

FENOMENOLOGIA E DIREITO



HUSSERL

Volume 1, Número 2
Outubro 2008/Março 2009

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



Escola da
Magistratura
Regional Federal
da 2ª Região

PPGF UFRJ



Programa de Pós-Graduação em Filosofia



*Escola da
Magistratura
Regional Federal
da 2ª Região*

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

Tribunal Regional Federal da 2ª Região



REVISTA FENOMENOLOGIA E DIREITO

TÉCNICA E DIREITO

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 1, Número 2
Out. 2008/ Mar. 2009

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região : fenomenologia e direito : técnica e direito / Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. – Vol. 1, n. 2 (out.2008/mar. 2009). – Rio de Janeiro : TRF 2. Região, 2008 -

v. ; 23cm

Semestral

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 André Fontes

Diretor da Revista

Desembargador Federal Clélio Erthal

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretora de Relações Públicas

Desembargadora Federal Maria Helena Cisne

Diretora de Pesquisa

Desembargadora Federal Liliane Roriz

EQUIPE DA EMARF

Lenora de Beaurepaire Schwaitzer - Assessora Executiva

Carlos José dos Santos Delgado

Edith Alinda Balderrama Pinto

Leila Andrade de Souza

Liana Mara Xavier de Assis

Lucia Helena de Souza Fernandes

Margarete de Castro Amaral

Maria de Fátima Esteves Bandeira de Mello

Reinaldo Teixeira de Medeiros Júnior

Expediente

Conselho Editorial

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

Comissão editorial

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

Editado por

Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região - EMARF

Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica

Leila Andrade de Souza

Foto da Capa

Edmund Husserl

Impressão

Tribunal Regional Federal da 2ª Região - SED/DIGRA

Tiragem

600 exemplares

Presidente:

Desembargador Federal CASTRO AGUIAR

Vice-Presidente:

Desembargador Federal FERNANDO MARQUES

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORRÊA

Membros:

Desembargador Federal PAULO FREITAS BARATA

Desembargadora Federal TANIA HEINE

Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA

Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS

Desembargador Federal CARREIRA ALVIM

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal ANTÔNIO CRUZ NETTO

Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFÁCIO COSTA

Desembargador Federal FRANCISCO PIZZOLANTE

Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ

Desembargador Federal SÉRGIO SCHWAITZER

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Desembargador Federal ANDRÉ FONTES

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Desembargador Federal ABEL GOMES

Desembargador Federal LUIZ ANTÔNIO SOARES

Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO

Desembargadora Federal LILIANE RORIZ

Juiz Federal Convocado MARCELO PEREIRA DA SILVA

Juíza Federal Convocada MÁRCIA HELENA PEREIRA NUNES

Juiz Federal Convocado LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO

Juiz Federal Convocado JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA

Juiz Federal Convocado CARLOS LUGONES

Juiz Federal Convocado RENATO CESAR PESSANHA DE SOUZA

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	13
O DESAFIO DA ÉTICA HOJE EM DIA	15
Emmanuel Carneiro Leão	
AS CONCEPÇÕES FENOMENOLÓGICAS ELEMENTARES DO ESTADO E DO DIREITO	29
André R. C. Fontes	
TÉCNICA, DIREITO E CRISE DE LEGITIMIDADE	41
Jorge Luis Fortes Pinheiro da Câmara	
O QUE IDENTIFICA UMA UNIÃO DE PESSOAS COMO COOPERATIVA?	65
Guilherme Krueger	
DIREITO, VALOR E TÉCNICA	87
Aquiles Côrtes Guimarães	
A TÉCNICA E OS VALORES ÉTICOS	99
Denise Quintão	
GERHART HUSSERL: O JULGAR “HOJE”, NA PERSPECTIVA FENOMENOLÓGICA	115
Adriana Santos e Eduardo Andrea	

APRESENTAÇÃO

O segundo número do volume um dos Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região - EMARF -, publicação conveniada com o Programa de Pós-graduação em Filosofia da UFRJ, por intermédio do seu Seminário de Filosofia Jurídica e Política, está dedicado às questões atinentes à técnica e suas relações com o Direito e os valores na nossa contemporaneidade.

A aridez da técnica como um fim em si mesma e sua força desespirtualizadora do mundo constitui hoje a encruzilhada da destinação das instituições humanas. E nesse oceano global de incertezas, as instituições mais atingidas são as educacionais e jurídicas, cujas tarefas articulam a transmissão e a interpretação da cultura na concretude da nossa vivência histórico-social. No momento em que o Supremo Tribunal Federal inaugura uma fase histórica de notável ativismo judicial, nada mais oportuno do que pensar a técnica frente aos valores positivados nos princípios constitucionais que orientam esse saudável impulso normativo.

O Conselho Editorial

O DESAFIO DA ÉTICA HOJE EM DIA

Emmanuel Carneiro Leão - Professor Emérito da UFRJ

No aspecto dinâmico de sua constituição, toda ética é, na experiência de todos e de cada um, luta obstinada e sem tréguas contra as abstrações na conduta individual e social dos homens. Por isso, em suas atitudes, os homens contestam, de fato se não de direito, toda ação ou reação encarcerada dentro de ideologias, sejam do centro, da direita ou da esquerda. Esta ojeriza ao abstrato explica, em grande parte, a atração duradoura que as grandes personalidades exercem sobre os homens. É que, apesar de todas as aparências, a pessoa é o maior esforço para salvaguardar o primado do singular no concreto. Em hipótese alguma, porém, deve-se confundir singular e concreto com o imediato, com o conhecido, com o consciente e/ou o inconsciente.

Esta igualmente é uma das origens da descrença humana, se não nas instituições em si mesmas, pelo menos numa certa presunção das instituições de poder substituir a vida e sua originalidade por funções e sua funcionalidade. Entendida apenas

como norma e prescrição, a lei é uma poderosa pretensão abstrata que não consegue inspirar totalmente nos homens a menor admiração ou mesmo um pouco de simpatia. Pois, no sentido de norma e prescrição, toda lei supõe e se funda na pior das abstrações: na imposição de um fanatismo igualitário. E, como todo fanatismo, o império da lei se estriba também em mecanismos de defesa. Por isso é que os atos violentos das diferenças impressionam muito mais os homens, sempre estranhos para si mesmos e para os outros – tanto para os outros de si mesmos, como para os outros dos outros – do que os estados de violência da igualdade legal.

Como seria possível ao homem renunciar às diferenças, tão profundamente plantadas na raiz de sua humanidade, em favor de um nivelamento monótono e repetitivo da igualdade? - Cada um de nós se pergunta, em todo encontro e em qualquer desencontro, se não subsiste alguma conexão essencial e secreta entre o horror à abstração igualitária, à estandarização niveladora e o horror à violência sistêmica? E a resposta tem sido sempre uma experiência assertória, uma reação positiva, embora se trate de um elo nem sempre explícito e reconhecido. E por um motivo bastante simples. O esforço da abstração é de natureza passional e toda paixão gera e provém do abstrato, sempre o indispensável para sustentar as instituições e promover a igualdade. Ora, é impossível alicerçar qualquer equilíbrio ou integração de forças reais em abstrações, tanto em nível biográfico e individual, como em sentido histórico e social. Esta também é a verdade profunda da falência de toda etnarquia, como foi outrora a Sociedade das Nações ou como são hoje as Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos, a Comunidade Européia ou qualquer outra instituição transnacional ou super individual de pretensões políticas.

Caracteriza toda atitude ética ser polivalente e, nunca, por uma operação dolosa de má fé, levar a crédito de uns o que inscreve

a débito de outros. Assim, se, de um lado, o homem-bomba, a mulher-bomba, a criança-bomba são terrorismo, do outro lado, o tanque-bomba, o avião-bomba, o foguete-bomba não o são. São até tidos e havidos, como legítima defesa contra o terrorismo. Por toda parte vai prevalecendo a convicção de que a morte, o assassinato, a destruição podem se transformar em legítima defesa da vida contra qualquer ameaça de morte que surja. É a ordem da desordem, a crise radical da ética com que nos sufoca e nos confunde hoje o mercado, arrogando-se a competência de supremo tribunal de decisão para qualquer valor. Ora a discriminação é o traço característico e a marca registrada de certa dogmática histórica hoje ainda muito em voga. Julgam-se com extrema benevolência os crimes de direito comum, chegando-se ao cúmulo de idealizá-los com justificativas ridículas de vitimização, enquanto se condenam com toda a severidade os crimes de natureza política e ideológica com estigma social. No passado, o difícil, o grande desafio para todo mundo, tanto indivíduos, como grupos, era chegar a ser ético e moral em todas as atitudes e ações. Hoje, não! Inverteu-se a situação, o grande desafio, no âmbito da ética, é conseguir ser imoral e violar os princípios éticos, é chegar a praticar um crime, cometer uma abominação ou tomar uma atitude reprovável. Pois todos somos vítimas. Ninguém pode ser ou sentir-se culpado quando tudo é permitido e a permissividade campeia por toda parte, como o ideal supremo do valor e a liberdade se transforma cada vez mais em licenciosidade, em isenção de qualquer dever ou interdição: “liberou geral”!

Vivemos uma aberração ética. O crime político é considerado crime supremo, por ir de encontro e violentar o sentido da história. Em contrapartida, o crime comum, não interessando pretensamente à história, é tratado, como direito universal do homem. Por “desencadear uma virulência marginal”, o crime comum é visto

como essencialmente venial, quando não uma virtude social. Assim não é de se admirar a simpatia que criminosos inveterados encontram entre as chamadas elites progressistas, que se consideram e se têm por revolucionárias. O conformismo da esquerda, os poderosos da esquerda, os bem pensantes da esquerda não são menos reacionários, nem menos prepotentes do que o conformismo, os poderosos, os bem pensantes do centro e da direita. O intelectual progressista se julga revolucionário, por sentir-se inferior ao criminoso, por ter vergonha de sua folha corrida limpa. É tido de mente tacanha e mentalidade careta quem continua achando o roubo ato eticamente reprovável em si mesmo, qualquer que seja o contexto social e a condição de vida de quem o tiver praticado.

A nossa época dá um espetáculo de verdadeira má fé no absurdo e de incoerência no reino dos valores. Do ponto de vista ético, bem e mal não são dois princípios separados que se opusessem, como a imperfeição se opõe à perfeição.. O bem e o mal constituem ambos o mistério insondável de toda ética digna deste nome. Mistério, porém, não é um letreiro de propaganda nem uma referência ao sentimento oceânico da indiscriminação e do indiferenciado, em qualquer nível que seja. Todo mistério se ordena e sintoniza com uma atitude de meta-técnica, condição de possibilidade para todos os desempenhos de valor. É uma atitude sempre refratária, mas sempre empenhada em determinar escolhas e definir decisões. O mistério se faz assim o indeterminável determinante de toda determinação ética.

Ninguém sabe os limites do progresso técnico, mas, em cada etapa de seu crescimento, todo mundo sabe, com sabor oblíquo e incorporado, que o progresso é, de sua natureza, opaco para si mesmo e obtuso para as condições de suas próprias possibilidades, cego para os valores éticos e para a operação de seus limites. É

aqui que emerge a experiência mais do que lúcida, a experiência translúcida de uma conexão íntima e reciprocamente constitutiva entre ética e mistério. Quanto mais as técnicas progridem, tanto mais a ética regride em vigência formativa e em espontaneidade criativa. O progresso tende a disseminar uma atmosfera desfavorável para o exercício da ética e o vigor da criação. Por isso cresce hoje cada vez mais a metamorfose das comunidades em ajuntamento, das sociedades em adestramento, dos grupos em massa. É o caldo de cultura e da cultura do virtual e dos meios eletrônicos de relacinamento e comunicação de massa. Ora a ética só pode afirmar-se, florescer e vigor, fora e contra as massificações e os automatismos.

A criação contra as repetições, o universal contra o abstrato, a originalidade contra as reposições, a personalidade contra as massas, a diferença contra as uniformizações de igualdade: tal é o verdadeiro desafio da ética, no contexto sem viço nem vitalidade, em que hoje nos descobrimos inseridos, a cada passo e por toda parte. O apelo de originalidade, que nos trazem a criação, o universal e a diferença, interessa à ética de nossos encontros e desencontros em nossos empenhos de ser e realizar, tanto o que temos e não somos, como o que somos e não temos. Aqui, porém, o universal não é uma abstração que vale igualmente de qualquer diferença e para toda individualidade, por deixar-se reduzir a fórmulas de comunicação de massa, suscetíveis de veiculação repetitiva. O universal, que a ética supõe e promove, é concreto. Ora, este universal concreto se concentra na criatividade do espírito e se realiza no acolhimento das diferenças. Pois todo espírito ou é amor e criação ou é um nada negativo, descambando para a imposição de estereótipos em estribilho. É a mensagem ética que nos deixou a experiência de pensamento radical dos gregos, em cada nível e em toda fase de seu percurso histórico. Entre amor e

ética não pode haver exclusão. Toda vez que se instala uma cisão, ou o amor se degradou em interesse ou a ética se cerebralizou em repetições abstratas. A massificação provém e se instala na falta desta integração. É por isso também que uma ética para as massas é uma bandeira de pirata. Pois só a pessoa pode ser educada. Fora disto, tudo se reduz a treino e adestramento. As massas só podem mesmo ser fanatizadas por abstrações ideológicas. É o amestramento. Toda propaganda visa a garrotear a vida e a substituí-lhe as forças de criação por uma agitação padronizada e automática. A vitalidade dos tumultos, das rebeliões, das revoluções só se conserva até às vésperas da vitória e à tomada do poder. A partir daí tudo são massificações, e a possibilidade de um homem livre fica na saudade de um ontem cada vez mais sem amanhã.

Que é homem livre?

Como toda pergunta essencial, também esta não é uma pergunta que se possa discutir em abstrato, sem referência a situações históricas e às condições da existência. O próprio do homem está em realizar-se dentro de uma tradição e arraigado num mundo. Pois bem, no mundo, em que vivemos e na situação histórica com que nos defrontamos, a liberdade se dá e chega ao homem de hoje no retraimento e na recusa, como negação e negaceio. Há um século, depois de Nietzsche ter anunciado a morte de Deus, um outro anúncio se vem impondo, menos proferido numa denúncia do que sentido nos murmúrios da angústia: o homem está em agonia. Não se trata de uma profecia para o futuro. É uma experiência que se faz a cada passo. Dizer que o homem está em agonia não é julgá-lo ameaçado de fora por uma catástrofe ou pela fatalidade de uma destruição genética de toda espécie. A agonia do homem corresponde a uma angústia muito mais radical. Equivale a reconhecer que as possibilidades de eliminação da vida na terra

brotam das profundezas ontológicas do próprio modo de ser do homem. Hoje já não é possível esconder o elo intrínseco de ligação que prende o progresso à violência. Esta pertinência recíproca distingue e caracteriza a situação da ética em nossos dias.

O desafio da ética hoje não está em transformar-se numa ética da situação. Toda ética da situação inclui uma abstração nevoenta. O desafio concreto da ética está em entregar-se toda à “espera do inesperado”. Uma espera que vive e vivifica a vida do pensamento. Pois pensar, como pensam os pensadores, não é conhecer como conhecem os conhecedores. É, perseverando na “espera do inesperado”, deixar-se transformar pelo vigor originário do não saber. Trata-se de tarefa difícil. Uma ascese rigorosa se impõe e um esforço continuado se recomenda: a ascese de se despojar de toda presunção de ser e o esforço de renunciar a toda pretensão de já saber o futuro. O que quer que ainda venhamos a ser, nós já somos, embora sem tê-lo em nosso poder. Tudo que ainda está por vir, nós já somos, embora sem o saber, de vez que estamos sempre empenhados num empenho de ser e num esforço de realização.

Mas o que assim se nos propõe não é mera tarefa de tomar consciência. Toda consciência é um modo de ter. É sobretudo um desafio histórico de desempenho de ser. Só fomos o que somos, só somos o que havemos de ser, na medida em que nunca conseguimos ter tudo que nos é dado ser. Nossa dificuldade radical não está, nem no futuro, nem no passado. Está no presente. O espírito do presente não é apenas a presença; é também a ausência do pensamento. As pretensões com o futuro e as saudades do passado nos atropelam o esforço do presente. Somos sempre seres do instante, como nos vem recordando ao pensamento a Oitava Ode Pítica de Píndaro, há mais de vinte séculos:

“Seres de um dia: o que é ser alguém?”

*O que é ser ninguém? – Um homem,
sonho de uma sombra”*

Com nos trazer desafio e provocação, a situação atual da ética desmascara também uma presunção: a presunção da razão de dominar e ter em mãos o próprio ser, a própria realidade. Uma tentativa, sempre de novo ensaiada, mas sempre de novo frustrada. E por que? – Porque a razão nunca pode ser nova. Foi, é e será sempre velha. O seu tribunal é o supremo tribunal da repetição de moldes e do estribilho de modelos. E por que? – Porque, por sua própria natureza, a razão impõe padrões e exige a observância estrita de paradigmas. Ora, modelos e paradigmas estabelecem regras, prescrevem normas. E como um processo normatizador pode aceitar o novo? – Por sua própria natureza, a razão produz conhecimentos. E como pode o já conhecido ser novo? – Por sua própria natureza, a razão traz consigo o passado. E como pode o que já foi e passou instalar o novo? Toda derivada é contínua. Tudo, que a razão carrega, acarreta o velho, tão velho, que não pode nem morrer nem viver. Ora, para nascer o novo, é necessário a contradição de viver e morrer ao mesmo tempo a cada instante. É o que nos convida a pensar com nosso próprio ser o epitáfio de Rainer Maria Rilke:

“Rose, oh reiner Widerspruch, die Lust niemandes Schlaf zu sein unter so vielen Lidern”

“Rosa, pura contradição: a volúpia de ser o sono de ninguém debaixo de tantas pálpebras”!

Quando se conhece uma situação ou se percebe uma conjuntura, elas não são mais, já passaram. Todo real é uma realização incessante que não se repete mais. Trata-se de uma palavra, que, uma vez pronunciada, já não se pode dizer outra vez. O que se nos afigura repetição nas realizações do real não passa

de um efeito ótico da razão. Para poder operá-las em apresentações, a razão paralisa em abstrações suas representações e acha que, com tais ferramentas, conhece e controla o real. Mas justamente a paralisação torna a razão velha. Um cálculo e um padrão, um paradigma e uma amostra, um modelo e uma representação nunca podem ser novos. É que, por nunca poder ser originária, mas por funcionar sempre em derivações, a razão não cria nada de original. Sua força é derivar, seu poder é, como todo poder, repetir-se em deduções, sejam formais, sejam transcendentais, sejam empíricas. E, na linhagem das repetições, trata-se de um poder sem fim nem limites. No gênero de sua ação, a razão pode tudo. A razão só não pode pensar e criar, porque, para tanto, é preciso encontrar-se com a jovialidade das realizações do real, renunciando a todo controle, respeitando o mistério da realidade e deixando vir ao encontro o frescor e o viço, a juventude do novo.

É que, para se deparar com o novo, há de se abandonar a si mesmo todo paradigma de desdobramento e deixar ser todo parâmetro de derivação. Gerar paradigmas e construir parâmetros, para neles tentar enquadrar o real, é a grande presunção da razão. Por isso somente desfazendo-se de toda pretensão é que os ouvidos se abrem para o inaudito e os olhos se liberam para o invisível. A boa visão não é a que vê tudo que é visível. Esta é a visão racional. A boa visão é a que vê o invisível em tudo que é visível. Suave, a melodia que se ouve, criadora, a música, que não se ouve, mas se escuta em toda melodia. É para esta experiência criativa que nos convida todo empenho ético pela ética.

Certa vez Nietzsche escreveu que feliz e bem-aventurado não é quem não vê e crê, como está no Evangelho de São João (“felizes os que não tendo visto, têm crido”). Para Nietzsche, feliz e bem-aventurado é quem vê e ainda assim não crê. Pois bem, para se pensar a crise da ética hoje, é necessário, num mesmo elã de ser,

tanto ver e crer, como ver e não crer como crer e não ver. Todos os métodos e todos os esforços da ética, ao longo destes dois milênios e meio de História Ocidental, nada mais fizeram do que desprender o homem de todas as pretensões e deixar emergir a integridade de sua conduta na irrupção inesperada da realidade nas realizações do real. Em cada ação e/ou omissão de todos nós, luta e se empenha por chegar a si mesma uma única experiência: a saber, o homem tem de conquistar-se, deixando ser as virtualidades de sua própria humanidade. Por isso, a todo momento, deve abandonar tudo e ser abandonado por tudo, a fim de se recuperar e se recolocar, em cada situação, de maneira sempre mais livre. Nenhuma ideologia serve à liberdade, supõe e encoraja a ética. Pois a essência de qualquer ideologia é sempre discriminar e excluir tudo que lhe é diferente e contrário. Deve, portanto, despir-se de toda ideologia quem quiser remontar ao ponto de origem de uma realização libertadora. Aqui também valem as palavras do Evangelho em Lucas 17 , 33 “quem quiser conservar sua vida perdê-la-á mas quem a perder há de gerá-la de novo”. Todavia, “gerá-la de novo”, como? – não de certo, na monotonia das repetições, nem num vazio cheio de aspirações e desejos e sim pelo encontro com o inesperado na liberdade de ser e transformar-se. É a experiência a que nos remete toda eloquência de pensamento da expressão grega: “gerar a vida de novo”. Só alcança o fundo de si mesmo e só pensa as profundezas da ética na existência quem deixar tudo e for deixado por tudo, aquele para quem tudo desapareceu e se viu a sós com o nada. É o passo constitutivo da postura do filósofo, em todo homem, que, de certa feita, Platão comparou com a morte: “empenho da morte”, uma das definições platônicas da filosofia.

A história da humanidade se move em ciclos de vinte e cinco séculos. A cada dois milênios e meio se fecha um ciclo, se atinge um clímax e se instala um fim. É o instante propício para se

transformar e ser mais livremente o que somos. Pois tudo se torna fluído e nada se fixa. Os velhos padrões se esboroaram e os novos parâmetros ainda não se instalaram. Aparecem, então, mais claras as limitações da razão e se fazem mais sensíveis as perdas da racionalidade. O mundo todo entra em transição e sente a necessidade de passar. Dois mil e quinhentos anos atrás, surgiram Buda na Índia, Lao-Tzu na China, Zaratustra na Pérsia, os Pré-socráticos na Grécia.

Hoje em dia, estamos de novo nos interstícios da história, de passagem para outro dia histórico. Todos os parâmetros desvaneceram, todos os valores se gastaram, todos os princípios perderam força. Vivemos num estado fluído, elástico, maleável. O velho já não tem importância. O passado enfraqueceu seu poder e o futuro ainda não chegou de todo. Estamos num intervalo histórico. É tempo de transformação. É dia de libertação. Por isso toda ética está em crise de fundamentos. Impõe-se uma mudança de princípios, urge uma transformação de paradigmas. Na experiência histórica de Nietzsche, começa a descida de Zaratustra, para anunciar o “super-homem”, der Über-mensch. No prólogo do primeiro livro de Also sprach Zarathustra, escreve Nietzsche com letras de sangue:

“Queria presentear e distribuir até que os sábios entre os homens se tenham alegrado de sua loucura e os pobres entre os homens se tenham alegrado de sua riqueza. Para tanto, tenho de descer ao fundo, como tu fazes no fim do dia, quando afundas no mar e levas luz para o mundo de baixo, tu, astro acima de qualquer riqueza”.

É nesta ambivalência de uma passagem histórica e de uma transição paradigmática que temos de aprender a conviver num verdadeiro vazio, num vazio esvaziado de toda pretensão de valor e de valores, de decidir e decisões, de ser e de essências, de ordem

e ordenações. É neste aprendizado que nos chega o desafio da ética nos dias de hoje. Justamente porque nos devemos aventurar na grande e longa missão de construir um mundo verdadeiramente novo, temos de aprender novamente a pensar, radicalmente, novo. E temos de aprendê-lo de modo ainda mais rigoroso do que todas as épocas anteriores e éticas passadas. Pois somente o pensamento mais radical nos põe diante do que há de extraordinário neste desafio e há de preservar-nos contra uma explosão de mera repetição e estéril imitação.

O que se trata de ultrapassar hoje neste desafio radical da ética, o que se tem de esperar agora radicalmente não é determinada interpretação do sujeito. É determinar o homem como sujeito. Esta determinação caracteriza os tempos modernos e hoje alcança, na expansão essencial da técnica, uma força planetária. É tão profundo seu vigor histórico que permite concepções diferentes e até contrárias, reivindicar, com o mesmo direito, a linhagem da modernidade. Idealismo e realismo, materialismo e espiritualismo, racionalismo e existencialismo, capitalismo e socialismo têm em comum necessidade histórica de não se desenvolverem nem se afrontarem senão plantados no sol, o de um mesmo nihilismo, em que o mistério da realidade e do realizar-se no tempo já não é nada e o nada se reduz sempre a algo simplesmente negativo, a mera ausência de qualquer coisa. Centro de um mundo quase que só feito de sujeitos e de objetos, de funções e operações, de dispositivos e disjuntores, a armação da técnica se vai tornando o fundamento comum de todos os sistemas e organizações modernas, a alavanca de todo humanismo cristão, ateu ou indiferente, a meta de todas as revoluções, sejam capitalistas ou comunistas.

No império das funções politônicas, o desafio da ética nos faz sentir hoje a urgência de se pensar a questão de fundo de toda

a existência atual: será mesmo que continuaremos prisioneiros da insurreição da técnica e condenados para sempre a desenvolver, sem nem mesmo pressentir, suas conseqüências monstruosas? Ou os tormentos que nos atormentam nas tormentas de hoje não poderão vir a transformar-se de repente no prelúdio, por mais doloroso que seja, de uma nova “aurora dos dedos de rosa” ou no fênix de uma outra ressurreição? – É com estas esperanças animando-nos o pensamento que somos chamados a assumir o desafio da ética nos dias de hoje.

