

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 autopoiético², estabelece com a

² “Num plano geral a teoria dos sistemas autopoiéticos 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. È 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 Lúmen 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 esclarecimento”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, conseqüentemente

⁷goyard-Fabre, Simone. “Os Fundamentos da Ordem Jurídica”. 1^a 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 esta 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 sí. 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 apodicticas¹⁹. 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 vida²¹, Com efeito desta constatação sobre 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 / Helles, 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 Morávia 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 Lúmen 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 bilingüe. Lisboa, Portugal: Edições 70. 1988.
- HEIDEGGER, Martin. *"O princípio do fundamento"*. Lisboa: Portugal. Instituto Piaget. 1957.
- HESPANHA, 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.