



Revista electrónica internacional  
*International Web Journal*  
www.sens-public.org

## Por uma nova compreensão existencial do Direito

FABIO CAPRIO LEITE DE CASTRO

**Resumo:** Considerando as contradições da globalização contemporânea, mostra-se essencial a renovação da questão sobre a viabilidade e sobre o sentido do direito. Enfrentamos atualmente uma crise dos paradigmas jurídicos e já não há mais um modo claro e definido de pensar o direito. Qual o sentido do direito? A essa pergunta, nem o jusnaturalismo clássico nem o positivismo jurídico nos respondem satisfatoriamente. Não podemos adotar tais perspectivas sem recorrermos a uma metafísica normativa ou à idéia de sistema jurídico. As demais teorias também não nos parecem satisfatórias pelo fato de tomarem o direito como uma coisa, ou por pensá-lo de modo simplesmente kono-lógico e não kairo-lógico. O direito não é. O direito é o sentido jurídico que se dá aos objetos no mundo. Assim sendo, nós podemos compreender o sentido do direito na e pela temporalidade existencial, a sua dimensão construtiva, no diálogo com a alteridade.

**Palavras-chave:** Direito ; Jusnaturalismo ; Positivismo ; Temporalidade ; Existência ; Alteridade

**Résumé:** Considérant les contradictions de la mondialisation contemporaine, il est essentiel de renouveler la question de la viabilité et du sens du droit. Nous nous affrontons actuellement à une crise des paradigmes juridiques et il n'y a plus une manière claire et définie de penser le droit. Quel est le sens du droit ? À cette question, ni le jusnaturalisme classique ni le positivisme juridique ne répondent de façon satisfaisante. Nous ne pouvons pas adopter telles perspectives sans faire appel à une métaphysique normative ou à l'idée de système juridique. Les autres théories ne nous semblent pas non plus satisfaisantes puisqu'elles prennent aussi le droit comme une chose, ou le pensent de manière simplement kono-logique et non kairo-logique. Le droit n'est pas. Le droit est le sens juridique qui se donne aux objets dans le monde. Ainsi, nous pouvons comprendre le sens du droit dans et par la temporalité existentielle, sa dimension constructive, dans le dialogue avec altérité.

**Mots-clés:** Droit ; Jusnaturalisme ; Positivisme ; Temporalité ; Existence ; Altérité

**Abstract:** By considering contradictions of contemporary globalization, a renewal of the question about the viability and the sense of the right is essential. Currently we clash into a crisis of the right paradigms and there isn't anymore just one clear and definite way to think about the right. What is the sense of the right? With this question, neither the traditional jusnaturalism nor legal positivism answer us in a satisfactory way. We cannot adopt such prospects without calling upon a normative metaphysics or the idea of legal system. The other theories do not seem satisfactory either, since they also take the right as a thing, always thinking in a kono-logic way and never kairo-logic. The right is not. The right is the legal sense which is given to the objects in the world. Thus, we can understand the sense of right, in and by, existential temporality, it's constructive dimension, in the dialogue with otherness.

**Keywords:** Right ; Jusnaturalism ; Positivism ; Temporality ; Existence ; Otherness

# Por uma nova compreensão existencial do Direito

Fabio Caprio Leite de Castro

## Introdução: sobre a necessidade de renovar a questão da viabilidade do Direito

A globalização não é nenhum fenômeno recente ou tardio: o *homo occidentalis* projeta há muito essa empreitada. Na hodierna mundialização econômica privilegia-se uma axiologia de mercado, de tal forma que o consumo passa a ser um fim em si mesmo, perpassando sorrateiramente os ideais de educação, de trabalho, de cultura e de lazer. Por certo, a má-fé coletiva e universal ostentada nos dias corriqueiros está em nos fazermos acreditar que a democratização do mundo não depende de uma centralização que suprime as diferenças dos povos. Mas no seu íntimo, a lógica de mercado aparentemente inovadora e imediatista não traduz senão um desejo de perpetuação do Mesmo e da equalização estética e intelectual. Jean Baudrillard esclarece que a formação dessa sociedade de consumo configura contradições entre solicitude e repressão, pacificação e violência.<sup>1</sup> Diante dessas antinomias, *como se pode pensar o Direito?*

Após um século de fogo, duas sangrentas guerras, totalitarismos disseminados e ditaduras de esquerda e de direita, muito se vem perguntando nos bancos acadêmicos pelos Direitos Humanos, seja na Filosofia, seja nas Ciências Jurídicas e Sociais. A tarefa ainda fica mais constrangedora quando são levados a sério os sintomas da sociedade consumista.<sup>2</sup> Ao mesmo tempo em que se pode perceber uma força centrípeta, também se pode visualizar uma resistência, abafada pelo sistema colonial. A questão que se (re)coloca sobre o que é o Direito, tem de ser direcionada inevitavelmente às relações sociais e, portanto, aos problemas concretos que são efetivamente enfrentados.

---

<sup>1</sup> Baudrillard, Jean. *La Société de Consommation – ses mythes et ses structures*. Paris: Éditions Denoël, folio essais, 1970. Assevera o autor (p. 278) : “La société de consommation est, dans un même mouvement, une société de sollicitude et une société de répression, une société pacifiée et une société de violence. Nous avons vu que la quotidienneté ‘pacifiée’ s’alimentait continuellement de violence consommée, de violence ‘allusive’: faits divers, meurtres, révolutions, menace atomique ou bactériologique: toute la substance apocalyptique des mass media”.

<sup>2</sup> O termo “pós-moderno” será expressamente evitado em função da plurivocidade exagerada de sentidos que ele recebeu.

Nesse momento de *Krisis* e de esvaziamento de paradigmas jurídicos, cabe aos pensadores do Direito repensar as condições de possibilidade e os fins da sua *Praxis*. A grande difusão de escolas jurídicas esconde por detrás da multiplicidade e diversidade de premissas uma idéia geratriz que as alimenta em conjunto: *o Direito é*. Tal concepção, sob os mais interessantes e antagônicos moldes, imperou na Filosofia do Direito. O mito essencialista da *Dike* ainda produz fantasmagoria no imaginário dos juristas, cuja maioria não se verteu na inversão existencial produzida pela filosofia nesse século passado, que nos brindou a todos com o velório de ingenuidades. Ora, se algo nos restou desse período histórico é justamente o fato de sabermos que o *homo sapiens* é capaz de tudo e que a ele – e tão-somente a ele – pode ser imputada a responsabilidade pela sua covardia moral.

Com o intuito de abrir um diálogo limpo (sem má-fé, eufemismos, seduções e manejo erístico da linguagem) proponho a apresentação de uma interpretação existencial do Direito. Não tenho a pretensão de esgotar o tema. Restringir-me-ei aos limites de um artigo, não deixando, porém, de dar as razões para os ataques às idéias que não se mostraram satisfatórias. A estratégia utilizada sempre procurará mostrar as conseqüências (axiológico-jurídicas) da sua adoção.

## O Direito *Krono*-lógico

As interpretações sobre o cruzamento entre Justiça e Direito remontam à Grécia Antiga. Enquanto *Themis* referia-se principalmente à autoridade do direito, à sua legalidade e à sua validade, *Dike* significava o cumprimento e o senso da justiça.<sup>3</sup> Nesse último sentido é que se pode perceber um matiz de igualdade, encontrado no pensamento grego através de toda a sua evolução.<sup>4</sup>

Tal isonomia reclamada como universal teve o seu antecedente necessário nas censuras de Hesíodo contra os senhores venais, que na sua função jurisdicional passavam por cima do Direito.<sup>5</sup> Posteriormente, aquilo que era um elemento mítico possibilitou a abertura de espaço na discussão

---

<sup>3</sup> Jaegger, Werner. *Paidéia - A Formação do Homem Grego*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 135. O autor procura mostrar que a palavra *dike* se converteu em grito de combate no séc VI a.C., época em que passou a lutar pela consecução do direito uma classe que até então o recebera apenas como *themis*.