AS CONCEPÇÕES FENOMENOLÓGICAS ELEMENTARES DO ESTADO E DO DIREITO

André R. C. Fontes¹

O Direito pressupõe o Estado, que, por sua vez, pressupõe a sociedade; e a sociedade, por fim, pressupõe o indivíduo. Esse era o postulado sobre o qual se assentavam as concepções consolidadas entre Estado, Direito e indivíduo, no Século XIX, por ocasião do surgimento da Fenomenologia.

No século do liberalismo, a compreensão do Direito e do Estado não poderia ser reputada completa se não fosse considerada a relação de interdependência e integração entre eles, já que nem o Direito estaria fora ou acima do Estado, nem o Estado poderia ter forma, organização ou fazer atuar a sua própria vontade, sem o Direito.

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

Por outro lado, não se poderia conciliar a evolução do pensamento contemporâneo com a afirmação universalmente aceita, de que seria a chancela do Estado que norteia os destinos do Direito. A afirmação trivial de que os Estados empenham-se em aperfeiçoar os direitos fundamentais de seus integrantes, em uma arena não-estatal, não se sustenta. Essa concepção é desautorizada por expressivos estudos filosóficos, que desencadeiam certeza científica de que um não precede o outro. Em torno dessa compreensão, é impositivo reconhecer que a relação entre o Estado e os direitos fundamentais não é de causa inspiratória ou ideal, mas, ao contrário, é operante e material, de modo que o reconhecimento objetivo e causal desses fenômenos independente da vontade e do reflexo mais ou menos fiel da chamada consciência do homem. Os mais idealistas até poderiam negar um condicionamento necessário com a realidade e, muitas vezes, deduzem motivos de consciência, a razão, ou mesmo a ação de forças sobrenaturais e naturais, como verdadeiramente era de se esperar, pelo resultado imediato e direto do mundo objetivo. Mas, o reconhecimento de que os direitos fundamentais são independentes das atitudes engendradas pelos Estados prevalece como *causa finalis* autêntica de todas as coisas.

Os antigos romanos já haviam se deparado com a questão e, pautados pela sua perspectiva prática e objetiva, conceberam o conceito de *jus* (vocabulo reconhecido como Direito), muito antes de qualquer formulação objetiva sobre a idéia de Estado. E os gregos, que não conheceram aquilo que entendemos por Direito, não deixaram de estruturar uma idéia do justo. Recorde-se, ademais, que os gregos não ignoravam a idéia de *polis*, a cidade-estado, termo equivalente a *civitas* dos romanos. É sabido que o conceito de Estado, no sentido contemporâneo do vocabulo, o de sociedade politicamente organizada, é de origem recente, pois foi idealizado

e divulgado pela pena de Maquiavel (1469-1527). Maquiavel iniciou sua obra prima, *O Príncipe* (1513), com a seguinte proposição: “Todos os Estados, todos os domínios que têm havido e que há sobre os homens foram e são repúblicas ou principados”.

É atual a idéia de que o Estado é um complexo político, social e jurídico, que envolve a administração de uma sociedade estabelecida, em caráter permanente, em um território dotado de poder autônomo, com uma nação encarada sob o ponto de vista de sua organização política, servida pelo Direito.

E é nesse processo de desenvolvimento que o indivíduo é visto muito mais como fator humano, do que como uma unidade de pressuposição. É a sua generalidade integral e integrada que é *pro indiviso*; uma organização social, reunida em um só embrião, retiraria do Estado o raio de ação esperado na sua formação. A peculiaridade fenomenológica dessa fórmula exigiria um acréscimo: o de que o indivíduo pressupõe a consciência. Essa consciência não é a do povo, que somada às necessidades sociais, levaria o Direito a sempre responder às suas exigências, mas aquela identificada intuicionalmente, como um centro de referência, a dar ao sujeito a compreensão pura de um objeto que ele pretende conhecer.

O esclarecimento fenomenológico do sujeito atribui sentido à sua própria existência e afasta a idéia de que ele seria, apenas, mais um ser no mundo. Ao contrário, é o sujeito que permite que o mundo seja concebido. E isso ocorre pela estrutura fenomenológica da chamada *consciência intencional*. A consciência a que nos referimos é aquela que é sempre *consciência de algo*, de modo que o pensar não é acerca de mim ou de como percebo o livro, mas, diversamente, o pensar (ou a consciência) é *do livro* ou de outro objeto imaginado. O aperfeiçoamento da consciência que enumeramos está assentado nessa relação intencional entre o

sujeito que pensa, que conhece, e o objeto conhecido. Devemos concentrar nessa premissa toda a nossa atenção, porque está nela a base e o desenvolvimento da Fenomenologia.

A consciência não é um repositório de informações, tal como uma caixa fotográfica, mas é consciência de algo. Podemos considerar na crença da intencionalidade da consciência que ela visa a um objeto que não é ela própria, e que também não pode estar contido nela. A isso se atribui o caráter de ser a consciência transcendente. Ou seja: a consciência não é um “dentro”, uma intimidade; mas, sim, um foco de luz, um raio que ilumina a coisa, levando-a a patentear-se com a sua significação própria. O mundo existe para e pela consciência significante. Os objetos identificados pela consciência constituem *regiões* do ser (objeto matemático, físico, ser vivo, ser cultural, incluindo o ser psíquico), que deverão ser, sistematicamente, explorados, segundo o método eidético.

A consciência pode apreender-se a si mesma como constituinte, isto é, no seu ato que consiste em *atribuir um sentido*, em *constituir um mundo* dotado de uma significação. A Fenomenologia descobre, então, as estruturas transcendentais da consciência, o que está presente em todo ato que representa o mundo. E o emprego dessa experiência tem o significado muito importante e especial de tornar o sujeito absolutamente irreduzível a um conteúdo da consciência, e, nesse sentido, o sujeito passa a ser uma pura fonte de iluminação. A atividade intelectual através da qual o sujeito suspende toda afirmação realista sobre o que lhe é dado, e, por isso, sobre o todo transcendente, chama-se *redução* e leva a considerar o sujeito como origem da significação. Essa tendência da Filosofia husserliana é classificada sob a denominação de idealismo transcendental.

O marco do que se poderia chamar de estratégia fundamental de Husserl foi o de elevar a Filosofia ao patamar de uma ciência

rigorosa. Essa iniciativa afigura-se apropriada e compatível com a formação de Husserl, antes de tudo um matemático. E a maneira que ele encontrou para esse fim foi a de pressupor o estabelecimento de uma base segura, liberta de todas as pressuposições, e buscar a suprema fonte legítima de todas as afirmações, mediante uma consciência doadora originária, de avançar para as próprias coisas; esse processo ficou conhecido como *o retorno às próprias coisas*. Foi decisiva para a idéia de Husserl fazer uma ciência realizada em virtude de evidências últimas, as quais o sujeito encontraria e poderia chamar de justificação absoluta. Na formulação da nova ciência, partiu Husserl do imediatamente dado na consciência, isto é, aquilo que conhecemos por fenômenos. Esse poder que a consciência possui para superar a si mesma e para pretender o objeto é o conceito da intencionalidade, um dos principais legados de seu professor Franz Brentano, que se reportava à filosofia medieval e, finalisticamente, a Aristóteles. Por essa perspectiva, fenômeno seria o aspecto do objeto presente e atual na consciência, em uma experiência qualquer. Por essa razão, Husserl distinguiria duas espécies de experiências: a sensível e a fenomenológica.

A preocupação, consistente na análise das concepções da época, tornou-se a base do que se queria propor. É que a dita experiência sensível tem por objeto as ciências particulares, muito em voga na época, ao passo que a experiência fenomenológica tem por objeto a essência ou, como Husserl preferia denominar, o *eidós*. A apreensão imediata de uma essência ou *eidós* realiza-se pela intuição, que, desse modo, denomina-se eidética ou essencial. Para “ir até as coisas” é preciso suspender o assentimento em torno de tudo aquilo que não seja plenamente evidente. Ora, a atitude natural do homem inclui muitas convicções, necessárias à vida quotidiana, mas não plenamente evidentes. Essas convicções, entretanto, não são tão consistentes de modo que possam ser

estabelecidas como fundamento de uma Filosofia que pretende ser, não uma bela construção, mas uma ciência rigorosa, que precisará pôr em prática a sua posição teórica para eliminar esses preconceitos. A definição da Fenomenologia como ciência descritiva dos fenômenos equivale, pois, à *ciência descritiva das vivências da consciência* ou *ciência eidética descritiva das essências*.

Husserl estabelece a diferença entre as ciências de fatos ou empíricas e as ciências de essência ou eidéticas. Aquelas se fundamentam na experiência sensível, têm por objeto o real e são *a posteriori*; essas últimas baseiam-se na experiência fenomenológica ou na intuição, têm por objeto o ideal e são *a priori*. Para Husserl, isso significava superar o Empirismo e o Kantismo de seu tempo, em todas as suas vacilações e indecisões.

O mais importante na análise fenomenológica é que nela fica solidamente estabelecida uma conversão intelectual, de modo a haver um abandono da atitude natural de considerar a realidade sensível. Numa primeira vista, é importante assinalar que esse abandono refere-se mais à percepção simples de algo objetivo e concreto, do que ao pensamento ou ao juízo a respeito do que nos é dado. Os fatos, as realidades naturais, os acontecimentos reais que têm uma existência efetiva no mundo espacial-temporal, concebidos como *ominitudo realitatis*, são restituídos a uma autoridade diversa pela Fenomenologia: são reduzidos à sua essência. O desenvolvimento do nosso processo emancipador do conhecimento não está em um juízo concreto de um homem, mas no conteúdo desse juízo, na sua significação, que pertence, sem dúvida, a uma ordem ideal.

O amplo emprego desse desenvolvimento seria uma suspensão da afirmação espontânea de existência do mundo. Não é que essa existência seja negada, mas o juízo que a considera é

reservado, retido, situado entre parênteses no mundo; e, com ele, todo o sistema de ciências é terreno universal onde elas se alimentam. Com a redução eidética, procura-se atingir o dado fenomenológico puro. Consiste, pois, em pôr a realidade entre parênteses ou deixar suspensos os juízos de realidade, para que a realidade do mundo natural não entorpeça a descrição fenomenológica. Tal processo chama-se *epoqué* e com ele não se nega o mundo natural, nem se põe em dúvida sua existência. A *epoqué* caracteriza-se por não tomar posição diante do problema da realidade e por não se imiscuir na questão realismo-idealismo.

Correlativamente, o sujeito imagina que este mundo assim reduzido não é o *eu* empírico, senão o *eu* puro, o sujeito transcendental. Esse *eu* não fica ante uma pura negação, pois a redução deixa subsistir o mundo, não como existência, mas como simples fenômeno, como um objeto cujo ser se confunde com a sua aparição. O mundo se converte, assim, em um fenômeno do mundo, pode ser ele o objeto de uma ciência rigorosa, ao se referir somente ao que é absolutamente dado. E essa ciência tem por missão descrever a consciência pura, nas diversas formas em que se pretende seus objetos, quer dizer, dar-lhes um sentido.

Todo estado de consciência é, em si mesmo, consciência de alguma coisa, seja qual for a existência real desse dito objeto. Existem variedades na relação intencional: será juízo, dúvida, previsão, esperança, desejo, dentre outros, mas a margem do tipo de intencionalidade, o termo pretendido existe somente por e para a consciência. Falando-se presente o objeto da consciência que o pretende sob a exclusiva forma de significado, a intencionalidade é assimilável a uma doação dos sentidos, de modo que toda consciência do mundo impõe um sentido ao mundo.

A Fenomenologia quer ser então a ciência universal da consciência intencional e de suas variedades específicas: assinala-se,

assim, a tarefa de pôr de manifesto não só a essência dos diversos tipos de objetos intencionais, mas também a essência dos atos que os pretendem, como, por exemplo, o *eidós* da percepção, assim como o *eidós* do objeto de percepção enquanto tal. É o lugar central de uma ciência eidética, que versa, exclusivamente, sobre essências.

A essência e o sentido dos atos e dos objetos é o feixe permanente dos predicados que, necessariamente, incidem e sem os quais não seriam eles mesmos, por exemplo, percepções ou objetos de percepções. É também uma unidade de sentido objetiva, de espécie ideal, que determina as fronteiras do possível e pode, então, ser dita *a priori* por relação com as realidades empíricas. Por mais que a essência seja de espécie ideal, a intuição que capta pode ser assimilada com a percepção sensível: podemos “ver” as essências tão imediatamente como os objetos individuais. Existe, assim, uma intuição eidética: é uma intuição doadora original, que capta a essência em sua individualidade metafísico-corporal. Essa intuição eidética supõe a redução fenomenológica. A redução eidética, método que trata de determinar as habilidades constitutivas de uma essência, imaginada sucessivamente em uma experiência mental, não permita já calibrar dita essência em sua especialidade.

Compreende-se que, à vista desse esquema, Husserl tenha subtraído a necessária vinculação entre a Fenomenologia, tal como ele a concebeu, e o idealismo. Se o princípio do regresso às coisas mesmas parece inicialmente realista, sabemos pelo que foi dito, que a redução fenomenológica e do fenômeno do mundo da imanência que fica aqui não se incorpora de modo algum. A Fenomenologia objeta todas as constatações na intuição puramente imanente e proíbe rebaixar a esfera do que é dado em pessoa à intuição. Husserl tenta construir todo o pensamento a partir do *eu* puro. Embora os pensamentos não sejam produtos do pensar, nem estejam neles contidos, são, todavia, dados do pensar. Isso significa

que, há, pois, uma relação que os une e essa “relação que os une” é justamente a *intencionalidade*. A intencionalidade se manifesta na consciência, que se vê obrigada com ela a se empregar, de modo que a simples análise de querer conhecer algo significa conhecer alguma coisa.

Algo é sempre algum objeto conhecido. O sujeito, ou melhor, o *eu* é quem o conhece. O “conheço” ou o conhecer é a consciência. A consciência consubstancia um simples conhecer (do latim *cum + scientia* = com conhecimento). O conhecer é um simples ato, a vivência, que jamais se confunde, nem com o objeto, nem com o sujeito. Um passo importante nessa compreensão é o de que fica solidamente estabelecido o caráter bipolar da vivência intencional: o sujeito aparece como essencialmente voltado ao objeto, e o objeto como essencialmente dado ao sujeito puro. Quando estamos diante da realidade – o que nem sempre é o caso, porque um ato intencional não é necessário para o ser da consciência pura – por outro lado, o mundo das coisas transcendentais depende totalmente da consciência atual. A realidade é essencialmente privada de autonomia, carece de caráter do absoluto, e é somente algo que, em princípio, não é senão intencional, cômico, algo que aparece.

Muitos viram a Fenomenologia como uma via para o idealismo e acreditaram que poderiam pôr a Fenomenologia a serviço da ontologia do conhecimento do ser, tal como ele é. A determinação ontológica deve ser utilizada, por via de consequência, pela corrente que mais se debruçou na compreensão dos objetos: a Fenomenologia. A partir do retorno às próprias coisas, constitui ela a verdadeira forma técnica e rígida de bem compreender o objeto submetido à análise. É possível com ela, de forma mais pura, aferir-se o conteúdo inteligível ideal dos fenômenos, a partir de uma visão imediata, destinada à busca da sua essência. A Fenomenologia não

desembocou no idealismo transcendental dos neokantianos, porque não reduziu objetos a leis formais e admitiu uma pluralidade de sujeitos, ao rechaçar o que poderíamos conceber como categorias.

O estar no mundo, a experiência da mundanidade é inexorável e faz parte da existência humana. É neste mundo em que vive o homem. E este mundo pertence também ao Direito. Negar que a atitude natural e o mundo da vida quotidiana sejam o ponto de partida da investigação filosófica não significa desvalorizar o saber científico. Pôr entre parênteses a convicção de que debaixo dos meus pés há um assoalho que me sustenta, não significa que eu esteja me agarrando, desesperadamente, às vigas do teto para não cair; do mesmo modo, pôr entre parênteses as conclusões das ciências não significa rejeitá-las, significa, simplesmente, que elas pressupõem o mundo da vida quotidiana. Ao declarar que o homem vive no mundo e que esse mundo pertence ao Direito, não se deve querer que a apreensão do Direito se faça da mesma maneira que a captação das coisas naturais. O mundo das coisas naturais, em que vive o homem, é orientado para um acabar-se no tempo, tudo quanto lhe é dado no mundo natural é perecível. A autoridade do tempo e da perenidade, como expressão suprema do porvir, não permite que o direito queira se valer para sempre e só pode ser dado ao homem sobre a base de um comportamento que transcenda o âmbito do vivido, constituído pela consciência natural do tempo e que tenda a uma radical destemporização. O espaço que um dia Einstein formulou pressupõe o espaço da experiência comum, pois as teorias de Einstein encontraram conformação nos experimentos de Michelson, que supõe aparelhos que são coisas existentes no mundo. A esfera própria da natureza começa além do dado da experiência comum e consiste na interpretação desse dado e, na interpretação do dado, as ciências da natureza procedem

de forma crítica, rigorosa; isto é, procedem de forma crítica ao estabelecer leis e teorias que permitam prever e dominar os fatos; mas aceitam o dado “ingenuamente”, ou seja, não perguntam se esse dado corresponde à realidade última, incontestável. A Filosofia, ao contrário, enfrenta esse problema, e, por isso, suspende, inicialmente, o assentimento àquilo de que se pode duvidar.

O Direito é obra da vontade, é algo operado volitivamente; é, a seu turno, uma grande vontade operante, a *voluntas populi*. O Direito descansa sobre a vontade reconhecedora de normas correspondentes das pessoas que dele participam. São justamente essas pessoas, esses, por assim dizer, consortes jurídicos, as forças que logram e criam as grandes perspectivas e cobram da Fenomenologia a construção do Direito e do Estado sobre a intuição das essências.

TÉCNICA, DIREITO E CRISE DE LEGITIMIDADE

*Jorge Luis Fortes Pinheiro da Câmara**

Introdução

Dentre os temas que ocupam com assiduidade o cenário jurídico nacional se encontra o da dita ‘crise da justiça’. Tema enfocado diretamente por Calamandrei em seu famoso opúsculo homônimo¹, recebe tratamento diferenciado conforme a abordagem que se faça. Uma das abordagens mais usuais tem sido inserir a questão na perspectiva da funcionalidade do direito. Com isso, por exemplo, no campo processual, este tema vem constantemente associado a noção de implementação de uma efetividade da tutela jurisdicional em substituição ao paradigma patrimonialista, ou ainda a uma celeridade na prestação. Em todas as áreas do sistema jurídico normativo (ordenamento) existem reformulações mais ou menos radicais sendo levadas a efeito. Estas reformulações não são meras

* Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Filosofia pelo IFCS da Universidade Federal do Rio de Janeiro

¹ “A crise da justiça”. Piero Calamandrei. 1ª edição. Porto Alegre. Editora Líder. 2002.

adequações sistêmicas. Em sua maioria atingem aspectos essenciais de cada área. O certo é que a todas estas questões subjazem duas indagações fundamentais: Há efetivamente uma crise de funcionalidade no direito? Qual o fundamento desta crise? Conforme inicialmente estabelecido, há uma evidente relação desta ‘crise’ com a percepção do direito por parte da sociedade. Afinal questões como efetividade, celeridade, justiça, etc ... que permeiam as críticas mais comezinhas, são detectáveis, sobretudo no âmbito da expectativa mantida pela sociedade em relação ao direito. Tal se dá por envolver questões que, embora atingindo o âmago do que seja o fenômeno jurídico, tem seu nascedouro fora deste âmbito, na relação que o direito mantém com os destinatários finais do ordenamento, os setores da sociedade organizada, os membros desta sociedade e as expectativas e anseios que são nutridos por estes. O presente artigo visa, primeiramente, situar de forma clara a referida crise, estabelecendo seu fundamento. No desenvolvimento buscar-se-ão critérios de verificação que confirmem maior rigor científico as proposições, até o momento algo especulativas, sobre o fenômeno. À conclusão deverão estar delineados critérios que apresentem maior rigor na aferição de aspectos relevantes do acontecer do direito em sociedade.

Identificando uma crise no direito

O delinear da crise encontra-se na relação que o direito, assumido enquanto sistema autopoietico², estabelece com a

² “Num plano geral a teoria dos sistemas autopoieticos tenta descrever o modo de funcionamento de todos aqueles sistemas que produzem a si mesmos, ou seja, que (i) definem a sua identidade por oposição ao exterior (ambiente) e definem as das (sic)transacções entre sistema e ambiente; (ii) constroem os seus próprios elementos; (iii) constroem a gramática do seu próprio ciclo de funcionamento; (iv) constroem a (meta)gramática que comanda as transformações da primeira, de ciclo para ciclo (i.e., no plano do hiperciclo)”. antônio Manuel Hespanha – “Panorama histórico da cultura jurídica europeia”. Sintra – Portugal. Publicações Europa-América. Página 260.

sociedade e com os perfis que esta sociedade passou a adotar contemporaneamente. Sendo por princípio o sistema jurídico positivo autônomo e pretensamente plenificador em suas alocações e seu sentido técnico geral, seu papel ante a sociedade, dar-se-ia em termos de regulação e funcionalidade³, justificando-se assim, tanto sua existência quanto sua incidência na(s) função(ões) que sê-lhe fossem atribuídas.

Em seus primórdios, o direito cumpria apenas uma função de pacificação, ou seja, evitar conflitos agindo em substituição das partes envolvidas na aplicação das normas jurídicas. Posteriormente a regulação passou a constituir um dos núcleos da função normativa do direito. Porém com a propagação dos modelos de cidadania e justiça auridos na democracia representativa dominante no mundo ocidental, agregaram-se a estas funções outras, tais como a de estabelecer as condições necessárias ao desenvolvimento pleno dos membros das sociedades. Surgem com isso as chamadas constituições dirigentes que *“conferem grande valor aos objetivos de mudança social e econômica”*⁴. Nestas *“os agentes do poder constituinte originário submetem os futuros governos à realização dos princípios constitucionalmente aventados para a transformação da sociedade”*⁵. Com isso cidadania, justiça social, igualdade, dignidade adquirem o status de preceitos constitucionais aplicáveis, em detrimento de uma percepção puramente programática anteriormente vigente.

Com o advento deste tipo de constituição, passou a ser lugar comum a questão da aplicabilidade de princípios constitucionais, de garantias fundamentais, e de valores imutáveis (as chamadas

³ Com isso quer se dizer que o direito não representa aspecto ontológico em relação a sociedade. É no reconhecimento de sua funcionalidade ante ela que o direito relaciona-se com a mesma. Se, por hipóteses fosse suprimida o papel desempenhado por ele ante a sociedade, indagar-se-ia, inevitavelmente sobre: por quê o direito existe?

⁴Zimmermann, Augusto. “Curso de Direito Constitucional”. Rio de Janeiro Editora Lumen Juris, 2002. Página 114.

⁵ Idem.

invariantes axiológicas de Reale)⁶ na tentativa de implementação concreta de uma justiça efetiva e não mais meramente formal. Regras claras e direitos definidos tornaram-se mesmo requisitos de racionalidade normativa inerente a ordem mundial regida por Convenções e Tratados protetores dos diversos aspectos em que se desdobra a existência do homem na sociedade globalizada. Contudo, o implemento de demandas desta natureza, mormente em um País ainda tíbio quanto aos sentido de republicanismo, cidadania e responsabilidade, inevitavelmente resultam em uma dissonância entre a pretensão jurídica abstrata e a prática social ocasionando com isso a dita ‘crise’.

O problema constatado como inerente ao direito se dá em seu âmbito concreto pois se apresenta na incidência concreta das normas abstratas assim inscrevendo-se no campo da funcionalidade do direito. De forma que, sem dúvida, na funcionalidade do direito apresenta-se o ponto central da crise e, apenas por consequência desta, reflexamente, coloca-se a questão da própria validade do direito brasileiro contemporâneo.

Cingindo-se o tema ao âmbito de um artigo, pode-se invocar apenas um aspecto da crise, um que seja comum a todas as suas inserções tópicas. Trata-se da dimensão da crise do direito enquanto uma crise de seus próprios fundamentos. Embora aparentemente vinculada a temática própria das disciplinas básicas, sua inserção atinge a todos os continentes jurídicos, sobretudo, como se verá, no aspecto da sua eficácia social, aspecto este indissociável da própria noção de direito.

⁶Reale, Miguel. “Paradigmas da cultura contemporânea”. 1ª edição, São Paulo, editora Saraiva. 1999. página 95 e ss.

Sobre a noção de fundamento em direito

Tratadista da matéria, a Prof^a. Simone Goyard-Fabre em sua obra *“Os Fundamentos da ordem jurídica”* lança uma advertência inicial: a de que o direito se constitui, primeiramente, por um termo de caráter polissêmico e sendo assim, é propriamente confundido com seus atributos. Desta forma é usual a substituição da expressão ‘direito’ pela ‘justiça’, como, aliás, é feito por Calamandrei no texto citado inicialmente. Alerta-nos Goyard-Fabre que:

“O pluralismo semântico da palavra direito decerto não é accidental. Ele corresponde à ambigüidade essencial de seu conceito; na verdade, a multiplicidade de relações que o direito mantém com outros campos da existência humana mostra a dimensão da dificuldade existente para circunscrever seu campo próprio o que obsta um empreendimento de definição rigorosa. Tanto em sua extensão como em sua compreensão, o conceito de direito se mostra rebelde ao aclaramento”⁷.

Esta questão demonstra a necessidade de se definir uma essência ou um fundamento para o direito com o qual seja possível confrontar os aspectos apresentados pela referida crise no intuito de se demonstrar qual o real grau de inserção desta crise na própria noção de direito.

