

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA**  
**CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ**  
**PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**A RAZÃO SENSÍVEL E A PRODUÇÃO DO DIREITO  
NA TRANSMODERNIDADE**

**ALESSANDRA RAMOS**

**Itajaí, julho de 2010**

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA**  
**CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ**  
**PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**A RAZÃO SENSÍVEL E A PRODUÇÃO DO DIREITO  
NA TRANSMODERNIDADE**

**ALESSANDRA RAMOS**

Dissertação submetida ao Programa de  
Mestrado em Ciência Jurídica da  
Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI,  
como requisito parcial à obtenção do  
Título de Mestre em Ciência Jurídica.

**Orientadora: Professora Doutora Maria da Graça dos Santos Dias**

**Itajaí, julho de 2010**

**“Gentileza gera gentileza”<sup>1</sup>**

## **AGRADECIMENTO**

Acima de tudo, agradeço a **Deus** por esta energia que move o Universo.

Este trabalho é fruto de muito esforço e de muito empenho na busca da realização de um sonho, que somente se tornou possível pelo apoio recebido de pessoas e corações queridos. Desejo registrar meus agradecimentos **a todos** que contribuíram, acompanharam, torceram e vibraram comigo.

Aos meus pais **José Luiz** e **Maria Saleti** pelo amor e compreensão incondicionais. Pelos valores ensinados, especialmente o valor do conhecimento e do estudo acadêmico.

Aos meus familiares, representados pelo meu irmão **Alisson Paulo**, pelo carinho e apoio nos momentos partilhados.

A **Sandro Murilo**, a pessoa que me fez acreditar que o sonho era possível, que acreditou no meu potencial e não me deixou desistir nas dificuldades.

A **Coordenação** e aos **Professores** do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica pelos conhecimentos transmitidos.

A todos os meus **amigos** pela torcida e aos **colegas de Curso** pela convivência e conhecimentos compartilhados.

---

<sup>1</sup> DATRINO, José (1917-1980). Conhecido como o “Profeta Gentileza”, andava pelos viadutos do Rio de Janeiro vestido com uma túnica branca e uma longa barba fazendo inscrições. Realizava intervenções urbanas, como crítica a modernidade. <http://pt.wikipedia.org>

## **AGRADECIMENTO ESPECIAL**

Ao Professor **Doutor Osvaldo Ferreira de Melo**, por ter-me despertado a paixão pela Política Jurídica, através de seus ensinamentos e primeiras orientações a minha dissertação.

A Professora **Doutora Maria da Graça dos Santos Dias**, minha Orientadora e Professora, exemplo de gentileza, delicadeza e generosidade, minha eterna gratidão pelos seus ensinamentos (acadêmicos e de vida), paciência e carinho.

## DEDICATÓRIA

Dedico este estudo científico,  
Aos meus momentos de solidão, que foram muitos.

Aos meus filhos **Ana Luiza** e **João Artur**, meus  
amores. Tão pequeninos e doces, me  
acompanharam em todas as etapas, com carinho e  
amor incondicionais.

Ao meu avô **Ernesto** (in memoriam) pessoa sábia,  
pelos muitos ensinamentos que me deixou.

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

**Itajaí, julho de 2010**

**Alessandra Ramos  
Mestranda**

**PÁGINA DE APROVAÇÃO**

**SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM  
CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA EM BANCA.**

## ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias que a Autora considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

### **Ciência<sup>2</sup>**

“Procedimento metodológico que tem como alvo um conhecimento.”

### **Modernidade<sup>3</sup>**

Para definir o período Moderno, adota-se a idéia de correspondência com o tempo histórico, como passagem histórica. A Modernidade “[...] indica o período da história ocidental que começa depois do Renascimento, a partir do séc. XVII.”

### **Transmodernidade<sup>4</sup>**

Neste estudo científico será adotado o termo “Transmodernidade” para designar o período após a Modernidade e de passagem para uma fase subsequente, uma fase de transição. Esta transição da Modernidade para uma Pós-Modernidade, alguns autores designam de Transmodernidade e outros de Pós-Modernidade como Moacyr Motta da Silva:

[...] Opta-se por indicar a idéia de Pós-Modernidade como fenômeno multidisciplinar que dá seus primeiros passos no próprio caminho da Modernidade. Não há que se pensar a idéia de Pós-Modernidade como algo que deixou para trás todo o acervo de conhecimento adquirido até então. A Pós-Modernidade só pode ser pensada na dialética com a Modernidade.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000, p. 20.

<sup>3</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 4 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 679.

<sup>4</sup> A noção de Transmodernidade foi elaborada a partir da leitura crítica da obra de DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

<sup>5</sup> SILVA, Moacyr Motta da, **Rumo ao Pensamento Jurídico da Pós-Modernidade**, na obra de DIAS, Maria da Graça dos Santos, SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 127.



## Razão Pura<sup>6</sup>

É a razão fundada no uso lógico do entendimento, sendo que o entendimento compreende um conjunto de regras, chamadas de faculdades dos princípios, pelas quais os objetos são concebidos pelo conhecimento humano. E assim, somente o entendimento gera a condição de princípio de natureza universal.

## Razão Sensível<sup>7</sup>

Entendida através da proposta de Michel Maffesoli que acrescenta a idéia de sensibilidade<sup>8</sup> à idéia de Razão da Modernidade, o equilíbrio entre o intelecto e o afeto enquanto o pensar e colocar em prática o reconhecimento das situações de ambivalência: sombra e luz, corpo e espírito, substituindo a representação pela apresentação das coisas.

## Política Jurídica<sup>9</sup>

“1. Disciplina que tem como objeto o Direito que deve ser e como deva ser, em oposição funcional à Dogmática Jurídica, que trata da interpretação e da aplicação do Direito que é, ou seja, do Direito vigente. 2. Diz-se do conjunto de estratégias que visam à produção de conteúdo da norma, e sua adequação aos valores Justiça (V.)<sup>10</sup> e Utilidade Social (V.)<sup>11</sup>. 3. Complexo de medidas que têm como objetivo a correção, derrogação ou proposição de normas jurídicas ou de mudanças de rumo na

---

<sup>6</sup> Entendimento elaborado a partir da análise de SILVA à teoria de Kant, na obra SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, Justiça, Virtude Moral & Razão. Reflexões.** p. 99-100.

<sup>7</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível.** 3 ed. Tradução: Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. p. 19, 222, 207.

<sup>8</sup> “Sensível – 1. Aquilo que pode ser percebido pelos sentidos. Nesta acepção, “o S.” é objeto do conhecimento S., assim como o “inteligível” é objeto do conhecimento intelectual (Aristóteles, *De na*, II, 6, 418; Kant, *Crít. R. Pura*, Anal. Dos princ., cap. III, Nota). [...]”. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia.** p. 872.

<sup>9</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica.** Florianópolis: OAB Editora, 2000, p. 77.

<sup>10</sup> “Justiça – Significante notavelmente polissêmico, cujos principais significados, no uso corrente são: 1. A ordem nas relações humanas; 2. Conformidade da conduta a um sistema de normas morais e jurídicas. 3. Valor fundamental do Direito e por isso objetivo permanente de toda ação político-jurídica ao estabelecer equilíbrio no conflito de interesses; 5. Aplicação do princípio de igualdade na distribuição de direitos e deveres; 6. Uma organização judiciária (Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral, etc.) ou aparelhamento destinado à aplicação do Direito (procurar a Justiça).” MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica.** Florianópolis: OAB Editora, 2000, p. 56.

<sup>11</sup> “Utilidade Social – Num critério político-jurídico, uma das qualidades que deve ter a norma e, assim, merecer integrar um sistema jurídico. Consiste sempre na resposta adequada a uma legítima necessidade coletiva.” MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica.** Florianópolis: OAB Editora, 2000, p. 96.

Jurisprudência dos Tribunais, tendo como referente a realização dos valores jurídicos. 4. O mesmo que Política do Direito.”

### **Ética<sup>12</sup>**

É o que determina o que é moralmente correto, em uma análise dos fins buscados pela ação humana, e dos meios utilizados para tanto. “Fim buscado pela Política Jurídica e pela Justiça Política, que se exterioriza pelo agir moralmente correto.”

