência do homem e se mantém por sua proximidade. A morada do homem contém e conserva o advento daquilo a que o homem pertence em sua essência. Isto é, segundo a palavra de Heráclito, o daímon, o Deus.” A tradução da frase, então seria, ao modo grego: “o homem habita, na medida em que é homem, na proximidade de Deus.”⁷⁹ O que podemos entender como a proposta de que o homem se cria se torna o que é, criador de mundo, ao conceber, na e pela linguagem, a ordem linguística, a divindade da ordenação ou ordem do real da qual escapa, não sendo de nos surpreender, nessa perspectiva, se tal divindade, na concepção dita anímica, é encarnada nos seres que se inserem nessa ordenação, a exemplo de objetos, animais e plantas.

Há ainda, relata Heidegger, uma narrativa de Aristóteles que concorda com a tradução por ele sugerida e pode ajudar a precisá-la já que, para Heráclito – pensador originário – Deus não pode ter sentido metafísico. Diz-se que alguns forasteiros chegaram até Heráclito e o encontraram em uma caverna aquecendo-se junto a uma pequena fogueira. Os forasteiros ficaram surpresos, hesitaram e Heráclito os encorajou convidando-os a entrar dizendo: “pois também aqui estão presentes (habitam) deuses.”

⁷⁸ CABRAL, Alexandre Marques. Heidegger e a destruição da ética. p. 158. Este autor, na página seguinte traz outras traduções para o fragmento de Heráclito que se mantém sob a égide do horizonte metafísico: “a individualidade é o demônio do homem”, “o ético no homem é o demônio”, “o caráter é o destino (daímon) de cada homem”.

⁷⁹ HEIDEGGER, Martin. Sobre o humanismo. p. 368

Apesar dessa história falar por si mesma, Heidegger destaca alguns pontos. O primeiro é que, diante da simplicidade da moradia do pensador, que se mostra semelhante a dos homens comuns, os forasteiros ficaram frustrados e desconcertados. Segundo, os forasteiros esperavam encontrar junto do pensador algo de extraordinário, esperavam vê-lo mergulhado em suas meditações, o que forneceria assunto para conversas futuras. Era isso que os forasteiros queriam viver. Não para serem atingidos pelo pensar, mas apenas para dizerem que viram e ouviram o pensador.

Nada disso ocorre. Os forasteiros encontram o pensador próximo a um forno se aquecendo. Nada há de incomum, está ali revelada toda a indigência do pensador e os curiosos perdem a vontade de entrar e se afastam. O que faz Heráclito para reverter isso? Infunde-lhes coragem, convida-os para entrar dizendo: “os deuses também estão aqui presentes.” Essas palavras, então, fazem com que a morada (*ethos*) e o agir do pensador adquiram nova luz, embora não se saiba se os visitantes compreenderam isso. O “também aqui” da frase de Heráclito, ou seja, junto ao fogo, numa caverna, nesse lugar corriqueiro, simples, “onde cada coisa e cada circunstância, cada agir e cada penar, são costumeiros e banais, isto é, familiares (pois, também aqui), no âmbito familiar, a coisa é de tal modo, ‘que os deuses estão presentes’.”⁸⁰ Então diz Heráclito: “A habitação (familiar) é para o homem o aberto para a presentificação do Deus (não-familiar).”⁸¹

A questão da necessidade de se escrever uma (outra) Ética fica agora mais clara, pois “se de acordo com a significação fundamental da palavra *ethos*, o nome Ética diz que medita a habitação do homem, então aquele pensar que pensa a verdade do ser como o elemento primordial do homem enquanto alguém que ec-siste

⁸⁰ E “deuses, aqui quer dizer: o extraordinário e não o Summum Esse Subsistens da metafísica. (...) A sentença heracliteana, então, visa reconduzir os jovens à experiência originária do real, na qual ordinário (ente) e extraordinário (ser) vigem em unidade.” CABRAL. Alexandre Marques. Heidegger e a destruição da ética. p. 162

⁸¹ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 369

já é em si a Ética originária. Mas esse pensar não é apenas Ética, porque é Ontologia.” A Ontologia permanecerá sem fundamento enquanto não pensar a verdade do ser. E o pensar, que desde Ser e Tempo é proposto por Heidegger, “questiona a verdade do ser e nisso determina o lugar essencial do homem, a partir do ser e em direção a ele, (e) não é nem Ética nem Ontologia.” Nem a relação entre ambas tem mais cabimento com esse pensar. “(...) o pensar, (que) pensando a verdade do ser, determina a essência da *humanitas* como ec-sistência a partir do fato de pertencer ao ser”, não é teórico nem prático. Ele acontece antes dessa distinção. Este pensar é apenas a lembrança (saudade) do ser, não produz resultado ou efeito, satisfaz sua essência enquanto é. Este pensar pensa o ser e o faz pertencendo ao ser. Pensa o ser porque jogado pelo ser na guarda de sua verdade (do ser) e requisitado para essa guarda.⁸²