Por outro lado, no âmbito dos profissionais envolvidos com o direito em seu aspecto prático, e, em razão disso, afeitos a concepção positivista do sistema e seu caráter axiológico neutro, a aversão a questões metafísicas e transcendentais impõe à idéia de fundamento e sua relação com a sociedade uma concepção puramente normativa, relegando qualquer indagação mais profunda para uma condição antipositivista e atécnica, consequentemente

⁷goyard-Fabre, Simone. *“Os Fundamentos da Ordem Jurídica”*. 1ª edição. São Paulo – Martins Fontes editora. 2002. Preâmbulo - Página XXVIII.

não jurídica. Entretanto, mesmo concebendo o direito de forma puramente normativa, a realidade de sua projeção enquanto atividade forense, onde a busca por inovações legislativas denota a preocupação com a efetividade, com a acessibilidade, com a deformalização, etc ... aspecto inicialmente suscitado, denota o reconhecimento de uma esfera de funcionalidade a ser melhor cumprida pelo direito contemporâneo. Assim, mesmo a jurisprudência, não tem ficado alheia a 'crise' em razão da realidade vivida nas lides concretas onde a necessidade de justiça se impõe até por imperativos de humanidade. Nestes casos a busca encetada por novos critérios de aplicação e fundamentação do direito tem se tornado imprescindível. Sob este aspecto, ainda que concebido enquanto exceção, lecionava Miranda Rosa:

*"A maioria das decisões judiciais (sic) é de manter e garantir a ordem jurídica, emanção da ordem social e das relações de poder nela existentes. Essa natureza é da própria essência do funcionamento judicial. Nada tem de surpreendente, nem de novidade. E realça, precisamente por esse motivo, a importância das decisões que se afastam do modelo conservador e que são, elas sim, algo a merecer especial atenção. Disso decorre o interesse que tem a constatação de que esse desvio do padrão ocorra frequentemente, e em especial em certos campos ou ramos do Direito; e que, mesmo surjam grandes tendências, ou linhas de modificação, ao longo e no bojo das quais os tribunais decidem de novas maneiras acerca de velhos problemas"*⁸.

Conforme visto acima, a noção de crise do direito projeta sua sombra inicialmente sobre os campos técnicos de aplicação das instituições de direito, para, a seguir, implica-los em contradição com seus próprios fundamentos. O que se está vislumbrando modernamente é a implicação dos fundamentos do direito em si,

⁸ Miranda Rosa, Felipe Augusto. "Jurisprudência e mudança social". Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor. 1988. página 164.

em todos os campos do direito e não somente em alguns destes. Além disso, deve-se denotar o fato de que a maior parte dos ‘problemas’ que se apresentam são essencialmente novos, advindos de uma sociedade imersa na tecnológica, na qual a produção de sentidos é ditada por uma razão igualmente tecnológica. Questões como celeridade e funcionalidade, por força desta matriz apartam a idéia de reflexão e qualquer atitude espiritual a ela inerente.

Como esclarecer esta relação que atenta contra a pretendida autonomia sistêmica do direito ? Relação que põe em questão a noção de garantia e segurança próprias do direito positivo, na busca de mudanças de paradigma ? Afinal, para *Hans Kelsen*, formulador da Teoria Pura do Direito e, com ela, consagrador da idéia de direito enquanto teoria do ordenamento, esteio da segurança e garantia da ordem, a idéia de sujeição do direito a fatores extra-jurídicos e, por conseqüência, a qualquer idéia de valoração subjetiva, era repulsiva face seu caráter “subjetivo”. Para Kelsen a ciência do direito deveria servir apenas ao conhecimento objetivo do próprio direito, “só a este (o conhecimento objetivo) deve servir a ciência do direito, se quiser ser ciência e não política”⁹. *Reale*¹⁰ porém, ainda que em acerba crítica a posição de Kelsen ante a filosofia do direito, esclarece que o jurista de Praga, ao acentuar a concepção normativista de *Stammler* e afastar como metajurídica toda a consideração sobre o justo, o social, o político, etc ... não nega a relevância destes fatores, apenas entende necessária para a afirmação do direito enquanto ciência da norma que eles sejam excluídos de seu campo e relegados a dimensão própria. *Reale* estabelece que para *Kelsen*:

⁹ Kelsen, Hans. “Teoria Pura do Direito”. Trad. José Cretella e Agnes Cretella. 3ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2003. Página 140.

¹⁰ Reale, Miguel. “Fundamentos do Direito”. 3ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1998. Pág. 150.

“o Direito vale por si independentemente de sua eficácia social, pois o problema da positividade não é senão o problema da realidade da esfera do conhecimento normativo; que a norma não é um preceito imperativo, mas um juízo hipotético ou, mais claramente, um esquema de interpretação que une um fato condicionante a uma circunstância condicionada; que esta referibilidade de um fato a outro, enquanto imputação da consequência ao condicionante representa – sem nenhuma referência ética – uma pura expressão do dever ser”¹¹.

Sem romper, *apriori*, com a aludida concepção, é preciso que se desloque a questão para um plano igualmente objetivo da produção do direito. Tal plano deve ser o do fundamento em si. Esta migração se faz necessária por conta da exigência de cotejamento das noções de crise do direito com os princípios autonomistas da Teoria Pura. Este cotejamento, por sua vez, é necessário também para não se eximir de uma análise da questão sob a justificativa de que o problema é inerente a sociedade e não ao direito. Tal afirmativa, muitas vezes recorrente no discurso jurídico, encontra-se escoimada na concepção autonomista abraçada pela doutrina em geral e pelos praxistas em particular, conforme aludido acima. Ao invés de ceder a tentação de criticar a noção de autonomia como usualmente se faz, cunhando expressões como direito alternativo ou uso alternativo do direito, deve-se, no âmago do próprio discurso autonomista, procurar critérios capazes de permitir uma análise e quiçá uma adequação metodológica. Conforme se verá, a noção de fundamento, como irrefutável mesmo à Teoria Pura, apresenta, segundo os critérios que se adote como parâmetros, condições de fomentar esta análise à luz da inevitável percepção da função social que o direito realiza.

¹¹ Idem. Pág. 156.

O Princípio do Fundamento e o fundamento enquanto essencialidade.

A Teoria dos Princípios de *Leibniz* cunha, conforme leciona *Martin Heidegger*¹², um '*princípio do fundamento*'. Por ele se estabelece que "*nihil est sine ratione*"¹³. Este princípio contém duas características indissociáveis: a da necessariedade e a da causalidade. Com isso, por fundamento de algo afirma-se o que constitui a razão necessária de seu existir e a causalidade que se estabelece com esta razão. Por exemplo pode-se citar que se a paz social é a razão, a causalidade decorrente será a pacificação social, com isso formando a noção de causalidade necessária. O caráter necessarista é adotado em detrimento da teoria da possibilidade que cunhava a noção de fundamento em uma possibilidade, sem a exclusão de outras possibilidades. No caso da noção de causalidade, pode-se dizer que seja eminentemente consequencialista, pois ao dar fundamento a algo, sê-lhe confere igualmente um sentido, uma destinação. Ao fundar o direito na pura normatividade, cria-se para este o papel tanto de se desincumbir da função inerente a sua condição normativa, ou seja, a de regulação, quanto o de manter-se em relação com seu fundamento necessário a norma em si. A causalidade assim, condiciona o fundamento da mesma forma que este a direciona.

A necessidade de estabelecer o fundamento do direito decorre exatamente deste duplo aspecto que o ente comporta, o de causalidade necessária e o de sentido ou destinação. Reconhecendo a crise, como feito acima, na expressão funcional do direito, e sendo indissociável a função de pacificação do direito de sua razão fundante, conforme se verá, a consequência inegável é a de submeter ambos os aspectos a uma análise crítica.

¹² Heidegger, Martin. "A essência do fundamento". – edição bilingüe. Lisboa. Edições 70.

¹³ Heidegger, Martin. "O princípio do fundamento". Lisboa, Instituto Piaget. 1957. página 11.

Aceitando-se a idéia de que a questão remonta tanto a causalidade necessária quanto ao sentido ou destinação do fenômeno, então pode-se aceitar, sem receio, que a identificação destes aspectos corresponde a apreensão da essência do ente ou fenômeno. Esta conclusão decorre da aceitação prévia da idéia de essência enquanto parcela imutável do fenômeno. Por essência deve-se ter, com isso, que seja aquilo que se mantido faz com que o ente seja o que é e, caso suprimido, retira-lhe esta característica. Adote-se a seguinte premissa, a título de exemplo: considere-se a teoria de Austin¹⁴ quanto a indissociabilidade entre as idéias de direito e de coação. Tal premissa estabeleceria então que somente poderia ser considerado direito o ente que apresenta, ao menos em ultima *ratio* noção de coação. Com isso a idéia de coação passaria a ser considerada como da essência do fenômeno jurídico. Pode dizer que a essencialidade de um fenômeno apresenta-se na variação de hipóteses de aparecimento do fenômeno pela percepção de um aspecto imutável em todas as variações. Esta constatação permite uma identificação entre essência e causalidade, posto que, sendo o fundamento identificado enquanto causalidade necessária, evidentemente será igualmente imutável. O ente encontrará sua causalidade sempre no mesmo fundamento e este se achará indissociável de sua essência, tautologicamente imutável.

A norma fundamental e sua eficácia

O exercício da função regulatória pelo direito, encontra-se condicionado, conforme o próprio *Kelsen*, em sua validade. Esta validade representaria o aspecto consequencialista, embora aparentemente não encontre guarida na própria Teoria Pura tal como enunciada por *Kelsen*. Esclareça-se: segundo a Teoria Pura

¹⁴ Austin, John, 1790-1859.

do Direito, apesar do caráter autônomo conferido ao Direito, há uma aferição de sua validade enquanto ordenamento segundo a relação que estabeleça com a norma fundamental.

Norma fundamental seria o parâmetro de verificação de validade de todo sistema do ordenamento. Por norma fundamental identificou-se a princípio a norma constitucional. Com isso se estabeleceu o parâmetro de validade do ordenamento enquanto uma correlação estabelecida entre as normas infraconstitucionais e a constituição. Para *Kelsen* a Teoria do Estado enquanto ente jurídico dissociado de sua dimensão política e sócio-econômica, era devedora somente da idéia de validade embutida na aplicação das próprias normas e do reconhecimento da validade da constituição como vetor de eficácia do conjunto do ordenamento. Porém, em evidente divergência com o pensamento de *Kant*, para *Kelsen* a instituição do Poder constituinte originário comportava questionamento e até mesmo a subversão de sua condição de fundamentalidade. Haveriam, segundo *Kelsen*, dois critérios para estabelecer a validade da norma fundamental: I - a comprovação de que as normas estão servindo de parâmetro de obediência; e ante eventual desobediência, II - se os servidores do estado as estão aplicando. Ou seja, trata-se de uma hipótese de verificação empírica da validade. A eficácia é assim demonstrada por sua implementação voluntária pelos cidadãos ou por sua cogente imposição pela atuação dos servidores punindo os que não as cumprem.

Olvidando a existência de uma polêmica quanto ao última concepção sobre normas fundamentais em *Kelsen*¹⁵, importa aceitar, ao menos em parte, os critérios de verificação propostos então por

¹⁵ P/ Goyard-Fabre em sua obra citada, sobre os Fundamentos do Direito Kelsen teria redefinido seu critério algumas vezes e, em uma última definição teria substituído a noção de constituição pela de norma pressuposta no pensamento: “a partir de 1965, Kelsen, como sublinha M. Troper, renunciou a seu logicismo. De forma mais clara do que nunca distingue a ciência do direito e o direito: se a primeira consiste em proposições de direito que dizem respeito a normas e podem ser verdadeiras ou falsas, o direito, por sua vez, é feito de normas que são as significações de certos atos de vontade.

ele. A questão não é, a toda evidência, meramente acadêmica. Trata-se de buscar aferir a validade enquanto um dos dois critérios determinadores de coerência fundamental do sistema jurídico e, como tal, estabelecer sua relação com a aludida crise.

Retornando a *Leibniz* e buscando relacionar sua proposição com a questão quanto a validade substancial do ordenamento jurídico, cabe a indagação: Qual a *ratio* deste ordenamento ante a necessidade de estabelecer um critério de verificabilidade válido? Conforme parece evidente, a pretendida emancipação da ciência do direito ante qualquer aspecto subjetivo somente se refere a elaboração conceitual e ao desenvolvimento epistemológico da ciência. Quanto a validade da aplicação dos preceitos pelo cotejamento da norma fundamental com sua própria aplicabilidade, forçoso reconhecer seu âmbito pragmático. A noção de crise da justiça está assente exatamente no âmbito desta crise de validade, quer porque os jurisdicionados demandem por eficácia, quer porque os operadores clamem por legitimidade e justificação; mas o certo é que questões como efetividade, morosidade, impunidade, acessibilidade exigem o reconhecimento e valoração de fatores que não são determinados exclusivamente no campo normativo, senão no todo ao menos nas suas repercussões concretas, extra-jurídicas¹⁶.

Trata-se, com isso, de estabelecer como premissa que a relação fundamental buscada como critério de verificação se acha na chamada esfera da justificação, o que transborda, portanto a Teoria Pura, ao menos nos seus contornos clássicos. Retomem-se, assim,

O importante aqui é que é impossível conceber a norma separada do ato de vontade que a cria ou a aplica. Isso explica que a ordem jurídica seja não uma ordem estática e rígida, mas uma ordem dinâmica em que se manifestam não apenas as forças do querer humanas o caráter mutável das condições políticas também elas conduzidas pela vontade do homens”. Página 230.

¹⁶ A emenda constitucional 45 alterando o artigo 5º, LXXVIII instituiu a duração razoável do processo e a celeridade de tramitação como garantias fundamentais de todos no âmbito judicial ou administrativo reconhece a demanda por eficiência dos provimentos do Estado.

os critérios já estabelecidos de acordo com o Princípio do Fundamento: necessidade e causalidade. Pode-se aferir então, sobre o tópico visado, que a crise do direito terá relação com seus fundamentos se esta alcançar os aspectos quanto necessário para fundar o direito e a sua validação causal pelo cumprimento da expectativa funcional nele se encontra.

A constituição do direito na consciência

A toda evidência, a existência do direito encontra-se fundada desde seus primórdios na função regulatória exercida por este em razão da co-existência forçada em sociedade de pessoas de diferentes famílias. A percepção desta função enquanto uma necessidade é atributo da consciência humana. Na consciência encontra-se, assim, o repositório da função regulatória e igualmente da fundamentação do direito enquanto norma. Assinala Aquiles Côrtes Guimarães que *“os fundamentos do direito estão vinculados a esse núcleo comum que é a consciência doadora de sentidos, única fonte de toda a articulação da vida social e histórica”*¹⁷. Com isso pode-se dizer que é a consciência que percebe o homem enquanto ser-com, ou seja, enquanto inserido no mundo. No próprio ato de perceber esta inserção, a consciência intuí a necessidade de dispor sobre os sentidos da vida em sociedade percebendo os riscos e desafios que esta vida proporciona, sobretudo, com a com-presença de outras consciências sobre as quais projetam-se de forma inadequada as regras de convívio e controle não jurídicas. Sobre isso já nos alertava *Freud* em sua constatação sobre o Mal-estar na civilização quanto a insuficiência destes controles e a necessidade correlata de um sistema mais

¹⁷ guimarães, Aquiles C. “Cinco lições de filosofia do Direito”. 2ª edição. Rio de Janeiro, Lúmen Júris. 2001. Página 16.

eficaz¹⁸. Desta forma o direito se erige na consciência de forma a atender a este imperativo da razão: resguardar-se quanto aos riscos da vida em sociedade, da existência enquanto ser-com.

Por outro lado, a própria consciência é a doadora de sentidos para o mundo. Ao se focar a inevitabilidade da intermediação da consciência enquanto meio de apreensão dos sentidos do mundo, é perfeitamente possível estabelecer tanto uma premissa quanto um critério que sejam suficientemente amplos para aclarar o tema. É a consciência que apreende a insuficiência do direito contemporâneo para suprir a necessidade de funcionalidade que o assedia. As cobranças que se apresentam em várias esferas da sociedade e que brotam até mesmo do próprio sistema jurídico são eloqüentes demonstrações da forma como o direito vem sendo percebido em débito ante a demanda existente. Esta consciência, portanto, erige-se enquanto campo onde se descortina a crise. É na apreensão que ela efetua do direito enquanto fenômeno que se percebe uma busca por efetividade, assim como é na própria consciência que estão sendo formulados os juízos quanto a validade ou não do sistema jurídico, em processo que conduz a deslegitimação do sistema.

Tal assento para a consciência junto a Teoria do Direito não se coaduna com a proposição original de Kelsen, sobretudo ante a notória influência exercida pelo pensamento inicial de Ludwig Wittgenstein sobre os membros do círculo de Viena freqüentado por Kelsen. O autor do *Tractatus Lógico-philosophicus* preconizava a rejeição de qualquer tributo devido a metafísica e a influência da consciência no processo de constituição do mundo. Este papel, segundo Wittgenstein era desempenhado exclusivamente pela linguagem e qualquer obscuridade ou dúvida que fosse encontrada

¹⁸ Freud, Sigmund. “O mal estar na civilização”. Trad. Durval Marcondes. São Paulo, abril cultural editora. 1978. col. ‘Os pensadores’. Página 148.

decorreria do uso imperfeito da mesma e não do reconhecimento de questões fundamentais.

Ocorre que a consciência como única instância doadora de sentidos ao mundo, constitui-se em inevitável requisito para a constituição de proposições filosóficas apodícticas¹⁹. Somente a intuição da realidade, oriunda da consciência perceptiva, confere um esteio seguro para aplicação de métodos de verificação e elaboração que confirmam à proposição rigor próprio das chamadas ciências. Com isso a consciência percebe a necessidade do direito e reconhece sua justificação pragmática, tanto para afirmar sua existência quanto para cobrar sua ausência e formular pretensão por maior efetividade. Com isso a crise referida passeia pelas percepções que a consciência humana apreende do fenômeno jurídico em seu manifestar-se. A negação proposta por Kelsen, encontra-se em desalinho com a pretensão do mesmo em fundar a ciência do direito em termos rigorosos. A própria demonstração feita acima do processo de apreensão da crise do direito e suas respectivas características demonstra bem a equívoca inserção da metodologia autonomista na fundamentação científica do direito. De igual modo, quando a validade da norma ante seu paradigma fundamental é cotejada com a maneira de sua imposição ao conjunto da sociedade, temos a consciência dos destinatários enquanto âmbito irresistível de produção do sentido de direito e justiça. É a consciência que levará a sujeição ou a insubordinação de cada indivíduo.

A relevância da questão dos sentidos na produção do direito

Outro aspecto essencial da questão que se vislumbra é o que se encontra relacionado com a forma como o direito adquire sentido

¹⁹ Conforme Abbagnano: “o que é referente a verdade necessária”. Dicionário página 73.

ante o mundo factual ao qual é aplicado. Esclarece *Orlando Secco* a respeito da formação das normas sociais que *“o ordenamento social se caracteriza por métodos e conjuntos de preceitos prescritos pelo grupo sempre buscando padronizar as condutas individuais dos membros que os constituem, num processo constante de socialização destes”*²⁰. O direito é devedor de um processo produtivo semelhante na medida em que estabelece padrões que, insertos no ordenamento, institucionalizam o preceito. Com isso, noções como contrato, propriedade, responsabilidade, etc ... adquirem relevância jurídica pela forma como se tornaram instituições do direito. O processo pelo qual estas figuras se institucionalizam se dá, via de regra, pela doação de sentido técnico-jurídico aos preceitos. Para tanto o direito se vale do recurso ao sentido comum e ao sentido técnico que se possa atribuir ao instituto. Conforme visto, sendo o campo normativo o âmbito próprio de produção do direito vigente, é preciso que por normas se institucionalize o preceito. Ocorre que estas normas buscam seus sentidos no reservatório dos sentidos comuns primeiramente, inclusive ante a necessidade de se expressar de forma inteligível. Esta busca exige o recurso a reservatórios de sentidos dispostos pelo conhecimento comum da sociedade.

O advento da pós-modernidade tem produzido sensível influência sobre formação dos reservatórios de sentidos do mundo. Sendo a fragmentariedade e a descontinuidade de sentidos uma tônica do mundo plural contemporâneo, como estabelecer um consenso que seja suficientemente estável para doar significados às instituições de direito ante as novas situações com que se deparam. Afinal de contas, nas sociedades modernas, aprofundou-se **“uma transformação das experiências da vida cotidiana, com a introdução, nos lares e mesmo na vida íntima, de uma tecnologia**

²⁰ Secco, Orlando de A. “Introdução ao Estado do Direito”. 10ª edição. Rio de Janeiro, Lúmen Júris. 2007. Página 14.

sempre em mudança. Tem-se que mudar de hábitos, idéias, credos – e reaprender praticamente tudo, três vezes na vida”²¹, Com efeito desta constatação sobra o evidente questionamento sobre **“Quanto tempo se consegue resistir ? Quantas vezes podem as pessoas mudar de atitude na vida ? Quantas vezes podem as pessoas mudar de profissão ? Quantas vezes podem assumir novas orientações?”²²**. De que forma se pode pretender conferir permanência e estabilidade a definições e conceituações neste contexto ? Por outro lado a impossibilidade de estabelecer um esteio seguro na inconstância representada pelas questões colocadas impõe a eclosão de uma crise cujo âmbito de incidência será a da própria doação de sentidos ao mundo e, por conseqüência, o cumprimento da promessa de funcionalidade ínsito no direito.

Importante ressaltar que tal crise estende-se, peculiarmente, as relações sócio-políticas, culturais e econômicas atingindo, sobretudo na família, núcleo responsável pela introdução do indivíduo na estrutura de significações da sociedade, e que inculca nos seus membros a noção de valores como moral, responsabilidade, justiça, etco seu zênite. Na família, talvez a mais antiga reserva de sentido da humanidade, constituiu-se, tradicionalmente um núcleo que alcançava e envolvia três gerações. Conforme nos alerta *Heller*, homens e mulheres talvez estejam conscientes das suas responsabilidades diante das gerações futuras, mas **“somente em termos abstratos”**, pois em função da rapidez do processo de transformação, homens e mulheres **“têm pouca clareza dos resultados de suas ações (. . .) Difícilmente podem imaginar como seus netos viveriam e o que fariam”²³**. A economia não fica imune a esta problemática ante o advento de fenômenos

²¹ Heller, Agnes. Artigo “Uma crise global da civilização” publicado em “A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI”. Santos, Boaventura Souza / Heller, Agnes. Rio de Janeiro: editora contraponto. 1999. Página 19

²² Idem.

²³ Obra citada. Página 112

que são tratados pelo direito e cuja definição de conteúdo é extramente difícil, tome-se o exemplo da necessidade de adequar a noção de gestão temerária idéia de fundo de investimento de alto risco. O legislador pretendeu punir o administrador que lese aos detentores de carteiras de investimentos com investimentos de alto risco, porém uma premissa econômica básica nestes casos é a de que há uma correlação entre lucros e riscos que estabelece o axioma de que quanto maior o risco maiores as chances de lucro.

Inquestionavelmente o que se coloca, portanto, é uma modificação de paradigmas sobre os quais o direito contemporâneo está se realinhando. Tome-se o exemplo do direito processual civil. O Código de Processo implementado em 01/01/1974, possuía um perfil patrimonialista evidente, no qual o paradigma da resolubilidade em perdas e danos produzia fortes efeitos sobre a eficácia processual. Modernamente, com as seguidas modificações legislativas – e até constitucionais, realizadas, vemos tal paradigma sendo substituído pela idéia de efetividade da tutela jurisdicional. A prestação, conforme ressalta *Marinoni*, deve se aproximar ao máximo do que corresponderia ao adimplemento voluntário da pretensão²⁴. Com isso pode-se dizer que o aprimoramento das tutelas jurisdicionais são uma resposta a crise de sentidos ao reformular a própria razão de ser da demanda.

A deficiência funcional do direito

Conforme visto, sendo a apreensão dos sentidos objeto próprio da atuação da consciência e esta sendo o repositório do fundamento do direito, é evidente que o direito tradicional se

²⁴ Marinoni, Luiz Guilherme. “Efetividade do processo e tutela de urgência”. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor. 1994.

mostre despido de seus sentidos regulatórios face a inadequação deste à dinâmica do mundo atual. É importante frisar que a noção de consciência aplicável a hipótese é a que foi desenvolvida a partir da obra de *Edmund Husserl*²⁵. Trata-se de uma consciência intencional que existe sempre de forma ligada a um objeto que pode ser tanto um sentimento quanto uma coisa ou pessoas²⁶. A consciência assim é consciência de algo. Não se cogita de uma consciência abstrata, espectral ou puramente idealizada, mas da consciência que se tem de algo em seu existir. Como a existência em si não é passível de apreensão, o que apreende é o manifestar-se desta existência. Isto se dá pela ação da própria consciência intencional e não por um ato casual da própria coisa. Tomar consciência da coisa é assim, um ato da própria consciência intencional.

O método que permite apreender o objeto enquanto conteúdo intencional da consciência desenvolvido por *Husserl* se faz evidente. Tal método se designa por fenomenológico, com ele se procura **“um retorno as coisas mesmas, tais quais se manifestam à consciência”**²⁷. Este método torna o direito objeto da consciência que o intenciona. Tal intencionalidade se dá em um sentido, acontecimento que confere a ela uma direção. Com isso na percepção do direito, a relação funcional deste com as expectativas inerentes a sua produção torna-se não só evidente como legitimadora e fundamental deste ante a própria consciência. Esta percepção se faz mais aguda com a constatação da insuficiência

²⁵ Filósofo alemão nascido na Moravia em 1859 e morte em 1938. Tem seu nome associado a fenomenologia enquanto metodologia cognitiva a qual desenvolveu em vasta obra ainda, em grande parte inédita. Huisman, Denis. “Dicionário dos Filósofos”. São Paulo. Editora Martins Fontes. 2001. Verbete Edmund Husserl. Págs. 523 a 532

²⁶ “A doutrina nuclear em fenomenologia é o ensinamento de que cada ato de consciência que nós realizamos, cada experiência que nós temos, é intencional; é essencialmente ‘consciência de’ ou uma ‘experiência de’ algo ou de outrem. Toda a consciência é direcionada a objetos”. Sokolowski, Robert. “Introdução a fenomenologia”. Trad. Alfredo de Oliveira Moraes. São Paulo, edições Loyola. 2004. página 17.