### **Estética<sup>13</sup>**

“Sensação de harmonia e beleza que rescende dos atos do convívio social que se apóiam na Ética e no respeito à dignidade humana. Assim, podemos considerar como um dos fins imediatos da Política Jurídica a criação normativa de um ambiente de relações fundadas na Ética que venha ensejar o belo na convivência social, em atendimento a necessidades espirituais latentes em todo o ser humano.”

---

<sup>12</sup> Conceito a partir da obra de MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 58-59 e utilização do mesmo conceito adotado para o verbete “Ética de Convivência”, in MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB Editora, 2000, p. 39

<sup>13</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB Editora, 2000, p. 38.

## SUMÁRIO

|                                                                                                |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| RESUMO.....                                                                                    | 11 |
| ABSTRACT.....                                                                                  | 12 |
| INTRODUÇÃO .....                                                                               | 13 |
| CAPÍTULO 1.....                                                                                | 19 |
| REFERENTES FUNDAMENTAIS DA CIÊNCIA MODERNA .....                                               | 19 |
| 1.1 EMMANUEL KANT E A RAZÃO PURA .....                                                         | 19 |
| 1.2 A CRÍTICA DE JÜRGEN HABERMAS À CIÊNCIA MODERNA E SUA<br>PROPOSTA DE AÇÃO COMUNICATIVA..... | 24 |
| 1.3 O CONCEITO DE CIÊNCIA MODERNA E DE CIÊNCIA MODERNA DO<br>DIREITO.....                      | 29 |
| CAPÍTULO 2.....                                                                                | 41 |
| A CIÊNCIA NA TRANSMODERNIDADE E A RAZÃO SENSÍVEL ...                                           | 41 |
| 2.1 A ÊNFASE À RAZÃO SENSÍVEL NA CIÊNCIA TRANSMODERNA.....                                     | 41 |
| 2.2 O FORMISMO E O SENSO ESTÉTICO EM MICHEL MAFFESOLI.....                                     | 49 |
| CAPÍTULO 3.....                                                                                | 60 |
| A POLÍTICA JURÍDICA E OS REFERENTES ÉTICO E ESTÉTICO DA<br>PRODUÇÃO DO DIREITO .....           | 60 |
| 3.1 FUNDAMENTOS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS DA POLÍTICA JURÍDICA..                                  | 60 |
| 3.2 A ETICIDADE E A UTILIDADE SOCIAL DA NORMA JURÍDICA .....                                   | 64 |
| 3.3 O PAPEL DO POLÍTICO DO DIREITO NA PRODUÇÃO E APLICAÇÃO DO<br>DIREITO.....                  | 73 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS .....                                                                     | 86 |
| REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....                                                             | 94 |

## RESUMO

O presente estudo foi desenvolvido com o objetivo de realizar uma análise compreensiva da Razão Sensível enquanto fundamento teórico filosófico da Ciência do Direito na Transmodernidade, conforme proposto pela Política Jurídica. Foi realizado na linha de Pesquisa Principiologia, Constitucionalismo e Produção do Direito, dentro da Área de Concentração de Fundamentos do Direito Positivo, no Mestrado de Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Para o desenvolvimento da pesquisa, a dissertação está dividida em três Capítulos. No Capítulo 1 são apresentados os Referentes Fundamentais da Ciência na Modernidade, a partir de três destaques: Emmanuel Kant e a Razão Lógica; a crítica de Jürgen Habermas à Ciência Moderna; e a Ciência Moderna do Direito. No Capítulo 2 é realizado um estudo sobre a Ciência na Transmodernidade e a Razão Sensível, através da ênfase à Razão Sensível na Ciência Transmoderna, do Formismo e o Senso Estético em Michel Maffesoli e da Razão Sensível e a Produção do Direito. E o Capítulo 3 aborda a Política Jurídica e os Referentes Ético e Estético da Produção do Direito, com os fundamentos teóricos e filosóficos da Política Jurídica, a Eficácia e Utilidade Social da norma jurídica e o papel do Político do Direito na Produção do Direito. A Metodologia da Pesquisa foi, na Fase de Investigação o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica Indutiva. O estudo demonstra a necessidade da compreensão da Razão Sensível como fundamento teórico filosófico da Ciência na Transmodernidade, para produção do Direito à luz da Política Jurídica.

## **ABSTRACT**

This study gives a comprehensive analysis of Sensitive Reason as the basis of philosophical Theory of Law Science in transmodernity, as proposed by the Legal Policy. It is part of the line of Research Principiology, Constitutionalism and Legal Production, within the area of concentration Bases of Positive Law, as part of the Master's Degree in Legal Science of the University of Vale do Itajai. For the development of the research, this thesis is divided into three chapters. Chapter 1 presents the Fundamental References of Science in Modernity from three points of view: Emmanuel Kant and Logical Reason; Jürgen Habermas's Critique of Modern Science; and Modern Science of Law. In Chapter 2, a study is conducted on Science in Transmodernity and Sensitive Reason, through an emphasis on Sensitive Reason in Science of transmodernity, Formism and the Esthetic Sense in Michel Maffesoli, and Sensitive Reason and the Production of Law. Chapter 3 deals with the Legal Policy and the Ethical and Esthetical of Production Law with the theoretical and philosophical foundations of Legal Policy, Ethics and Social Utility of the legal rule and the role of the Political Right in the Production of Law. In terms of research methodology, the Inductive Method was used in the Investigation Phase and the Cartesian Method in the Data Processing phase, while the Report of the Results is composed based on inductive logic. The study demonstrates the need to understand the concept of Sensitive Reason as a philosophical theoretical foundation of science in transmodernity, for the production of law in light of Legal Policy.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto o estudo da Razão Sensível e a Produção do Direito na Transmodernidade conforme proposto pela Política Jurídica. Foi desenvolvido na linha de Pesquisa Principiologia, Constitucionalismo e Produção do Direito, dentro da Área de Concentração de Fundamentos do Direito Positivo, no Mestrado de Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí.

O objetivo institucional da presente dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - Univali.

O seu objetivo científico geral consiste em analisar compreensivamente a Razão Sensível, enquanto fundamento teórico-filosófico da Ciência do Direito na Transmodernidade, conforme proposto pela Política Jurídica.

Os objetivos específicos são: refletir sobre os fundamentos teórico-filosóficos da Ciência na Modernidade; analisar os fundamentos teórico-filosóficos da Ciência na Transmodernidade; e refletir sobre os referentes ético e estético na produção do Direito, fundamentado na Razão Sensível.

Para o desenvolvimento da pesquisa, a dissertação está dividida em três capítulos .

No Capítulo 1 são apresentados os “Referentes Fundamentais da Ciência na Modernidade”, sendo que, para esta apresentação este capítulo está dividido em três sub-títulos.

No primeiro sub-título é realizado um estudo científico em Emmanuel Kant e a Razão Lógica. A teoria filosófica de Emmanuel Kant é bastante complexa, e não são abordados neste estudo científico detalhes do entendimento kantiano acerca da metafísica. Emmanuel Kant utiliza a categoria razão acompanhada de adjetivos. O presente estudo realizado neste trabalho em

Emmanuel Kant é limitado à razão pura, com fundamento principal na sua obra de *Crítica da Razão Pura*. Emmanuel Kant teoriza que o conhecimento humano tem duas origens: a sensibilidade e o entendimento. Os objetos nos são dados através da sensibilidade e através do entendimento os objetos são concebidos.<sup>14</sup> Para o citado Autor, apenas a intuição pura é que pode fornecer conceitos e entendimentos puros. A intuição pura é aquela que tem origem no entendimento, na forma como os objetos são concebidos.

No segundo sub-título é realizada uma abordagem da crítica de Jürgen Habermas à Ciência Moderna e apresentação de sua proposta de ação comunicativa. Jürgen Habermas faz sua crítica afirmando que não há uma razão pura, mas uma “razão encarnada tanto nos contextos de ações comunicativas como nas estruturas do mundo da vida.”<sup>15</sup>

No terceiro sub-título é buscado o conceito de Ciência Moderna e de Ciência Moderna do Direito. A ciência na Modernidade, através de seus métodos, suas descobertas e seus sistemas, influenciou diretamente o desenvolvimento das sociedades e das relações humanas. E esta influência foi através de seus métodos relacionados às ciências naturais e também os relacionados às ciências sociais. Desta forma, a racionalidade da ciência Moderna se estendeu ao estudo da sociedade, surgindo a Ciência Social, mesmo dentro da complexidade e subjetividade humana. E a Ciência do Direito passa a determinar as experiências humanas através da racionalidade pura, com métodos e sistema fechado.