<sup>4</sup> Id. *Ibidem*, p. 135.

<sup>5</sup> Hesíodo. *Os trabalhos e os dias*. Edição bilíngue grego-português. São Paulo: Iluminuras, 1991. Nas p. 41-43, dizem os versos: "E há uma virgem, Justiça (*Dike*), por Zeus engendrada / gloriosa e augusta entre os deuses que o Olimpo têm / e quando alguém a ofende, sinuosamente a injuriando, de imediato ela junto ao Pai Zeus Cronida se assenta/ e denuncia a mente dos homens injustos até que expie / o povo o desatino dos reis que maquinam maldades e/ diversamente desviam-se, formulando tortas sentenças". Isso significa que hoje, como antes, os juízes podem continuar a ser os nobres e não os homens do povo. Todavia, estão submetidos no futuro, nas suas decisões, às normas estabelecidas da *Dike*.

filosófica, onde sofistas disputavam entre *Nomos* e *Physis*.<sup>6</sup> No início, essas expressões não apareciam como necessariamente incompatíveis e antitéticas, mas no clima intelectual da sofística do séc. V a.C. realidade (natural) e aquilo em que se crê (lei) se transformaram em opostas ou até mesmo excludentes.<sup>7</sup> Os pensadores dividiram-se naquele momento entre os que apostavam nos benefícios das leis, no progresso da pólis e da virtude – no sentido de uma compatibilidade entre lei e realidade - e aqueles que sustentavam a impotência da lei diante da realidade.

Guthrie faz referência a uma divisão da moral grega em três eras. Primeiramente ele cita a moral popular e inconsciente. Em seguida, fala da transição cética ou sofística. Por fim, sustenta o surgimento da era consciente ou filosófica.<sup>8</sup> Os sofistas representariam uma espécie de primeira maturidade, em direção a Platão e Aristóteles, estóicos e epicureus. Todavia, mais do que isso, os sofistas foram responsáveis por introduzir a retórica no debate filosófico com a importância que ela merece. Exatamente no contexto da persuasão, Górgias desenvolve o conceito de *Kairos*, o senso da ocasião, o tempo certo, ou a oportunidade.<sup>9</sup>

O ceticismo sofístico estende-se para os princípios lógicos, metafísicos e lingüísticos. Na esteira de uma desconfiança do *Nomos* e dos valores, a instabilidade sofística exigiu uma reconstrução da idéia de tempo. Tal mudança, por sua vez, provocou um abalo na idéia *Krono-lógica* de Direito, jogando – o na esfera *Kairo-lógica* – ou, porque não, existencial. Em verdade, a metafísica que sucedeu esse empreendimento intelectual procurou trazer de volta a estabilidade ao mundo. A defesa filosófica de uma ordem natural do mundo automaticamente implicou uma retomada de um Direito *Krono-lógico*, porém, nesse momento, com muito mais profundidade intelectual. Em outros termos, o *mito-lógico* descobriu-se *onto-lógico*. O Direito natural passou a ser conceitualmente defendido por argumentos racionais e a *Dike* imperou ao lado da Razão.

Com efeito, a noção grega de Direito *Krono-lógico* influenciou de forma considerável o pensamento ocidental, tendo sido defendida nos seus mais diversos matizes, também por filósofos medievais e modernos. Hoje mesmo inúmeros filósofos são seduzidos por essa forma de enxergar o fenômeno jurídico. Cabe então examinar a sua plausibilidade.

---

<sup>6</sup> Dentre os defensores do *Nomos*, estavam, v.g., Protágoras, que acreditava no progresso moral pela experiência e educação; Sócrates, que defendia a manutenção das leis sob todas as circunstâncias, sendo exatamente esse um dos motivos para ter bebido a cicuta e não ter fugido do seu julgamento, fato que se confirma por alguns Diálogos de Platão (Crítón, Fédon, Apologia); Demócrito, que via a lei como benefício à vida humana. De outro lado, como defensores da *Physis*, destacaram-se Cálicles, pelo Direito do mais forte; Antífon, pela natureza como auto-interesse ilustrado.

<sup>7</sup> Guthrie, W.K.C. *Os sofistas*. São Paulo: Editora Paulus, 1995. Tradução de "The Sophists". Traduzido por João Rezende Costa, p. 57.

<sup>8</sup> Id. *Ibidem*, p. 50.

<sup>9</sup> Id. *Ibidem*, p. 253.

## Os malefícios da idéia de Direito Natural

A idéia de Direito Natural foi concebida desde as correntes filosóficas mais antigas do pensamento ocidental. Perpassados mais de vinte e quatro séculos do século de Ouro, ainda hoje há muitos defensores de um jus-naturalismo, destacando-se entre eles os precursores de uma neo-escolástica. Por certo, algumas distinções são necessárias para a devida compreensão das múltiplas teses apresentadas na defesa de um Direito Natural. De início, pode-se dizer que a grande divergência entre as doutrinas naturalistas do direito está na sua fonte: cosmológica, teológica ou racional.<sup>10</sup> Em outros termos, a fonte do Direito natural seria ou o princípio de ordem da natureza, ou Deus, ou, ainda, a Razão humana. Todavia, há um elemento que as une em geral: a intuição metafísica.

Ao tratar das teorias de direito natural, Norberto Bobbio procura enfatizar a diferença entre o jus-naturalismo do período clássico, do medievo e do Seicento/Settecento.<sup>11</sup> Em verdade, fazendo uma localização histórica do problema jus-naturalista, pode-se francamente observar que cada período designado pelo filósofo italiano possui uma relação preponderante com cada uma das fontes acima apontadas. Tal ligação não é fruto do acaso, mas diz respeito à mudança de paradigmas do Direito Natural. Não é à toa que a universalidade é a característica fundamental do Direito Natural no Livro V da *Ética a Nicômacos*; a imutabilidade é o fundamento da Lei em Tomás de Aquino e Hugo Grotius traz uma distinção entre *ratio* e *voluntas*.

Tomás de Aquino foi um dos grandes filósofos da Escolástica e continua exercendo grande influência no meio acadêmico, principalmente pelo rigor lógico-analítico que soube impor à sua obra. Para o filósofo, conforme a solução do Art. II da Questão XCI da *Suma teológica*, existe uma lei natural na medida em que há uma inclinação natural para o ato e o fim devidos. Pela razão natural o homem é capaz de discernir entre o bem e o mal e a lei natural não é senão a impressão do lume divino. Existe, portanto, uma ordem natural que é resguardada pela lei eterna, tal como ele assenta no Art. I da mesma Questão. O mundo é governado pela divina providência e o regedor do universo é Deus. Como a razão divina nada concebe temporalmente, mas tem o conceito eterno, tal como na Escritura, é forçoso dar a essa lei a denominação de eterna.<sup>12</sup> Nesse

---

<sup>10</sup> O jusfilósofo Pineda Matilla apresenta a mesma tríplice distinção, porém nomeando o período cosmológico como "período clássico". (Pineda, Mantilla. *Filosofia del Derecho*. Bogotá: Temis, 1996, p. 37).

<sup>11</sup> Bobbio, Norberto. *Il positivismo giuridico*. Turim: G. Giappichelli Editore, 1996, p. 3-10.