²⁷ Guimarães, Aquiles Cortes. “Fenomenologia e Direito”. Rio de Janeiro, Editora Lumen Júris. 2005. página 44

de mecanismos e normas para atender a demanda social sempre crescente. Com isso surge um déficit na prestação jurídica que atinge a sua própria legitimidade ante a desconexão deste com seus fundamentos tal como apreendidos na consciência que o intenciona. Igualmente é no campo da consciência que se formarão os sentidos novos que terão por objetivo restaurar a funcionalidade do direito. Esta tentativa tem diversos escopos, porém, inegavelmente o maior deles é assegurar a preservação da validade do sistema e, com isso evitar a deslegitimação por incompatibilidade deste como o campo concreto de sua incidência. Relembrando *Kelsen*, a não aplicação das normas jurídicas implica no reconhecimento do próprio estado de invalidade da norma fundamental e, desta forma, o recurso a outro processo constitucional originário.

Fenomenologia da crise e retorno às essências

Conforme apreendido acima a crise do direito submetida a uma análise fenomenológica deixa a perceber que seu esteio encontra-se na frustração ante seu papel de produzir nas pessoas integrantes da sociedade a sensação de segurança e regulação. Adotando-se uma atitude na qual não sejam aceitos conhecimentos *a priori* depreende-se que a evidência que emerge da crise se enquadra na forma como o direito é percebido na sociedade contemporânea. A velocidade impingida a esta sociedade pelo advento de formas tecnológicas cada vez mais eficazes e rápidas, difundindo comunicação e serviços em tempo menor, trás para o direito um paradigma de difícil implementação. Afinal como acompanhar a velocidade que a sociedade vem exigindo e, ao mesmo tempo, implementar a efetiva justiça como finalidade de sua intervenção nas relações sociais ? Primeiramente é preciso que

se estabeleça que a essência do direito é a pacificação através da normatização das condutas e da atividade substitutiva do Estado-juiz a ação dos indivíduos em prol de seus interesses. Na essência do fenômeno encontra-se também a idéia de justiça, como se percebe da própria confusão terminológica entre as expressões direito e justiça. Com isso há necessidade de uma compatibilização entre a percepção do direito em crise e a essência do fenômeno.

Conclusão

Por todo o exposto, pode-se concluir que, efetivamente, há uma crise do direito, mas cujo nascedouro encontra-se tanto própria sociedade da qual o direito não pode se afastar em razão de sua relação de fundamentalidade (conforme visto, a sociedade enquanto composta por indivíduos é a razão necessária pela qual a consciência funda o direito e é perante ela que o direito realiza sua função igualmente fundamental), quanto no direito. A adoção de paradigmas incompatíveis com a realidade social contemporânea, bem como a fragmentação dos sentidos típica da pós-modernidade em que se inserem o direito e a sociedade, explicam em grande parte o aspecto amplo que a referida crise assumiu.

Sendo a crise em que submergiu o direito, uma crise que se manifesta na produção de sentidos do mundo, inevitavelmente, nesta produção ante o direito, é que se devem fomentar as soluções preconizadas. O que está em jogo não é simplesmente a necessidade de otimização do direito, mas a própria sobrevivência do direito enquanto função regulatória, autônoma, imparcial, etc ... A urgente necessidade de se redefinir os termos que acompanham a produção do direito, visa, primeiramente a satisfação proporcionada às consciências e, depois, a dita efetividade

substantiva do direito. À fragmentação aludida vem gradualmente pulverizando o direito que passa a ser visto como constituindo por novos ramos ou subgrupos dos direitos tradicionais, com implicação de mudanças em termos de princípios e técnicas, segundo o objeto. Contudo, a próprio incerteza dos rumos da sociedade igualmente produzem uma incerteza quanto ao direito. A impossibilidade de reprodução normativa precisa, a deslegitimação do sistema representativo democrático pelas seguidas crises institucionais, a fratura na submissão ao poder estatal amplamente presente tanto nas cidades quanto nos campos, tanto na informalidade quanto na ilegalidade, a ilogicidade dos sistemas normativos, são searas nas quais a dificuldade de construção de novos paradigmas coloca em risco a própria noção de direito, bem como a própria sociedade organizada. Tais aspectos devem ser profundamente inquiridos e pesquisados para que se estabeleçam premissas metodológicas para uma reformulação sistêmica.

A mudança deve se dar em termos da própria noção de formulação do direito ante os casos concretos, que atribua ao julgador, o objetivo primário de buscar o sentidos do justo em cada caso, com reconhecimento da peculiaridade de cada um e uma correlata possibilidade de transcendência dos limites estritamente normativos para isso, talvez seja uma das hipóteses capazes de conferir, em parte, uma nova funcionalidade ao exercício prático de direito compositivo. No âmbito regulatório a questão deve ser objeto de indagações pois há o risco de incompatibilidade do sistema de normas padronizadoras com a fragmentação dos sentidos. Em qualquer hipótese, é fato que a sociedade se acha carente de métodos reconhecidamente eficazes para tanto, sendo dever do jurista tornar esta preocupação a tônica dos estudos sobre o assunto, bem como a insurgência contra as aspirações reformadoras que, partindo da percepção puramente funcional do

direito, clamam por reformas puramente cosméticas que atinjam apenas o tempo da prestação da jurisdição, sem qualquer preocupação com seu conteúdo.

Referências

- FREUD, Sigmund. *"O mal estar na civilização"*. Tradução Durval Marcondes. São Paulo: Abril cultural editora. 1978. col. 'Os pensadores'.
- GOYARD-FABRE, Simone. *"Os Fundamentos da Ordem Jurídica"*. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes editora. 2002.
- GUIMARÃES, Aquiles Cortes. *"Fenomenologia e Direito"*. Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris. 2005.
- *"Cinco lições de filosofia do Direito"*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2001.
- HEIDEGGER, Martin. *"A essência do fundamento"*. – edição bilíngüe. Lisboa, Portugal: Edições 70. 1988.
- HEIDEGGER, Martin. *"O princípio do fundamento"*. Lisboa: Portugal. Instituto Piaget. 1957.
- HESPAÑA, ANTÔNIO MANUEL – *"Panorama histórico da cultura jurídica européia"*. 2ª edição. Sintra – Portugal: Publicações Europa-América. 1998.
- HUISMAN, Denis. *"Dicionário dos Filósofos"*. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2001.
- KELSEN, Hans. *"Teoria Pura do Direito"*. Tradução José Cretella e Agnes Cretella. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *"Efetividade do processo e tutela de urgência"*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1994.
- MIRANDA ROSA, Felipe Augusto. *"Jurisprudência e mudança social"*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1988.
- REALE, Miguel. *"Fundamentos do Direito"*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.
- REALE, Miguel. *"Paradigmas da cultura contemporânea"*. 1ª edição, São Paulo: editora Saraiva. 1999.
- SANTOS, Boaventura Souza / HELLES, Agnes. *"A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI"*. Rio de Janeiro: editora contraponto. 1999.

SECCO, Orlando de A. *"Introdução ao Estado do Direito"*. 10 edição. Rio de Janeiro: Lúmen Jurídico. 2007;

SOKOLOWSKI, Robert. *"Introdução a fenomenologia"*. Tradução Alfredo de Oliveira Moraes. São Paulo: edições Loyola. 2004.

ZIMMERMANN, Augusto. *"Curso de Direito Constitucional"*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Jurídico, 2002.

O QUE IDENTIFICA UMA UNIÃO DE PESSOAS COMO COOPERATIVA?

*Guilherme Krueger**

AS INDAGAÇÕES

A resposta certa, não importa nada:

o essencial é que as perguntas estejam certas

Mário Quintana

Há várias respostas possíveis para essa pergunta. A maior parte delas vai aparecer como pacotinhos fechados. Como assim ?! Quero dizer: aparecem a partir de uma definição ou várias definições que, por alguma(s) razão(ões), são postuladas como verdadeiras. Sobre essas definições, se exercita o raciocínio lógico analítico ou dedutivo para se demonstrar o que uma cooperativa é.

* Advogado e economista especialista em gestão de cooperativas, Consultor da OCB, Membro da Comissão Especial de Direito Cooperativo da OAB/RJ, Colaborador da Comissão de Cooperativismo da OAB/SP

Via de regra, as definições vão se basear nos princípios de identidade da Aliança Cooperativa Internacional. Afinal, esses princípios são amplamente divulgados e aceitos¹. Outrossim, foram formalmente recepcionados pela Recomendação 193 da Organização Internacional do Trabalho, subscrito inclusive pelo Brasil². Portanto, esses princípios estão positivados em uma fonte formal de Direito Internacional Público. Em todo o caso, ainda que implicitamente, a Lei 5.764/71 é bastante fiel à principiologia universal de identidade das cooperativas emanada da ACI³.

Mas a principiologia da ACI sofreu revisões sucessivas⁴. O que revela uma historicidade ao mesmo tempo em que remonta sua origem a um marco zero: a experiência de Rochdale⁵. Ainda

¹ Confira: MACHADO, Plínio Antônio. Comentários à Legislação do Cooperativismo. SP : Unidas, 1975. p. 18. BULGARELLI, Waldirio. Elaboração do Direito Cooperativo. SP : Atlas, 1967. p. 21

² A Recomendação foi aprovada na 90ª Conferência, realizada em 20/06/2002

³ Cf. FRANKE, Walmor. A influência rochdaleana na legislação cooperativista brasileira e problemas atuais. In: DE ROSE, Marco Túlio (org.). A interferência estatal nas cooperativas (aspectos constitucionais, tributários, administrativos e societários). Porto Alegre: Fabris, 1985 pp. 9-23

⁴ Cf. FRANKE. Ob. cit. p. 12-13 e KRUEGER, Guilherme. Ato cooperativo e seu adequado tratamento tributário. BH : Mandamentos, 2004. pp. 240-241

⁵ “ *Todas as experiências que precederam o movimento iniciado pelos 28 tecelões de Rochdale (Lancashire, Inglaterra) serviram a iluminar os primeiros passos desses bravos e geniais operários. Principalmente os ensinamentos que ficaram nas Union Shops.*

Procuraram os Pioneiros fixar o ideal deles à terra, sem remígios fantasiosos inacessíveis à condição humana, encarando, com serenidade e um profundo senso das realidades circunjacentes, as duras provas por que teriam de passar. E venceram com galhardia e espírito prático. HOLYOAKE narra, em livro célebre, o que foi a odisséia, pejada de sacrifícios, desses lutadores.

CHARLES HOWARTH, que foi a ação e o gênio da nova empresa, era operário curtidor, discípulo de OWEN. É considerado o Arquimedes da Cooperação.

Sugeriu e viu aceitas por seus companheiros idéias, que constituiriam pontos fundamentais da doutrina que, posteriormente, se corporificou na Escola de Nimes, com CHARLES GUIDE e BOYVE (1885) à frente, como veremos.

Eis os princípios rochdalianos:

1º - adesão livre;

2º - controle democrático: um homem, um voto;

3º - devolução do excedente, ou retorno, sobre as compras;

4º - juros limitados ao capital;

5º - neutralidade política, religiosa e racial;

6º - vendas a dinheiro à vista;

7º - fomento do ensino a todos os seus graus.”

LUZ Fº, Fabio. *Teoria e Prática das Sociedades Cooperativas*. 5ª ed. RJ : Irmãos Pongetti, 1961. p. 42

assim, é tentador, por isso mesmo recorrente, se recuar no tempo ao que se poderia chamar de protótipos de cooperativa⁶. Nesse exercício, há quem recue até mesmo a eventos pré-históricos⁷.

Essa tensão entre avanço e recuo históricos para forjar a identidade da cooperativa evidencia um problema que se situa na relação entre as experiências cooperativas concretas e “a” cooperativa, isto é, vista como um *ser* ideal.

A questão é: se os princípios de identidade cooperativa evoluem no tempo e hoje já são variantes significativas dos originais, bem como o cooperativismo assume cada vez mais feições plurais, como ainda conseguimos intuir que a Coamo se identifica com a Sociedade dos Pioneiros de Rochdale, tanto quanto uma experiência comunal no interior de Moçambique se identifica com uma cooperativa canadense de nova geração e todas elas entre si? Afinal, o que há de realidade na identidade universal manifesta nos princípios da ACI? Uma coisa fica clara na própria historicidade desses princípios e na sua tensão com os eventos cooperativos: a identidade permanente das cooperativas não é uma coisa; coisa é a positivação cambiante dessa identidade, emanada da ACI; ainda que indubitavelmente entre ambas haja uma relação e uma dinâmica. Mas que relação e dinâmica são essas? É nesse ponto que percebemos não só a existência do pacotinho que mencionei acima, mas a possibilidade e a necessidade de o abrir.

Essa é a provocação do presente artigo. Não me interessa tanto reproduzir os princípios da ACI, o que já é feito *ad nauseam*. Não que haja algum problema nisso. Ao contrário: esses princípios,

⁶ MAUAD, Marcelo. Cooperativas de Trabalho. SP : LTr, 1999. p. 22-23.

⁷ Cf. ANDRIGHI, Fátima Nancy. A Autonomia do Direito Cooperativo. In: KRUEGER, Guilherme (Coord.) Cooperativismo e o Novo Código Civil. 2ª ed. BH : Mandamentos, 2005. pp. 51-59

dizem para suficientemente acerca do que a cooperativa é para operadores nas cooperativas⁸.

Este artigo no entanto tem a pretensão de levar a sério aquela velha brincadeira infantil de perguntar: *que é o que é*. Em outras palavras, num tom acadêmico, este artigo vai tratar da identidade das cooperativa ao nível da ontologia.

Proponho-me adotar uma atitude fenomenológica. Proponho-me a evidenciar o que a redução ao que é essencial numa cooperativa tem a nos dizer sobre a sua identidade. Em outras palavras, proponho-me a colocar os princípios universais de identidade das cooperativas emanada pela ACI entre parênteses, isto é, suspender provisoriamente para mim a crença de sua

⁸ Por isso, vou reproduzi-los aqui nesta nota de rodapé, tal como hoje consagrados e redigidos no Congresso Centenário da ACI, ocorrido em Manchester (1995) e recepcionados pela OIT (ver nota 2): 1 - Adesão aberta e voluntária: As cooperativas são organizações voluntárias e abertas para todas aquelas pessoas dispostas a utilizar seus serviços e dispostas a aceitar as responsabilidades que assumem os seus membros, sem discriminação de gênero, classe social, posição política ou religiosa; 2- controle democrático de seus membros: As cooperativas são organizações democráticas, controladas por seus membros, que participam ativamente na definição das políticas e na tomada de decisões. Os homens e as mulheres, eleitos como representantes de sua cooperativa, respondem perante seus membros. Nas cooperativas de primeiro grau, os membros tem igual direito a voto (um membro, um voto) e as cooperativas de grau superior são também organizadas de maneira democrática. 3 - participação econômica dos membros: Os membros contribuem de maneira equitativa e controlam de maneira democrática o capital da cooperativa. Pelo menos uma parte desse capital é propriedade comum da cooperativa. Usualmente recebem uma compensação limitada, se é que exista, sobre o capital subscrito como condição de adesão. Os membros destinam excedentes para qualquer dos seguintes propósitos: desenvolvimento da cooperativa, mediante a possível criação de reservas, parte das quais, pelo menos, será indivisível; os benefícios para os membros na proporção de suas transações com a cooperativa; e o apoio a outras atividades, se aprovados pelos seus membros. 4 - autonomia e independência: As cooperativas são organizações autônomas de ajuda mútua, controladas pelos seus membros. Se entram em acordo com outras organizações (incluindo governos) ou obtém capital de fontes externas, o fazem por meios que assegurem o controle democrático por parte de seus membros e mantenham a autonomia da cooperativa. 5 - educação, treinamento e informação: As cooperativas promovem a educação e treinamento a seus membros, a seus dirigentes eleitos, gerentes e empregados, de tal forma que contribuam mais eficazmente para o desenvolvimento de suas cooperativas. As cooperativas informam ao público em geral - particularmente aos jovens e formadores de opinião acerca da natureza e benefícios do cooperativismo. 6 - cooperação entre cooperativas: As cooperativas servem mais eficazmente e fortalecem ao movimento cooperativo trabalhando de maneira conjunta por meio de estruturas locais, nacionais, regionais e internacionais; 7 - compromisso com a comunidade: a cooperativa trabalha para o desenvolvimento sustentável de sua comunidade, por meio de políticas aceitas pelos seus membros.

vigência, pois só assim posso acessar de modo intuitivo a identidade das cooperativas. Postulo ainda que a intuição tem o poder de visar, através das particularidades das sociedades cooperativas organizadas e dos seus negócios, uma verdade essencial, que é comum a todas as cooperativas e acessível a qualquer um.

Mas, o que é essa essência?

A essência da cooperativa é o que persistiria mesmo que todos os estatutos fossem apagados, todas as sociedades cooperativas fossem liquidadas e os seus sócios dispersos para sempre.

Digo então que a essência da cooperativa é a pura possibilidade de algo (uma união de pessoas) *ser realizável* como cooperativa. Aqui cabe uma pergunta: a intuição da essência se distingue da percepção do evento (algum modo de união de pessoas)? Uma resposta tipicamente fenomenológica diz que essa intuição é a visão do sentido ideal que se doa ao evento materialmente percebido mediante nossas sensações. Ou seja, é a visão do sentido ideal que se doa ao que nos é dado pelo ambiente de cujo horizonte de indeterminação o evento percebido se destaca à consciência. E é nesse sentido que há a identificação do percebido como uma totalidade - uma cooperativa - ao que nos é dado pelo ambiente, que é sempre parcial e dependente de uma perspectiva.

Posso então afirmar que as circunstâncias finitas em que aparecem (se realizam) todas e quaisquer cooperativas, nas suas infinitas variações presentes, passadas e futuras, pouco importam às suas identidades como cooperativas.

Aqui cabe uma primeira advertência: cooperativa não é uma cebola. Os negócios e a sociedade não formam uma camada externa (visível) da cooperativa que possui camadas intermediárias, como a sua gestão, até um miolo sutil, que é a essência, a alma, o ânimo

da cooperativa. Mas acessar a essência da cooperativa significa reduzi-la, isto é, eliminar dela o seu coeficiente de variação e imperfeição de toda a sociedade cooperativa e seus negócios. A sociedade cooperativa e seus negócios são dados no mundo. A essência é uma simplificação idealizada do que nos é dado pelo mundo. Mas a essência não é acessada por decomposição, quero dizer, essa simplificação não é obtida assim.

Isso me fala muito acerca do que é essencial: é aquilo que faz ser impossível a cooperativa ser outra coisa. Na essência, há um caráter de necessidade e invariância que se opõe à faticidade cambiante, combinada com fatores causais, consensual de toda união de pessoas. Ou seja, o que a cooperativa essencialmente foi antes também é o que a cooperativa essencialmente agora é, que também é e o que cooperativa pode essencialmente vir a ser. Pois cooperativa é tudo aquilo que nossa memória, nossa percepção e nossa imaginação puder conceber. Mas tudo aquilo terá em comum o que não pode ser lembrado, percebido ou imaginado de outro modo sem deixar de ser cooperativa. Por isso, a essência da cooperativa é mais do que a sua identidade. Ele é o próprio *ser* da cooperativa.

Aqui cabe então uma então uma outra advertência: Tudo o que foi dito até agora pode parecer pouco objetivo e isso é proposital. Mas isso leva a se demonstrar que a identidade da cooperativa não é algum modo de representação ou projeção mental de algo material - a sociedade e os negócios que lhe realizam. Tampouco é relativo a circunstâncias históricas e culturais, mero resultado de um consenso arbitrário ou discricionário (efeito exclusivo de um juízo de conveniência e oportunidade), ou de um discurso ou especulação metafísica, ou mesmo de um dogma.

A identidade é a cooperativa diante da experiência sensível (a união de pessoas), muito embora apareça *através* desta, naquilo

que é mais do que uma coincidência dentre fatos, ou uma deliberação por potências volitivas, ou uma opinião de autoridade, mas uma *possibilidade necessária* para intuí-la no âmbito das hipóteses.

Enfim, através da experiência sensível (negócios e sociedades) de um modo de união de pessoas, posso intuir a essência da cooperativa. Mas essa essência diz das possibilidades (realidades hipotéticas, pensadas) dessa união, e não só das suas realidades concretas (sensíveis). Por isso, é possível acessar *o que é (o que é) cooperativa de antemão* ao conhecimento de um evento cooperativo específico, ou mesmo de um número significativo de eventos e até de todas as cooperativas no mundo. Os eventos cooperativos, como variações efetivas, se mostram então como indutores para o exercício da imaginação, ou melhor, da variação imaginária.

Eu posso dizer isso com outras palavras: A experiência dos fatos (realidades sensíveis), isto é as sociedades e negócios da cooperativa, me diz sempre *sobre* ela, mas não *dela*. O exercício do pensamento acerca dos limites das possibilidades de cooperativa, isto é, o exercício disciplinado e rigoroso da intuição, memória e imaginação (redução fenomenológica) é o que diz *da* cooperativa mesma.

O que identifica todas as cooperativas no mundo é uma descrição idealizada, reduzida (mas não decomposta), constante, invariante e totalizante delas. Por quaisquer que sejam os lugares e as épocas em que se falou, fala e falará em cooperativas (e até mesmo quando dela não se falar), por numerosas sejam as sociedades e os negócios aos quais se atribui a identidade de cooperativa no mundo, mesmo que haja muitas cooperativas mal geridas e em desvio de finalidade, ainda que ela seja exilada na utopia, é sempre da mesma cooperativa que se trata.

Também cabe mais uma advertência: ao contrário do que parece, a atemporalidade e a constância da essência não significa que ela seja estática. Há uma dinâmica. E essa foi a grande contribuição da fenomenologia de Edmund Husserl. A essência não “habita” no meu “eu”, nem nas sociedades e os seus negócios. Nem em um terceiro lugar hipotético, como imaginava Platão. A essência só existe num movimento que acontece o tempo todo e em todo o lugar: no direcionamento de minha e suas atenções (intencionalidade) a algo que neste ato se destaca do mundo para elas como um objeto dado e neste ato doa intuitivamente um sentido a ele. A fenomenologia se apresenta como um modo rigoroso de se compreender o dinamismo pelo qual a consciência dá sentido aos objetos do mundo, inclusive as cooperativas⁹. É esta a idéia que culmina com a compreensão da existência e da historicidade do cooperativismo. Pois a essência é uma sempre uma síntese de todos esses sentidos descritos.

Entre essa descrição e a suas manifestações fáticas (negócios e sociedades) não há uma relação dedutiva, comparativa ou de causalidade. Essas relações se dão entre coisas (fatos), mas não entre coisas e essências.

Não podemos pensar sobre a cooperativa, sem que tenhamos pensado nela. Se quero dar um sentido aos fatos das cooperativas, tenho de fundar esse sentido na essência das cooperativas. Por isso, o domínio sobre os fatos, isto é, seu estudo, controle e manipulação, ainda que metódica e rigorosa, nas mais diferentes disciplinas científicas, como a administração, a economia, o direito, contabilidade, não dá qualquer significado para a cooperativa. Esse significado é dado de outro modo completamente diferente.

⁹ Cf. DARTIGUES, André. O que É a Fenomenologia ? 10ª ed. SP : Centauro, 2008. pp. 21-24

Também cabe aqui uma outra advertência: Isso tudo o que foi dito até agora não quer dizer que haja uma independência entre fatos, as sociedades cooperativas e seus negócios, e a essência da cooperativa. É necessário que eu não caia na armadilha do idealismo ao exercitar a redução fenomenológica. Não posso supor que eu seja uma consciência desencarnada, que paira por cima e por fora da minha experiência concreta (sensível) com as sociedades cooperativas e seu negócios. Não terei uma idéia rigorosa de cooperativa olhando para o céu azul. Os dados e suas estruturas formais extraídos dessas sociedades e seus negócios pelas ciências dos fatos é o que me é dado primeiro pela existência. Esses dados são o que me remetem, mas não me resolvem, duas questões que são precedentes e radicais: a posição que essas ciências assumem perante a cooperativa e a idéia que faço do que é real e objetivo na cooperativa. Isto é, o que identifico rigorosamente como cooperativa nas sociedades e negócios que conheço e opero.

Enfim, o Direito, a Administração, a Sociologia, a Contabilidade etc contribuem, sem dúvida alguma contribuem para o esclarecimento acerca da identidade das cooperativas, mas nenhuma delas, como ciências dos fatos ou positivas, que são, e também todas as técnicas delas decorrentes para o domínio das cooperativas, me prestam suficientemente para definí-las como cooperativa. Para definir a identidade das cooperativas, não basta que eu acumule conhecimento que me explique os fatos acerca da cooperativa, pois ela não é acessada por uma soma de seus resultados.¹⁰ É necessário uma atitude compreensiva. E compreensão não se deduz simplesmente de uma explicação.

¹⁰ “(...)é tão impossível atingir a essência amontoando acidentes quanto chegar à unidade acrescentando indefinidamente algarismos à direita de 0,99.” (SARTRE, J.P. Esboço para uma teoria das emoções. PoA : L&PM, 2007. p. 17.