No Capítulo 2, o título “A Ciência na Transmodernidade e a Razão Sensível”, é abordado em três sub-títulos.

No primeiro sub-título é realizado um estudo da ênfase à Razão Sensível na Ciência Transmoderna. A partir da crise da Ciência na Modernidade, surge um momento de reflexão, de desconstituição e construção de novos

---

<sup>14</sup> KANT, Emmanuel. **Crítica da Razão Pura**. p. 26-27.

<sup>15</sup> HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. p. 447.

paradigmas. É um momento de transição para a Pós-Modernidade<sup>16</sup>. O momento de transição, no processo histórico, é um momento de coexistência de conceitos e valores por vezes em conflitos.

Os paradigmas e valores estabelecidos na Modernidade deixaram de lado os sentimentos do Ser humano em nome de uma razão fechada e, assim, acabaram por não cumprir as promessas realizadas junto à sociedade.

A partir dos avanços das Ciências e da necessidade de sua fundamentação ética, a sensibilidade é retomada. Os fundamentos da Ciência na Transmodernidade apresentam por referentes o humano e seus valores.

No segundo sub-título, é objeto de estudo o Formismo e o Senso Estético em Michel Maffesoli<sup>17</sup>. Michel Maffesoli reflete que os fenômenos estéticos que delimitam a cultura pós moderna têm matriz na forma e na prevalência da aparência<sup>18</sup>, e denomina isto de “formismo”<sup>19</sup>.

No terceiro sub-título, é realizado um estudo da Razão Sensível e a Produção do Direito. Segundo Luis Alberto Warat<sup>20</sup> é necessária a recuperação do cotidiano reprimido e através da recuperação deste cotidiano buscar a liberação das emoções e dos sentidos, permitir a experimentação do desejo, da paixão pela vida e da erotização do mundo nas ciências sociais.

Por estar o Direito comprometido com a vida humana e seu cotidiano, para a humanização do Direito as normas devem estar continuamente em revisão e atualização.

---

<sup>16</sup> “A expressão Pós-Modernidade compõe-se, do ponto de vista léxico, de duas categorias gramaticais. A primeira se constitui do prefixo **pós**. Origina-se do Latim e escreve-se **post**. Designa-se o que vem depois, atrás, em seguida. A segunda, chamada Modernidade, pertence à classe dos substantivos abstratos. [...]” SILVA, Moacyr Motta da, **Rumo ao Pensamento Jurídico da Pós-Modernidade**, na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 127.

<sup>17</sup> MAFFESOLI, Michel. Professor de sociologia na Sorbonne, francês.

<sup>18</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. 3 ed. Tradução: Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. p. 82.

<sup>19</sup> “[...]. A vida não se deixa enclausurar. Quando muito é possível captar-lhe os contornos, descrever-lhe a *forma*, levantar suas características essenciais.” MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. 3 ed. Tradução: Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. p. 47.

<sup>20</sup> WARAT, Luís Alberto. Doutor em Direito, professor argentino-brasileiro.



No Capítulo 3, é realizado um estudo sobre “A Política Jurídica Jurídica e os Referentes Ético e Estético da Produção do Direito”, sendo a abordagem do tema também realizada em três sub-títulos.

No primeiro sub-título, é objeto de estudo os fundamentos teóricos e filosóficos da Política Jurídica. A Política Jurídica se ocupa de estudar a produção da norma jurídica desejável e da sua validade material, através do atendimento do justo e do útil. A Política Jurídica tem por objeto “o direito que deve ser e de como deve ser feito”. A eficácia e efetividade da norma jurídica está diretamente ligada à validade material desta norma, isto é, em seu atendimento aos critérios de justiça e utilidade social.

No segundo sub-título, são analisadas questões relacionadas à eticidade e utilidade social da norma jurídica. Osvaldo Ferreira de Melo<sup>21</sup>, ao tratar da Política Jurídica, destaca a Ética e a Estética como elementos universais capazes de permitir a harmonia da convivência humana.<sup>22</sup>

No terceiro sub-título, é analisado o papel do Político do Direito na produção do Direito. Na perspectiva da Política Jurídica, a produção do direito, não ocorre somente na esfera legislativa, mas na esfera do Judiciário. O Político Jurídico busca a legitimação do Direito nas fontes sociais, de representações jurídicas que se legitimam na ética e no desejo de desenvolvimento de uma sociedade mais justa.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a compreensão da Política Jurídica e os referentes ético e estético da produção do Direito.

Para a presente Dissertação foram levantadas as seguintes questões:

---

<sup>21</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. Doutor em Direito do Estado, professor brasileiro.

<sup>22</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 19.

a) Quais os fundamentos teóricos e filosóficos da Ciência na Modernidade?

b) Quais os fundamentos teóricos e filosóficos da Ciência na Transmodernidade?

c) Qual a importância dos referentes éticos e estéticos da norma jurídica à luz da Política Jurídica?

A partir das questões apresentadas, foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) A Razão Pura constituiria um dos fundamentos teóricos e filosóficos da Ciência na Modernidade.

b) A Razão Sensível constituiria um dos fundamentos teóricos e filosóficos da Ciência na Transmodernidade.

c) A Política Jurídica se ocupa do Direito desejável – aquele que deve ser e como deve ser feito. Assim, os referentes ético e estético na produção do Direito à luz da Política Jurídica seriam compreendidos pela Razão Sensível.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação<sup>23</sup> foi utilizado o Método Indutivo<sup>24</sup>, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano<sup>25</sup>, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica Indutiva.

---

<sup>23</sup> “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

<sup>24</sup> “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

<sup>25</sup> Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente<sup>26</sup>, da Categoria<sup>27</sup>, do Conceito Operacional<sup>28</sup> e da Pesquisa Bibliográfica<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

<sup>27</sup> “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

<sup>28</sup> “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

<sup>29</sup> “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

# CAPÍTULO 1

## REFERENTES FUNDAMENTAIS DA CIÊNCIA MODERNA

### 1.1 EMMANUEL KANT E A RAZÃO PURA

A teoria filosófica de Emmanuel Kant é bastante complexa. Aborda-se neste estudo seu conceito de razão e sua implicação na Ciência Moderna. Emmanuel Kant aborda a metafísica<sup>30</sup> na forma de ciência e utiliza a categoria razão acompanhada de adjetivos.

Reconhece que todos os conhecimentos dos homens começam com a experiência<sup>31</sup>. Dentro desta consideração há conhecimentos que derivam de experiências diretas e outros conhecimentos que derivam de experiências indiretas. Para seu estudo, considera e classifica como conhecimento puro, aquele conhecimento que é adquirido independente de qualquer experiência. Desta forma, o Autor abandona o círculo da experiência para analisar o círculo do conhecimento.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> “[...] Segundo Kant, Metafísica é o estudo das formas ou princípios cognitivos que, por serem constituintes da razão humana – aliás de toda razão finita em geral -, condicionam todo saber e toda ciência, e de cujo exame, portanto, é possível extrair os princípios gerais de cada ciência. [...] Kant diz que a Metafísica pode ser entendida de duas formas: como a segunda parte da “filosofia da razão pura”, ou seja, como “sistema da razão pura (ciência), conhecimento filosófico total (seja verdadeiro, seja aparente) que deriva da razão pura em conexão sistemática” (e, nesse sentido, dela é alijada a parte preliminar ou propedêutica da filosofia da razão pura, que é a crítica), ou então pode ser entendida como a filosofia *total*, da razão pura, incluindo a crítica.” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. p. 665.

<sup>31</sup> “Kant levantou o problema do começo do mundo. Como pode haver um começo a partir de nada, mas como pode existir um mundo sem um começo? É como o problema do infinito e do finito. São contradições lógicas, são os famosos problemas dos limites da nossa mente. Os físicos agiram como se pudessem resolver o começo por um acontecimento empírico, imaginário, hipotético: não se preocupem, havia um ponto infinito que, é evidente, não tinha lugar no espaço, já que o espaço não existia, mas bruscamente, tudo explode. Eles não percebem que dizer isso é levantar problemas terríveis para a mente humana; o que significa a idéia de começo?” MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Edição revista e modificada pelo Autor. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 93.