“O pensar trabalha na edificação da casa do ser.” E o que é a casa do ser? Heidegger já havia dito: “a linguagem é a casa do ser. Nesta habitação mora o homem. Os pensadores e os poetas são os guardas desta habitação.”⁸³ Nesta casa mora a essência do homem como ec-sistência de acordo com o destino do ser, de acordo com o que destina o ser, na proximidade do ser, na juntura do ser que dispõe o homem para essa morada. “Este morar é a essência do ‘ser-no-mundo.’ O ‘ser-em’ da expressão ‘ser-no-mundo’, diz Heidegger, não é apenas um jogo de palavras. E cita Hölderlin: “cheio de méritos, todavia, poeticamente, habita o homem esta terra.” Recorrer ao poeta não é apenas ‘um enfeite’ para o pensar ‘que foge da Ciência e refugia-se, salvando-se na poesia. “O discurso sobre a casa do ser não é uma transposição da imagem da ‘casa’ para o ser; ao contrário, um dia seremos mais capazes de pensar o que é ‘casa’ e ‘habitar’ a partir da essência do ser adequadamente pensada.”⁸⁴

⁸² HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 369 -370

⁸³ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 347

⁸⁴ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 370

Repita-se: "o pensar trabalha na edificação da casa do ser", mas "não cria a casa do ser." A '*humanitas* do *homo humanus*' é a ec-sistência historial que é conduzida pelo pensar ' para o âmbito onde nasce o que é salutar (o que salva)." O pensar conduz a '*humanitas* do *homo humanus*' para onde nasce o que lhe faz bem, o que pode lhe salvar. Mas nesse mesmo lugar – com o que é salutar, com o que lhe faz bem, cura e salva – também se manifesta, na clareira do ser, o mal.⁸⁵ Lembre-se a citação de Hölderlin no texto sobre a questão da técnica:

*"Ora, onde mora emerge o perigoé lá que também cresce o que salva."*⁸⁶

E quando Heidegger aqui diz 'o mal' não se refere à maldade do agir humano, "mas reside na ruindade da grima."⁸⁷ O ser do bom e da grima (ferocidade) só se desdobra no seio do ser à medida que "o próprio ser é o que está em conflito."

Porém, há sempre o perigo, o risco do homem não pensar, entregar-se ao ente, ao esquecimento do ser, entregar-se ao modo técnico de pensar e viver. Não deixar que o ser seja, que alcance a linguagem e se manifeste. O homem, então, se desaloja ou, para usar o termo de Simone Weil, se desenraiza.

O homem em todo canto – num extremo de soberba – se arvora em juiz de seus atos. Apoiado pela Ciência e também pelo Direito, certificado por ela e homologado por ele, alardeia-se capaz de determinar com certeza sim e não, de julgar com definitividade o fazer e não fazer. Num tempo como aquele que escreve Heidegger (1946) ainda seria possível iludir-se nessa capacidade? "Somente na medida em que o homem, ec-sisitindo na verdade do ser, a este pertence, pode vir do próprio ser a adjudicação daquelas ordens que se devem tornar lei e regra para o homem." E explica Heidegger:

⁸⁵ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 370

⁸⁶ HEIDEGGER. Martin. A questão da técnica. p. 31

⁸⁷ Grima: sentimento de agressividade, rancor ou frustração, ódio, raiva, fúria.

adjudicar em grego significa *némein*. Originariamente *nómos*, portanto, não é apenas lei, mas “a adjudicação oculta na destinação do ser.” Somente esta destinação do ser é capaz de dispor o homem no seio do ser e, assim, é capaz de sustentar e vincular. Se não for assim, “toda lei permanece apenas artifício da razão humana.” Então, “mais importante que qualquer fixação de regras é o homem encontrar o caminho para morar na verdade do ser. É somente esta habitação que garante a experiência do que pode ser sustentado e dar apoio.” E ‘apoio’ (*Halb*) em alemão, explica Heidegger, significa ‘proteção’ (*Hut*). A proteção do homem é o ser. Mas o homem está perdido no esquecimento do ser. “O ser é a proteção que guarda o homem em sua ec-sistência” e o faz de tal maneira que protege o homem para sua verdade (do ser) instalando a ec-sistência na linguagem. “É por isso que a linguagem é particularmente a casa do ser e a habitação do ser humano.” Porém, o homem pode “não estar em casa na sua linguagem” de tal forma que ela se torna apenas um “habitação de suas maquinações (*Machenschaft*, também “produtivismo”).”⁸⁸ O homem, então, está desprotegido.