A objetivação científica tão-somente concorre para superar os limites de minha intencionalidade e que são impostos pelo corpo que me encarna. Ela evita que para dar sentido à cooperativa eu me torne dependente exclusivamente de uma compreensão imediata e situada. Mas, isso não diz tudo da cooperativa. É necessário acessar a dimensão subjetiva das sociedades cooperativas e seus negócios que os torna fatos humanos. É para o acesso a essa essência radicalmente humana que a fenomenologia apresenta um modo de compreensão.

Os dados explicados pelas ciências dos fatos (positivas) e as técnicas que os dominam não são substitutas da compreensão, mas se erigem como massa crítica de conhecimento para uma compreensão intersubjetiva. Pois, compreender é um encontro de sentidos, isto é, aquele que compreende dá um sentido à cooperativa que é, em síntese, o mesmo sentido doado por aqueles que se unem em sociedades cooperativas e com ela realizam negócios, ou seja, aqueles que de certo modo animam o objeto a ser compreendido. Compreender as sociedades cooperativas e seus negócios é percebê-lo “por dentro”, e não acerca dele. Isto é, compreender é encontrar a existência da cooperativa no mundo da vida.

No plano da existência, a consciência é como uma luz lançada constantemente em direção ao mundo (intencionalidade proposta por Husserl). O mundo é tanto como o que fomos e somos, algo solidificado, absoluto e definitivo, quanto o que seremos. A consciência desliza sobre o que fomos e somos, mas nenhuma constituição realiza aí, porque isto já foi dado. Mas, isso nada importa diante das possibilidades que ilumina (sentidos) na busca do que seremos. A consciência, como intencionalidade, interage com as sociedades cooperativas e seus negócios ao constituir o *vir a ser cooperativa* e nisso reside a chave da adequação hermenêutica no Direito Cooperativo. Esse modo de pensar eleva a liberdade

como potência da realidade. Existir significa ultrapassar constantemente o *ser “cooperativa”*, em si, que já está determinado, numa aventura de constituir o porvir.

Há uma crença generalizada e razoavelmente fundada de que os Princípios Universais de Identidade das Cooperativas, emanados da ACI, expressam bem e positivam essa síntese. Mas ao fazê-los, a ACI condiciona igualmente essa positivação ao contexto histórico-espacial em que se vivencia as experiências atuais de cooperativas em escala mundial, trazidos à descrição, análise e comparação no âmbito da ACI, onde se guarda uma alentada memória do cooperativismo e que também se constitui como um foro privilegiado de debate e reflexão, acordos e dissensos acerca do que pode vir a ser cooperativa no futuro e em oportunidades do presente.

Aqui se permite então o “truque” com que o operador das cooperativas, normalmente hábil em lidar com os fatos das cooperativas - uniões de pessoas e seus negócios - se desvia do problema de lidar com a essência das cooperativas: nos princípios universais de identidade cooperativa emanados da ACI há uma faticidade com que ele pode dominar tecnicamente a identificação das sociedades e negócios das cooperativas. Mas ao fazê-lo deve admitir que seu acesso é a uma identidade turva, ou seja, contextualizada.

Essa falta de clareza se evidencia na tensão entre essa faticidade dos princípios (sua positivação aprovada por resolução assemblear) e sua validade, ou seja, a sua capacidade de dar conta de todos os sentidos possíveis para a cooperativa, na medida em que vão afetando a síntese que se apresenta como essência. Essa tensão, por exemplo, está presente nos debates acerca do Estatuto da Cooperativa Européia. Isto é, sobre sua capacidade de garantir legalmente a fidelidade das iniciativas (sociedades e negócios) à

identidade cooperativa, pois é certo que este estatuto positiva variações significativas (ou contradições?) em torno desses princípios emanados pela ACI, como é o caso da singularidade de voto nas cooperativas singulares.

Só à guiza de ilustração, cabe o comentário de que Estatuto admite uma proporcionalidade limitada do voto ao volume de operações realizadas pelo sócio, em relação ao total das operações realizadas pela cooperativa.¹¹ A respeito deste ponto específico, mencionado como uma evidência da tensão entre faticidade e validade dos princípios de identidade universal das cooperativas, emanadas pela ACI, quando confrontada com o Estatuto das Cooperativas Europeias, é interessante notar que, na positivação do princípio de gestão democrática emanada pela ACI e OIT, está incrustada a regra do voto *per capita* nas cooperativas singulares¹². Se, princípios e regras são espécies normativas distintas, a regra do voto *per capita* é assumida pela ACI arbitrariamente como princípio¹³.

¹¹ Cf. ABELENDA. Pablo Rodríguez. La sociedad cooperativa europea y su adecuación a los principios de la ACI. In: Revista Jurídica e Economía Social y Cooperativa. Nº 15/out. 2004. Valencia : Cirioc España.

¹² Ver nota de rodapé nº 8.

¹³ “É que, diferentemente das regras de direito, os princípios jurídicos não se apresentam como imperativos categóricos, mandatos definitivos nem ordenações de vigência diretamente emanados do legislador, antes apenas enunciam para que o seu aplicador se decida neste ou naquele sentido. Noutras palavras, enquanto em relação às regras e sob determinada concepção de justiça, de resto integrada na consciência jurídica geral, o legislador desde logo e com exclusividade define os respectivos suposto e disposição, isto é, cada hipótese de incidência e a respectiva consequência jurídica, já no que se refere aos princípios jurídicos

— daí o seu caráter não conclusivo, anota Hart

— esse mesmo legislador se abstém de fazer isso, ou pelo menos de fazê-lo sozinho e por inteiro, preferindo compartilhar a tarefa com aqueles que irão aplicar esses standards normativos, porque sabe de antemão que é somente em face de situações concretas que elas logram atualizar-se e operar como verdadeiros mandatos de otimização.” MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de Direito Constitucional. SP : Saraiva/Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007. p. 27. Em que pese a posição formal da ACI e OIT, sua flexibilização pelo Estatuto da Cooperativa Europeia não pode ser assumida como uma negação absoluta de uma identidade cooperativa, isto é, uma desnaturação da cooperativa. Isto porque são princípios de identidade cooperativa : a gestão democrática e a participação econômica dos sócios. Ambos os princípios se voltam aos sócios, um no âmbito societário e outro no âmbito operacional de sua economia. Numa sociedade concreta, uma ponderação bem limitada do voto; ponderação essa determinada na proporção das operações realizadas pelo sócio é uma variação possível da cooperativa — isso é algo que a redução fenomenológica possibilita. E o que validará essa ponderação na sociedade cooperativa, para além de toda ciência e técnica jurídica, é o exercício da cooperação entre os seus sócios.

Dito tudo isso, você já deve estar curioso: afinal, o que identifica uma cooperativa? O que é a essência da cooperativa? Que é (o que é) a cooperativa?

Certamente a descrição idealizada, reduzida, constante, invariante e totalizante da cooperativa tem por eixo a cooperação.

Aqui pertine as palavras de Aquiles Côrtes Guimarães, proferidas no II Congresso de Direito Tributário Cooperativo:

“O ser do cooperativismo se manifesta no seu aparecer no conjunto de significados que devem ser percebidos e descritos nos atos constitutivos da sua vigência. Esses significados, ou essências, ou sentidos, derivam da intencionalidade da consciência voltada para a realização de uma sociedade solidária, liberta da febre do individualismo.

“Quando a Constituição brasileira estabelece no seu Artigo 3º, item I, como princípio fundamental ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’, está apontando, implicitamente, o cooperativismo como um dos instrumentos mais eficazes na realização desse objetivo. É intuitivo que a solidariedade integra a estrutura de essências ou sentidos do ato cooperativo, nos horizontes de significados que constituem a intencionalidade realizativa da pessoa humana fora da contaminação capitalista.

“Portanto, descobrir a essência do ato cooperativo significa articular as conexões de sentidos e significados que caracterizam o seu ser e a sua destinação, eliminando todas as accidentalidades que impedem a visada originária daquilo que ele é, tal qual se manifesta. E nesse sentido, o que existe de radicalmente originário no cooperativismo é a estrutura significativa da sua finalidade, a essência do seu existir como caminho nobre do espírito em busca da realização social.”

No I Simpósio de Pesquisa em Direito Cooperativo, tive a oportunidade de aplicar esse modo de pensar numa reflexão sobre

o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo. Partindo da premissa que a cooperativa e o ato cooperativo são manifestações da cooperação na ordem econômica, cheguei, com o socorro dos estudos de Sigismundo Bialoskorski¹⁴, a três corolários da cooperação, quando ali se manifesta:

- A democracia como valor intrínseco à atividade econômica;
- Geração de riqueza vinculada ao desenvolvimento local;
- Eficácia em ambientes de escassez de capital e em mercados imperfeitos.

Não importa tanto o que as cooperativas foram, são e podem vir a ser, mas elas são sempre: uma cooperação entre seus sócios. Uma cooperação com a qual necessariamente exercitarão a democracia em sua gestão, gerarão riqueza que circulará necessariamente na comunidade local onde está estabelecida e resolverão ou minimizarão ao menos os seus problemas comuns com a imperfeição de mercados e com a escassez de capital. Sem isso, não há como pensar uma possibilidade realizável como uma cooperativa. Isto é, me é impossível pensar cooperativa de outro modo: não há como suprimir a cooperação sem destruir a cooperativa como um objeto.

Mas você pode estar agora pensando... isso tudo é muito teórico. E na prática? Exercitada a redução fenomenológica, a ciência da essência (eidética) da cooperativa se apresenta como fundamento para o Direito Cooperativo. Ilustro: A matéria tributária evidencia conflitos de justiça envolvendo os negócios das cooperativas, que não se resolvem somente com o emprego da técnica jurídica. Na esteira dessas dificuldades recorrentes, o Poder

¹⁴ Aspectos Econômicos das Cooperativas. BH : Mandamentos, 2006.

Executivo recentemente enviou ao Congresso Nacional a Mensagem 481/2008, em que o texto ali contido assumiu forma de projeto de lei complementar nº 386/2008. Esse projeto de lei se soma a outro, o PLP 198/2007, proposto pela Frente Parlamentar do Cooperativismo.

O art. 146, III, c da Constituição Federal cogita Lei Complementar que estabeleça normas gerais para o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo.

São dois os parâmetros: a generalidade e a adequação.

É cediço que o Supremo Tribunal Federal tende a abandonar a tese de hierarquia entre leis complementares e ordinárias para adotar a tese da materialidade. Por esta tese, são materialmente complementares as normas para as quais a Constituição expressamente demanda esta qualificação, conquanto sejam apenas formalmente complementares as normas aprovadas consoante o processo legislativo próprio para as normas qualificadas, sem que haja esse mandamento constitucional. Estas últimas podem ser revogadas por norma ordinária posterior.¹⁵

Assim sendo, é pertinente delinear o que vêm a ser *as normas gerais* que se propõem, ainda que anteriores a 1988, mas recepcionadas com *status* complementar. Esse esforço tem proveito prático para se verificar o que está a salvo de alterações por Medidas Provisórias. A memória da revogação do disposto no art. 6º, I da Lei Complementar 70/91 pela MP 1858-6, em 1999 é ilustrativa dessa pertinência. O que está em jogo é a estabilidade da norma qualificada e sua conseqüente segurança jurídica para o negócio das cooperativas.

¹⁵ Cf. MENDES, Gilmar et al. Ob. cit.. p. 835

Poder-se-ia dizer que *norma geral*, para fins de exame da materialidade de normas tributárias, é aquela que transcende a competência tributária de cada ente federativo – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – em particular.

Mas esta afirmação, por si mesma, não basta para o mister, eis que ora não se trata, em tese, de uma norma instituidora de tributos, mas de uma norma geral para o ato cooperativo, naquilo que tenha impacto na tributação da cooperativa. O foco central do comando constitucional é o ato cooperativo, e não os tributos os quais a cooperativa pode vir a ser contribuinte, pois, a rigor, ela é como todas as sociedades, enquanto não pratica atos cooperativos.

Reforça-se a ressalva acima, ao se observar que não há incidência tributária sobre os atos cooperativos. E não por serem *cooperativos*, mas por serem *atos jurídicos*. Atos não se confundem com fatos. As causas (as manifestações da vontade da cooperativa) não se confundem com seus possíveis efeitos (as operações que ela realiza e sobre as quais há eventual incidência de tributos), sem prejuízo do reconhecimento do nexo lógico entre eles.

Esse reparo analítico se faz necessário exatamente porque, na hermenêutica da norma complementar, o reconhecimento da sua materialidade é sempre restritivo.

Retomo a questão do que vem a ser *norma geral* que tenha por objeto, no caso, o ato cooperativo. Evidentemente, não se cogita a proposição de Lei Complementar superficial. Porém, eis a armadilha: ao detalhar, à guiza de aprofundamento, decai a norma para a matéria de Lei Ordinária. Uma vez a norma decaída, mais vulnerável a sua estabilidade de vigência temporal, o que compromete a promessa de segurança jurídica da norma qualificada pela Constituição Federal. O desafio é portanto estabelecer um

método de abordagem que permita a distinção entre generalidade e superficialidade; aprofundamento e detalhamento.

Uma norma geral é aquela que afeta de modo uniforme o conjunto de atos e fatos que se propõe alcançar. E o que é universal nos atos cooperativos, na pluralidade de suas manifestações? A sua essência. Portanto, uma norma geral que tem por objeto os atos cooperativos versa sobre a essência que se reconhece nesses atos. A profundidade do tratamento normativo, longe de expressar o detalhamento, tem, por medida, o alcance deste reconhecimento, para além da operacionalidade dos atos cooperativos – estas, matérias de normas ordinárias. Aqui se articulam a generalidade e a adequação.

O que singulariza todo o ato cooperativo, em contraste com os atos de mercado? Entre o sócio e a cooperativa, este sempre um fornecedor ou recebedor de bens ou serviços para aquele ou daquele, não há oposição de interesses de conteúdo econômico transacional. Em outras palavras, a cooperativa opera orientada para proveito direto e imediato de seu sócio, e não orientada para o proveito próprio, a fim de maximizar resultados positivos a serem distribuídos aos sócios no gozo da propriedade sobre a sociedade. Isso ocorre:

- pela renúncia parcial dos poderes de propriedade do sócio sobre a sociedade (gestão democrática, inalienabilidade parcial das quotas-partes, indivisibilidade parcial do patrimônio líquido e dos resultados positivos, remuneração limitada do capital integralizado);
- pela distribuição dos resultados divisíveis, conforme as operações;
- pelo retorno integral dos resultados da atividade operacional com o sócio a ele, deduzidos exclusivamente os valores que são

indivisíveis e para o custeio dos tributos, da gestão administrativa e financeira, da assistência e das próprias transações.

Enfim, pelas características do sistema operacional que identificam universalmente uma cooperativa como tal, não faz sentido que a cooperativa logre vantagens patrimoniais para si, porque se manifestaria uma alienação do próprio sócio, como usuário da sociedade, com fins de distribuição do resultado dessa alienação ao sócio, como dono da sociedade.

Nota-se que o ato é cooperativo independentemente de seu objeto. É cooperativo pelo sentido como se relacionam as partes, em termos da sistemática de seus direitos e obrigações. Por isso, a cooperativa pode ter por objeto qualquer operação, bem ou serviço.

Outrossim, a cooperativa, via de regra, realiza operações que conjugam atos cooperativos e atos de mercado. Toda a questão tormentosa sobre a adequação tributária passa a então ao encadeamento desses atos, eis que o fato a ser cotejado com a hipótese tributária é a operação.

É exatamente nesse ponto que o sentido dado ao adequado na norma constitucional se torna relevante. A redução fenomenológica é interessante para superar as dificuldades no atual estado das artes do Direito Cooperativo.

Hoje, um certo jogo *empírico* é feito por meio da eleição arbitrária de elementos fáticos circunstanciais, como indutores autofundantes da identificação. Ou seja, se presente ou ausente uma, ou um número de determinantes apriorísticos, isso será suficiente ao intérprete para aferir, não somente a legalidade ou ilegalidade da relação jurídica, mas a própria verdade ou falsidade da cooperativa. O intérprete se permite a tal arbitrariedade porque

a cooperativa representa um certo sentido idílico e alternativo à realidade econômica. Então, há uma tendência de se exigir da cooperativa não apenas *ser*, mas também sempre *parecer ser*, como condição de existência verdadeira. Se *não parecendo, não será* para cada uma das subjetividades, tudo pode e é causa para *deixar de ser*, por *não parecer*.

Um segundo modo do jogo empírico desloca o foco para o objeto, interditando a cooperação, consoante esse objeto que parece à subjetividade como muito áspero. Nesse modo, admite-se que existam atividades que, seja por suas naturezas ou pelo modo como são usualmente executados no mercado, seriam incompatíveis com o sentido idílico ou alternativo determinante da legitimidade. Neste passo, essas atividades tornam-se objetos ilícitos para cooperativas, enquanto permanecem lícitos para empresas.

Por outro lado, a cooperação, para os cooperativistas, tem sido mais justificativa, explicação; não tanto constitucional, fundamental, o “vir-a-ser” dos negócios. Ou seja, a cooperação é tratada freqüentemente como um dado que se faz saber sobre os negócios das cooperativas. Isso levou os cooperativistas, em algumas situações críticas, a terem seu discernimento obliterado por uma certa sofística¹⁶, quando o conceito de cooperação foi reduzido a um mero elemento do *ethos* ou do *pathos*¹⁷.

¹⁶ Sofística aqui tem um duplo sentido a partir da premissa de que ela sustenta um relativismo prático com o emprego da retórica. A primeira é a crítica ao Direito positivado, porque inadequado à natureza dos atos cooperativos, como desinteressante aos negócios das cooperativas. Mas o segundo sentido, pejorativo, é o contentamento com a verossimilhança no lugar da verdade, desde que útil aos negócios das cooperativas, ou pior: diabolicamente sedutor aos cooperativistas. Alguns dos advogados mais prestigiados pelos cooperativistas agiram como os sofistas que circularam na Grécia entre os séc. V e IV a. C.. Os sofistas de então professavam a arte de justificar com argumentos o que quer que fosse desejado, em troca de dinheiro. Assim, freqüentemente os cooperativistas foram como mágicos que se iludiram com o próprio truque: conduziram uma gestão imprudente das cooperativas, porque se agarraram a argumentos aparentemente convincentes, mas não sustentáveis, porque desprovidos de conteúdo teórico consistente ou coerente. No caso das cooperativas de trabalho, essa atitude correspondeu ao pior sentido dado por Platão à sofística: malversação do raciocínio demonstrativo para fins geralmente imorais.

¹⁷ A retórica orienta os argumentos a partir de três conceitos básicos: *ethos*, *pathos* e *logos*. O

Tanto o jogo empírico que restringe arbitrariamente as possibilidades de concreção da cooperação na ordem econômica, quanto o jogo sofisticado que dificulta o discernimento do ato cooperativo do seu abuso têm em comum um pressuposto de que a essência do ato cooperativo precede a sua existência. O ser e a verdade sobre o ato cooperativo se apresentam como um conjunto de suposições com que se determina a exatidão do conhecimento acerca da concretude dos atos cooperativos.

Os negócios das cooperativas, tais como são dados, “em-si”¹⁸, são objetos neste mundo duro e áspero para o qual a consciência cooperativista irá deslizar e descobrir o sentido da cooperação, a partir do qual um tratamento adequado é concebido. O adequado revela então o ato cooperativo “para-si”¹⁹, porque é seu pressuposto que se explicita. Uma vez concebido o adequado nessa linha de pensamento, então possibilitamos o parto do “vir-a-ser” dos atos cooperativos, “o fazer”²⁰ cooperativa que a realiza como essência.

ethos se refere à atitude do emissor do argumento, que visa obter a confiança e aceitação pelo seu destinatário. O pathos se refere às qualidades, estados e reações do ego do destinatário do argumento, que visa despertar um sentimento. O logos se refere ao conteúdo do argumento, ao domínio da dialética, dedução, indução e analogia. O sofisma, no pior sentido, se revela como um abuso da retórica: simulação do ethos, manipulação do pathos ou falseamento dologos.

¹⁸ O “ser em si” é um conceito proposto por Sartre para levar a fenomenologia às suas últimas consequências no que tange ao postulado de que a consciência não possui qualquer conteúdo. As coisas, em si, não possuem qualquer sentido apriorístico em sua existência. Portanto, as coisas, em si, são passivas à ação da consciência (intenção) de doação de sentidos (intencionalidade). Mas os sentidos não residem na consciência, pois estas, para Sartre, jamais possuem qualquer conteúdo. Portanto, todos os sentidos possíveis são imanentes às coisas, ou seja, a potência de um sentido se encontra no objeto. Mas ela só existe com a ação transcendental da consciência. Poder-se-á dizer portanto que a coisa em si é uma totalidade inerte e una.

¹⁹ O “ser para si” é o segundo pólo conceitual da metafísica em Sartre. Se o ser em si é absoluto, o ser para si é relacional por ação da consciência que reflete e questiona. Na realidade, o ser, para si, aparece com a ação da consciência em deslizamento sobre a coisa, em si.

²⁰ O ser para si, está diante de si, pois é transcendental pela intencionalidade. O vivido, em um dado momento, oferece a possibilidade de tornar-se um novo vivido, mas no salto do ser para (diante de) si manifesta-se a liberdade da consciência que não retém qualquer conteúdo. Por isso, não há um retorno às coisas, em si, mas permanecem as suas essências que, para Sartre, quicá exageradamente, não só se revelam ou são descobertas, mas se refazem constantemente com a ação da consciência.

A adequação fenomenológica tanto libera a consciência do intérprete dos preconceitos acerca desse idealismo que está condicionando a cooperação, como é um antídoto aos sofismas que buscam justificar o abuso.

Evidente que o Ato Cooperativo está ligado à finalidade social da Cooperativa, motivo pelo qual estes atos são aqueles em que o ente cooperativa passa a ser programático na ordem econômica (a cooperativa é). Observe-se que, havendo adequação entre a atividade realizada pela cooperativa e o que dele se espera na ordem econômica (“passo de volta” ao princípio da Identidade), resta claro que há atos cooperativos, sem os quais, as finalidades da Cooperativa não se realizariam..

Se é certo que o legislador constituinte vislumbrou no Cooperativismo uma das formas de consecução dos objetivos estatais, a ponto de determinar que o Estado deve estimulá-lo e apoiá-lo²¹, por certo, qualquer interpretação que pretenda encapsular o Ato Cooperativo, diminuindo-lhe o alcance de seus efeitos concretos, encontra-se eivada de inconstitucionalidade material.

Todo o esforço dedutivo então vai estabelecer quais são os resultados na ordem econômica que o Direito Constitucional programa para o cooperativismo (premissa maior); e quais são as operações da cooperativa que logram realizar esse resultado (premissa menor). Uma vez respondidos ambos os “quais” conclui-se que o sócio coopera com a sociedade (ato cooperativo) e a implicação hermenêutica da conclusão alcança integralmente a operação que realiza esse resultado programado, o que vem a ser o sentido estrutural da cooperação na cooperativa. Estrutural porque o ato cooperativo se manifesta em determinados padrões relacionais havidos entre a cooperativa e a ordem econômica.

²¹ CF, art. 174, §2º.

Portanto, o que norteia a norma qualificada prevista na Constituição é a cooperação, enquanto essência do ato cooperativo e essa norma positiva o modelo tributário próprio para as operações decorrentes do ato cooperativo.

Pertine aqui uma última consideração. Se se assume que a cooperação é um *valor* constitucional, que se afirma na ordem econômica através do aparecer da cooperativa e da prática dos atos cooperativos, também há que se admitir, em razão disso, que o apoio e estímulo ao cooperativismo está *“obrigado’ a participar do jogo – concertado – de restrições e complementações recíprocas em que consiste o processo de concretização dos princípios e valores constitucionais”*²². Nesse passo, há que se considerar que a defesa da concorrência é uma norma-princípio da constituição. Por outro lado, também a subsidiariedade da atuação do Estado é uma norma-princípio. Assim, uma carga tributária vantajosa à cooperativa se justifica na medida em que a cooperativa logra exercitar a democracia, realiza o desenvolvimento local e dá soluções eficazes para imperfeições de mercado e para ambientes de escassez de capital. Pois assim, o Estado não tem necessidade de intervir na ordem econômica para fazer o que a cooperativa pode fazer por si. Portanto, a carga tributária das cooperativas tende a ser menor que a das empresas de capital, mas nunca poderá ser maior. Em sendo menor, não poderá distorcer o mercado, de modo que a cooperação deixe de ser o sentido de se praticar o ato cooperativo, mas sim um gozo de vantagens tributárias.

²² MENDES. Ob. cit. p. 1297

DIREITO, VALOR E TÉCNICA

*Aquiles Côrtes Guimarães**

Para termos bem clara a relação entre Direito, valor e técnica é necessário explicitar primeiramente a natureza ontológica do **valor**, tendo em vista que este é um ser ideal.

A ontologia fenomenológica concebe a realidade como um reino de objetos reais e de objetos ideais. Essas duas “regiões ontológicas” abarcam o mundo natural e o mundo do espírito, no mais amplo sentido que envolve os objetos reais e os objetos ideais provenientes da atividade espiritual. Objeto é tudo aquilo que se manifesta à consciência, desde esta caneta que me possibilita escrever até à idéia de Deus como onisciência, onipresença e onipotência.

Portanto, percebemos desde logo que o reino dos valores está situado no universo dos seres ideais. Mais ainda, os valores são autônomos, universais e absolutos. Seu fundamento último é a própria consciência humana. A constituição dos objetos reais é levada a efeito pelas ciências positivas a partir das leis lógicas do pensamento enquanto leis ideais. Objetos lógicos (leis do raciocínio) e matemáticos são também objetos ideais disponíveis

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

para a explicação dos seres físicos, orgânicos ou psíquicos e tudo mais que se mostre à consciência intencional no seu caráter de realidade. Em síntese, a nova ontologia não considera os seres como entidades abstratas ao modo da metafísica clássica, como se estes fossem apenas objetos das milenares especulações intelectuais com as quais se preocupou a filosofia desde Parmênides. Ontologia é o estudo dos seres tais como se manifestam á consciência humana, sejam estes **reais**, **ideais** ou **imaginários**. Os seres reais estão submetidos às contingências da temporalidade e da historicidade, enquanto os seres ideais são atemporais e universais.