<sup>32</sup> KANT, Emmanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. J. Rodrigues de Mereje. 2 ed. São Paulo: Gráfica e Editora Edigraf Ltda., s.d. p. 05-06.

Emmanuel Kant doutrina que são temas inevitáveis da razão pura: Deus, liberdade e imortalidade.<sup>33</sup> A proposição de Emmanuel Kant, na sua análise da razão humana, faz-se através de juízos analíticos e sintéticos. Os juízos analíticos são aqueles em que o enlace entre os sujeitos ocorre por identidade. Já os juízos sintéticos são aqueles que o enlace entre os sujeitos não possui identidade. E o Autor classifica que todos os juízos da experiência são sintéticos, pois não possuem identidade entre si.<sup>34</sup>

De acordo com a teoria de Emmanuel Kant “o verdadeiro problema da razão pura contém-se nesta pergunta: Como são possíveis os juízos sintéticos “a priori”?”<sup>35</sup> Afirma que na resolução deste problema, também está compreendida a possibilidade de utilização da razão pura para a construção e fundamentação de todas as ciências que contém um conhecimento teórico “a priori” dos objetos. Para o Autor, uma crítica da razão conduz obrigatoriamente à ciência; o uso sem crítica produz afirmações infundadas e que podem ser contraditadas.

Emmanuel Kant apresenta a idéia da “Crítica da Razão Pura” como uma ciência independente, a única capaz de conhecer algo de forma absoluta, e apresenta uma divisão da ciência compreendendo uma Teoria elementar da razão pura e uma Teoria do método da razão pura.

Teoriza que o conhecimento humano tem duas origens: a sensibilidade e o entendimento. E que, talvez ambas as origens do conhecimento humano sejam procedentes de uma raiz comum, o que é desconhecido. Através da sensibilidade os objetos nos são dados e através do entendimento os objetos são concebidos.<sup>36</sup>

A sensibilidade para o Autor é uma categoria que pertence à Filosofia transcendental<sup>37</sup>, na medida em que contém representações “a priori”, pois

---

<sup>33</sup> KANT, Emmanuel. **Crítica da Razão Pura**. p.10.

<sup>34</sup> KANT, Emmanuel. **Crítica da Razão Pura**. p.13.

<sup>35</sup> KANT, Emmanuel. **Crítica da Razão Pura**. p.19.

<sup>36</sup> KANT, Emmanuel. **Crítica da Razão Pura**. p. 26-27.

<sup>37</sup> “O filósofo teoriza que a razão procura construir um nível de entendimento puro, distinto do conhecimento empírico. De particular importância para o estudo, pontuamos a idéia de razão em Kant, como matriz transcendental. A razão parece formar-se da matéria construída no pensamento, como unidade suprema do entendimento. A razão nesta perspectiva assume conceito formal, de

as condições que os objetos são dados ao conhecimento humano são anteriores as condições em que estes mesmos objetos são concebidos. Desta forma, a sensibilidade deve pertencer à primeira parte da ciência elementar.<sup>38</sup>

Para Emmanuel Kant, a sensibilidade é a capacidade humana de perceber os objetos que são dados e a maneira como eles nos afetam; com isto, a sensibilidade nos fornece as intuições. Mas, é pelo entendimento que as intuições fornecidas pela sensibilidade são pensadas e também é pelo entendimento que surgem os conceitos. E ainda, todo pensamento (de forma direta ou indireta) deve referir-se às intuições, e, por consequência, à sensibilidade, que forneceu estas intuições, pois esta é a única forma que o objeto pode ser dado ao conhecimento humano, através da sensibilidade.<sup>39</sup>

Desta forma, para Emmanuel Kant, em sua teoria da razão pura, são duas as fontes principais do espírito para o conhecimento humano:

a primeira consiste na capacidade de receber as representações (a receptividade das impressões), e a segunda na faculdade de conhecer um objeto por meio dessas representações (a espontaneidade dos conceitos). Pela primeira nos é dado um objeto, pela segunda é pensado em relação a essa representação (como pura determinação do espírito).<sup>40</sup>

A forma como é percebida alguma coisa consiste na intuição pura, somente os conceitos puros são possíveis “a priori”, os conceitos empíricos somente são possíveis “a posteriori”. Emmanuel Kant somente aceita os conceitos puros do entendimento. A razão quando tenta decidir “a priori” algo sobre objetos dados e ultrapassar o conhecimento além dos limites da experiência possível, passa a não concordar com um cânone (como o que deve conter a analítica), ela é uma

---

natureza lógica.[...]” SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, Justiça, Virtude Moral & Razão**. Reflexões. 4 tiragem. Curitiba: Juruá, 2006. p. 99-100.

<sup>38</sup> KANT, Emmanuel. **Crítica da Razão Pura**. p. 27.

<sup>39</sup> KANT, Emmanuel. **Crítica da Razão Pura**. p. 29.

<sup>40</sup> KANT, Emmanuel. **Crítica da Razão Pura**. p. 62.

razão dialética. Segundo Emmanuel Kant, a dialética é uma lógica da aparência; ela se funda em princípios subjetivos - é o procedimento sofístico<sup>41</sup>.

Para Emmanuel Kant, a analítica dos princípios ensina a aplicar os fenômenos dos conceitos do entendimento, contendo as regras do entendimento, e desta forma, passa a ser um cânone para o julgamento.<sup>42</sup> Os conceitos puros do entendimento são heterogêneos e não semelhantes, e portanto, não se encontram jamais em nenhuma instituição empírica ou sensível.<sup>43</sup>

Moacyr Motta da Silva,<sup>44</sup> em sua análise do conceito de entendimento na teoria moral de Emmanuel Kant, ressalta o conceito de entendimento formado por princípios como um conjunto de regras, onde não se aceita entendimento fundado em uma razão que tenha como apoio a realidade empírica revelada pelas leis da natureza. Com isto a idéia de razão se isola do mundo e da sensibilidade. E o conhecimento gerado a partir da experiência não produz regras como princípios. Nesta análise, para Emmanuel Kant o conceito de razão está fundamentado no uso lógico do entendimento.

Conforme a teoria de Emmanuel Kant,

No conceito puro do entendimento, uma realidade é o que corresponde a uma sensação em geral; por conseguinte, os objetos

---

<sup>41</sup> “[...] Para Kant, a D. é uma “lógica da aparência”. Isso significa que ela é “uma ilusão natural e inevitável, que se funda em princípios subjetivos e os toma por objetivos”, mas que está “inseparavelmente ligada à razão humana, permanecendo mesmo depois de descoberta a sua raiz” (*Crít. R. Pura*, Dialética transcendental, Intr., I). Objeto da D. são as três idéias de Alma, Mundo e Deus: delas, a primeira é fruto de um paralogismo, a segunda mostra sua ilegitimidade ao dar lugar a antinomias insolúveis, a terceira é indemonstrável. Obviamente, o significado kantiano de D. identifica-se com o segundo dos dois significados do termo distinguidos por Aristóteles, ou seja, com aquele segundo o qual a D. é o procedimento sofístico. O próprio Kant estabelece essa conexão: “Embora tenham sido vários os significados com que os antigos usaram essa denominação de ciência ou de arte, pode-se deduzir com segurança do uso que dela fizeram que a D. para eles nada mais era que a *lógica da aparência*, a arte sofística de dar à ignorância, aliás, às ilusões voluntárias, laivos de verdade, imitando o método da fundação que a lógica geral prescreve e servindo-se de sua tópica para colorir qualquer procedimento vazio” (*Ibid.*, Lógica transcendental, Intr., III, cf. *Grudelegung zur Met. Der Sitten*, I). Por outro lado, a esse mesmo conceito de D. liga-se a noção propriamente kantiana de D. *transcendental* como “crítica do intelecto e da razão ao seu uso hiperfísico, a fim de tirar os véus da aparência falaz de suas fundadas presunções” (*Crít. R. Pura*, Lógica transcendental, Intr., par.IV) ou, em outros termos, como um *kathartikon* do intelecto (*Logik*, Intr., par. II).” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. p. 271.