<sup>12</sup> Aquino, Tomás de. *Suma Teológica*. 2ª ed. Questões 71-114. Caxias do Sul: Sulina, 1990. Edição bilingüe português/latim. Tradução de Alexandre Correia. Conclui o filósofo na solução do Art. I da Questão XCI: "Respondeo.- Dicendum quod, sicut supra (q. 90, a. 1,2,3) dictum est, nihil est aliud lex quam quoddam dictamen practicae rationis in principe qui gubernat aliquam communitatem perfectam. Manifestum est autem, supposito quod mundus divina providentia regatur, ut in Primo (q. 22, a. 1,2) habitum est, quod tota communitas universi gubernatur ratione divina. Et ideo ipsa ratio gubernationis rerum in Deo sicut in

sentido, a base de sustentação da lei natural e eterna está no nível transcendente e metafísico.

Atualmente, o Direito Natural é defendido, sobretudo, por uma corrente Neo-tomista que procura encontrar as soluções para o problema de como é possível à razão formular juízos necessários e de validade universal.<sup>13</sup> Para solver a questão, Cathrein diferencia entre a *abstractio totalis* e a *abstractio formalis*, onde a primeira coloca no sensível os conceitos específicos e genéricos e a segunda abstrai e separa as categorias e as noções transcendentais que permitem a formação de graus de saber de distinta hierarquia.

Os atuais defensores do Direito Natural preocupam-se também em recolocar a definição de Direito. Javier Hervada apresenta uma definição descritiva da Lei Natural como: "o conjunto de leis racionais que exprimem a ordem das tendências ou inclinações naturais aos próprios fins do ser humano, aquela ordem que é própria do homem como pessoa".<sup>14</sup> Conforme o autor, essa definição resguardaria a existência e a finalidade da lei natural. Mas a extrema vagueza dos termos empregados leva justamente a suspeitar da definição. Em verdade, o que sustenta a "ordem" é a reclamada distinção entre objetividade do dever e a vontade do sujeito.<sup>15</sup> Mas a simples diversidade conceitual entre dever e vontade não exige que o primeiro seja necessariamente objetivo. Não é um passo inferencial necessário. A objetividade do dever já está na própria crença de que ele deriva de uma razão natural, premissa que também precisaria ser aceita. Também quanto aos fins do ser humano, concebidos como a realização do indivíduo e o desenvolvimento da sociedade, não resultam de forma alguma demonstrados no seu discurso. Trata-se de outro dogma sustentado pelo autor representado pelas idéias abstratas de indivíduo e de sociedade.

Aceitando os dogmas teológicos da neo-escolástica, ou superando as vaguezas de alguns termos, não haveria problema em acompanhar as argumentações subseqüentes. Aparentemente, o jus-naturalista tem boas intenções no seu discurso, na medida em que visa o Bem. Ele não se apresenta como um hipócrita, apenas se auto-engana.<sup>16</sup> Assentado em dogmas, tenta demonstrar racionalmente a sua tese, que, no entanto, comporta um malefício insuperável.

O problema reside justamente na natureza do Bem postulado como causa final. Tendo em vista que a ordem teológica do universo é o ponto de partida inarredável do tomismo, não há como fugir ao alicerce metafísico da idéia de Bem. Este é uma disposição natural do ser humano,

---

príncipe universitatis existens, legis habet rationem. Et quia divina ratio nihil concipit ex tempore, sed habet aeternum conceptum, ut dicitur Prov., VIII (23): inde est quod huiusmodi legem oportet dicere aeternam".

<sup>13</sup> Pineda, Mantilla. *Filosofia Del Derecho*. Bogotá: Temis, 1996, p. 42.

<sup>14</sup> Hervada, Javier. *Crítica Introdutória ao Direito Natural*. Porto: Rés Editora, 1990. Tradução de "Introducción Crítica al Derecho Natural". Traduzido por Joana Ferreira da Silva, p. 134.

<sup>15</sup> Id. *Ibidem*, p. 131.

<sup>16</sup> O auto-engano quer significar aqui a mauvaise foi (má-fé), conceito desenvolvido por Jean-Paul Sartre.

arraigado na lei divina, natural e eterna. Não se quer negar com isso a lei positiva, mas sim dar a ela um suporte natural de onde aquela possa derivar. Diante dessa concepção de Direito, ao homem não sobra nada senão seguir a sua tendência natural (boa) ou desviar para o Mal, como já indica o pecado original. O mundo e sua significação já estão dados *a priori*, ao homem caberia optar por valores como quem opta por utensílios: os valores já estão dados e coisificados, são absolutos e objetivos. O valor não residiria na própria escolha, relativa ao sujeito, mas o próprio objeto escolhido já carregaria em si mesmo seu próprio valor, as suas possibilidades. Dessa maneira, restando engendrada uma idéia de Bem absoluto externa ao próprio homem, daí somente pode resultar uma concepção de uma humanidade-objeto, “livre” sob o olhar e ordem divina.

O grande malefício axiológico da idéia de Direito Natural tal como resgatada acima está em retirar do homem a responsabilidade moral de criar o Bem e o Mal, escondendo dele mesmo a sua condição. Colocando a Razão dos valores nas próprias coisas para fundar uma lei natural, o jus-naturalista buscará por esse artifício afastar a sua angústia de ser o criador e o hermeneuta pessoal do mundo jurídico. O Direito reside na Lei Natural, tratando-se, portanto, de uma coisa. Quem dela desvia afasta-se do Bem e a autoridade humana pode se apoiar na Autoridade Divina para denunciá-lo.

Mas existe um segundo malefício que deve ser considerado no âmbito jurídico propriamente dito. Princípios como Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana estão na base de uma especulação jus-naturalista e servem como referência para o alcance do justo, seja pela distribuição geométrica de bens, seja pela regulação aritmética corretiva, como diria Aristóteles. Isso levaria a crer na idéia de uma prudência capaz de alcançar um meio-termo, o equilíbrio – a já empoeirada ficção de um homem médio no mundo jurídico. Todavia, em todos os casos não há meio termo real, não há síntese, nem equilíbrio, não havendo como perquirir entre faltas e excessos. Porém, a efetiva criação e a efetiva aplicação da lei regem-se pela suas instabilidades. Negá-las equivale a incidir na má-fé, pela projeção petrificada e estável no mundo de valores humanos.

Norber Hoerster mostrou acertadamente que o princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe um juízo de valor (moral), convertendo-se numa fórmula vazia, o que traria conseqüências relativistas.<sup>17</sup> Justamente, o jus-naturalista tenta lutar contra tal relativismo tentando conferir materialidade ao princípio, fracassando *ab initio*, já que tal materialidade deverá ser imposta. Existe da sua parte um verdadeiro medo do relativismo, ou melhor, do relativo ao outro e do que para este significa a sua dignidade.

---

<sup>17</sup> Hoerster, Norbert. *En Defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2000. Traduzido por: Ernesto Garzón Valdés, p. 97.

No entanto, o jus-naturalista quer determinar a regulação axiológica por meio de conceitos estáveis, que lhe rendam uma segurança dissimulada: a sua própria segurança. Todavia, tomados em si mesmos, tais conceitos não possuem qualquer sentido. Sob qual critério deve ser pensada a igualdade? Como seria possível definir dignidade de maneira universal e absoluta? Tendo em vista que a igualdade se pensa sob muitos aspectos e a dignidade de cada um não se pode definir em abstrato, não há nenhuma formulação *a priori* do conteúdo de tais princípios. Bastaria, por exemplo, lembrar a diversidade e contrariedade entre o conceito de dignidade do capitalista e do marxista. Há divergência política, econômica, sociológica, jurídica e axiológica entre ambos. Não diferente será a disparidade entre a visão europeia de dignidade e as culturas por ela oprimidas, como a indígena, a africana e a oriental.

Por aí se pode explicar o resultado de que tais conceitos “naturais” sempre podem ser utilizados pelo operador do Direito em qualquer contexto, por dependerem de uma definição, cujo sentido é dado pelo próprio indivíduo em cada situação concreta.