É nessa perspectiva de uma ontologia abrangente que deve ser compreendida a questão dos valores e a sua íntima relação com o Direito. A partir do fato de que sendo o Direito um objeto cultural, esse objeto já nasce como fruto de uma intencionalidade valorativa. Cultura é “intencionalidade objetivada”, no sentido de que é produto da atividade do espírito em demanda da descoberta de sentidos para a história e para a existência civilizada. O objeto Direito, embora fruto da objetivação valorativa, é o foco da recepção e adesão ao reino dos valores constituído de seres ideais autônomos, frente às infinitas circunstâncias que permeiam a ordem normativa, cuja plenitude jamais será encontrada. Ou seja, o objeto Direito já aparece como um valor referido à norma, mas no percurso da sua vigência ele estará sempre sendo enriquecido com a incorporação de outros valores oriundos da esfera axiológica. Essa esfera axiológica constitui um reino autônomo. O modo de ser dos valores é o **valer**. Os valores **valem**. É desta maneira que falamos do valor liberdade, do valor dignidade e assim infinitamente em relação a esse universo de seres ideais. Assim como as leis da lógica orientam o nosso pensamento na elaboração do discurso e nos processos de decisão, da mesma forma os modos de valorar são orientados e fundados no **valer** dos valores. Sendo o Direito um

valor, este permanece como tal no reino ideal dos valores até que a norma jurídica o incorpore, tornando-o efetivo e vigente, disponível a todos. Ao expedir a norma, o legislador se orienta pelas regras lógico-linguísticas na elaboração do seu enunciado e pelo valor que visa proteger ou disciplinar.

Mas vem aí uma questão muito discutida e pouco aprofundada: esses valores de que estamos falando com tranquilidade existem de fato ou são meras criações do espírito? Tentemos esclarecer sumariamente a questão. Já vimos afirmando que os valores pertencem a um reino autônomo de seres ideais. Portanto, não são criações arbitrárias do espírito, mas algo que antecede à vida do espírito. São princípios *a priori* com conteúdos múltiplos cujo acesso nos é conferido por uma via cognitiva distinta chamada **intuição emocional**, diferente da **via racional**. O conhecimento dos valores depende da pré-disposição do coração (razões pascalianas do coração) para atingir o seu ser, enquanto **objeto ideal**. A lógica e a matemática também lidam com objetos ideais, mas a via de acesso ao conhecimento desses objetos é a razão e não a emoção. Ao prolatar uma sentença, o juiz – ainda que não perceba – está caminhando essas duas vias: a via racional, na análise dos fatos alegados e dos fundamentos jurídicos da pretensão e a via emocional na intuição dos valores que são recepcionados no momento crucial da decisão. Por isso mesmo, a decisão será sempre uma **cisão**, ou seja, a preferência por um conjunto de valores considerados superiores em detrimento de outros vistos naquele momento intuitivo como inferiores. É sempre nos horizontes de uma escala hierárquica de valores que se desenvolve a argumentação jurídica, tendo em vista que esta se destina a justificar a preferência por um conjunto de valores, postergando os demais a uma posição irrelevante naquele contexto avaliativo. A superioridade ou inferioridade de um valor está na dependência

indeclinável dos nossos **atos de preferência**. E esses atos decorrem da intuição emocional do universo *a priori* e autônomo dos valores que podem ser positivos ou negativos. Positividade e negatividade pertencem à essência dos valores, razão pela qual a idéia de **bem** e de **mal** consubstancia a existência de valores positivos e negativos no reino autônomo da realidade axiológica.

O valor é um fato percebido pelo espírito que integra a realização da autonomia do homem na universalidade da humanidade. O mesmo poderíamos dizer do imperativo categórico (aja de tal maneira que sua conduta sirva de lei universal) como fato da razão, pois é esta que impõe ao homem o agir racional. É o espírito (consciência) que intenciona emocionalmente a existência dos valores como seres ideais, para além de toda especulação metafísica. A marca distintiva do valor é o **valer**. Os valores **valem** e, por isso mesmo, se diferenciam dos demais objetos ideais. Toda a nossa existência se desenvolve num processo contínuo de avaliação referida ao universo de valores constituído de objetos ideais que são qualidades articuladas numa hierarquia, independente do mundo dos **bens**. Os bens não portam nenhum valor em si mesmos, **exceptuados** aqueles referentes às necessidades vitais como, por exemplo, o abrigo, o vestuário e a alimentação. Mas o que nos interessa aqui são os valores espirituais. Estes, como seres autônomos, não estão nos bens, mas na potencialidade intuitiva perceptiva do homem no esforço de trazê-los aos bens como **medidas** da avaliação. O valor de um objeto de arte – pintura, escultura etc. – é intuído a partir da genialidade criadora do artista, uma vez que arte é **poiesis**, é criação. Mas o valor da criação artística é puramente espiritual e só pode ser percebido a partir da intuição do grau de originalidade e beleza representado no objeto. E tudo isso que o objeto representa existe *a priori* no reino dos valores dispostos à intuição e avaliação daquilo que **é** a arte. O mesmo não

se pode dizer de um bem material com o qual lidamos diuturnamente. O valor de uma casa decorre da situação geográfica onde foi edificada, do tamanho e das repartições, do material empregado, da vizinhança e de vários outros fatores, todos calculáveis e redutíveis a um **quantum** em moeda para efeito de troca de uma coisa por outra, de casa por moeda. O valor casa e o valor moeda pertencem ao mesmo universo de bens materiais calculáveis. Já os bens espirituais não são passíveis de cálculo porque o seu valor decorre da intuição emocional do objeto ideal valor correspondente que existe no seu reino próprio e não na instrumentalidade lógico-matemática. A **medida** do valor é a **preferência** e não o cálculo. E preferência é algo que o espírito atinge à luz da intuição emocional da grandeza do valor. Toda a nobreza do espírito consiste na potencialidade de percepção dos valores mais altos, deixando para trás (postergando) aqueles que obscurecem os fins da realização humana. Entretanto, os atos de preferência ou de postergação dos valores obedecem apenas à pré-disposição do espírito e nunca aos ditames da razão, uma vez que esta é instrumento do raciocínio lógico-dedutivo e não da intuição emocional.

Tudo isso, obviamente, diz respeito não apenas ao Direito mas aos fundamentos capitais da Ética, sem os quais a moralidade ficaria destituída de referências absolutas e universais que a preservassem contra o relativismo e a anarquia. Mas esta é outra história. O que interessa ao Direito são os valores incorporados à vigência normativa que tem como meta a realização do ideal de justiça. Os valores jurídicos não são os mesmos valores éticos e morais, embora situados no mesmo reino autônomo de valores, visto que os primeiros se destinam ao equilíbrio dos interesses nas relações jurídicas e os segundos a garantir a coexistência civilizada. Os valores jurídicos sustentam a legitimidade e a eficácia da

estrutura normativa, tendo em vista que toda norma abriga um conjunto de sentidos referidos ao campo axiológico no qual circulam também as referências da eticidade e da moralidade. E a principal diferença reside no caráter coercitivo da norma jurídica nos horizontes da espontaneidade das normas morais.

O fim último do Direito é a realização da Justiça. Portanto, o Direito é o meio e a Justiça é o fim. Logo, o fundamento imediato da ordem jurídico-normativa é o **valor**. Não há norma jurídica ou moral na ausência de valores a serem protegidos no âmbito das aspirações humanas. O Direito como um meio para atingir um fim, desde a sua originação na consciência humana, está carregado de valores que permeiam as mais variadas dimensões da nossa existência no universo das relações com pessoas e coisas. A objetividade ideal dos valores é anterior à estrutura normativa porque existente a priori no espírito humano, no reino autônomo dos valores por ele concebido. Cada norma realiza um valor pré-existente e percebido como tal no reino dos valores.

O historicismo axiológico afirma o caráter transformacional e relativo dos valores no curso da aventura da história, tendo em vista as mutações que envolvem os fatos produzidos no reino da técnica capazes de despertar novas aspirações e desejos, atingindo o Direito no plano das garantias fundamentais. Novos direitos vão surgindo como resultados da intuição e percepção de novos valores que jamais apareceram como objetos de proteção específica por parte da comunidade internacional e que constantemente acabam por se erigirem em preceitos constitucionais na maioria dos países civilizados. É o caso, por exemplo, da proteção à criança e ao adolescente, ao idoso, ao deficiente físico e mental e tantas outras carências humanas.

Mas todos esses valores que têm como valor-fonte a pessoa humana são intuídos e percebidos a partir do universo autônomo

de valores pré-existent e não em função das mutações que ocorrem necessariamente no processo histórico. O acontecimento não cria o valor. Pelo contrário, o valor pré-existente é recebido pelo acontecimento como meio de reconhecê-lo e de conferir sentido à sua manifestação. A emergência de novos direitos decorre da emergência de novos acontecimentos (fatos) que, por sua vez, têm origem no incontável desdobramento do processo histórico-social. Aí tem lugar a valoração como instância decisiva na elaboração dos atos normativos destinados a satisfazer às novas necessidades e aspirações. Mas o **valorar** só pode ter como paradigma o **valor** e não os artifícios da racionalidade encontrados no campo da potencialidade lógico-dedutiva da intencionalidade da consciência. Por isso mesmo, não há valores velhos e valores novos. Há valores, positivos e negativos, superiores e inferiores. A razão se historiciza na construção das racionalidades instrumentais destinadas ao controle do comportamento humano, animal e da natureza em geral, frente à contingência dos acontecimentos. Mas os valores não se submetem às incertezas da temporalidade e da historicidade do mundo. Existem por si mesmos como universais e absolutos e nós os conhecemos pela via do **sentimento** e do entendimento que nos leva a distinguir o **bem** do **mal** na preferência pela superioridade ou inferioridade de cada um deles. Ainda que desapareçam as intenções valorativas em razão da dominância das dimensões corpórea e psicológica dos indivíduos numa determinada fase da nossa vivência político-social, os valores permanecem como referências absolutas. O valor amizade não desaparece com a traição do amigo, o valor da democracia não desaparece com a ditadura, o valor da dignidade humana permanece a despeito de todas as agressões sofridas ao longo dos séculos e até os nossos dias.

A fenomenologia dos valores jurídicos opera no campo puramente axiológico, ou seja, nos jogos infinitos de percepção e

concreção das **qualidades** indispensáveis à manutenção da vida civilizada. É nessa dialetização entre fato, valor e norma, usando a teoria realeana do tridimensionalismo jurídico, que a fenomenologia busca distinguir as essências de cada um desses fenômenos para compreendê-los claramente e neles situar o papel do valor. O que é fato jurídico? É todo fato gerador de consequências jurídicas. Nascimento e morte são fatos típicos, uma vez que ambos geram consequências jurídicas. Mas qual é a essência do fato, ou seja, aquilo que nele constitui uma **invariância** sem a qual ele não se manifestaria? É assim em relação ao valor e à norma. Ao descobrirmos essas essências teremos a clareza sobre a dialética fato-valor-norma que nos mostra uma pirâmide cujo vértice é o reino dos valores e a base é o mundo das relações jurídicas e éticas. São essências distintas que se articulam nos horizontes dos mesmos fins buscados pelo Direito na sua tarefa de garantia da coexistência humana no seio do ideal de justiça. A essência dos fatos jurídicos nos mostra o que é o fato jurídico, qualquer que seja a sua natureza; a essência do valor nos mostra o que é o valor, a partir da intuição emocional e não da explicação lógico-dedutiva. Os valores só podem ser percebidos e compreendidos pela via do **sentimento** e não do aparato explicativo, conforme já vimos. Da mesma forma, a essência da norma se revela naquilo que ela é, como imperatividade revestida de sanção. Assim, cada um dos entes integrantes dessa tríade nuclear do Direito possui uma essência, uma **invariância**, um conjunto de sentidos que definem o seu **ser**. O fato é um **dado**, algo que se manifesta à intencionalidade da consciência como objeto aglutinador de **sentidos**; o valor é também um **dado**, uma vez que revestido de caráter ontológico, enquanto ser ideal, conforme já vimos; também a norma é um **dado** integrado ao ordenamento jurídico. As essências desses **dados** nos mostram o que é o fato, o que é o valor e o que é a norma.

O Direito como fato é um objeto que gera consequências nas relações jurídicas. Trata-se de fatos que já nascem carregados de valores *a priori* que assumem a proteção do Estado na sua finalidade de realização da idéia ética, segundo a imaginação hegeliana. Todos os valores são “recebidos” pelos fatos e não derivados dos fatos. Repetamos que os valores não pertencem à ordem racional e lógica, mas à dimensão espiritual do sentimento. Não são, por isso mesmo, irracionais, mas evidentes à intuição perceptiva. Todo ordenamento jurídico, na sua desejável unidade, coerência e até mesmo completude, só pode ser compreendido como uma estrutura normativa permeada de valores que estão nas origens da sua própria edificação. Normas permissivas, proibitivas e ordenativas expressam os modos de atuação humana referidos a valores positivos, negativos ou conflitantes, na tentativa de disciplinar a coexistência humana, frente ao impasse entre **liberdade e vontade** que abre o caminho para as boas e más inclinações. Não há como administrar racionalmente as inclinações humanas sem o apelo ao Direito positivo na sua essencial função coercitiva, como guardião da liberdade caracterizadora da autonomia dos indivíduos nas relações intersubjetivas. O núcleo da personalidade humana é constituído pela liberdade, pela vontade e pelo querer, fatores que demandam, necessariamente, o controle normativo para evitar a “guerra de todos contra todos”. Mas nenhum sistema normativo ou ordem jurídica é estabelecido ignorando tudo aquilo que ultrapassa o alcance da razão normativa, ou seja, o universo de valores que justificam a imperatividade das normas que disciplinam e limitam a liberdade das pessoas em nome da garantia da vigência da própria liberdade.

Finalmente, é necessário reconhecer a dificuldade que enfrentamos em nossos dias quando suscitamos a atualíssima questão dos **valores**. Essa dificuldade decorre de vários fatores, dentre os quais aparecem como os mais visíveis aqueles

relacionados com o avanço acelerado das tecnociências. Antes que tudo, o **desencanto** do mundo é um fato. A técnica vem corroendo progressivamente todos os laços que projetavam o homem ao universo das suas relações com a transcendência, com aquilo que sempre esteve fora do alcance da razão, mas que se constituía em fonte da imaginação teológica, metafísica, artística e científica. Tudo se torna “terreno” e funcional, na alimentação do progresso pelo progresso sem qualquer finalidade de resgate dos sentidos da **condição humana**. A vida do espírito cede o seu lugar à vida da técnica que, por sua vez, impõe seu domínio irreversível por todos os lados, transformando a humanidade num imenso rebanho guiado pelos sofisticados aparelhos de aprisionamento do espírito. Criatividade, hoje, é criatividade técnico-reprodutiva de objetos e desejos para o consumo e não criatividade artística. A demanda do rebanho é o pasto e não o espírito. Esse é o drama, a encruzilhada com a qual se depara a humanidade, depois de passar pela renovação espiritual do Renascimento nos séculos XV e XVI, pela redescoberta da Razão nos séculos XVII e XVIII e pelo triunfo da razão industrial nos séculos XIX e XX. A força da técnica espanta os deuses da cidade e coloca em seus lugares a velocidade vazia dos mitos fugazes produzidos e destruídos ao sabor de uma temporalidade que se esgota em si mesma sem ser percebida, tendo como instrumento os meios de comunicação a devastar a vida do espírito das novas gerações. Por tudo isso, quando vimos afirmando que os fundamentos dos valores estão na consciência humana – fundamento último de toda existência possível – esperamos ter deixado claro que a vida espiritual emanada da consciência intencional é a única vida capaz de orientar o homem na busca do reencantamento do mundo pela descoberta de novos sentidos para a nossa existência histórica, ameaçada pela voragem da técnica.

Em meio a tudo isso, o Direito corre o risco de ser reduzido a mera técnica de controle social reforçada pela demanda de proteção

eficaz dos interesses materiais que, na sua maioria, poderiam ser sintetizados na rubrica “obrigações”. Mas, felizmente, a consciência humana que sustenta e alimenta a vida do espírito haverá de permanecer como atuação iluminadora dos sentidos das relações jurídicas por mais que estas tendam a mergulhar na fria indiferença dos mecanismos de controle social. As sociedades não se comportam obedecendo a uma linearidade mas ao sabor dos conflitos que a impulsionam na ilusão do progresso em direção ao desejável aperfeiçoamento da convivência humana, tendo afastado das suas pretensões a idéia de finalidade. O aperfeiçoamento – que traduz a concepção aristotélica de perfectibilidade infinita do homem – já constitui uma bandeira realista suficiente para motivar a vida histórico-social. Por essas razões, quando falamos de Direito e Valor, estamos tratando do princípio hermenêutico mais radical de toda sociedade humana, uma vez que o direito positivo torna possível a administração dos conflitos e o valor torna aceitáveis as determinações normativas que garantem o equilíbrio da convivência. A razão por si mesma não daria conta dessa tarefa essencial, já que poderia nos conduzir a justificar tanto o bem quanto o mal. Daí os gravíssimos riscos engendrados pelos artifícios da técnica que avançam sem compromisso com qualquer princípio axiológico. É isso que deve levar o Direito a ter sempre presente a sua natureza autônoma em relação à técnica, o que significa dizer que ele não se confunde com as regras da sua aplicabilidade mas se mantém como justificador do inteiro sistema de regras aplicáveis em seu nome. E essa justificação só se legitima em virtude do fermento axiológico que permeia a ordem jurídica como fruto da recepção de valores que conferem sentidos às relações intersubjetivas. O dia em que o Direito for reduzido às técnicas aplicativas desaparecerá a função do juiz, a função jurisdicional de pronunciar o valor da regra no caso decidendo, substituída, quem sabe, pelas tecnologias computacionais de última geração, com a almejada precisão exigida por um mundo de velocidades e sincronias.

Por último – e para não concluir – é necessário deixar claro que a existência de um reino autônomo de valores, onde estão situados os valores vitais, espirituais e religiosos, não implica a exclusão de um certo **relativismo crítico**, tendo em vista a diversidade das culturas e a emergência de novos direitos que configuram a percepção de novos valores que devem ser protegidos no curso da existência histórica do homem. Esse relativismo crítico diz respeito à adaptação dos valores aos novos direitos e às mutações da história e não à **relativização** das referências universais e imutáveis constantes das potencialidades intencionais da estrutura do espírito humano. Os valores, como seres ideais *a priori*, antecedem todas as mutações da existência humana enquanto referências supremas da articulação da vivência histórica. Direito e técnica só encontrarão os seus sentidos na esfera axiológica. Para além dos valores o que encontramos é o nihilismo e a barbárie.

A TÉCNICA E OS VALORES ÉTICOS

*Denise Quintão**

No tempo do império da ciência e da técnica, as tarefas humanas deixam de ser um chamado à celebração da realidade. Partes de um projeto de controle planetário, as realizações humanas quase não conseguem mais ser atravessadas pela luz mística do pensamento. São atividades conduzidas por uma inteligência que traz consigo muito pouco da humanidade do homem. Trata-se de uma inteligência de reduplicação em série, de igualdade planetariamente extensiva, uma inteligência que programa, pelo acerto técnico, todos os níveis da existência.

Tudo é agora ideológico. Somente a partir do lugar mais profundo deste mundo técnico-contemporâneo, a humanidade do homem pode responder ao apelo do seu destino, i.é, a superação de si mesmo, sendo que nenhuma experiência, já dada e conhecida, poderá provocar e conduzir o despertar do espírito. É preciso saber esperar o inesperado, ensinaram os gregos, há dois mil e quinhentos anos, no fragmento 18 de Heráclito. No entanto, esta transformação só encontrará condições de ocorrer, hoje, pela

* Advogada, Doutora em Filosofia pela UFRJ

reapropriação da metafísica (in facto esse), qualquer que seja a sua expressão histórica, de maneira que a convivência amorosa, enquanto modo originário de ser, possa de novo ser lembrada no e pelo diálogo entre os homens.

A metafísica jamais conseguiu ex-plicar (ek-plicare) os nós da ambigüidade que a constitui. Nem poderia, pois desfazer a tensão do real é o mesmo que querer não ser o que já se foi e, por isso mesmo, sempre se é. Nos recantos mais ocultos da proveniência e destinação metafísica, o homem pode encontrar a permanência e instalar o novo.

Superar não é sair de uma situação, nem ir para algum lugar ou chegar em um determinado ponto, mas esperar por uma transformação radical, capaz de conduzir todos os caminhos para os portões de um novo horizonte. Superar é mais do que uma pergunta pode esclarecer, é mais do que a filosofia pode preanunciar, é o abandono, descomprometido, ao que é digno de ser questionado. O abandono da superação da metafísica não possui natureza ôntica. Não significa abandonar alguma coisa, jogar fora, esquecer ou desprezar as conquistas alcançadas pela humanidade ao longo de seu caminho de realizações. O homem é, hoje, ciência e, isso, nenhuma atitude pode desfazer. Mas é, também, mais do que ciência que é e a transformação radical brota, justamente, da e na tensão entre ser e não ser.

Só se alcança o abandono da metafísica pelo desapego dos hábitos e interesses que povoam o mundo. Desapego não é a teatralização forjada de uma atitude ideológica, mas a verdade do ser. São Tomás, na parte da Súplica Teológica em que discute as virtudes, apresenta como fundamento do desapego, a verdade. Sem verdade, há, apenas, falsidade.

O desafio de questionar as profundezas da técnica, fenômeno que controla o homem contemporâneo, só se torna possível na

abertura da transformação. Não qualquer transformação, mas uma transformação que retorne às raízes do ser. A decadência, que se instala com a modernidade, não é decorrência de uma deficiência do processo metafísico. Todas as possibilidades de realizações do real, metafísicas e não metafísicas, atualizam-se na tensão entre plenitude e carência. Mas, a razão, enquanto fundamento da modernidade, acentua e alimenta, com as produções da técnica, como nunca antes ocorreu, a dificuldade de encontrar no ser a abertura do não ser.

O que Heidegger chama de decadência, em sua conferência, *A Técnica, não pode ser, superficialmente, compreendido por um paradigma valorativo ético, mas tão somente, por uma perspectiva ontológica*. Atolado em ideologias e cego pelas convicções, o homem contemporâneo se perde, cada vez mais, de si mesmo e não consegue ver e lidar com sua própria dificuldade de ser. O homem sonda e investiga espaços longínquos, planeja estações espaciais, como solução para diversos problemas, que provavelmente se acentuarão nos próximos séculos. Mas, a questão que jaz silenciosa em todas as angústias contemporâneas diz respeito às possibilidades de reencontro do homem consigo mesmo e, em si mesmo, com o outro, tanto o outro do outro, como o outro de si mesmo. Hegel, no século XIX, preanunciou o fim da arte, o esgotamento de uma criatividade primordial capaz de fazer aparecer na matéria (*hyle*, princípio que dá sustentação às realizações, sejam elas feitas de mármore ou ditas pela palavra) a tensão inaugural do mistério. No século XXI, a situação se mostra bem mais grave.

O processo de globalização do mundo moderno-contemporâneo empobrece a singularidade dos homens. Através da divulgação de um falso princípio de igualdade, que promete, sem esforço e sem obstáculos, com alto índice de eficiência, as mesmas oportunidades para todos, a técnica reduz a condição

criativa do pensamento, substituindo-a por um automatismo funcional, baseado em repetições. Na perspectiva desta conjuntura, princípios éticos poluem as relações humanas, impondo a pior das ditaduras já vistas.

Não há generosidade nas benesses da técnica. Elas custam caro e, em razão da força imperial que trazem em si, aos povos que não possuem condições econômicas de adquirir as comodidades e os avanços oferecidos, restam apenas a miséria e a solidão. A técnica, praticamente, extinguiu as condições de uma vida natural, que garantissem a diferença cultural de uma vida em harmonia mais direta com a natureza. Desertificou a terra, simbólica e fisicamente, exterminou florestas e áreas de cultivos, acabou com várias espécies de animais e plantas, escasseou e contaminou a água, tornou o clima muito mais inóspito nas regiões habitáveis, expandiu o tráfico de armas e de drogas, tornando-os fundamento da economia internacional. Mas, estas não são ainda as maiores tragédias que a técnica trouxe ao mundo. A maior de todas é o desalento, a impotência, que cada homem sente diante da cupidez criminosa dos sistemas, que desumanamente submetem-no às suas regras arbitrárias e abstratamente apartadas da problemática humana. Nada parece dar conta das forças destrutivas que assolaram o mundo e penetraram em todas as esferas de poder e em todos os tipos de instituições, corrompendo por dentro os povos e as nações. O homem nunca esteve tão só na história. Este estado de coisas, Nietzsche mostrou na célebre passagem da Gaia Ciência em que o Homem Louco dirige-se à cidade, procurando Deus com a lanterna na mão e diante da descrença e da zombaria dos moradores da praça denuncia o assassinato de Deus.

A morte de Deus é a morte do homem, o esquecimento do amor, da esperança e da criatividade que habita e abriga o seu modo pessoal de ser. Assassinar Deus é negar a condição reflexiva de se

saber todos os homens em cada um e em cada homem todos os seres. Na angustiada procura por Deus da Gai Ciência está em jogo não só a miséria de cada homem, mas o niilismo de uma época. Sem compreender a tragédia de fundo de suas vidas, os moradores do lugar riam de um louco que anunciava a morte de um deus, que nem sequer existia! O perigo é que lemos a Gaia Ciência, aplaudimos e enaltecemos o exotismo poético de Nietzsche, pensando, ingenuamente, que o poeta fala de um grupo de homens, ao qual não pertencemos.