As relações do pensar do ser com o comportamento teórico e prático ultrapassa toda consideração porque seria manter-se num ver próprio da teoria. O pensar é um agir porque “atenta à clareira do ser enquanto deposita seu dizer do ser na linguagem como habitação da ec-sistência”. Porém esse agir do pensar supera toda práxis. Este pensar não produz resultado, efeito. “O pensar traz à linguagem, em seu dizer, apenas a palavra pronunciada do ser.”⁸⁹

Essa expressão ‘trazer à linguagem’ deve, explica Heidegger, ser interpretada literalmente: o ser chega à linguagem pelo pensar iluminando-se. A ec-sistência – a *humanitas* do *homo humanus* – habita a casa do ser pensando. Esse pensar não é o pensar prestigioso

⁸⁸ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 371

⁸⁹ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 371

da Filosofia, acessível apenas aos iniciados, ou mesmo o pensar do conhecimento científico e de seus empreendimentos de pesquisa. O pensar do ser, por ser simples, torna-se para nós irreconhecível. Porém, sem apoio no ente poderia esse pensar tornar-se vítima da arbitrariedade? Heidegger responde mais uma pergunta da carta: "Como salvar o elemento de aventura que toda procura encerra em si sem fazer da Filosofia uma simples aventureira?"⁹⁰

A Poesia, como o pensar, diz Heidegger, se defronta com as mesmas questões e cita Aristóteles, em famosa passagem do livro da Poética: "o poematizar é mais verdadeiro que o investigar o ente." O pensar não é apenas uma aventura através e em busca do desconhecido. O pensar é o pensar do ser e requisitado pelo ser. O pensar se dá no advento, no aparecimento, na chegada do ser e o ser já se destinou ao pensamento. "A única tarefa do pensar é trazer à linguagem, sempre novamente, este advento do ser que permanece e em seu permanecer espera o homem." É por isso que os pensadores essenciais dizem sempre o mesmo, mas não o igual. E só dizem para quem se empenha, se dispõe a meditar sobre eles. O elemento aventureiro permanece no constante risco do pensar. E outra vez, mais uma vez, a palavra de Hölderlin agora sobre a linguagem: "mas em choupanas mora o homem." Que ele denomina: "o mais perigoso dos bens."⁹¹

O perigo de não habitar a casa do ser, manter-se em choupanas, é o grande perigo. "A boa disposição do dizer do ser enquanto destino da verdade é a primeira lei do pensar, e não as regras da Lógica (...)." É preciso que meditemos, que pensemos com radicalidade o ser, o que deve e como deve ser dito. O tríptico elemento: "o rigor da meditação, o cuidado do dizer, a parcimônia da palavra."⁹²

⁹⁰ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 372

⁹¹ HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 372-373

⁹² HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. p. 373

Não é a Filosofia, ou a Metafísica (que significa o mesmo, diz Heidegger), que deve ser valorizada, e até supervalorizada, o que conduza a que se exija dela o que ela não pode fornecer. Nesses tempos de indigência nos quais escreve Heidegger, tal como ele os (des)qualifica – e tem sido diferente de lá para cá? – “é preciso menos Filosofia, mas mais desvelo do pensar; menos literatura e mais cultivo da letra.” É preciso habitar a linguagem, cultivá-la, cuidá-la como o camponês que cultiva e cuida da terra fazendo sulcos nela, sem requisitá-la, inquiri-la ou torná-la disponível. Fazer “litureterra”, como certa feita disse o célebre psicanalista francês Jacques Lacan,⁹³ bastante influenciado por Heidegger (apesar disso ser pouco conhecido e reconhecido). Nas palavras de Heidegger: “A linguagem é assim a linguagem do ser, como as nuvens são as nuvens do céu. Com, seu dizer, o pensar abre sulcos invisíveis na linguagem. Eles são mais invisíveis que os sulcos que o camponês, a passo lento, traça pelo campo.”⁹⁴

CONCLUSÃO

O difícil universo heideggeriano torna improvável uma correta conclusão sobre seu pensamento. Por isso é melhor, mais uma vez, seguir suas próprias palavras e evitar falar em conclusão, mas apenas em “marcas de um caminho”.⁹⁵ Um caminho de pedras, onde não se desliza,

⁹³ Cf. *Litureterra* (1971). Tradução Jairo Gerbase. In: www.campopsicanalitico.com.br/biblioteca/LITURATERRA%20jairo.doc (consultado em 26.12.2012).

⁹⁴ HEIDEGGER, Martin. Sobre o humanismo. p. 373 Vale destacar, nesse contexto, passagem do final do texto antes referido de Lacan, publicado em 1971:

“Só há de direito escrito, como só há medida vinda do céu.

Mas, tanto escrita como medida são artefatos a habitar apenas a linguagem. Como a esqueceríamos se nossa ciência só é operante por um escoamento de pequenas letras e de gráficos combinados?”