<sup>42</sup> KANT, Emmanuel. **Crítica da Razão Pura**. p. 137.

<sup>43</sup> KANT, Emmanuel. **Crítica da Razão Pura**. p. 141.

<sup>44</sup> SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, Justiça, Virtude Moral & Razão. Reflexões**. 4 tiragem. Curitiba: Juruá, 2006. p. 99-100.

como fenômenos, o que neles corresponde à sensação é a matéria transcendental de todos os objetos como coisas em si (a realidade). Mas toda sensação tem um grau ou uma quantidade com que pode encher mais ou menos o tempo, quer dizer, o sentido interno, com a mesma representação de um objeto até que se reduz a zero (=0=negatio).<sup>45</sup>

Na análise de Moacyr Motta da Silva, na teoria de Emmanuel Kant, o conceito de entendimento pressupõe uma única unidade formada por vários princípios. Nesta concepção, todos os dados do mundo, de natureza sensível, apoiados na realidade empírica revelada pelas leis da natureza são isolados para a idéia de razão. A razão é fundada no uso lógico do entendimento, sendo que o entendimento compreende um conjunto de regras, chamadas de faculdades dos princípios. E assim, somente o entendimento gera a condição de princípio de natureza universal.<sup>46</sup>

Emmanuel Kant, conforme já abordado, reconhece na sua teoria duas formas de origem do conhecimento humano, uma através da sensibilidade e outra através do entendimento. Como conceitua o citado Autor, através da sensibilidade os objetos são dados ao conhecimento humano e através do entendimento os objetos são concebidos pelo conhecimento humano. Tanto a sensibilidade quanto o entendimento fornece ao conhecimento humano as intuições, através das quais são produzidos os conceitos.

Em sua concepção de Ciência, na Modernidade, Emmanuel Kant descarta toda forma de conceito produzido através de conhecimento humano dado por uma intuição que tenha origem na sensibilidade. Para ele, apenas a intuição pura – aquela que tem origem no entendimento, na forma como os objetos são concebidos – é que pode fornecer conceitos e entendimentos puros. Os princípios do entendimento puro regram a razão pura na Modernidade.

A sensibilidade na Modernidade é afastada da Ciência, mas já é reconhecida por Emmanuel Kant como uma fonte de origem do conhecimento humano. O afastamento da sensibilidade das ciências, especialmente das ciências

---

<sup>45</sup> KANT, Emmanuel. **Crítica da Razão Pura**. p. 145.

<sup>46</sup> SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, Justiça, Virtude Moral & Razão. Reflexões**. p. 99-100.



sociais, afasta a Ciência das experiências humanas e da dinâmica social. Este afastamento da Ciência da realidade humana, transforma as ciências em sistemas fechados que não interagem com a Sociedade, embora as ciências possuam grande importância no desenvolvimento desta mesma sociedade. Daí a importância do resgate pelas ciências, na Transmodernidade, da sensibilidade como fonte reconhecida de origem do conhecimento humano, permitindo uma maior compreensão e contribuição ao desenvolvimento da humanidade.

## 1.2 A CRÍTICA DE JÜRGEN HABERMAS À CIÊNCIA MODERNA E SUA PROPOSTA DE AÇÃO COMUNICATIVA

Destaca-se, nesta pesquisa, a crítica de Jürgen Habermas, à Ciência Moderna e sua proposta de ação comunicativa.

No debate acerca do conceito de Modernidade, Jürgen Habermas destaca a contribuição de Hegel, o qual utiliza o conceito de modernidade associado ao conceito de época, através de contextos históricos. O que era chamado de “novos tempos” passa a ser os “tempos modernos”.

Hegel divide a Modernidade em duas fases – etapas. A primeira que se inicia por volta de 1.500 com o Renascimento e a Reforma, e uma posterior que tem início com o Iluminismo e a Revolução Francesa e no que significaram para a Sociedade e para a Ciência estes acontecimentos no final do século XVIII e começo do século XIX.<sup>47</sup>

Desta forma, Jürgen Habermas a partir de Hegel, como marco histórico, adota como início da Modernidade e da Ciência Moderna o período a partir de 1.500 com a Reforma e o Renascimento<sup>48</sup>. E como tempo mais Moderno (e

<sup>47</sup> HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Trad. Luiz Sérgio Repa Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 11.

<sup>48</sup> “Renascimento – Designa-se com este termo o movimento literário, artístico e filosófico que começa no fim do séc. XIV e vai até o final do séc. XVI, difundindo-se da Itália para outros países da Europa. [...] A partir do séc. XV, porém, essa palavra passa a ser empregada para designar a renovação moral, intelectual e política decorrente do retorno aos valores da civilização em que, supostamente, o homem teria obtido suas melhores realizações: a greco-romana.” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. p. 852, verbete Renascimento.

último estágio da Idade Moderna) a etapa do final do século XVIII com o Iluminismo<sup>49</sup> e a Revolução Francesa e do começo do século XIX.

Ressalta que Hegel foi o primeiro filósofo a colocar como problema filosófico o processo de desligamento da modernidade das sugestões normativas do passado que lhe são estranhas.<sup>50</sup>

Para Jürgen Habermas, a Modernidade e a Ciência Moderna, que se iniciam com as experiências da Reforma e do Renascimento, se expressam com Emmanuel Kant. Para ele, Emmanuel Kant substituiu “o conceito substancial de razão da tradição metafísica pelo conceito de uma razão cindida em seus momentos, cuja unidade não tem mais que um caráter formal. Ele separa do conhecimento teórico as faculdades da razão prática e do juízo e assenta cada uma delas sobre seus próprios fundamentos.” A razão crítica assume sua própria subjetividade ao fundar a possibilidade do conhecimento objetivo, do discernimento moral e da avaliação estética. Na filosofia kantiana a modernidade não foi conceituada com traços essenciais da época e sim na expressão do mundo como um “edifício” de pensamentos. “Só mediante uma visão retrospectiva Hegel pode entender a filosofia de Emmanuel Kant como auto- interpretação decisiva da modernidade.”<sup>51</sup>

Jürgen Habermas destaca que nem Hegel e os filósofos discípulos deste, em nenhum momento questionaram as conquistas da modernidade.

---

<sup>49</sup> “Do ângulo da Teoria do Conhecimento, o Iluminismo representa um movimento verificado na Europa, na segunda metade do século XVIII. É, igualmente, chamado século das luzes em virtude de revelar a idéia de esclarecimento, de ilustração. Esse movimento do conhecimento se expandiu por todas as áreas de saber, ou seja, nas artes, na ciência e na filosofia. O Iluminismo encontra-se, igualmente, na política, inclusive nas teorias jurídicas. O Iluminismo, em certo sentido, apresenta-se como modo de pensar crítico. A nova perspectiva do conhecimento não aceita, inteiramente, o pensamento construído a partir da experiência sensível. Em síntese, três linhas do pensamento iluminista aparecem: **Liberdade, Individualismo e Igualdade Jurídica**. A primeira traz a idéia da livre iniciativa das atividades comerciais. Nesta postura de pensamento opõe-se ao absolutismo reinante, por exemplo, na França, na Prússia, Áustria e Espanha. A segunda advoga a tese do individualismo. Ou seja, todo Ser humano nasce livre, por isto, além de pensar precisa viver segundo suas próprias idéias. A terceira refere-se a igualdade jurídica.[...]”. SILVA, Moacyr Motta da, **Rumo ao Pensamento Jurídico da Pós-Modernidade**, na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 121-122.

<sup>50</sup> HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. p. 25-26.

<sup>51</sup> HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. p. 28-29.