Não ignoremos, entretanto, que o nascedouro da idéia de Direito Natural vincula-se à *Dike*, como solução a um sério problema: Diante da lei injusta, ou de uma injusta aplicação da lei, haveria de existir um Direito Natural que legitimaria ou não a lei positiva e a sua aplicação. Se a solução naturalista for abandonada, que resposta poder-se-ia dar ao problema? – perguntariam os seus defensores. Porém a questão é mais profunda. Trata-se de abandonar também o problema naturalista, pois diante do *Kairo-lógico*, ele perde sentido. A lei natural com sentido *a priori* não é necessária para questionar o conteúdo axiológico de uma norma positiva. A partir da interpretação e da aplicação de uma norma positiva que se mostra o seu sentido. É no interior do homem, por meio do homem e para o homem que se pode falar em Direito e Dever. A sua temporalidade existencial é que lhe permite compreender o Direito e o Dever. O homem é inteiramente responsável por eles e a idéia de lei natural e atemporal serve-lhe para tentar deixar de carregar esse peso, funcionando como um argumento metafísico de autoridade.

## O prejuízo do Positivismo Jurídico

O significado de lei positiva não equivale ao de Positivismo Jurídico. O fenômeno normativo escrito possui um longo passado. A organização das civilizações antigas já se pautava pela criação de leis, como as de Hammurabi do séc. XIX a.C., que regulava o patrimônio, a família, as obrigações, os salários, a propriedade de escravos e as penas por delitos.

Os primeiros corpos de leis atualmente conhecidos, de escrita cuneiforme, são atribuídos a dois fragmentos de um tablete originários do fundador da terceira dinastia de Ur-Nammu, no séc. XXII a.C, bem como a outros tabletas referentes à dinastia de Isin, no séc. XX a.C. Em língua



acádica, as leis de Eshnuna são reconhecidas como as pioneiras, no séc. XIX a.C. É muito provável que Hammurabi tenha se inspirado nas leis anteriores para promulgar o corpo de leis que regulariam a Babilônia sob o seu reinado, particularmente a relação entre o *awilum* (livre) e o *wardum* (escravo).<sup>18</sup> Portanto, o *Nomos* grego, a *Lex* romana e a Lei moderna são o desenvolvimento de uma forma de pensar o Direito que já estava na raiz das culturas sumérias e acádicas.

Muito diferente da lei positiva, escrita ou consuetudinária, o Positivismo Jurídico é uma Escola jusfilosófica criada no séc. XIX, sob forte motivação das correntes teóricas dos séculos anteriores. Os problemas levantados pelo positivista dizem respeito a uma crítica severa ao Direito Natural. A sua doutrina resume-se pela definição de que não existe outro direito senão o positivo. De modo geral, na origem da Escola (mantendo-se sempre a consciência dos riscos de uma condensação ilustrativa), para o positivista, o direito é um fato e não um valor; define-se pela coação; possui sua fonte primeira na legislação, sob a forma de ordenamento jurídico baseado na coerência e na completude sistêmicas; constitui a ciência jurídica cujo método é a interpretação descritiva e mecânica, prevalecendo sobre o elemento produtivo ou criativo.<sup>19</sup>

Como destaca Bobbio, na Alemanha, o positivismo foi preparado pela Escola Histórica de Savigny; na França, pela Código Napoleônico; na Inglaterra, pela inspiração utilitarista de Bentham e Austin.<sup>20</sup> Na origem do movimento, todas essas Escolas possuem em comum a marca da idéia de codificação. O sonho de um Direito pleno e positivo levou os grandes pensadores positivistas a defender a idéia de um sistema jurídico que pudesse abarcar e regular a totalidade do real no Estado.

Na excelente tentativa de eliminar o Direito Natural, já que este não possui nenhuma fonte científica ou filosófica segura, trazendo malefícios ao Direito, como acima foi destacado, o positivista acaba abrindo mão de todo universo axiológico do qual o Direito não pode prescindir. No afã de buscar uma "limpeza" do Direito, o positivista o recalca, buscando nele apenas fatos e nunca a dimensão axiológica expressa ou subterrânea que o permeia. Tal como expressa Hoerster, o positivismo jurídico deve defender a tese da neutralidade, segundo a qual o conceito de Direito tem que ser definido prescindindo de seu conteúdo, portanto, da moral.<sup>21</sup> Não se confunda a sua tese com o legalismo. Mas isso mostra que mesmo em pensadores contemporâneos, não obstante a crítica que eles mesmos fazem ao positivismo originário, subsiste e persiste o sonho de interpretar e estudar o Direito como fato jurídico livre de um juízo moral. Na

<sup>18</sup> Bouzon, Emanuel. *O Código de Hammurabi*. 6ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1998, p. 23.

<sup>19</sup> Bobbio, Norberto. *Il positivismo giuridico*. Turim: G. Giappichelli Editore, 1996, p. 129-132.

<sup>20</sup> Id. *Ibidem*, p. 35-96.

<sup>21</sup> Hoerster, Norbert. *En Defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2000. Traduzido por: Ernesto Garzón Valdés, p. 11.

esperança de entender o Direito livre de pré-juízos, o positivista não consegue se livrar do prejuízo que a sua visão impõe à hermenêutica jurídica.

Talvez a mais grandiosa teoria já criada pelos positivistas seja a de Hans Kelsen. O seu sistema possui uma complexa explicação da dinâmica e da estática jurídicas e uma definição de constituição demasiado importante para o Direito. A norma fundamental possui o duplo sentido - jurídico-positivo e lógico. Em verdade, seria a condição de possibilidade de que um sistema hierárquico de normas pudesse ser validamente considerado. Trata-se do ato constituinte impositivo sem o qual o próprio sistema perde o sentido, tanto na interpretação como na aplicação judicial.

Mas não se pode negar que Kelsen, com todo o seu brilhantismo, não conseguiu fugir às idéias de subsunção silogística, de legalismo, de neutralidade e de crença em um fundamento último do Direito, mesmo que formal. Do ponto de vista lógico-formal, o seu sistema apresenta-se aparentemente intocável. Aliás, os critérios de validade hierárquica e temporal são largamente utilizados na prática da interpretação legal, mesmo sem o fundo teórico da Teoria Pura do Direito. O problema que transparece na sua teoria, comum a qualquer outro positivista está no afastamento da questão axiológica na visualização do fenômeno jurídico. As conseqüências teóricas e práticas dessa anatomia são as mais nefastas.

Sempre que uma norma for considerada literalmente ou sistematicamente, porém, sem a consideração dos valores na sua aplicação, estar-se-á vedado qualquer acesso de interpretação ao seu sentido prático. Qualquer que seja a tentativa do jurista de interpretar e compreender o sentido de uma norma, estará aí implicada a necessária imposição axiológica, pois toda a concretização de uma norma aponta para algum fim. É muito possível que o jurista negue tal implicação em moldes positivistas, o que somente é viável pela sua má-fé, um auto-engano em que ele se esconde de si mesmo as raízes e implicações valorativas que o fazem percorrer aquele caminho. Tanto quanto o jus-naturalista, o positivista nesse sentido não é um hipócrita, ele engana a si, esconde de si que a aplicação de determinada norma ajuda a manter um *status quo* social, permite que um determinado tipo de compreensão de mundo prevaleça, joga para baixo do tapete aquilo que ele não quer ver ou não gostaria de ver.

Por certo, no séc. XX o Positivismo Jurídico puro teve uma perda considerável de espaço, pois as suas explicações já não alcançavam a dinâmica do Direito. A idéia de sistema fechado de normas, sem contradições; a crença na *voluntas legis* e na *volunta legislationis*;<sup>22</sup> o silogismo judicial; a preponderância do Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário, mostram-se superadas.

---

<sup>22</sup> Uma crítica competente e definitiva a tais concepções encontra-se em: Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) Crise – Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999, p. 78.