⁹⁵ Heidegger sempre evitou falar em obra. Os momentos de seu percurso existencial foram sempre referidos como “marcas de um caminho” – título de uma coletânea sua de ensaios escrito em um arco de cinquenta anos, “Wegmarken”, onde se pode também vislumbrar uma alusão ao seu instrumento de trabalho por excelência, a que chamou, no período inicial de sua trajetória [v. o que escrevo a respeito em miha TSE de doutorado em filosofia – WSGF], “indicações formais”, *formelle Anzeige*, a partir de elaboração originalmente devida a Husserl – conforme se encontra em: CASANOVA, Marco Antonio. *Compreender Heidegger*. 2.ed. Petrópolis: Vozes. 2010. p. 10. Daí ter escrito no frontispício do primeiro volume de sua monumental “Obra Completa”, ainda em publicação: “Wege, nicht Werke”, ou seja, “caminhos, não obras”.

onde cada passo requer esforço, árduo esforço. Mas também em cada passo, quando efetivamente dado, nova luz se faz e da mesma forma novo mistério surge. O caminho que se trilha ao tentar compreender o pensamento de Heidegger é também velamento e desvelamento. Porém, já não pensamos mais. Repetimos. Somos a voz do eco.

Como um corpo que há muito não se exercita, nosso pensamento tem dificuldades para qualquer movimento. Significa isso um biologismo? Será que o ser humano – o ser do homem – pode ser pensado assim? Biologicamente? Não teríamos já sabido sua essência com as descobertas sobre o DNA? Longas cadeias, todavia, mudas. Nada do que a prestigiosa Ciência descobriu diz o que é o homem. Esse ser jogado, sem começo e com a consciência de seu fim e sempre assustado com o indizível. Sempre preso à ilusão da objetividade, do já conhecido, do já dito e repetido. De onde poderá vir o socorro? O socorro não vem do céu como dádiva da salvação. O socorro se dá no caminho, no caminho do pensamento.

É preciso pensar e não permanecer no já dito, já posto, estabelecido, pacificado (para usar expressão jurídica). Insistindo no já conhecido, esquecendo o ser... Talvez seja o medo do indizível.

Então, façamos, pelo menos, um esforço para conseguir caminhar. Ouçamos aqueles que guardam o lugar que habitamos:

(...)

bem cedo o Destino nos fustiga...

e para trás rastos vão ficando.

esconjurto-te! deixa que te diga:

não chores por sombras, tudo é ilusão.

ai de quem com quimeras vai sonhando

*entre as garras e os dentes do leão!
que a vida não te iluda e entorpeça já,
para a vigília são teus olhos feitos. (...)⁹⁶*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABDUN, Ibn. Tradução Adalberto Alves. In: O meu coração é Árabe – a poesia luso-árabe. 3.ed. Lisboa: Assírio e Alvim.
- AQUINO. Márcia Regina Pitta Lopes. Édipo Rei de Sófocles e a verdade segundo Heidegger. In: ZOVICO, Marcelo Roland. (organizador). Filosofia do Direito: Estudos em homenagem a Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo: Clássica, 2012.
- AQUINO. Márcia Regina Pitta Lopes. GUERRA FILHO. Willis Santiago. Matrix como a essência da técnica segundo Heidegger. Fenomenologia e Direito. Rio de Janeiro, v.5, Número 2, p. 97-125, out.2012/mar.2013.
- CABRAL. Alexandre Marques. Heidegger e a destruição da ética. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2009. p. 109
- CASANOVA. Marco Antonio. **Compreender Heidegger**. 2.ed. Petrópolis: Vozes. 2010.
- DUARTE. Andre. Foucault e Heidegger, críticos do humanismo e da 'época' moderna. In: Vidas em risco: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. O conhecimento imaginário do direito. Rio de Janeiro, 2011. Tese (Doutorado em Filosofia). Instituto de Filosofia e Ciências Sociais. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2011.
- HEIDEGGER. Martin. Sobre o humanismo. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril, 1973. p. 345 – 373. Coleção Os pensadores.
- _____. Sobre o humanismo. Introdução, tradução e notas de Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1967.
- _____. Sobre a essência da verdade. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Abril, 1973. Coleção Os Pensadores. v. XLV. p.327 – 343
- _____. A questão da técnica. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. In: Ensaios e conferências. Tradução Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel e Marcia Sá Cavalcante Schuback. 6.ed. Petrópolis: Vozes. 2010. p. 11-38. Coleção Pensamento Humano. p. 11 – 38

⁹⁶ Ibn Abdun (sécs. XI/XII). Tradução Adalberto Alves. In: O meu coração é Árabe – a poesia luso-árabe. 3.ed. Lisboa: Assírio e Alvim. p. 124

LACAN, Jacques. Lituraterra (1971). Tradução Jairo Gerbase. In: www.campopsicanalitico.com.br/biblioteca/LITURATERRA%20jairo.doc (consultado em 26.12.2012).

SAFRANSKI. Rüdiger. Heidegger um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. Tradução Iya Luft. Apresentação de Ernildo Stein. São Paulo: Geração Editorial, 2005.