A época moderna encontra-se, sobretudo, sob o signo da liberdade subjetiva. Essa realiza-se na sociedade como um espaço, assegurado pelo direito privado, para a persecução dos interesses próprios; no Estado como participação fundamental, em igualdade de direitos, na formação da vontade política; na esfera privada como autonomia e auto-realização éticas e, finalmente, referida a essa esfera privada, na esfera pública como processo de formação que se efetua através da apropriação da cultura tornada reflexiva. Também as figuras do espírito absoluto e objetivo, vistas da perspectiva do indivíduo, assumiram uma estrutura em que o espírito subjetivo pode-se emancipar da naturalidade das formas de vida tradicionais. Essas esferas, nas quais os indivíduos podem conduzir sua vida como *bourgeois*, *citoyen* e *homme*, separam-se cada vez mais e tornam-se independentes.” Estas “separações e autonomizações” romperam o selo inviolável posto pela religião no passado sobre a totalidade de um contexto de vida ético.<sup>52</sup>

Para Jürgen Habermas a argumentação altera-se radicalmente com a entrada de Nietzsche no discurso da modernidade.<sup>53</sup>

Primeiro, a razão fora concebida como autoconhecimento reconciliador, depois como apropriação libertadora e, finalmente, como rememoração compensatória, para que pudesse se apresentar como equivalente do poder unificador da religião e superar as cisões da modernidade a partir das forças motrizes da própria modernidade.<sup>54</sup>

Ressalta Jürgen Habermas que o relacionamento concentrado que mantém consigo mesmo uma subjetividade descentrada é denominado por Nietzsche de “fenômeno estético”. “Só quando o sujeito se *perde*, quando se desprende das experiências pragmáticas do espaço e do tempo, vê-se atingido pelo choque do repentino e, perdido de si, consome-se no instante; só quando desabam as categorias da atividade e do pensamento sensatos, quando se esfacelam as normas da vida diária e se desmoronam as ilusões da normalidade adquiridas, só então se abre o mundo do imprevisto e do absolutamente surpreendente, o âmbito

---

<sup>52</sup> HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. p. 121-122.

<sup>53</sup> HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. p. 124.

<sup>54</sup> HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. p. 126.

da aparência estética, que nem encobre nem revela, nem é fenômeno nem é essência, mas tão-somente superfície.”<sup>55</sup>

Segundo Jürgen Habermas, o conceito de modernidade em Nietzsche, está desenvolvido através de uma teoria do poder – a crítica da razão a coloca a si mesma fora do horizonte desta razão. “Nietzsche entroniza o gosto, “o sim e o não do paladar”, como órgão de um conhecimento que está além do verdadeiro e do falso, além do bem e do mal.”<sup>56</sup>

De acordo com Jürgen Habermas, a crítica radical de Nietzsche à razão fundamentada na linha da crítica da metafísica e na linha da teoria do poder não podem ser cumpridas. A autocrítica da Modernidade, em conflito consigo mesma, leva à mudança de paradigma da razão centrada no sujeito pela razão comunicativa. Na razão comunicativa não ressurge o purismo da razão pura.<sup>57</sup>

Jürgen Habermas destaca que Emmanuel Kant realiza a sua crítica da razão sob a perspectiva da própria razão, onde a fronteira da razão é sua autolimitação (excluídos os elementos metafísicos).<sup>58</sup>

Doutrina Jürgen Habermas<sup>59</sup> que:

a razão comunicativa – apesar do seu caráter puramente procedural, desobrigado de todas as hipotecas religiosas e metafísicas – está imediatamente entrelaçada no processo social da vida porque os atos de entendimento recíproco assumem o papel de um mecanismo de coordenação da ação. O tecido das ações comunicativas nutre-se

<sup>55</sup> HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. p. 136.

<sup>56</sup> HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. p. 139-140.

<sup>57</sup> HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. p. 420.

<sup>58</sup> HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. p. 421.

<sup>59</sup> “A base da teoria de Habermas é uma pragmática universal que tenta reconstruir os pressupostos racionais, implícitos no uso da linguagem. Segundo Habermas, em todo ato de fala (afirmações, promessas, ordens, etc.) dirigido à compreensão mútua, o falante erige uma pretensão de validade (*eine Anspruch auf Gültigkeit*), quer dizer, pretende que o dito por ela seja válido ou verdadeiro num sentido amplo.[...] Com qualquer ato de fala está se propondo uma pretensão de inteligibilidade. [...] Habermas não considera a argumentação – discurso, como uma série de proposições, mas como uma série de atos de fala. A argumentação é um tipo de interação, de comunicação.” ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. 161-162.

dos recursos do mundo da vida e, ao mesmo tempo, constitui o *médium* pelo qual as formas concretas de vida se reproduzem.<sup>60</sup>

A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, através da práxis comunicativa, passa a ocupar o lugar de mediação assumido pela práxis social. Tanto na práxis social, historicamente situada, quando na práxis comunicativa, a busca deve ser a práxis racional sendo uma razão concretizada na história, na sociedade, no corpo e na linguagem.<sup>61</sup>

Afirma Jürgen Habermas que não há uma razão pura, mas uma “razão encarnada tanto nos contextos de ações comunicativas como nas estruturas do mundo da vida.”<sup>62</sup>

Conforme Jürgen Habermas, as críticas da razão fundamentadas em discursos que não assumem posição de classificação como ciência, ou como filosofia, ou como teoria moral ou como teoria jurídica, no desencontro entre os discursos, suas fraquezas e a pressão do retorno do pensamento religioso, acabam levando ao fim do que certifica a modernidade em si mesma.

Mas, o ponto fundamental que foi abandonado nos discursos da Modernidade, foram as formas modernas de vida, a auto-realização, a práxis cotidiana. Novamente, o afastamento das ciências da dinâmica social, das experiências humanas e do reconhecimento da sensibilidade como fonte do conhecimento humano.

---

<sup>60</sup> HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. p. 439.

<sup>61</sup> HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. p. 440.

<sup>62</sup> HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. p. 447.

### 1.3 O CONCEITO<sup>63</sup> DE CIÊNCIA MODERNA E DE CIÊNCIA MODERNA DO DIREITO

A ciência a partir do século XVII realizou progressos e descobertas extraordinários, em todas as áreas do conhecimento.

Edgar Morin ressalta o desenvolvimento da ciência<sup>64</sup> com os progressos extraordinários do conhecimento científico a partir do século XVII e ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX, destacando os progressos nas áreas de microfísica, astrofísica, biologia, com descobertas da genética, biologia molecular e etologia. Progressos que podem ser verificados com as aplicações técnicas que vão desde a energia atômica até as manipulações genéticas.

Com tudo isto, foram adquiridas certezas relacionadas ao *homos dito sapiens*, em sua evolução, em seu universo físico – planeta, sistema solar, galáxia -, em diferentes espécies. Por outro lado, certezas antigas foram perdidas, aparecendo uma incerteza fundamental, na qual o homem deixou de julgar-se o centro do universo – um universo fixo e eterno. O homem passou a saber que a vida se organiza em função de um código genético. E novos questionamentos surgiram: “Mas onde surgiu essa informação codificada? Como se produziu? Qual o sentido da evolução, se existe algum? Qual é o sentido de nossa existência? E qual é a natureza desse espírito com que pensamos tudo isso?” Edgar Morin afirma que

---

<sup>63</sup> Conceito no sentido de apresentar um entendimento fundamentado em doutrinadores e filósofos a respeito de Ciência Moderna. “Conceito – Em geral, todo processo que torne possível a descrição, a classificação e a previsão dos objetos cognoscíveis. Assim entendido, esse termos tem significado generalíssimo e pode incluir qualquer espécie de sinal ou procedimento semântico, seja qual for o objeto a que se refere, abstrato ou concreto, próximo ou distante, universal ou individual, etc.. [...] Enfim, o alegado caráter de *universalidade subjetiva* ou validade intersubjetiva do C. na realidade é simplesmente sua *comunicabilidade* de signo lingüístico: a função primeira e fundamental do C. é a mesma da linguagem, isto é, a comunicação.” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. p. 164.