A história das fundamentações tira o real de foco, priorizando, cada vez, uma dada interpretação do real. Mas, o homem que acolhe livremente a experiência da *physis* é o mesmo que constrói o real com a “sua” razão. É este homem primordial, solo de todas as peripécias da história, a clareira em que o pensamento, força de reunião e instalação do ser, se endereça transparente e especularmente.

Platão na *Politéia*, Livro IX, apresenta, como uma das três formas de desfiguração da justiça, a manutenção da democracia pela autoafirmação de um discurso demagógico, que não escuta e não obedece à voz do *ethos*. O homem não é um ser que, apenas, se dá na proximidade ontológica com outros seres, como o rio e a pedra. O homem é, antes mesmo da sua própria constituição, uma dinâmica comunitária, imagem do mistério em que emerge. Recebe sua ontologia da profundidade abismal da vida, cujo envio dispõe a região do humano em sentidos, que edificam, cada vez, o mundo. O ser do homem, no e como mundo, espelha a realização comunitária da origem. O animal recebe a diferença como igual. Por isso, o animal não é um ser *ek-sistente*, capaz de fazer aparecer no que é e não é, o que pode vir a ser. A transformação do real em mundo acontece pelo acolhimento da diferença como diferença. Só há transformação e identificação na e pela força existencial de

ser com o outro, para o outro e no outro. Não há nesta compreensão do ser diferença entre essência e existência. A existência é a concretização (*cum-crescere*), sempre singular e contínua, das possibilidades concentradas de vir a ser. Mundo é a dinâmica de instalação re-flexiva e com-apreensiva do Sentido inaugural de todas as coisas, de maneira que, no mundo, tudo que pode ser se mostra na edificação reveladora das obras humanas. O homem, através do fazer criativo (*poiein*), deixa aparecer, nos limites de cada ser, a inesgotabilidade insondável da realidade. O sinal dos tempos chega da interação entre o divino e o humano e se faz história. Não é num fato sobrenatural ou extraordinário que vamos encontrar os indícios do novo, mas aqui e agora, no cotidiano de todos os homens. Somente no empenho de se aprender a escutar, ver e esperar podemos entrever o futuro no encobrimento do presente.

Tudo que o homem toca torna-se mundo, não importa se por meio de uma consciência natural, fenomenológica ou eidética. É o mito de Midas no império da Técnica. O desafio constante da liberdade do espírito projeta o homem, continuamente, para fora de si mesmo, num empenho de conquistar o que já é (*ek-sistentia*). A grandeza do homem é saber ser a morada do mistério originário de todas as coisas. A morada do ser é a linguagem, diz Heidegger. A sabedoria que abriga todos os homens é o farol que ilumina o modo livre de ser (*ethos*). O evangelho testemunha a revelação de um ser responsável, cuja morada é a liberdade: “só o homem não tem onde colocar a cabeça”. O homem mora no espírito, na liberdade, na linguagem, por isso é sempre um estrangeiro em sua própria casa. Ao fazer a experiência de ser, faz também a experiência de nada ser. “De todos os seres o mais estranho é o homem”, diz Sófocles em *Antígona*. Linguagem é liberdade, criatividade. A relação repetitiva que o homem estabelece com a técnica coloca o risco de torná-la um mero habitat onde o homem constrói seu ninho e se esconde dos ventos da liberdade.

A “ética moderna” instala-se na medida em que o entendimento e a orientação da convivência humana deixam de escutar os ecos da voz comunitária. Enfraquecidas do seu próprio, as relações passam, mais e mais, a receber uma formulação normativa, que provém de um padrão de ser imperial e se cristaliza em registros positivamente instituídos, buscando, dessa forma, proteger e manter o poder estabelecido. Hoje, quase dois mil e quatrocentos anos depois da experiência arcaica de ser, depositada na palavra *ethos*, se manifesta e cresce a *agwgue* (substantivação feminina tardia do verbo *agw*, cujo significado principal, conforme o dicionário de grego Lidell and Scott, diz conduzir para, através de, ou ainda, seduzir uma pessoa pela fala) da ética, entendida como princípios postos pela imposição de uma ideologia, ainda que travestida de reflexão filosófica. Por meio desta *agwgue* ética, os discursos oficiais (governamentais) e paraoficiais (ongs, intelectuais de todas as áreas e ideólogos) encobrem interesses nacionais e internacionais, completamente desvinculados da preocupação com o humano, pela simulação de uma atitude voltada para uma “qualidade” superior da vida, que a técnica pode oferecer. Para a realização desse ideal, a técnica exige uma adesão incondicional, uma escravidão jamais vista: exige que todos os esforços e empenhos de orientação de vida lhe sejam devotados. Hoje, todas as ideologias são filhas da técnica, nenhuma política nacional se sustenta independente dos interesses internacionais da tecnociência. O comunismo é um capitalismo de Estado, um capitalismo tão selvagem quanto o capitalismo da iniciativa privada. A autodeterminação dos povos virou uma sombra do passado, uma retórica vazia de sentido real.

Nada pode existir fora do controle da técnica, nem a vida, nem mesmo a morte. A inércia da população é alimentada com o desestímulo de qualquer iniciativa. Fica a impressão, provavelmente deliberada, de que o Estado é responsável por todos os erros. Ora,

o Estado é uma abstração e as dificuldades do povo são concretas e pessoais. O sistema global não deixa margem para uma responsabilização singular, que se torna cada vez mais rara e se concentra em mãos difusas e distantes das vítimas e das consequências da negligência e dos abusos cometidos. Com a neutralização pessoal dos atos cometidos e das decisões tomadas, fica cada vez mais difícil para o homem recuperar sua dignidade, seja ele a vítima, seja ele o algoz.

As raras comunidades que insistem num modo diferente de ser assistem as condições criativas de sobrevivência e convivência, serem, pouco a pouco, engolidas por padrões técnicos e substituídas pelo prazer mórbido e individual de emoções que vêm de fora do homem. A possibilidade de resistência encontra-se nas relações pessoais que cada um pode estabelecer com o mundo da técnica. A pessoa torna-se o lugar de superação, transformação e libertação. Por isso mesmo, uma das grandes preocupações da técnica é impossibilitar as realizações pessoais e dar primazia às realizações coletivas e de massa, ou seja, individuais.

Muitos desatinos contra a unidade da vida e a harmonia da convivência são praticados em nome da satisfação individual, prometida pela técnica: há todo um marketing que é feito no sentido de convencer sobre o caráter ético da fertilização artificial, das pesquisas de células tronco-embrionárias, da eutanásia, do aborto, da transposição de rios, das decisões judiciais que violam os direitos adquiridos ou desrespeitam o princípio da inocência, do corporativismo e do nepotismo que conduzem as ações e os concursos públicos, dos pactos sindicais, entre milhares de outras investidas necessárias para manter o jugo de um poder invisível, sem nome e sem perfil. As iniciativas pessoais são obstaculizadas e as associações e ações coletivas, sindicais e institucionais estimuladas. Coletividade e massa são agrupamentos individuais,

sendo que na massa as expectativas do indivíduo se desfiguram no apelo indeterminado da multidão. Ambas são realizações de convivência, que ignoram os clamores comunitários em favor do interesse individual. Nelas, os homens unem-se cada um por si e a organização por todos.

Neste impulso desagregado e empobrecido de ser, valores são artificialmente construídos e normas positivamente impostas, de maneira que os atos praticados sejam legítima e legalmente aceitos. Todos se tornam cúmplices. Não há inocentes. O homem perde, cada vez mais, a força física e espiritual com que foi gerado, levado pela avalanche das ofertas da técnica. O desempenho físico que os atletas exibem nas Olimpíadas nem chegam perto daquele que possuíam os homens da Antiguidade arcaica. Basta visitar nos museus as armas e armaduras, as lanças e os equipamentos de produção e treino que pertenciam às atividades bélicas, esportistas, profissionais e religiosas. Para os antigos tudo era celebração, todas as realizações eram atravessadas pela profundidade do mistério. Nada era banal, tudo era colossal.

O valor não é algo em si mesmo, mas uma experiência cumulativa, circuncêntrica e transformadora que, cada vez, o homem faz da vida. A admissão de valores absolutos gera um comportamento culturalmente discriminatório responsável por grandes violências cometidas contra o humano dos homens. Acreditando num valor absoluto, Hitler perseguiu e matou milhares de seres humanos, judeus, alemães e de todas as nacionalidades. Quando os etíopes fugiram das invasões russas e juntaram-se em acampamentos humanitários no Sudão, Israel só admitiu a entrada dos etíopes judeus. Perseguiu e expulsou de volta, para os acampamentos, os cristãos, que simularam pertencer ao povo judaico, esperando encontrar na terra prometida uma vida digna. Em nome da fé em Cristo, muitos homens morreram queimados,

torturados ou brutalmente assassinados em guerras santas. O homem-bomba é terrorista, mas a bomba que cai do céu é humanitária, embora mate qualquer um que estiver na mira do instrumental bélico. Tudo depende do lado em que se está. Em nome dos direitos humanos, a vida na cidade torna-se insuportável, enquanto o tráfico enriquece e mata cada vez mais indiscriminadamente. Os cidadãos ficam entregues à própria sorte, enquanto os direitos dos criminosos são avidamente defendidos por todas as instâncias do judiciário. Os instrumentos populares de decisão, originariamente previstos na Constituição, são desesperadamente evitados ou aplicados somente se devidamente amparados por uma propaganda voraz que devora a dignidade do cidadão, retirando-lhe qualquer discernimento crítico.

Raimundo Lullo saiu da Espanha para assistir a aula de Duns Escoto na Universidade de Paris, no século XIII. Lá chegando sujo e maltrapilho de uma viagem andarilha de mais de três meses, entrou na sala em que Duns Escoto ensinava gramática gerativa e sentou-se. Ao final da aula, mesmo quando todos já haviam se retirado, permaneceu sentado. Duns Escoto curioso com a visita inusitada perguntou-lhe: E, Deus, que parte da gramática é? Raimundo Lullo respondeu: Deus não é parte, Deus é o todo. Todo aqui não é um conjunto completo, um conjunto cheio, mas uma dinâmica integradora das diferenças em cada realização. Cabe perguntar, na dispersão caótica da contemporaneidade: e a Verdade que parte é? Diria Raimundo Lullo: a Verdade não é parte, é o todo.

Os servidores da técnica divulgam e incentivam uma escala infalível de valores. Na intencionalidade comprometida de tal atitude, a eternidade dura o tempo do inesperado, quando uma revolução do espírito ou um a tragédia natural deixa aparecer a fragilidade de nossas convicções, adesões e crenças.

Em cada homem, em cada instante da existência singular e comunitária, o valor assume o perfil e a nuance de uma realização. Ninguém é bom da mesma maneira, nem da mesma maneira o tempo todo. O homem é sempre um todo em contínua formação de si mesmo e encontra inspiração de viver, na dinâmica originária de seu ser comunitário, tornando, desta forma, a existência humana uma conquista de todos em cada um. Quando o homem tem fome e sede, é como homem, que decide o que fazer para satisfazer sua necessidade física. Não age como um animal, que simplesmente bebe ou come. Pode, até mesmo, morrer de sede ou de fome, em razão de um sentido maior de vida. Os valores vitais (ver a divisão metafísica de valores), a água, a comida, a própria vida, diante dos quais o homem atenderia a um apelo de sobrevivência, tão forte, capaz de eximi-lo, até mesmo, da culpa de morte, tornam-se, para o homem, cada vez, uma experiência singular. As exceções do Código Penal não tornam morais as ações cometidas em estado de necessidade ou legítima defesa, apenas, apontam a fragilidade e a dificuldade inerentes ao empenho e ao esforço que devem conduzir a conquista e a construção da humanidade dos homens. Matar em legítima defesa é um ato humano, no entanto, o esforço de não matar, ainda que em legítima defesa, é um ato livre do homem, que supera os limites do humano. O espírito da história nos legou uma lição com as conquistas de Alexandre, o Grande: atravessando o deserto, seus generais lhe levaram uma caneca com toda água recolhida dos cantos dos soldados. Alexandre diante do exército sedento derramou as últimas gotas de água nas areias escaldantes do deserto, dizendo para seus homens estupefatos: para se atravessar um deserto não é preciso água, mas espírito. Alexandre não queria dizer que o homem não precisa de água no deserto ou que pode não sentir sede sem beber água, mas, sim, que o homem pode superar a sede na morte, por um sentido de vida. O vigor de ser comunitário, fonte de qualquer sociedade, seja

arcaica ou contemporânea, seja democrática, seja facista, fonte de qualquer convivência ou relacionamento, acolhe e transcende, na diferença do espírito, o viver coletivo, próprio da natureza sensível do animal. O sensível no homem é humano, integra uma totalidade transparente para si mesma, em permanente realização de seu próprio modo de ser, que a história tem chamado ora de espírito, ora de liberdade. Liberdade não é o mesmo que permissividade, um querer fazer o que se quer, sublinaramente sugerido e positivamente regulado por valores forjados pela técnica na mentalidade comum, tais como propriedade coletiva ou particular, direitos humanos e direitos individuais. Estes valores são paradigmas ideológicos, mudam com o tempo, com a história, com as crenças. Liberdade é a referência constitutiva do comportamento humano com o mistério em que os seres brotam. Em tudo o que o homem faz, em tudo o que o homem é, o mistério se mostra. Ser livre em sua humanidade é, antes de tudo, respeitar o mistério que se anuncia em todas as coisas. Por isso, na radicalidade de nossa existência não há, e nem pode haver, explicações para tudo. Tal não é a mentalidade da ciência, nem mesmo da ciência do direito, cuja expectativa consiste em explicar todos os fatos e regular todas as situações.

A existência humana é sempre a verdade que, cada vez, conquista do ser lhe desvela. A técnica mostra uma face da condição humana, com a qual o homem deve aprender a lidar, de maneira desprendida e generosa, acreditando na força do acolhimento das diferenças, em vez de impor o domínio de um poder, pela expansão de uma igualdade perversa, que esvazia a vida da diversidade.

A dicotomia axiológica que se faz entre relativismo e objetivismo reduz o sentido que o homem, cada vez, realiza na história. Os valores surgem no esquecimento da ambigüidade originária de sua própria condição de ser, ambigüidade que possibilita, funda e ilumina as ações humanas. É o que Heidegger

chama de pré-compreensão, para lembrar que o homem não é o que decide ser, mas só decide ser alguma coisa, porque já se encontra tomado por uma decisão, originariamente encaminhada. A pré-compreensão é uma abertura, não é algo que se possa definir, mas que nos conquista a cada instante. Vem e não vem de fora do homem, vem e não vem do interior do homem, supera toda e qualquer tentativa de apreensão. A pré-compreensão instala o combate de ser no Ser, para ser o que se é e não é. Os valores referem-se à experiência que, cada vez, o homem faz do esquecimento do mistério, em que emerge. Não se diz isso a partir de uma falta de critérios ou de orientação, mas na força da abertura livre de ser.

O que garante que, nesta abertura, a humanidade não se torne maldita, uma raça de seres capazes de qualquer atrocidade? Tão somente a lembrança do mistério doador, no e do qual recebemos a vida. Se esta filiação for esquecida, não há valor que dê jeito, não há norma que regule nenhuma ação. Só nesta lembrança o homem permanece na e como história, dinâmica de realização que testemunha a grandeza criativa que a condição humana recebe do mistério. Na repetição monótona e incansável da técnica, o homem pode deixar de ser história para ser apenas técnica porque, para ser história, o homem precisa se entregar à provocação de pensar o mistério, a partir da finitude. Cada homem traz as condições, sempre singulares, de responder ao apelo do divino em si. É esta resposta que o define como um ser vigoroso, pois o vigor do homem se realiza pelo exercício da liberdade que recebe, pela profundidade do pensamento que o espírito acolhe. Para Platão, o ser é vigoroso (virtuoso) na realização própria de cada um. Assim, ser um cavalo é ser propriamente um cavalo. Ser homem é obedecer, livremente, à voz do mistério em si. Como diz Boécio, um dos primeiros sistematizadores da metafísica cristã, o homem quanto mais se

afasta do centro divino da Providência, mais se deixa arrastar pelas dificuldades, tentações e vícios que assolam a natureza humana.

Essas considerações não são de fácil degustação pela prepotência contemporânea. Compreender o sentido que une todos os homens numa fraternidade implica um esforço fenomenológico e pessoal de ser, que não pode dispensar a experiência da liberdade de ser no mundo de todos. Para Husserl, a ética possui uma densidade que não se refere, apenas às razões aceitas por uma ordem moral, acerca de uma escolha comportamental. Só há ética diante de uma aplicação metodológica da fenomenologia. Portanto, a ética, em sua verdade, pertence não, somente, a uma profundidade eidética da consciência, mas também, às condições históricas de uma época. Como fenomenologia, a ética é a apreensão do pensamento no fenômeno da convivência humana. Não há ética sem pensamento, não pode, portanto, em Husserl, a ética sobrepor-se ao pensamento.

A subjetividade transcendental, relativa às diferentes perspectivas, apreende o mundo como objeto da consciência. No elã de compreender a si mesma, a epoché fenomenológica do sujeito transcendental tematiza esta apreensão do mundo como fenômeno, isto é, tematiza o aparecer do mundo em sua unidade e totalidade trans-subjetiva. No aparecer do mundo, enquanto fenômeno, a presença de outros sujeitos, no conjunto relacional de suas vidas ativas, também, se evidencia.

A epoché radical torna evidente a ética “essencial” (afetividade ontológica, entendida como ser para o outro e com o outro), que instala as possibilidades das relações intersubjetivas, na esfera primordial. Trans-subjetiva é a dinâmica relacional que instaura, entre sujeitos transcendentais, relações intersubjetivas, a partir da alteridade originária, que estrutura a consciência como um todo. O

outro é constitutivo da consciência. Sem outro não há consciência. A instalação do ego originário implica na tensão de uma alteridade. O fluxo da vida brota no real e corre para o real que a consciência é, como alteridade da própria consciência, derramando-se, de novo para fora da consciência em busca do real, como alteridade temática.

A epoché, qualquer que seja o nível da consciência, faz emergir, no e do fluxo da vida, os laços da diferença e da identidade entre sujeito e objeto. Assim, pelo movimento de remissão do real à consciência (epoché), movimento diferenciador do sujeito e do objeto, não só a proximidade de um sujeito com outro sujeito torna-se possível, como a profundidade dos níveis da proximidade evidencia-se á consciência. Na ética de Husserl, diferença não é exclusão, nem discriminação, mas condição de identificação e de relacionamento, tensão sem a qual não há consciência. Diz Husserl, em *La Crise des Sciences Européennes* que, na profundidade radical da epoché, o “eu”, absorvido pelo vazio do salto,. não está nunca isolado ou mesmo separado da comunidade dos homens, qualquer que seja a circunstância, ainda que esteja perdido no deserto. O eu e o outro são, sempre, reciprocamente constitutivos. É, justamente, no vazio em que se instala a transformação transcendental da consciência, que o sentido de convivência emerge na e para a consciência do sujeito transcendentais. É no e do vazio da consciência que pode emergir um novo mundo mais digno para todos os homens, independente das diferenças culturais.

GERHART HUSSERL: O JULGAR 'HOJE', NA PERSPECTIVA FENOMENOLÓGICA

Adriana Santos¹ e Eduardo Andrea²

O presente artigo foi elaborado no âmbito das atividades desenvolvidas pelo Seminário de Filosofia Jurídica e Política, SFJP/IFCS/UFRJ (1), mais especificamente no projeto de tradução do artigo **Recht und Zeit - Direito e Tempo** (2), de Gerhart Husserl e de outros textos que analisaram o referido artigo, como parte dos estudos orientados para a articulação entre fenomenologia e Direito. Assim, agradecemos ao coordenador Prof. Aquiles Côrtes Guimarães, ao Professor Desembargador Federal André Fontes, diretor da EMARF, Escola da Magistratura Federal da 2ª Região, pela oportunidade da publicação e divulgação. A CAPES/CNPQ e a UFRJ, contribuíram, também, possibilitando o acesso a textos de Gerhart Husserl através do Portal Periódicos (3).

¹Promotora da Justiça Militar, Mestre e Doutoranda em Filosofia-IFCS/UFRJ

²Procurador do Trabalho, Mestre e Doutorando em Filosofia-IFCS/UFRJ

O objetivo não se restringe somente a simples divulgação da obra de Gerhart Husserl e, sim, sobretudo, apresentar, no campo da filosofia jurídica, uma linha de estudos, pouco difundida entre nós, de matriz fenomenológica, cujo vigor e profundidade a mantém atual, possibilitando, com isso, a formulação de indagações sobre questões em evidência no debate jurídico contemporâneo, pelo lançamento de luzes sobre pontos, que, na maioria das vezes, permanecem ocultos ou relegados.

Em continuidade a Edmund Husserl, Gerhart Husserl, de forma direcionada e aplicada, investigou o Direito; seus trabalhos sofreram, ainda, a influência de outro filósofo alemão, Martin Heidegger, e seguiram na direção do pensamento de Adolf Reinach, cuja apresentação aparece no primeiro caderno **Fenomenologia e Direito**, em artigo de autoria do Desembargador Federal André Fontes intitulado **Adolf Reinach e a Fenomenologia do *a priori* no Direito** (4).

Direito e Tempo traz duas vertentes principais para e na relação entre tempo e Direito. A primeira diz respeito aos momentos do tempo (passado, presente e futuro), sua influência na atividade judiciária, executiva e legislativa, bem como os diversos graus de inter-relacionamento desses com aquelas funções típicas do Estado Moderno. A segunda analisa, em sua historicidade, o papel desempenhado pelas funções do Estado Moderno.

Gerhart Husserl, filho do fundador da fenomenologia Edmund Husserl, nascido em 22 de dezembro de 1893, em Halle/Saale e falecido em 09 de setembro de 1973, em Freiburg/Breisgau, realizou importantes incursões no mundo do direito, aplicando o método fenomenológico ao estudo do direito e de suas relações com outros fenômenos.

A vida de Gerhart Husserl foi conturbada, considerado mesmo o tempo de sua existência, imerso em conflitos políticos e raciais. Sua habilitação foi concluída em Bonn e aos trinta e três anos já era

professor da Faculdade de Direito e Ciência Política de Kiel; entretanto em abril de 1933 foi demitido, observados os preceitos da lei de reestruturação do funcionalismo público (BBG), pela sua origem não-ariana, a qual não fora impeditivo de sua participação na Primeira Guerra Mundial. Observe-se, inclusive, que, nesse período, a Universidade de Göttingen se recusou a contratá-lo, oportunidade em que se mudou para Frankfurt/Main, lecionando na Faculdade de Direito e Ciências Políticas.

Aposentou-se no final do ano de 1935, com base na Lei de Nürnberger, sendo que no ano seguinte foi-lhe retirada a autorização de lecionar, ficando sem perspectivas de emprego. Oito meses depois de tal fato imigra para os Estados Unidos, onde em 1941, se tornou cidadão americano. De 1940 a 1948, ensinou na Universidade de Washington. Ao final trabalhou como conselheiro para situações jurídicas no Alto Comissariado -US para a Alemanha. Em 1952 mudou-se novamente para a República Federal Alemã e entrou com um processo de reparação. A Universidade de Frankfurt lhe pagou os vencimentos de emérito retroativos a 1950. Nos anos que se seguiram lecionou como professor visitante na Universidade de Köln e Freiburg antes de se retirar da vida profissional. (5)

A recepção da obra de Gerhart Husserl pode ser dividida em dois momentos; no primeiro, mais próximo à publicação dos trabalhos, encontramos críticas. Já em momento posterior, percebemos uma melhor compreensão e alcance da obra do filósofo. Na atual fase das pesquisas, podemos destacar o estudo da professora italiana Giuliana Stella, para quem a obra de Gerhart Husserl é de fundamental importância, sendo a produção de maior fôlego entre os estudiosos que aplicam a fenomenologia ao Direito. (6)

A importância da obra de Gerhart Husserl é bem retratada na publicação, em 1969 pela Editora Vittorio Klostermann, em

comemoração ao 75º aniversário do filósofo, elaborada por diversos fenomenólogos, intitulado ***Phänomenologie Rechtsphilosophie Jurisprudenz. Festschrift für Gerhart Husserl zum 75. Geburtstag*** (7). O prefácio de Thomas Würtenberger, pelo seu caráter elucidativo, merece detida atenção, razão pela qual aqui é incluída uma versão no vernáculo. Würtenberger esclarece que quem olhasse para o pensamento jurídico alemão depois da Primeira Grande Guerra identificaria duas frentes: o adepto ao positivismo jurídico e o defensor do neo-kantismo e outras correntes idealistas. A fenomenologia aparece como terceira força que se libertou do positivismo, assim como do formalismo do neo-kantismo. Nesse novo rumo da ciência do direito, dentre outras questões, atuou o jurista alemão Gerhart Husserl.

Segundo Würtenberger, os primeiros escritos de Gerhart Husserl foram dedicados à dogmática do Direito. Ele estabeleceu na ciência jurídica, através de uma via diferenciada, a tarefa de elaborar um sistema de conceitos básicos para além da lei, construindo uma região de possibilidade apriorística do direito. Simultaneamente, ao seu professor Ernst Rabel, ele uniu a dogmática do direito com o direito comparado. O estudo do direito de outros povos e nações demonstra a existência de um núcleo estrutural em todos os direitos. Gerhart Husserl buscou subsídios na história do direito desde a Antiguidade até o século XIX, identificando uma grande variação de formação jurídica. O campo científico em que ele trabalhou com grande perspicácia foi o direito civil e processo civil, apesar de também ter trabalhado com o direito internacional público e privado, além do direito penal.