SARTRE. Jean-Paul. O existencialismo é um humanismo. Tradução Vergílio Ferreira. 4.ed. Lisboa: Editorial Presença, 1978.

PARA UMA EIDÉTICA DO DIREITO

PENAL

*Prof. Dr. J. Luis Câmara - Professor adjunto UERJ, Professor
pesquisador Unilasalle*

O direito penal, talvez de modo mais evidente que outras vertentes do campo jurídico, é um âmbito de evidenciação das conturbadas relações entre discurso, realidade e essência, tão características da época moderna. Esta afirmação tem arrimo na fecunda imaginação dos juristas ao proporem ao direito penal uma fundamentação que transponha a conceituação formal usual (conjunto de normas estabelecidas por lei, que descrevem comportamentos considerados graves ou intoleráveis e que ameaçam com reações repressivas como as penas...)¹ e alcance a relação intercambiante que o direito penal estabelece com a sociedade e o poder organizado. É no sentido desta relação que se formulam as diversas críticas ao positivismo jurídico penal e a consequente tendência a alienação do direito ante a realidade de sua inserção social, bem como de sua recepção de influências decorrentes desta inserção. Não por outro motivo, muitos juristas sustentam a função essencial de controle social, como sendo inerente a ideia

¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte Geral*. 15 edição. Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 03.

de direito penal. Fato é que, ao criticarem o isolamento do direito ante a realidade social, propõe um atrelamento de um ao outro, condicionando a validade normativa a sua adequação social.

Caso as ponderações se resumissem ao ponto enunciado² estaríamos diante de uma questão meramente acadêmica. Contudo, elas se estendem para a própria essência do direito quando associadas as consequências que pugnam para suas próprias conceituações ou definições. Assim temos até mesmo a abolição da pena ou o direcionamento do direito penal em um sentido que contemple unicamente as pretensões de um segmento sócio-político, ou até a eleição de várias estruturas com mecanismos paralelos de garantias, seguindo de um modelo com mais garantias a um despido destas em razão do tipo de delito praticado. Todas estas questões reforçam o caráter sintomático das reflexões que os embasam e que recebem diversas designações: direito penal democrático, abolicionismo, garantismo, direito penal do inimigo, etc ... É inequívoca a conclusão que estes enunciados sugerem uma pluralidade que não condiz com a ambição de construir conhecimentos válidos sobre a matéria. Isto se dá por situarem-se, tais propostas, no campo da subjetividade que denota o relativismo.

Isto posto, deve-se analisar a razão desta atitude e recolocar a discussão em termos válidos. Para isso, urge estabelecer-se uma eidética para o direito penal. Somente estabelecendo, efetivamente, o que é o penal é que se pode determinar o que seria, na verdade, uma proposta alternativa (política ou social) ao direito penal e, assim, negar-lhe a pretensão a designação penal para assumir outra, condizente com sua real condição. A título de exemplo, se a pena for inerente ao direito penal, pretensões que extremem a noção de ressocialização a ponto de privar a sanção do caráter punitivo, seriam alternativas ao direito penal, medidas ressocializantes críticas, educação cogente ou o que queira se dizer, mas não estaríamos mais no campo do direito penal.

² Por todos ver E. Raul Zaffaroni, Nilo Baptista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar em *Direito Penal Brasileiro – volume I*. Rio de Janeiro, Revan, 2010.

A ATITUDE NATURAL NA ESPECULAÇÃO JURÍDICA

Quando, por força da necessidade auto-imposta de conceituar o direito penal com base em uma legitimação de utilidade social exógena, careamos para o cerne do direito penal e de sua conceituação uma preocupação com sua inserção no contexto social, partimos assim de uma forma de aceitação do mundo e de sua manifestação a consciência. Adota-se então a crença (doxa) de que o direito penal realiza esta ou aquela função. Isto se dá por encontramo-nos submetidos a uma atitude que podemos denominar, na esteira de Husserl, atitude natural. Esta atitude corresponde a apreensão do mundo circundante sem uma reflexão quanto ao que sejam realmente as coisas que o compõe. O sentido dos objetos apreendidos é substituído pela crença que neles estabelecemos como fonte doadora destes sentidos. Assim uma representação simbólica passa a ser dotada de sentido não pela essência do objeto que representa, mas pelo que cremos ser esta representação. Esta atitude remete a um estado de coisas onde os objetos são intuídos pela consciência intencional a partir de sua condição natural. Este processo, designado por naturalização, corresponde a determinante etapa do desenvolvimento científico cultural do que designamos por mundo ocidental. Ao considerarmos naturais os objetos de conhecimento apreendidos iniciamos um processo que dá a estes objetos, em sua manifestação uma concretude que interdita o acesso ao que eles realmente são. Isto se dá por substituição da essência identificadora de tais objetos pela representação que deles se faz.