<sup>64</sup> “No século XVIII, a ciência moderna constitui-se de maneira autônoma. O seu postulado de objetividade estabeleceu por si mesmo a disjunção entre saber e ética. Cabia-lhe proteger o seu imperativo, “conhecer por conhecer”, independentemente das repercussões morais, políticas, religiosas. Inicialmente marginal nas sociedades ocidentais, a ciência introduziu-se nas universidades, no século XIX, depois, no século XX, no coração das empresas industriais e, enfim, nos Estados, que financiam as pesquisas científicas e recolhem os bons resultados para os seus afins. O desenvolvimento científico determina agora o desenvolvimento da nossa sociedade, a qual determina o desenvolvimento científico. Aquilo que valia para a ciência nascente, marginal e ameaçada, não vale mais nesta época, séculos XX e XXI, em que a ciência é gigantesca e onipresente.” MORIN, Edgar. **O método 6: Ética**. Trad. Juremir Machado da Silva. 3 ed. Porto Alegre: Sulina, 2007, p. 69.

com o progresso dos conhecimentos, há o progresso da incerteza, chegando a dizer, o progresso da ignorância.<sup>65</sup>

No ocidente a ciência desenvolveu-se como ciência experimental, e com isto foram desenvolvidas técnicas de verificação com manipulações precisas e seguras. O cientista manipula não apenas objetos, energias, elétrons, não só unicelulares e bactérias, mas também animais como ratos, cães e macacos, tudo em nome do ideal puro do conhecimento.<sup>66</sup>

Edgar Morin reflete sobre a ciência, apresentando a questão “o que é ciência?” e coloca que esta questão não tem resposta científica. Pela epistemologia afirma-se como científico o que é reconhecido como tal pela maioria dos cientistas. Assim, não existe nenhum método objetivo para considerar a ciência objeto de ciência, nem método objetivo para considerar cientista sujeito da ciência:

A dificuldade de conhecer cientificamente a ciência cresce com o caráter paradoxal desse conhecimento:

Progresso inaudito dos conhecimentos correlativos ao progresso incrível da ignorância.

Progresso dos aspectos benéficos do conhecimento científico correlativo ao progresso de seus caracteres nocivos e mortíferos.

Progresso crescente dos poderes da ciência e impotência crescente dos cientistas na sociedade em relação aos próprios poderes da ciência.<sup>67</sup>

Edgar Morin afirma que a razão e a ciência não tem a missão de salvar a humanidade, mas elas possuem poderes sobre o desenvolvimento do futuro da humanidade.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Edição revista e modificada pelo Autor. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 100.

<sup>66</sup> MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. p. 109.

<sup>67</sup> MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. p. 119.

<sup>68</sup> MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. p. 125.

A ciência, através de seus métodos, suas descobertas e seus sistemas, não apenas os relacionados às ciências naturais, mas também os relacionados às ciências sociais, influenciam diretamente o desenvolvimento das sociedades e das relações humanas.

Hannah Arendt confronta a ciência universal e a ciência natural, onde ao invés da antiga dicotomia entre o céu e a terra, o cientista passa a ter a dicotomia entre o homem e o universo, ou “entre a capacidade de compreensão humana e as leis universais que os homens podem descobrir e manusear sem jamais compreendê-las”.<sup>69</sup>

Conforme Hannah Arent, a reação a esta nova realidade foi a dúvida cartesiana, a qual tem como principal característica a universalidade, da qual nada escapa – nenhum pensamento ou experiência.<sup>70</sup> Menciona que Descartes “concluiu que aqueles processos que se passam na mente do homem são dotados de certeza própria e podem ser objeto de investigação na introspecção.”<sup>71</sup>

Desta forma, os homens passam a ter em comum não o mundo, mas a estrutura da mente, passando a ser o modelo máximo de raciocínio do senso comum.<sup>72</sup>

Para a Autora acima citada, na moderna concepção do mundo, desaparece o mundo transcendental e a possibilidade de transcender-se o mundo material, seja em conceito ou em pensamento.<sup>73</sup>

Com isto, Hannah Arent mostra que os maiores impulsos para a descoberta da história e da consciência histórica foram o desespero em relação à razão humana – a qual somente parecia adequada frente aos objetos fabricados pelo próprio homem -, e “não a um novo entusiasmo pela grandeza do homem, por

---

<sup>69</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**; tradução de Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 283.

<sup>70</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. p. 286-287.

<sup>71</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. p. 292.

<sup>72</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. p. 296.

<sup>73</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. p. 302.



seus efeitos e sofrimentos, nem à crença de que o significado da existência humana poderia ser encontrado na história da humanidade”.<sup>74</sup>

Reflete Hannah Arent que o homem moderno foi arremessado para dentro de si mesmo e não ao encontro do mundo ao seu redor, “longe de crer que este mundo fosse potencialmente imortal, ele não estava sequer seguro de que fosse real.”<sup>75</sup>

O homem moderno se fechou, deixando de lado a importância de interagir com a dinâmica da sociedade e das experiências humanas que o cercam. Na Modernidade, as ciências estabelecem critérios racionais a todos os fenômenos, e assim como nas ciências naturais, nas ciências sociais as condutas somente são aceitas mediante a comprovação científica frente a objetos e certezas.

Theodor Viehweg realiza uma investigação sobre a ciência do direito, diante da pretensão da ciência moderna de oferecer um único critério válido e racional para todo o conhecimento, o qual parece ter de ser rejeitado, no âmbito dos negócios humanos.<sup>76</sup>

As teorias jurídicas foram conduzidas na Modernidade ao dever de fundamentarem-se de acordo com modelos matemáticos ou assumirem sua irracionalidade. Por isto, Theodor Viehweg vai resgatar a tópica, com a finalidade de sustentar a possibilidade de uma discussão racional, ainda que não se possa lidar integralmente com os meios dedutivos. Theodor Viehweg conceitua a tópica como uma técnica de pensar problemas.<sup>77</sup>

A proposta de Theodor Viehweg é de reabilitar a filosofia prática e a idéia de uma racionalidade – além da exigida nas matemáticas e nas ciências naturais - , recorrendo-se à retórica e à tópica.<sup>78</sup>

---

<sup>74</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. p. 312.

<sup>75</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. p. 334.

<sup>76</sup> ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 24.

<sup>77</sup> ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade**. p. 26-27.

<sup>78</sup> ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade**. p. 30-31.

A problemática básica do trabalho teórico de Theodor Viehweg está ligada às pretensões da ciência moderna e ao seu questionamento. A ciência como demonstração.

Claudia Rosane Roesler apresenta em seu estudo de Theodor Viehweg, algumas idéias-chave sobre ciência, ressaltando como a mais importante no contexto: “o método da ciência é universal e único” <sup>79</sup>. Em relação ao método científico apresenta três idéias centrais:

Em primeiro lugar, o método científico é um procedimento, uma estratégia global que indica uma ordenada série de movimentos, estágios ou operações a serem utilizadas para que o cientista atinja os objetivos da ciência. Em segundo lugar, método científico é um conjunto de regras ou normas que governam cada etapa do procedimento. Em terceiro lugar, método científico é um conjunto de técnicas conceituais ou materiais de realização dos movimentos requeridos pelo procedimento como, por exemplo, quando se fala em métodos ou técnicas de observação, classificação, cálculo, condução de experimentos etc. <sup>80</sup>

O procedimento não pode garantir a consecução dos objetivos da ciência. <sup>81</sup>

Quanto às técnicas, como instrumentos, são boas ou más de acordo com os propósitos e modos como são usadas. O conjunto de regras metodológicas constitui um código científico. <sup>82</sup>

Theodor Viehweg questiona as pretensões do modelo moderno de ciência e a reabilitação da filosofia prática, onde o método cartesiano da ciência apresenta dificuldades em sustentar sua pretensão baseado estritamente no método, e surge então, o questionamento de transferir a ciência do campo da

---

<sup>79</sup> ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito**: tópica, discurso, racionalidade. p. 33-35.

<sup>80</sup> ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito**: tópica, discurso, racionalidade. p. 36.

<sup>81</sup> ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito**: tópica, discurso, racionalidade. p. 38.

<sup>82</sup> ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito**: tópica, discurso, racionalidade. p. 36-39.

demonstração para o da argumentação.<sup>83</sup> Tudo isto na busca de manter a pretensão da ciência moderna de oferecer critérios racionais para todo o conhecimento.

Boaventura de Souza Santos, ao analisar o modelo de racionalidade na ciência moderna, relaciona que a racionalidade se desenvolveu a partir da revolução científica do século XVI com base nos domínios das ciências naturais. No século XIX este modelo de racionalidade chega às ciências sociais e a partir de então, tem-se um modelo de racionalidade científica global, e por isto totalitária. Totalitária ao negar que todas as formas de conhecimento que não seguirem seus princípios epistemológicos e métodos não tem seu caráter racional reconhecido.<sup>84</sup>

Ressalta ainda que para a ciência moderna, a matemática é mais que um instrumento privilegiado de análise, a matemática fornece a lógica da investigação e o modelo de representação da própria estrutura de matéria.<sup>85</sup> Com isto, para a ciência moderna, conhecer significa quantificar, e o rigor científico passa a ser aferido por medições, e o que não for possível de se quantificar passa a ser irrelevante cientificamente.<sup>86</sup> E também, com fundamento na matemática, para a ciência moderna, o método científico se fundamenta na redução da complexidade, isto é, conhecer significa dividir e classificar, e depois criar relações sistemáticas do que foi separado e dividido.<sup>87</sup>

Destaca Boaventura de Souza Santos, que o conhecimento científico rompe com o senso comum e o conhecimento prático que nele se traduz, ao estabelecer leis fundamentadas na forma como as coisas operam, sem a preocupação com os fins a que se destinam.<sup>88</sup>

---

<sup>83</sup> ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade.** p. 46.