Aqueles que ainda aderem à idéia de um sistema de normas procuram atualmente caracterizá-lo como aberto, incluindo a possibilidade de contradições, cuja resolução se fundamenta na interpretação e ponderação hierárquica e axiológica das normas; mostrando que o problema da coerência valorativa pode ser resolvido por processos abertos, resguardando a idéia de unidade interna do sistema, permitindo o manejo da ponderação.<sup>23</sup> Todavia, a própria idéia de sistema (ainda que aberto), concebida como um todo coerente que pelas suas entranhas fornece a resposta sobre um problema jurídico-axiológico, já evidencia um dogmatismo no que tange à pressuposição de uma verdade sistemática procedimental *a priori*, sem a qual o próprio sistema perderia sentido. Ocorre que tal *a priori* pode ser sem nenhum problema ignorado. Não há nenhuma necessidade de levá-lo em consideração para realizar uma hermenêutica normativa; muito menos de considerá-lo necessário e suficiente como modo de interpretação.

No fundo, o intérprete sistemático quer encontrar formalmente uma saída material para interpretação da norma. Quando se pensa encontrar com isso um critério seguro e objetivo para uma interpretação, com base na idéia de unidade do sistema, coisifica-se, inevitavelmente o próprio Valor. O sistemático quer proporcionar com seu sistema um adestramento não apenas normativo, mas, sobretudo, e ao mesmo tempo, valorativo. Assim, a unidade do sistema salva-lo-ia da condição incômoda de ser o próprio produtor das contradições e da tarefa incômoda de suportar por si o sentido da norma.

Por outro lado, a mágica do silogismo judicial foi desmascarada devido à sua insuficiência teórica com o surgimento das chamadas Escolas de Argumentação Jurídica, onde o enfoque do Direito desvia-se, sobretudo, ao conteúdo das decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário. Por certo, o ressurgimento da tópica com Viehweg e a nova retórica de Perelman, bem como as novas teorias sobre o raciocínio legal, trouxeram à discussão problemas sensivelmente abordados na prática processual. Efetivamente, a forma como se argumenta, o público alvo e a jurisprudência são problemas essenciais na dinâmica processual. Todavia, todas as teorias apresentadas nesse viés não trabalham senão com modos instrumentais de interpretar os fatos e as normas. Não existe nesse âmbito a busca pelo que é o Direito, mas apenas pelo modo como ele se torna um instrumento.

Conhecedor da tridimensionalidade no espaço da Filosofia do Direito européia, Miguel Reale, nosso grande doutrinador, fonte de inspiração para os acadêmicos brasileiros, ofereceu uma resposta peculiar ao pensamento kelseniano. Reale viu na Teoria tridimensional uma resposta concreta e suficiente ao neo-positivismo:

---

<sup>23</sup> Freitas, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 53.

“O Direito é uma realidade, digamos assim, trivalente ou, por outras palavras, tridimensional. Ele tem três sabores que não podem ser separados um dos outros. O Direito é sempre fato, valor e norma, para quem quer que o estude, havendo apenas variação no ângulo ou prisma de pesquisa. A diferença é, pois, de ordem metodológica, segundo o alvo que se tenha em vista atingir”.<sup>24</sup>

Para o filósofo, há três ordens direcionais de estudo: ciência do Direito (fato-valor-norma); sociologia do Direito (norma-valor-fato); filosofia do Direito (fato-norma-valor). A bela exposição do filósofo responde aos problemas do positivismo clássico e ao neo-positivismo. Ele já demonstra atenção ao problema existencial que o Direito comporta: “O Direito é uma dimensão da vida humana. O Direito acontece no seio da vida humana. O Direito é algo que está no processo existencial do indivíduo e da coletividade”.<sup>25</sup>

Embora a Teoria Tridimensional seja coerente e simbolize um marco importante no pensamento jurídico, importa voltar a atenção para o seguinte aspecto. Tal teoria pretende apresentar uma definição de Direito totalmente revolucionária, que ao mesmo tempo dê conta da relação entre norma positiva e valores. Mas não se estaria apenas demonstrando uma série de fenômenos fáticos, normativos e axiológicos? O livre trânsito entre tais dimensões não é propriamente um fenômeno e não permite caracterizar por si só o Direito. Por tautologia: fato é fato, norma é norma, valor é valor. O Direito não é nenhum dos três. Nem isoladamente, nem, tampouco, o seu conjunto. O Direito é um conceito outro que não o de fato, valor e norma. Não se pode misturar quaisquer das dimensões, pois elas são absolutamente heterogêneas. Da mesma forma, o simples trânsito entre uma e outra não fornece o conceito de Direito, que não equivale à própria transição.

Assim, respondeu-se ao Positivismo Jurídico clássico sem recair necessariamente na idéia de Direito Natural. O positivista não pode fazer a “limpeza” do terreno científico sem também quedar na idéia metafísica do sistema fechado, ou sem inviabilizar a interpretação do sentido prático da aplicação da norma. Deve-se corrigir o positivismo onde ele buscou premissas equivocadas, sob pena de recair no mesmo erro de uma idéia de Direito Natural. As idéias de sistema aberto, da tópica-retórica e do tridimensionalismo oferecem respostas ao positivista clássico, mas foi visto que a primeira pode ser ignorada; a segunda destaca apenas o modo instrumental do Direito; a terceira oferece uma colagem de dimensões sem demonstrar o sentido da sua totalidade, bem como os nexos concretos de implicação entre as partes.

As idéias de Direito Natural e de Positivismo Jurídico clássico fracassaram e não conseguem resolver a crise jurídica da atualidade. As alternativas contemporâneas de maior prestígio contra

---

<sup>24</sup> Reale, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 121.

<sup>25</sup> Id. *ibidem*, p. 123.

essas teorias não auxiliam na compreensão do Direito. A única forma de compreender a crise será mergulhar nela e dela extrair as condições de possibilidade ek-sistenciais do Direito, de maneira que aqueles que se defrontam com os problemas jurídicos não mais resultem tranqüilos e se enganem no que tange ao material opressivo que está em suas mãos.

## Estado, Temporalidade e Ek-sistência

Toda a teorização moderna sobre o Estado foi concretamente derrubada no séc. XX. No século da barbárie, a própria idéia de Estado soberano foi desmoralizada na sua própria raiz. Senão, vejamos. O imaginário contratualista da modernidade criou distinções como estado de natureza e estado social. A discordância entre os teóricos estaria na origem de tais idéias – até porque meramente hipotética: se ele representaria desde logo a lei natural e racional, ou mesmo a bondade, ou, ao contrário, o estado de guerra.

Deve-se ao *Leviatã* de Thomas Hobbes a famosa idéia de que a condição natural do homem é de “guerra de todos contra todos”.<sup>26</sup> Para esse pensador, a guerra não consiste na luta real, mas na disposição para tal. Ou seja, não havendo garantia do contrário, está-se em tempo de guerra.<sup>27</sup> Outrossim, para ele, é a partir da “instituição do Estado que derivam todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido mediante o consentimento do povo reunido”.<sup>28</sup> Portanto, força e direito andariam lado a lado. O Estado somente disporia do direito na medida em que dispusesse da força, da coerção.

A idéia de progresso, sustentada no auge do idealismo e do positivismo do séc. XIX não apenas agregou-se ao conceito de Estado, mas passou a ser um elemento-chave para a sua definição mesma. Por certo, junto consigo, trouxeram os matizes de um evolucionismo, de um historicismo e de um otimismo, todos como síndrome de sua época. Mas o espetáculo teórico foi à bancarrota pela própria realidade que não se deixou esconder, na face mais sombria e doentia do humano. O Estado alemão, racionalmente organizado e justificado, foi capaz de usar a técnica para massacrar e torturar todo um povo que o ajudou a construir. O Estado soviético, nascido com a promessa revolucionária de extinguir classes e implantar o comunismo, revelou-se fonte de um poder centralizador bélico único e opressor. O Estado norte-americano, que sobrou dessas desventuras, mantém o colonialismo econômico estável dos seus jardins e prossegue na luta militar contra países menos privilegiados, sem qualquer justificativa perante a ONU.