O processo referido estabelece o caráter natural e ingênuo do processo cognitivo a que a humanidade se entrega com o advento da razão científica na aurora do século XVI culminando com a afirmação de Galileu, em pleno século XVII de ser o mundo passível de representação por caracteres matemáticos. Esta pretensão embute a crença de que os objetos de conhecimento podem ser despidos pretensões metafísicas, espirituais ou axiológicas e manifesto apenas

no âmbito da racionalidade científica. Para ilustrar temos a busca positivista pelas causas do crime conforme veremos melhor a seguir.

ATITUDE NATURAL E DIREITO PENAL

As ditas ciências criminais tem sua gênese no trabalho de Cesar Lombroso que lança as bases do determinismo antropológico pelo qual o delinquente seria determinável a partir de características antropológicas. Com este advento o direito penal passou a repudiar as doutrinas de implicações agostinianas calcadas no livre arbítrio e passa a procurar nos vários determinismo (sociológico, psicológico e, mais recentemente neurológico) a gênese do delito. Tal pensamento em parte se afasta da doutrina penal com o advento do tecnicismo que dissocia do direito a criminologia. Contudo, o afastamento é meramente aparente ante a atitude de naturalização do delito que decorre da pretensão científica que predomina na mentalidade geral. Assim quando as diversas linhas pensamento em que a doutrina penal se organiza ponderam sobre as funções do direito penal, encontra-se presente também a relação entre este e o delito como fenômeno social em maior ou menor grau. Esta manifestação se dá via de regra forma ingênua, ditada pela atitude natural posto que decorre de premissas ideológicas, de deduções não rigorosas ou lugares comuns formando em seu conjunto um sistema de crenças heterogêneo e conflitante. Direito penal mínimo, abolicionismo penal, direito penal simbólico, direito penal democrático, etc ... são denominações que designam estes movimentos. Isto não quer dizer que estes movimentos não devam existir ou que sejam inúteis, pelo contrário, a especulação é necessária para buscar apreender sentidos novos e novas perspectivas. Onde se encontra o problema? Como já abordado acima, o problema encontra-se na pretensão de que tais sistemas se revestem. A pretensão de serem mais do que doxa, opinião ou crença. A doxa é uma intuição e como tal pode evidenciar conteúdos intencionais verdadeiros, porém, tal só acontece quando se está firmemente calcado em uma atitude fenomenológica.

A ATITUDE FENOMENOLÓGICA

A atitude fenomenológica nos põe na condição observadores imparciais de nos mesmos e nossas ações a partir da apreensão que fazemos do mundo em nossa consciência intencional. Ou seja, ao invés de nós vermos no mundo sob o foco de nossos interesses, apetências, preconceitos, etc ... deixamos que o mundo se dê a constituição intencional que dele fazemos na consciência, pela apreensão das essências dos fenômenos percebidos e sua inserção no fluxo dos vividos. Evidentemente nossos interesses, preconceitos, apetências, permanecem, mas não mais nos confundimos com eles, pois na atitude fenomenológica eles também são objetos apreendidos pela consciência. Este o vértice da questão, na atitude natural somos levados, conduzidos por nossos sistema de crenças, por isso ser dita ingênua; na atitude fenomenológica a demanda é pelas coisas em si e não pelo que queremos que elas sejam. As crenças passam a ser estribadas em fundamentos que lhes permitam invocar a condição de verdadeiras ou falsas.

É na atitude fenomenológica que percebemos que o direito penal se acha eivado de crenças que impedem a formulação de parâmetros científicos nos quais se possam erigir premissas para reger as relações com políticas públicas e segurança pública. Trata-se, portanto, de estabelecer as bases para uma reflexão sobre o ser do direito penal que permita formular um enunciado que lhe evidencie a essência.

A essência de um fenômeno é sua invariabilidade, é o conjunto de seus aspectos identificadores sem os quais o fenômeno modifica-se em algo diverso. A função de se determinar as essências está na proposta de Husserl: voltar as coisas mesmas. Com isso pretendia enfatizar que a pretensão científica não poderia prescindir de um esteio apodítico, um cuja relação proposicional fosse irresistível a análise empreendida sob a rigorosa ótica fenomenológica.

CARÁTER PROPOSICIONAL DOS JUÍZOS

As ciências em geral e as ciências sociais em especial, manifestam-se com respaldo em formulações linguísticas. Pode-se afirmar que as formulações matemáticas ou físico-químicas fogem a este paradigma somente no seu próprio campo de produção, mas assumem formulação linguística quando de sua publicação ou implicação com outras áreas. O que acontece é que estas formulações se prestam a expressar tanto proposições que possam ser passíveis de juízos quanto a serem verdadeiras ou falsas, quanto para frases não-declarativas que, por sua natureza, exprimem desejos, promessas, etc ... Portanto, para se afirmar um conceito eidético de direito penal é preciso, antes, determinar o porquê da inadmissibilidade do sistema de crenças predominante.