As pesquisas de Gerhart Husserl demonstraram o profundo entrelaçamento existente entre a ciência do direito e a filosofia. Na dogmática do direito, a qual ele comparou à teoria do direito, identificou ele uma disciplina filosófica. Com vocação filosófica ele

não tinha a intenção de escrever sobre a filosofia do direito seja como sistema, seja sua história. A ele era essencial a investigação das questões jurídicas sob bases filosóficas. Assim, Gerhart Husserl sempre permaneceu jurista mesmo quando filosofava. O objetivo de desenvolver uma teoria do direito independente o obrigou a lançar a pedra primordial obtida no campo da filosofia e não no da dogmática do direito e no do direito comparado. A medida e direção de seus esforços filosóficos no direito foram obtidos da grandiosa obra de seu pai Edmund Husserl, a quem expressamente agradeceu aos trinta e dois anos, quando já *Privatdozent* em Bonn. Agradeceu o entendimento da necessidade de princípios que uma verdadeira ciência tem e também a suficiência do caráter científico da *Jurisprudenz*. Para tanto o modelo da forma de pesquisa fenomenológica o influenciou. Apesar desse conhecimento da fenomenologia, Gerhart Husserl não se associou a nenhuma escola filosófica. Ele trilhou outro caminho como os fenomenólogos do direito Adolf Reinach, Wilhelm Schapp, Fritz Kaufmann ou Fritz Schreier.

Utilizou Gerhart Husserl, ainda segundo Würtenberger, em sua teoria do direito, o método de pesquisa fenomenológica, apoiando-se no princípio de todos os princípios da filosofia de seu pai. Unicidade e força do método fenomenológico fomentaram a influência da filosofia de Edmund Husserl em muitas ciências. Na teoria do direito temos uma fenomenologia descritiva radical através da clareza e força de seu método de importância decisiva. De acordo com o chamado “o retorno às coisas mesmas” encontram os pensadores do direito um inquebrantável e explícito contato com as muitas formas dos fatos da vida do direito. Uma tal intenção filosófica proporciona ao jurista ainda mais: a coragem para um pensamento exato orientado para a solução das questões jurídicas. Na sua teoria do direito Gerhart Husserl traz o fenômeno do direito, através de recurso sobre realidade, para a própria realidade. Antes

de começar a operar com conceitos é realizada uma cuidadosa análise da totalidade dos problemas do campo jurídico, na qual não se deve omitir nenhuma fase do conhecimento. Quando hoje, na ciência jurídica - *Jurisprudenz* - é difundido um problema, recorreremos aos frutíferos e atuais estudos de Gerhart Husserl. O método fenomenológico, utilizado por ele, evita o perigo, ao qual sucumbiram tantos pensadores do direito, que o trato empírico da coisa de forma demasiadamente precoce leva a um injustificado “*Apriorisierung*”. Na sua caminhada ele não preconiza nem uma área do direito independente da ética ou sociologia, nem utiliza postulados de uma realidade estranha do ‘direito natural’.

Gerhart Husserl lançou o livro **Rechtskraft und Rechtsgeltung** no começo de uma série de estudos fundamentais da estrutura da essência do direito. A pergunta pela validade do direito é ao mesmo tempo a pergunta pela existência de todos os direitos, pela sua origem e suas limitações em meios jurídicos específicos. O modo do ser do direito foi trabalhado em inúmeros aspectos que demonstraram suas limitações. Toda relação jurídica trata em último caso da relação das pessoas dentro da comunidade jurídica. Direito significa a ordenação que obriga todos os sujeitos em comunidade. Com ênfase salienta Gerhart Husserl que o direito na sua essência (*Wesen*) e na força de sua eficácia é uma questão pessoal. Num tempo em que ninguém se preocupava com o tema ‘Homem e o Direito’ já lhe eram inteiramente familiares os problemas e critérios de uma antropologia jurídica independente. *Hominum causa ius constitutum est*. Sobre esta sentença do jurista romano Hermogenian filosofou Gerhart Husserl durante sua estadia nos Estados Unidos no período da Segunda Guerra Mundial. Nos anos vinte se ocupou dos direitos subjetivos - objeto preferido do pensamento antropológico jurídico. Sobre o nível da subjetividade jurídica ganhou o direito coletivo o *status* de direito da pessoa. Aqui abre-se à pessoa um outro espaço jurídico de querer e poder.

A forma da subjetividade jurídica e da personalidade jurídica se diferenciam através da posição interna da pessoa no universo do direito. Sobre essas bases foram tratadas de forma frutífera as relações entre direito e mundo. A escolha de tal tema não é nenhuma coincidência. Na filosofia de Edmund Husserl contam-se múltiplas referências do homem para o mundo, inclusive, quanto ao aspecto social da vida e seus problemas, aos quais a fenomenologia deve seu significado e atualidade. Gerhart Husserl perguntou: como se torna acessível, às pessoas, o mundo do direito, como elas podem se devem comportar de forma a que o direito se lhes apresente e se torne real no espaço de sua vida? Agora, pela primeira vez, serão profundamente estudados na filosofia do direito alemão a forma e caminho da experiência jurídica do homem; não só a própria experiência e a experiência do outro, como, ainda, a experiência ingênua do direito social e a realizada em uma reflexão crítica aliadas à experiência jurídica do juiz. Aquele, como Gerhart Husserl, que estabeleça as bases antropológicas e ontológicas do conhecimento jurídico, adquire os conceitos, que são importantes para o direito civil e penal. Isto vale especialmente para a essência das ações e omissões humanas no campo dos direitos. A análise da estrutura da vontade das ações e omissões possibilitou a Gerhart Husserl alcançar o conhecimento, quando juristas que lhe antecederam já haviam refletido sobre as teorias da ação. Nos escritos sobre **Rechtsgegenstand** Gerhart Husserl entende, que diante do desejo de futuro do homem abrem-se outros campos de efeito sobre a vida social. Como membro de uma sociedade de direito constrói o homem, em virtude de seu desejo de domínio, um mundo de objetos jurídicos, ao qual pertence de tal forma que os direitos subjetivos se dêem em virtude do ordenamento jurídico. O mais importante exemplo é o da propriedade. Também na análise de objeto jurídico, as estruturas que constituem o do ser do direito se torna visível, como são exemplos a ‘destemporalização’

(*Verzeitung*) - e o domínio em direito ou em conflitos de direito. Würtenberger ressalta, inclusive, a importância da obra, **Recht und Zeit**, foco do presente estudo, escrita depois da Segunda Guerra Mundial, na qual Gerhart Husserl discutiu esse e outros temas da teoria do direito continuando a examinar a essência e a multiplicidade de direitos.

Assevera, por fim, Thomas Würtenberger que através desses fundamentos de extenso instrumental científico surge uma teoria do direito que descortinou novos horizontes e com riqueza de idéias, as quais foram dificilmente igualadas, nas últimas décadas, na filosofia do direito alemão, sendo que o pensamento de Gerhart Husserl foi soberano no espírito de humanidade, unindo o direito com o social, fundindo-os em uma totalidade do ordenamento mundial.

A já mencionada professora Giuliana Stella em obra sobre a interpretação fenomenológica do Direito, focada em Husserl (6), ao tratar do direito como “*essere nel mondo*” (1990, p.187) temporal destaca a importância da teorização juris filosófica elaborada por Gerhart Husserl, cujo pensamento filosófico destaca-se pela sua multiplicidade e fecundidade, inclusive, por submeter a sua fenomenologia ao crivo de outras sugestões especulativas. De qualquer sorte, lembra que desde o seu primeiro escrito Gerhart Husserl utiliza terminologia que evoca a filosofia heideggeriana, o que se vê sobremaneira na obra **Recht und Welt**.

A questão da temporalização do direito em Husserl é fundamental, lembrando Giuliana Stella que para ele o fundamento de validade do direito é a sua “*concretezza della sua messa in atto*.” (1990, p.187). Ela identifica as três etapas distintas de desdobramento do direito: *Entzeitung*, *Abstraktion*, *Verzeitung*. Esclarece que por meio da ‘destemporalização’ vem individualizado o núcleo signifiicante sempre válido do tempo, mas a força do direito

passa da potência ao ato somente se a norma jurídica é temporalizada pela sua aplicação às manifestações da realidade social, antecipadas abstratamente no conteúdo dessas normas mesmas. Para que ocorra a realização do direito temos que passar do mundo 'destemporalizado' do direito para o mundo da realidade. Lembra da preocupação de Gerhart Husserl, que permeou toda sua obra, quanto ao caráter teórico do direito, mas com o máximo de aplicação, permitindo a existência da essência pura do direito, de cujo exercício não se desvincula do tempo, daí a importância da 'destemporalização'. Ainda, lembramos, com o Prof Aquiles Côrtes Guimarães que

O ser do Direito não se oculta na temporalidade, mas se revela imediatamente aos atos perceptivos e descritivos das suas essências. A fenomenologia jurídica se recusa a aguardar que o ser do Direito lhe dirija a palavra. Ele será sempre manifesto na concretude da sua presença como objeto oriundo da atividade criadora do espírito. (8 - Husserl e a visão fenomenológica dos fundamentos do Direito)

Continua Stella, Gerhart Husserl descreveu o programa da possibilidade de realização do direito em **Recht und Welt**, no qual o juiz assume papel principal. Todavia, para se chegar a esse nível de concretude, é necessário passar por diferentes graus do exercício jurídico. No nível da idéia pura, da essência, se aproxima o plano do ordenamento jurídico como um sistema de proposição jurídica geral. Stella salienta que isso é significativo na medida em que para Husserl o direito se cinde em dois momentos, sendo o primeiro a lógica do direito e o segundo consiste na historização do direito, entretanto dá um passo à frente a respeito de ambos, entendendo o direito como uma missão social. Deve desenvolver a sua força e capacidade de eliminar do espaço intersubjetivo o arbítrio, sendo o dever (*sollen*) inerente ao direito. Pode haver o efeito próprio à

possibilidade da temporização. Esse processo, como o da “missão social” próprio do direito, junto com o da eliminação do arbítrio da relação subjetiva, não se realiza somente com a passagem puramente suposta da teoria do direito, verdadeira presunção, do mundo das idéias puras, que pertence também ao jurídico, ao mundo histórico “positivo” delimitado espaço-temporalmente, do ordenamento jurídico. Também as proposições do ordenamento permanecem somente gerais, não realizáveis, até aqui não empregadas aos casos da realidade social.

Lembra a autora ainda que a aplicação do direito não significa um abandono da sua própria essência transcendente a favor do mundo natural, objeto da experiência imediata. Não obstante o direito concreto se coloca no tempo histórico, pondo-se no *Dasein* humano, não se limitará mais a ser um dado do mundo exequível ingenuamente, mas sim configura uma revelação (*Offenbarung*) do direito na sua essência, participando, agora, do seu ser transcendente e como tal se subtrai também do direito abstrato puro ao transcurso temporal da experiência vivida. A prerrogativa do direito aplicado é a de superação, de complementação, da maturação da lógica pura da norma que só assim conquista a validade, entrando em vigor. Tal é um papel complementar no confronto da essência do direito, constituindo a evidência do direito.

Assim, em um quadro de semelhante visão global da juridicidade e da existência, pode ser compreendido o papel fundamental que G. Husserl atribui à figura do juiz. O problema da concretização do direito é o da realidade social do direito, no qual, operando concretamente, se estende no tempo vivido da sociedade e em cujo espaço de ação o ordenamento jurídico intervém. O juiz opera uma redução (*Reduktion*) do ser-pessoa ao ser-social-no-direito, alienando-se do seu natural exercício no mundo em virtude de empenho ético-religioso que lhe permite chegar ao direito. O

juiz através de um processo lógico, definido por G. Husserl como reflexivo (*Reflexion*) age como órgão vivo da comunidade jurídica, pois ao lavrar uma sentença está objetivando, parcial e transitoriamente, a intenção jurídica do legislador. Ainda, aquele que quer chegar a uma decisão jurídica deve antes de tudo reduzir a sua atitude perante o mundo social da ação a uma atitude social-no-direito, a fim de que a intenção da comunidade jurídica (a qual ele deve buscar) lhe seja revelada de modo puro. O Professor Aquiles, a quem, mais uma vez recorremos, quanto a esta questão, acrescenta

No presencialismo do conflito, na brutalidade da burocracia processual, na urgência da satisfação dos interesses dos indivíduos, é quase impossível levar em conta a essência dos atos jurídicos. Mas é na essência dos atos humanos decorrentes da conduta intersubjetiva que vamos encontrar os sentidos dos atos jurídicos e não na superficialidade normativa que não vai além da figuração idealizante dos modos de controle social (9 - A fenomenologia como método de investigação jurídica)

A função de julgar é de extrema complexidade e envolve inúmeras variantes. A atuação do juiz, temporalizando o direito, é fundamental e marca o seu papel na sociedade. Hoje nos defrontamos, por exemplo, com a imposição da súmula vinculante, a qual, inicialmente, é tida como limitadora da atividade criadora do juiz. Gerhart Husserl em **Direito e Tempo**, ao tratar da atividade do juiz, já anunciava inúmeros problemas, dessa mesma ordem, que podem ser considerados como que diminuindo a importância e valor do juiz em todo esse processo social.

Na primeira linha de abordagem proposta por G. Husserl, os momentos do tempo (passado, presente e futuro) são relacionados diretamente com as funções do Estado moderno. Deste modo, a

função legislativa está relacionada com o futuro; o legislador institui regras que devem ser cumpridas, seu momento de tempo é o futuro, pois, o regramento é para depois da vigência da lei, ainda que possa ser dirigido à situações de fato pretéritas; pelo que são necessários institutos que visem a proteção dos indivíduos, assegurando a manutenção de situações já concretizadas. Como salienta o Prof. Aquiles:

Por outro lado, existe uma íntima relação entre a idéia de positividade e o conceito de segurança jurídica como um dos pilares de qualquer sociedade organizada. Ainda que todas as coisas tendam a se dissolverem na temporalidade, é necessária a crença num conjunto de princípios que garantam a vigência das relações jurídicas e a permanência de seus efeitos, a despeito de todas as contingências a que estão submetidos o “estado das coisas” e a condição humana. O direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são exemplos nucleares de princípios firmados no bojo da crença na idéia de positividade articulada com a indispensável segurança jurídica.(9)

A função administrativa é a referente ao ‘hoje’, ao administrador cabe executar, seguir as leis, gerir a coisa pública, consoante preceitos previamente estabelecidos. Como o legislador não consegue prever todas as situações fáticas, nem as condições práticas para a observância das leis, resta ao administrador, em certo grau, um resquício de poder normativo, o poder regulamentar, através do qual são estabelecidas regras com vistas ao melhor cumprimento das leis. O fundamento do poder regulamentar está associado à variação temporal, as leis de ontem são cumpridas hoje, é o hiato que permite a função regulamentar. Por óbvio, ao administrador cabe a emissão de ordens concretas, faça ou não faça, nos limites da autorização legal.

Por fim, a função de julgar, dirimir conflitos, interpretar as leis. Para G. Husserl, a função desempenhada pelo juiz corresponde ao

momento do passado, vez que, com efeito, quando as demandas lhe são apresentadas, em princípio, a lei e os fatos já tiveram lugar, sua motivação e a sustentação do seu agir residem no passado. O juiz realiza uma conexão entre o passado e o presente, pelo que deve possuir certa flexibilidade para a aplicação da lei. A sua liberdade de ação, entretanto, não possui a mesma medida daquela concedida ao administrador, pois os comandos jurídicos editados no passado, em certa contextura social, formam a base do julgamento, que tem lugar no presente, muitas vezes em outra conjuntura social, necessitando, por conseguinte, de pequenas adaptações; o juiz como intérprete dos fatos, com sensibilidade, capta o sentimento de sua época e é capaz, respeitado o direito vigente, quando da solução dos conflitos, de editar brilhantes decisões, as quais inspiram o legislador em futuras modificações normativas. Não é a hipótese de o Direito ser criado pelo juiz, o juiz está vinculado à lei. G. Husserl, ademais, sustenta que, independentemente de entendimento pessoal, o juiz deve agir em consonância com a jurisprudência dominante; por uma questão de procedimento racional de aplicação do direito, situações idênticas não podem ter resultados diferentes, mas, sempre, garantido o poder de interpretação, característica fundamental da atividade exercida pelo juiz.

Cabe lembrar que no campo jurídico imperou por longo período o axioma *in claris non fit interpretatio*, quando se entendia a atividade interpretativa como perigosa, tida, então, como mais danosa do que útil. Francesco D'Agostino afirma que apesar de a doutrina tradicional da interpretação ter sido construída lentamente, teve como pressuposto que os enunciados normativos tinham um sentido fundamentalmente unívoco o que não gerava dificuldades de interpretação. Salienta que o legislador sempre se preocupa em limitar a liberdade do intérprete (2005, p.168). Entretanto, não

se deve negar os avanços da doutrina oitocentista, do jurispositivismo que tem como base precisos pressupostos dogmáticos. Registre-se, ainda, uma nova consciência hermenêutica que colocou em crise tal pensamento e segundo o autor *apud* L. Pareyson:

[...] pensiero oggettivante e dimostrativo, che pretende di estendere la conoscenza con la pura dimostrazione e concepisce la verità come un oggetto che si offre a uno sguardo totale e che noi possiamo conoscere in un sistema concluso e definitivo. (2005, p.170)

Para D’Agostino a nova hermenêutica, ao contrário do que muitos pensam, impõe uma reavaliação de nossa relação com a verdade, para renunciar à ilusão de podermos elaborar um método para nos apropriar e dominar a verdade, impondo o reconhecimento da indivisibilidade do conhecimento da interpretação, espalhando-se a hermenêutica, nesses novos moldes, por todas as áreas do conhecimento humano.

A chamada hermenêutica filosófica passou a considerar a atividade interpretativa não como uma técnica, mas como uma atividade essencial da vida humana graças à qual ele tem contato com situações em que parece não haver um entendimento mútuo imediato entre os homens. Para essas situações lança-se mão da atividade interpretativa inerente ao ser do homem.

Apesar de já se falar em hermenêutica no humanismo tardio, ela assumiu expressão com Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, Gadamer e Paul Ricoeur. Afirma Richard E. Palmer que a hermenêutica

[...] pretende juntar duas áreas da teoria da compreensão: o tema daquilo que está envolvido no facto de compreender um texto e o tema de o que é a própria compreensão, no seu sentido mais

fundante e 'existencial'. Enquanto corrente de pensamento alemão, a hermenêutica acabou por ser profundamente influenciada pela fenomenologia alemã e pela filosofia existencial. E é claro que o significado que tem para a interpretação literária americana é realçado pela aplicação desse pensamento aos problemas de interpretação de textos. (1999, p.21-22)

Os contextos jurídicos exigem interpretações não apenas das normas editadas pelo constituinte e legislador, mas também a interpretação das situações concretas em que essas normas deverão ter sua aplicabilidade. Nem a compreensão das normas, nem sua aplicação a casos concretos podem se passar sem uma atividade hermenêutica.

Como salienta Mario Bretone, o Direito, para Gerhart Husserl, é uma estrutura temporal, com a norma jurídica parecendo fugir ao curso do tempo; mas pela interpretação e aplicação há a temporalização do Direito. Com a interpretação, aparece o sentido do hoje, o seu significado para a comunidade jurídica (12).

Em outra linha de abordagem, G. Husserl enfoca as funções estatais no contexto das épocas históricas. Assim, temos, no decurso do tempo, conforme as diversas situações sociais, graus de articulação entre os indivíduos, aspirações sentimentos e valores, ocasionando alterações na organização interna do Estado, com a reflexa preponderância de uma função sobre as demais.

Em síntese, G. Husserl identifica como principais exemplos três épocas históricas. A primeira, caracterizada pela preponderância da função jurisdicional, como é exemplo a *Commom Law*, corresponde a uma fase de estabilidade, na qual são editadas poucas normas, a voz do juiz é a voz da consciência jurídica do povo inteiro, no dizer de G. Husserl.

Na segunda, presente a crença no progresso e na capacidade de geração de um futuro melhor, a maior importância cabe ao legislador, na busca de um ideal de razão para governar, ao qual se impõe a idéia de justiça. O exemplo que esta retrata é a do Iluminismo.

A terceira época histórica, onde o sistema de valores está desacreditado, a estabilidade ameaçada, ganha destaque a função executiva, pois ligada ao hoje. É uma época de incertezas, a população busca segurança; o futuro aparece como ameaça. O homem busca viver o momento, o agora. O passado e o futuro diminuem de sentido. Como a função legislativa é pertinente ao futuro, nesse contexto, resta, portanto, sem destaque; situação análoga passa com a função jurisdicional, vez que relativa ao passado. Consoante G. Husserl, é a época em que estamos, de valorização do presente.

Hoje, vivemos a crise contemporânea do Estado, que mesmo limitada a seu aspecto teórico, possui múltiplas facetas, uma das quais referente à prestação jurisdicional que, por sua vez, está inserida na crise do Poder Judiciário e na da Administração Pública. Os limites da atuação jurisdicional e sua legitimidade, pelo caráter de efetivação dos princípios de direito, inclusive dos direitos humanos, são temas que demandam urgente investigação.

O Estado contemporâneo, democrático e de direito, tem, como uma de suas funções essenciais e constitutivas, o poder-dever de editar normas, regular preventivamente as relações entre os membros da sociedade, incluído o próprio Estado, e, da mesma forma, resolver os conflitos de interesses a ele apresentados, na sua missão de manter a paz social, pelo que deve ser capaz de atender às necessidades dos indivíduos.

O respeito à Constituição e às leis, submissão, portanto, às decisões soberanas da assembléia, constitui um dos pilares do

estado democrático de direito; assim, por consequência, não só como condição de possibilidade, mas, também, para garantia de efetividade, é facultado o controle, dentre outros, da Administração Pública, pelos cidadãos, de forma indireta, através do Poder Judiciário.

A crise do judiciário é identificada pelo pensamento político no mundo em geral, e no Brasil em particular. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a Constituição cidadã, cada vez mais a utilização pelos cidadãos, quer de forma individual ou coletiva, associações, sindicatos, de ações pertinentes, no exercício do controle da Administração Pública, concorreu para o congestionamento dos órgãos judiciais, dificultando a solução das demandas. No intuito de redução do número de feitos, foi criada, por emenda constitucional, a já mencionada súmula vinculante, que impõe decisão firmada pelo Supremo Tribunal Federal, sobre interpretação de dispositivo legal, à Administração Pública e aos demais Órgãos do Poder Judiciário.

Nessa moldura, a Administração Pública, dos três planos federativos, seja direta, indireta ou fundacional, toma relevo especial, pois integra a maioria expressiva das causas judiciais. Dentre essas, aparecem em maior número os feitos que tem origem na divergência, quanto à interpretação das leis, entre as posições esposadas pela Administração Pública e pela jurisprudência dos tribunais.

A vivência com as decisões da Administração Pública e a jurisprudência dos tribunais demonstra a necessidade de reflexão que ultrapasse os limites estreitos do direito positivo, requerendo um aprofundamento filosófico, para o que muito contribui o fecundo pensamento de G. Husserl.

A súmula vinculante está em fase de implementação, motivo da atualidade e importância do tema, a configurar o valor da questão

ligada à abertura de possibilidades de relacionamento entre as funções administrativa, legislativa e jurisdicional do Estado.

Com efeito, a filosofia não produz respostas prontas e acabadas, mas, antes de tudo, provoca, incita o pensamento, força o questionar; assim, o vigor do pensamento de Gerhart Husserl conduz uma importante linha, com caráter de alicerce, de investigação sobre as relações entre o tempo e o direito. A atualidade do seu pensamento é demonstrada, como visto, não só pela criação das denominadas súmulas vinculantes, como também pela constante alteração legislativa, inclusive com emendas à Constituição, que levam os operadores do direito ao encontro de aporias, envolvidas no conflito temporal de interesses sociais e nas questões de direito adquirido e expectativa de direito.

Quanto aos pressupostos filosóficos para a noção de interpretação vimos, então, que G. Husserl indica que o tempo (a temporalidade, a historicidade) são pressupostos filosóficos indispensáveis, contidos na noção de interpretação; demonstrando como o fenômeno jurídico se articula com outros nos quais se estrutura a vida social do homem, sendo o papel do direito, concretizado na interpretação para aplicação, condição de possibilidade para a manutenção da coexistência humana.

REFERÊNCIAS

- (1) www.sfjp.ifcs.ufrj.br, último aceso em 21.08.2008.
- (2) HUSSERL, Gerhart. **Recht und Zeit. Fünf Rechtsphilosophische Essays**. Frankfurt a/M: Klostermann, 1955, p. 10-65.
- (3) www.periodicos.capes.gov.br, acessado pela última vez em 21.08.2008.
- (4) FONTES, André R C. **Adolf Reinach e a fenomenologia do a priori no Direito. Fenomenologia e Direito**, EMARF, Rio de Janeiro, v. nº 1, 01, p. 33-41, abril/setembro. 2008.
- (5) www.uni-kiel.de/ns-zeit/bios/husserl-gerhart.shtml, último acesso em 21.08.2008.
- (6) STELLA, Giuliana, **I Giuristi di Husserl. L'interpretazione fenomenologica del Diritto**. Milão: Giuffrè, 1990, p.187-192.
- (7) WÜRTENBERGER, Thomas. (Hrsg). **Phänomenologie Rechtsphilosophie Jurisprudenz – Festschrift für Gerhart Husserl zum 75. Geburtstag**. Frankfurt a/M: Klostermann, 1969, p.VII-XII.
- (8) GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Material de Aula, IFCS/UFRJ.
- (9) GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Material de Aula, IFCS/UFRJ.
- (10) D'AGOSTINO, Francesco. **Filosofia del diritto**. Torino: Giappichelli, 2005 (Recta Ratio), p. 168 e 170.
- (11) PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1999, p.21-22.
- (12) BREONE, Mario. **Diritto e Tempo nella Tradizione Europea**, Bari: Laterza, 2004, p. 37.