---

<sup>26</sup> Hobbes, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1997. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, p. 113.

<sup>27</sup> Id. *ibidem*, p. 109.

<sup>28</sup> Id. *ibidem*, p. 145.

É pelo completo desespero e desamparo que temos de começar qualquer crítica do Direito. Walter Benjamin diz na Tese VIII no livro *Sobre o Conceito de História*: "A tradição dos oprimidos nos ensina que o 'estado de exceção' no qual vivemos é a regra. Precisamos chegar a um conceito de história que dê conta disso. Então surgirá diante de nós nossa tarefa, a de instaurar o real estado de exceção; e graças a isso, nossa posição na luta contra o fascismo tornar-se-á melhor. A chance deste consiste, não por último, em que seus adversários o afrontem em nome do progresso como se este fosse uma norma histórica. – O espanto em constatar que os acontecimentos que vivemos "ainda" sejam possíveis no séc. XX não é nenhum espanto filosófico. Ele não está no início de um conhecimento, a menos que seja o de mostrar que a representação da história donde provém aquele espanto é insustentável".<sup>29</sup> Giorgio Agamben, procurou demonstrar, na mesma esteira, o ponto de intersecção entre o modelo jurídico institucional e o modelo biopolítico do poder. Partindo da diferença entre *zoe* (modo de viver dos animais) e *bios* (indivíduo ou grupo), o autor defende que a exceção da vida nua da zoé é imprescindível ao poder soberano, mostrando a íntima solidariedade entre liberalismo e totalitarismo.<sup>30</sup> Além disso, anuncia o paradoxo da soberania: o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico.<sup>31</sup> A exceção é a estrutura da soberania.

Portanto, a crise do Direito dá-se não apenas pelo profundo descrédito das idéias de progresso e soberania, mas pelo próprio *factum* do desalinhamento entre direito e legitimidade da coerção. O direito não pode ser fundamentado na coerção estatal, muito menos na ficção objetivista de um fenômeno natural. A prova disso é que se pode pensar o Direito mesmo sem previsão estatal, da mesma forma que a coerção pode ser legitimada por um Estado injusto.

Assim como Roquentin na novela *A Náusea*, somos obrigados a dizer: "Eis o que os Safados tentam se ocultar com a sua idéia de direito. Mas que pobre mentira: ninguém tem direito; eles são inteiramente gratuitos, como os outros homens, eles não chegam a se sentir de mais. E neles mesmos, secretamente, eles são *de mais*, quer dizer, amorfos e vagos, tristes".<sup>32</sup> Parece não haver outra saída senão voltarmos e partirmos da própria condição humana. Sem qualquer

---

<sup>29</sup> Löwy, Michael. *Walter Benjamin: Aviso de incêndio. Uma leitura das teses "Sobre o conceito de história"*. Tradução das teses: Jeanne Marie Gagnebin e Marcos Lutz Muller, p. 83.

<sup>30</sup> Agamben, Giorgio. *Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004. Tradução de Henrique Burigo, p. 9-20.

<sup>31</sup> Id. *ibidem*, p. 35.

<sup>32</sup> Sartre, Jean-Paul. *La Nausée*. Paris: Gallimard, 1938, p. 187. [« Voilà la Nausée ; voilà ce que les Salauds (...) essaient de se cacher avec leur idée de droit. Mais quel pauvre mensonge : personne n'a de droit ; ils sont entièrement gratuits, comme les autres hommes, ils n'arrivent pas à ne pas se sentir de trop. Et en eux-mêmes, secrètement, il sont trop, c'est-à-dire amorphes et vagues, tristes. »]

referência e absolutamente decepcionados, deparamo-nos com a nossa própria situação, a nossa circunstância, a nossa facticidade.

As idéias de Direito Natural e de Direito Positivo, em nenhuma de suas fórmulas foi efetivamente capaz de definir o Direito. Tampouco apresentaram razões, causas ou fundamentos suficientes para se fazer ciência do chamado fenômeno jurídico. Pode-se fazer ciência de fatos e normas, ou mesmo questionar a sua dimensão axiológica. Mas o que é o Direito?

Estamos em busca do Direito, mas ele não se encontra como um objeto. O fato é um estado de coisas. Nada mais do que isso. A Lei determina obrigações e confere direitos. Nada mais do que isso. O valor em âmbito jurídico diz respeito ao sentido da aplicação concreta de uma norma. Nada mais do que isso. Jus-naturalistas confundem o estado de coisas natural e racional com o próprio Direito, coisificando-o ao modo de objeto-no-mundo, cujo ser do valor é absoluto e objetivo. De outro lado, Positivistas confundem o fato cuja fonte é normativa e estatal com o Direito, tomando-o por objeto que pode ser cientificamente estudado, de forma clara e distinta (ou sem o valor, ou com o ser deste petrificado na norma, ou com o seu ser metrificado pelo sistema, fechado ou aberto). Mas é curioso que se realmente o procurarmos, não o encontramos.

O que se pode constatar é o Direito não se dá naturalmente. O Positivismo teve por mérito "limpar" o âmbito jurídico de um escândalo, que, no entanto, lhe é pressuposto. Porém foi demasiado longe e esqueceu dos seus limites, querendo-se ciência de algo que não pode ser conhecido ao modo de objeto científico. A ciência somente aplica-se ao estado de coisas, à norma, à jurisprudência e à doutrina. Mas nada disso é Direito.

O Direito não cria objetos novos, nem mesmo fictícios. Quem os cria é o ser humano através da lei. Assim se dá com as ficções do Estado, da pessoa jurídica, do contrato, do nome, da propriedade, da sucessão. Tudo aquilo que o jus-positivista chama de "objeto jurídico" não equivale ao Direito. O "jurídico" somente possui sentido se ligado a uma norma, mas daí não se pode inferir que se está diante de um "objeto" novo, senão do mesmo objeto, porém num sentido peculiar, porque regido pela norma. O Direito não é objeto, o Direito é o sentido que se dá ao objeto enquanto jurídico.

O Direito não é. Com isso, quer-se dizer que o Direito não está no mundo, não é uma coisa, o objeto jurídico não é uma duplicação do próprio objeto, senão É o próprio objeto, porém no sentido jurídico. E tal sentido, puramente intencional, é dado pelo próprio ser humano. Assim sendo, a juridicidade é uma ficção, uma ilusão de ótica, tanto se concebida naturalmente como positivamente. Ao invés de se compreender que é a intuição do objeto enquanto jurídico que permite pensar a juridicidade, cria-se a idéia de que aquele objeto é de direito por si ou por causa da norma. Mas esse *plus* não está propriamente no objeto, assim como não está na norma.

O encobrimento da liberdade existencial caracterizado pela ilusão de ótica possui sua fonte mais profunda no espírito de seriedade,<sup>33</sup> tão comum ao jurista. A única fonte possível para compreender o Direito é a ek-sistência e essa somente pode ser compreendida através da Temporalidade, na relação com o Outro. Dispensa-se a ficção *Krono-lógica* do Direito e se o retoma na dimensão existencial concreta, como único meio de acesso possível à sua compreensão.

## Compreensão Existencial do Direito

Demonstrado o descompasso entre Direito de um lado e fato, norma, cabe um exame da posição atualmente defendida por filósofos considerados defensores de uma filosofia existencial em âmbito jurídico. No entanto, não é sem tristeza que se pode constatar os seus equívocos, porque embora cientes dos problemas advindos de uma objetivação do Direito, não tardaram, no entanto, a abordá-lo frente a uma "ontologia jurídica", recaindo num jus-naturalismo disfarçado, ou numa confusão conceitual sem retorno.