Já se afirmou aqui que a atitude natural tem na sua constituição ingênua sua característica essencial, nela a consciência intencional, que evidencia o mundo e dá sentido aos fenômenos que nele apreende, se coloca no próprio campo de percepção através de sua influência nos próprios objetos apreendidos. Desta forma, a atitude reflexiva deve substituir a natural neste processo, mas isso seria insuficiente se não dotada de critérios que permitissem a construção dos conceitos científicos necessários e apodíticos. É na construção de uma estrutura linguística compatível que se pode estabelecer a distinção entre a formulação de uma crença especulativa e uma verdadeira. De acordo com Husserl e segundo o que interessa à presente reflexão, um juízo é uma intencionalidade judicativa que, por meio de uma proposição, faz referência a um objeto extraproposicional que passa a ser a medida da proposição. Assim ao formular uma proposição como: o direito penal é uma forma de reduzir a criminalidade ou é um instrumento para controle de classe social, formula-se um juízo pois trata-se de uma proposição referida a um objeto extraproposicional que passa a ser a medida da própria proposição. A questão então é: estes juízos podem ser validamente formulados com pretensão apodítica?

Tem-se então que pensar a forma como esta relação se dá concretamente. Isto se dá pois uma proposição onde não haja adequação com o objeto extraproposicional será falsa, embora permaneça no campo das proposições, porém com validade cancelada. Husserl estabelece que, para se atingir a condição de afirmar a verdade ou falsidade da afirmação relativa ao objeto externo a proposição, é necessário que um outro ato seja praticado, este ato seria a doação originária de sentido do ato intuitivo que corresponde a proposição formulada. Pedro M. S. Alves vai dizer que a coincidência entre sentido visado e sentido intuitivo corresponde a vivência da verdade e a não correspondência seria o engano ou falsidade³.

ASPECTOS EIDÉTICOS DO DIREITO PENAL

A questão que se coloca, portanto é: os juízos sobre o direito penal, formulados usualmente pela doutrina são verdadeiros, eles implicam em uma síntese de preenchimento pela coincidência entre os sentidos visado e intuitivo? A conclusão encontra-se no aspecto eidético do direito penal, ou seja, é possível que tais juízos sejam válidos em certas circunstâncias ou realidades, por exemplo, não se questiona que o direito penal erigido pelo regime nacional-socialista alemão tenha sido um instrumento de controle social e político, da mesma forma na antiga União Soviética o direito penal servia para controle político ou que no Brasil foram erigidas normas de evidente caráter de controle social como nas contravenções de mendicância e vadiagem adotadas na lei de contravenções penais. A questão que se coloca é que as proposições que abarcam estes objetos apresentam uma pretensão à totalidade. Quer dizer, aspiram a responder por toda a dimensão do que seja a essência do direito penal. Neste caso não importa se a proposição afirma que ele limita a ação policial/punitiva do estado ou se instrumentaliza o controle de classes, o que importa é que estas proposições reivindicam uma totalidade que, não sendo

³ ALVES, Pedro M. S. Relação entre proposição e norma. Fenomenologia e direito, volume 3, número 2 outubro 2010/março 2011, pag. 51.

capaz de dar conta do preenchimento do objeto extraproposicional, culmina por tornar falsa a proposição. O que permite afirmar a incapacidade de proposições totalizantes responderem por este objeto está justamente em sua amplitude. Quando aliam estas proposições ao objeto se dá a impossibilidade de preenchimento.

O valor das asserções mencionadas deve ser mantido, mas em um âmbito que corresponda a sua validade. Isto, porém, somente será possível se houver uma base apodítica sobre a qual sejam erigidos os objetos relativos às diversas situações onde o direito penal possa, de forma coerente e correta, invocar a adequação entre sentido visado e sentido intuído. Portanto é de todo pertinente que se estabeleça quais os aspectos que integram uma eidética do direito penal. Pode-se assim começar por estabelecer que é indissociável da essência do direito penal a eleição de valores cuja lesão deve implicar em sanções de maior intensidade. Qualquer que seja a estrutura político jurídica do Estado que se analise, seja ele uma democracia ou uma teocracia ou ainda um regime ditatorial, estará invariavelmente presente a determinação de normas penais como meio erigir valores especialmente sensíveis ao estado e/ou a sociedade. Diante da intensidade de que a sanção penal se reveste sua utilização estabelece-se à guisa de mais grave forma de atuação do Estado junto aos cidadãos. Outro aspecto que evidencia a essência do direito penal é atribuir sua incidência a atos decorrentes do uso específico da liberdade do agente. Ou seja, a especial eleição de valores a serem penalmente reconhecidos somente terá sentido se o risco de lesão a que se acham expostos puder ser evitado. Somente os atos que decorrem do uso da liberdade humana são passíveis de serem evitados pelo indivíduo, os fatos inevitáveis, posto que decorrentes de caso fortuito ou força maior, podem até encontrar guarida em ordenamentos jurídicos exóticos, mas não lhe integram a essência por fugir a qualquer aspecto intersubjetivo. Por derradeiro tem-se que o aspecto essencial do direito penal exige ainda que sua sanção seja característica, quer dizer, que possua conteúdo apto a dissuadir um indevido uso da liberdade. Tal condição se dá pela adoção de sanções

que apresentem caráter punitivo e retributivo. É indubitável que as sanções podem e devem se aproximar da humanidade de que o direito penal moderno e democrático deve se revestir, porém, ainda assim, a natureza punitiva se apresentará sob a forma de imposição e, no mínimo, restrição da liberdade do agente. Há ainda um aspecto que deve ser considerado, será a sanção penal essencialmente geradora de estigma e discriminação ? Creio que sim, mesmo que tal efeito possa ser mitigado ou limitado temporalmente, ainda que por curto espaço de tempo, a reincidência e os maus antecedentes são consequências inseparáveis da condenação criminal. Com isso podemos formular o conceito nestes termos; Ramo do direito que se caracteriza pela eleição de valores, cuja lesão decorrente de um uso específico da liberdade do agente, ocasiona a incidência de uma sanção de natureza retributiva/punitiva e caráter estigmatizador.

Poder-se-ia indagar em que sentido esta conceituação promoveria a síntese capaz de olhe outorgar a chancela de validade. A resposta obtém-se com recurso a noção de doação originária. Esta seria o sentido inerente ao objeto que é percebido enquanto tal pelo sujeito cognoscente. Alguém que lance sua intencionalidade rumo ao direito penal visando iluminá-lo, perceberia estes aspectos da mesma forma que ao lançar o olhar a uma cadeira ou a audição a uma mesa, intuitiria a condição de ser uma essencialmente objeto destinado ao uso para que pessoas nela se sentem e a outra ao entreterimento auditivo, lúdico. Desta forma, sem pretensão ao esgotamento de sentidos (algo impossível face a serem infinitas as possibilidades que o horizonte desvela quando inserto no mundo da vida), ao enunciar a conceituação acima, cria-se uma base verdadeira sobre a qual novas possibilidades podem ser erigidas sem incorrer no equívoco de formar juízos falsos ante a impossibilidade de preenchimento do que se intenciona por aquilo que a coisa em essência é. Falta assim aduzir considerações sobre o último aspecto relativo a esta reflexão, qual seja, a de seu âmbito de desvelamento ante a imanência do mundo da vida.

INSERÇÃO DO CONCEITO NO MUNDO DA VIDA

Ao renunciar a noção de mundo deduzida pela cultura ocidental sob influência do pensamento que a promove como sendo uma artificialização que encobre os fenômenos do mundo verdadeiro, mundo dos vividos, a fenomenologia indica a necessidade de se conhecer este mundo que se manifesta a nossa consciência. Este mundo, iluminado pela consciência humana intencional, apresenta abertura a infinitos horizontes, para os quais cada ser humano, com sua consciência intencional, é um agente capaz de vê-los e evidenciá-los. Com isso a inserção do direito penal em seu aspecto eidético se faz, não no mundo naturalizado das ciências positivas, mas no mundo da vida.

A proposição então significa que, ante as infinitas possibilidades que se abrem para a reflexão penal ao nos depararmos com o mundo da vida, respeitada a essência do que seja o penal, pode-se muito bem deduzir reflexões sobre a necessária ação limitadora do Estado ou a racionalização do direito com a determinação de objetivos ou funções específicas, desde que estas não atentem contra a essência do que seja o direito penal, pois neste caso deixaríamos de tratar do direito penal e estaríamos imergindo no mundo naturalizado, deduzindo conceitos que não seriam capazes de sustentar uma pretensão a serem considerados como verdades e não meramente crenças ingênuas. Infelizmente, em razão do amplo predomínio da técnica na elaboração do discurso científico, o recurso ao mundo dos vividos como mecanismo para constituição do mundo pela consciência se acha embargado nas vias acadêmicas e científicas. Isso faz com que haja uma grande produção especulativa de funções, conceitos e críticas a diversos fenômenos, críticas estas incapazes de acrescentar algo que sirva de forma mais sensata a identificação do papel que cabe ao direito em geral e ao direito penal especificamente, no mundo contemporâneo. Elevam-se penas sob justificativa de inibir a criminalidade, criam-se regimes diferenciados e rigorosos ao arrepio de qualquer constatação que demonstre uma

validade, ao mais tênue sinal de incremento de violência recorre-se ao direito penal como panaceia dos males modernos. Portanto, torna-se fundamental prosseguir com a busca de novos horizontes de sentido que a consciência pode realizar quando, a partir de um conceito eidético de direito penal, busca determinar os parâmetros de validade ou invalidade dos discursos jurídicos ante a necessidade de torná-los socialmente mais úteis.