Lorenzo Carnelli sustenta haver um tempo próprio do Direito, idêntico ao da existência, que é transcendendo-se, e transcende-se porque é temporalizando-se. A sua tese sobre o tempo em princípio parece colocar a questão de forma própria, mas termina identificando o Direito com a existência humana.<sup>34</sup> Diz o pensador, ainda:

"De maneira que, juridicamente, serão existencialistas aqueles filósofos para os quais o Direito constitui-se *ab initio* com dita realidade originária, que não cabe nas ontologias regionais e que, no nosso conceito, resulta acessível somente para a Analítica heideggeriana".<sup>35</sup>

Rechazando a possibilidade de o Direito ser fato ou ação, conclui o autor:

"Queremos acentuar, nos termos precedentes, que o Direito existe somente temporalizando-se. Por isso, a sua situação é essencialmente dinâmica (no sentido que atribuímos a este conceito). Com isso não entendemos, nem de leve, que Direito e ação sejam a mesma coisa".<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Na expressão de Sartre, "l'homme sérieux" é o paradigma do homem de má-fé, já que atribui objetividade aos valores e se vale de tal qualidade como fonte da autoridade.

<sup>34</sup> Carnelli, Lorenzo. *Tempo e Direito*. Rio de Janeiro: José Konfin Editor, 1960. Tradução de Érico Maciel, p. 141.

<sup>35</sup> Id. *ibidem*, p. 96.

<sup>36</sup> Id. *ibidem*, p. 213.



A influência da fenomenologia existencial faz-se presente também no pensamento brasileiro, como por exemplo, através das idéias de Jeannette Antonios Maman. No livro *Fenomenologia Existencial do Direito*, a autora propõe um estudo do fenômeno jurídico por meio de uma ontologia fundamental. Ressalta: "A realização da justiça funda-se sobre o modo constitutivo do ser-aí, sobre o existencial, que é ser-com-outrem e permite a juridicidade da existência autêntica – o modo autêntico de ser jurídico. É, pois, a ontologia que fundamenta a igualdade política e jurídica na existência autêntica, pelo reconhecimento da recíproca alteridade dos coexistentes".<sup>37</sup>

Recentemente, Carlos Adalmyr Condeixa da Costa, em seu livro *O Conceito de Liberdade na Teoria Ecológica do Direito*, trouxe novamente à pauta a preocupação com o Ser do Direito. Argumenta o autor que "a palavra, como referência a uma conduta possível, instaura o tempo Jurídico mais além do que o faz a conduta efetiva".<sup>38</sup> Tal fato é chamado pelo pensador de "dilatação do raio de extraversão da temporalidade", porém, se apóia na ação em si mesma. "Se o Direito é conduta, visto como vida humana vivente, então, corresponde avançar com o método fenomenológico desde o ôntico até o ontológico, no sentido explicitado e legitimado pela Filosofia Existencial".<sup>39</sup>

Na região sul do país há algum tempo é feito um esforço radical para compreender o Direito desde uma hermenêutica jurídico-filosófica. Lênio Luiz Streck, introdutor de uma inovadora interpretação constitucional, sustenta a relevância do horizonte de sentido proporcionado pela Constituição e sua principiologia. Defende o filósofo e jurista, após demonstrar a revolução paradigmática da lingüística:

"Interpretar é, pois, compreender. Somente pela compreensão é que é possível interpretar. A ontologia hermenêutica da compreensão baseia-se na tradição, na qual reside a pré-compreensão. É a partir dela que o intérprete partirá para realizar o processo hermenêutico, dentro do qual, desde logo, é necessário frisar, já está(va) inserido. (...) A compreensão, condição de possibilidade para a interpretação, pressupõe uma antecipação de sentido, a integração da parte que deve ser compreendida em um conjunto preconcebido. A compreensão é, pois, um processo de aproximação em desenvolvimento, Este processo se desenvolve no tempo, pondo em jogo o indivíduo (Dasein) com sua história vital e o contexto das tradições sociais (pré-compreensão)".<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> Maman, Jeannette Antonios. *Fenomenologia Existencial do Direito*. São Paulo: Edipro, 2000, p. 74.

<sup>38</sup> Costa, Carlos Adalmyr Condeixa da. *O Conceito de Liberdade na Teoria Ecológica do Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juirs editora, 2004, p. 105.

<sup>39</sup> Id. ibidem, p. 105.

<sup>40</sup> Streck, Lênio Luiz. *Hermenêutica e(m) Crise – Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999, p. 240. Nesse sentido, para o pensador, a Constituição é um fundo sem fundo, o que nos auxiliaria a derrubar a tese kelseniana da norma fundamental.

Embora devamos o maior respeito aos pensadores citados, existe a forte convicção de que a nossa tarefa não foi terminada. Aproximar o Direito da Temporalidade existencial é a novidade marcante que todos esses pensadores sugerem. Porém, cada um deles comete equívocos irremediáveis. Todos, de alguma forma, acreditam numa "ontologia" jurídica. Levando a fenomenologia existencial a sério, os objetos de uma ciência jurídica devem ser estudados sobre o enfoque de uma ontologia regional, como toda e qualquer ciência.<sup>41</sup> Não se pode, portanto, querer confundir a linguagem filosófica com a linguagem científica, já que se movem em âmbitos diversos. Nesse sentido, vale esclarecer a questão nos termos de Ernildo Stein:

"Podemos dizer que, com a fenomenologia hermenêutica, Heidegger abriu caminho para pensar a experiência da experiência, na modalidade de uma experiência existencial. O pensar filosófico não concorre com o conhecimento dos objetos da ciência. O que efetivamente se dá, quando pomos em movimento nosso olhar para aquilo que antes chamamos de experiência especulativa, o que descobrimos é que, desde sempre, realizamos uma experiência ontológica que envolve, num processo compreensivo, qualquer experiência ôntica".<sup>42</sup>

A lição do filósofo para aqueles que pretenderem se movimentar no paradigma da hermenêutica é muito clara. No entanto, o que se pode notar nos pensadores enfocados anteriormente é o absoluto esquecimento da linha fronteira entre ciência e filosofia.

O Direito depende de uma compreensão temporal, tal como condição de possibilidade de qualquer ciência, mas isso não quer significar que o Direito é a própria Existência. Esta é que torna aquele possível, mas não se pode confundir a intencionalidade jurídica com a condição de possibilidade de toda e qualquer intencionalidade. Ou seja, a existência não é ela mesma jurídica, sob pena de termos de afirmar que todo *ek-sistir*, mesmo irrefletido, é por si só jurídico. Diferentemente disso, é a existência que torna a juridicidade possível. Em outros termos, a juridicidade se dá na existência, pela existência e para a existência, mas ela mesma não é a existência.

O que se estudará na ontologia regional jurídica serão os estados de coisas jurídicos, as normas, a jurisprudência, a doutrina; mas e o Direito? Para os pensadores jus-existenciais citados, o Direito é. Seja a temporalização, seja a juridicidade da existência autêntica, ou mesmo a conduta, ou até mesmo enquanto fundo sem fundo constitucional.

---

<sup>41</sup> Há um traço divisor entre filosofia e ciência, expresso por Heidegger desde os tempos de *Que é Metafísica?*

<sup>42</sup> Stein, Ernildo. *Pensar é Pensar a Diferença - Filosofia e Conhecimento Empírico*. Ijuí: Editora Unijuí, 2002, p. 101-102.

Há dois perigos na defesa desses pontos. O primeiro é cair novamente no naturalismo, acreditando que o Direito existe como fato, porém, se agora não mais objetivamente, ao menos na própria carne do ser humano. O segundo está na confusão conceitual; em um sentido, atribuindo uma definição de autenticidade a determinadas condutas jurídicas; noutra, utilizando ao bel prazer os termos heideggerianos e gadamerianos, sem qualquer distinção que poderiam trazer monstruosas diferenças em suas conseqüências (por exemplo, sobre o que significa círculo hemenêutico e sobre o problema da historicidade). Leva-se até a própria Constituição os existenciais próprios do *Dasein* heideggeriano. Fala-se em autenticidade de uma compreensão. Mas utilizando outro caminho, considerando o intérprete desde o paradigma sartriano, pode-se afirmar que a idéia de uma interpretação autêntica da Constituição leva à má-fé. Tal autenticidade gera um estado de segurança no intérprete, que passa a exercer a autoridade sobre o inautêntico. Na tentativa de *ser* autenticidade, cai-se na má-fé, porque desde sempre não será possível fugir da representatividade de tal crença.

Retornemos, portanto, à tese levantada anteriormente: o Direito não é. Chegou-se a tal conclusão pela destruição das posições naturalista e positivista, de qualquer ordem. Urge, portanto, voltar ao nosso chão, à nossa existência. Mas com ela, percebemos que os filósofos desviaram o enfoque principal, equiparando o Direito a uma Ontologia, como se ele a própria existência.

No entanto, ao passar por esses problemas evidenciamos a solução. O cientista jurídico, assim como qualquer outro cientista, põe o seu objeto: o ente jurídico, a norma, a jurisprudência, a doutrina. Porém, vimos que o objeto da ciência jurídica não se confunde com o Direito. Ficamos aqui na beira de um abismo. Os fenomenólogos existenciais contribuíram com a idéia de temporalidade (mesmo que confundindo ela mesma com o Direito).

## Novas Perspectivas

O passo que devemos dar, então, é de, inicialmente, considerar a temporalidade ek-stática como a condição de possibilidade da ciência jurídica, lembrando que não se trata de exclusividade desta, senão de qualquer ciência. A temporalidade tridimensional ek-stática é, conforme o paradigma sartriano, o modo mesmo de ser do *Pour-soi*, pois ele temporaliza-se. De forma alguma o Direito será esse temporalizar-se, o nadificar-se do ser humano, a sua liberdade. Mas é nessa temporalidade que o Direito dará sentido jurídico ao objeto pelo seu possível no âmbito do sempre-ainda-não. O *Pour-soi* temporaliza-se como contradição de "ser o que não é e não ser o

que é”,<sup>43</sup> pelo simples fato de ter-de-ser, de representar. O princípio do homem não é a identidade, a positividade, mas a contradição temporal, a negação, a diferença.

Ao clássico “sujeito de direito” são conferidas possibilidades abstratas sob o signo da identidade, mas que ele efetivamente não é.<sup>44</sup> O que agora queremos encontrar é o ek-sistente concreto, o *Pour-soi*, a partir do qual o próprio Direito pode ser compreendido. No modo de ser temporal, o homem tem-de-ser, ou seja, já não é mais o seu passado e ainda não é o seu futuro. A sua facticidade não é o seu direito. Isso é o que a tradição quer, procurando manter sempre ao *status quo*. A justiça corretiva não quer senão “restabelecer” o estado de igualdade. A idéia de que o Direito esteja vinculado ao passado do sujeito apenas tende a funcionar como uma falsa Razão para o seu existir, que é inteiramente gratuito. A possível sugestão de que a pré-compreensão da Constituição movimenta-se na tradição pode conduzir ao quietismo, ou mesmo ao conservadorismo. Aliás, o que é um fato ou o foi, não é mais, e somente pode interessar como ponto de partida a ser modificado, pois a sociedade é uma doença que precisa ser constantemente curada.

Portanto, é a dimensão ek-stática do futuro (ainda-não, ou falta) que o jurista não pode esquecer de vislumbrar. Não importa tanto a sua situação, mas o que ele vai fazer com ela. E a instrumentalidade do Direito não basta, é preciso que ele se torne um instrumento concreto de reforma. Não sendo o Direito nem o fato, nem a norma, nem a jurisprudência, nem a doutrina, o Direito como intencionalidade exige a dimensão do futuro como o possível ainda-não do próprio homem e da própria situação. Ocorre que a sua situação envolve outros homens, existencialmente livres, que o comprometem enquanto *Pour-autrui*. Nessa medida, o Direito perpetuamente está-se por fazer, sempre-ainda-não-é, como um fim a ser alcançado pelo sujeito junto ao Outro, na sua situação.

A diferença entre Direito e valor é que o valor é consubstancial ao *Pour-soi*, de forma que desde o seu surgimento original, não há consciência que não seja freqüentada pelo valor.<sup>45</sup> O valor dá sentido à falta originária e concreta da consciência sob o fundo dos possíveis. O Direito, no entanto, é um modo de compreensão do objeto. Direito e Dever remetem à falta dentre os possíveis, que será assumida axiologicamente pelo *Pour-soi* com sentido de Direito e Dever. Portanto, o Direito e o Dever não são percebidos por uma extensão dos objetos, mas são compreendidos a partir do sentido axiológico aplicado a uma ainda-não de Direito ou de Dever.

---

<sup>43</sup> Sartre, Jean-Paul. *L'Être et le Néant – Essai d'Ontologie Phénoménologique*. Paris : Gallimard TEL, 2004, p. 101.

<sup>44</sup> Id. *Ibidem*, p. 195.

<sup>45</sup> Id. *ibidem*, p. 131.

No horizonte das possibilidades concretas do *Pour-soi*, algumas são tomadas pelo sentido de um Direito ou de um Dever. Mas se o ek-stase temporal do futuro, aparece como fuga em direção a, então o sentido primeiro do Direito e do Dever será a liberdade existencial e não a justiça. Tendo em vista a dimensão do *Pour-autrui*, cujo princípio é o conflito de liberdades, o Direito e o Dever podem ser compreendidos como um jogo dialético no seio das possibilidades como modo de conduzir o conflito. Assim, o Direito e o Dever somente possuem sentido em função do homem, na medida em que ele é responsável pelo sentido aplicado ao conflito, à diferença, à alteridade.

Com isso, rechaçamos a idéia de Direito linear, sistemático e *Krono-lógico*. Diversamente disso, remete-se ao instante da de-cisão na liberdade existencial, única fonte capaz de elucidar o Direito. O sentido dos objetos da ciência jurídica, que se dão na facticidade (fato, norma, jurisprudência e doutrina), somente pode ser compreendido por meio da valoração da relação dialética entre Direito e Dever, que sempre-ainda-não-são-totalmente.

O grande problema é que as figuras clássicas do Direito (a coerção, a exigência, a obrigação e a determinação) acabam servindo à cegueira e ao narcisismo. A segurança jurídica, tão zelada pelo Direito clássico esconde em si a vontade do Mesmo, o domínio e a preservação do *status quo* jurídico. Ao contrário disso, o Direito sem recalçamento é a escolha do Outro, o projeto de construção social e concreta da juridicidade. O Direito não tem apenas uma faceta prescritiva, cogente e limitadora, mas, antes disso, no interior da consciência autêntica, ele permitirá criar e construir o mundo jurídico da luta pelo reconhecimento da alteridade.

A justiça da lei natural, ou do ordenamento jurídico sistemático, em outros termos, da Razão, mostraram-se como princípio do Mesmo, não conseguindo suportar, muito menos acolher, a Diferença. A sua postulação, na ânsia de resolver problemas substitutivos da angústia de carregar nas costas o peso *Kairo-lógico* da escolha, não foi capaz de "dar conta" do diferente, acusando-o de injusto. Na compreensão existencial do Direito, antes de ser justo ou injusto, o Diferente merece ser acolhido. A minha liberdade não termina onde começa a do outro, a minha liberdade começa onde começa a do outro.