<sup>84</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências.** São Paulo: Cortez. 2003. p. 20-21.

<sup>85</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências.** p. 27.

<sup>86</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências.** p. 28.

<sup>87</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências.** p. 28.

<sup>88</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências.** p. 30.

Este conhecimento científico, através de sua racionalidade, se estendeu ao estudo da Sociedade, surgindo a Ciência Social, a qual, mesmo diante da complexidade e subjetividade humana, na Modernidade pertence ao paradigma da Ciência Moderna.<sup>89</sup>

Giuseppe Lumia afirma que a história do direito considerada como os ordenamentos jurídicos do passado se contrapõe à ciência do direito comparado,

a qual coteja ordenamentos jurídicos vigentes em países diversos para colocar em evidência os elementos de semelhança e de diferença que apresentam em relação à diversidade das condições sociais, econômicas, políticas e também das tradições e das ideologias dominantes em cada país". [...] "Enquanto as ciências jurídicas têm uma função descritivo-explicativa da experiência jurídica, a filosofia do direito tem uma função crítica com relação aos métodos e aos conteúdos das ciências jurídicas. E exerce semelhante função em cada uma das dimensões – factual, normativa e valorativa – nas quais a experiência jurídica se desenvolve."<sup>90</sup>

Desta forma, Giuseppe Lumia separa a Ciência Jurídica da Filosofia Jurídica, pois a Ciência Jurídica tem a função única e específica de descrever e explicar a experiência jurídica, normatizando as experiências humanas.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior em estudo sobre a Ciência Jurídica, depara-se com as discussões sobre a expressão "ciência", apresentando como critérios comuns e aceitos em linhas gerais:

A ciência é constituída de um conjunto de enunciados que visa transmitir, de modo altamente adequado, informações verdadeiras sobre o que existe, existiu ou existirá. Estes enunciados são, pois, basicamente, *constatações*." [...]. "O conhecimento científico, em consequência, constrói-se a partir de constatações certas, cuja evidência, em determinada época, nos indica, em alto grau, que elas são verdadeiras. A partir delas, a ciência se caracteriza pela busca de termos seguramente definidos, constituindo um corpo sistemático de enunciados." [...] "Como a ciência é constituída de enunciados

---

<sup>89</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. p. 40.

<sup>90</sup> LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do Direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.14-15.

verdadeiros, os enunciados duvidosos ou de comprovação e verificação insuficientes são dela, em princípio, excluídos.” [...] “Como a ciência não se limita somente a constatar o que existiu e o que existe, mas também o que existirá, ela tem um sentido operacional manifesto, constituindo um sistema de previsões prováveis e seguras, bem como de reprodução e interferência nos fenômenos que descreve.”<sup>91</sup>

O Autor citado, destaca ser comum a afirmação de que o caráter científico da ciência do Direito constitui-se de conhecimentos “sistemáticos”, isto é, metodicamente obtidos e comprovados. Desta forma, a “sistematicidade” é argumento da cientificidade. A experiência histórica, especialmente no século XIX demonstrou a grande dificuldade desta pretensão.<sup>92</sup>

E destaca, a ciência do Direito distingue-se pelo seu método e também pelo seu objeto, e passa a ser vista como uma atividade sistemática voltada principalmente para as normas jurídicas.<sup>93</sup>

Desta forma, a “cientificidade” da ciência do Direito e sua constatação acerca das experiências humanas ocorre por uma sistematização através de normas jurídicas, o que assegura a reprodução de experiências. Esta sistematização através de normas jurídicas é a positivação do Direito que ocorreu na Modernidade.

Maria da Graça dos Santos Dias, doutrina que, na medida em que o Direito se positiva na Modernidade, ele perde o seu significado anterior de Direito que estava fundamentado no paradigma jusnaturalista. “O Direito passa a identificar-se com o poder. O Direito não tem mais fundamento na razão dos indivíduos, nem na vivência da sociedade, mas sim, na vontade soberana do Estado, constituindo-se num instrumento da gestão governamental.[...]”<sup>94</sup>

A busca da construção da ciência do Direito na Modernidade, afastou o Direito da moral, do senso comum e de ideologias sociais e políticas.

---

<sup>91</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 09-10.

<sup>92</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. p. 13-14.

<sup>93</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. p. 14.

<sup>94</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Florianópolis: Momento Atual. 2003. p. 12.

Maria da Graça dos Santos Dias destaca Hans Kelsen<sup>95</sup> como o expoente máximo da construção teórica da Ciência Jurídica<sup>96</sup> da Modernidade. Hans Kelsen teve como objetivo criar uma ciência pura do Direito, através de uma teoria fundamentada nos critérios da ciência Moderna.

KELSEN pretendeu criar uma ciência cujo único objeto fosse o Direito Positivo, excluindo tudo o que não estivesse estritamente a este referido. Identifica o Direito como um fenômeno social e, assim sendo, a ciência do Direito insere-se no contexto das Ciências Sociais, distinguindo-se das ciências naturais que têm por objeto os fenômenos da natureza. Enquanto estes se regem pelo princípio da causalidade, os fenômenos jurídicos são regulados pelo princípio da imputação. A sociedade, ao regular a conduta do homem, o faz através de um sistema de normas. A regra do Direito estabelece uma relação entre dois fatos: ato ilícito e sanção.<sup>97</sup>

A ciência do Direito passa a ser então, uma ciência normativa, onde a conduta humana é analisada exclusivamente através das normas jurídicas que determinam como esta conduta deve ser.<sup>98</sup>

Para Hans Kelsen a ciência do Direito é estática e dinâmica<sup>99</sup>. Estática ao se referir ao sistema de normas jurídicas que determinam e regulam todas as condutas humanas; e dinâmica ao se referir aos atos pelos quais estas normas jurídicas que constituem o Direito são criadas e aplicadas. Esta dinâmica está ligada a criação das normas por um poder legítimo, fundamentada em critérios

---

<sup>95</sup> Hans Kelsen (1881-1973) foi um filósofo do Direito, autor da obra “Teoria Pura do Direito”, onde teoriza que Direito constitui um ato de vontade do legislador, do humano. “Teoriza que a significação jurídica não permite ser entendida pelos sentidos, senão objetivamente na interpretação da norma em face do fato descrito. O Direito deve ser entendido mediante relação entre a norma de conduta objetivamente válida em relação ao objeto da realidade.” Kelsen afasta todas as questões metafísicas ou valorativas do Direito. Os questionamentos sobre o Direito que deve ser são afastados por Kelsen do Direito, classificando estes questionamentos como objeto da Política Jurídica. SILVA, Moacyr Motta da, **Rumo ao Pensamento Jurídico da Pós-Modernidade**, na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 126-127.

<sup>96</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**, p. 25.

<sup>97</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**, p. 26.

<sup>98</sup> “Para as ciências normativas, a sociedade é compreendida como um sistema de normas que regulam as relações dos homens entre si e ao qual todo indivíduo deve submeter-se. Este sistema, ou ordem normativa, é eficaz na medida em que os indivíduos a ele se submetam.” DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**, p. 26.

<sup>99</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**, p. 27.

de validade e eficácia, mantidos afastados os juízos de valor e de moral da sociedade<sup>100</sup>.

Hans Kelsen doutrinou o Direito em uma Teoria Pura do Direito, através de regras efetivas estabelecidas em um sistema como normas.<sup>101</sup> As normas, para Hans Kelsen são fundamentadas em uma norma fundamental, onde cada norma valida outra norma, até a esta norma fundamental, na qual se encontram o significado normativo de todas as situações de fato do ordenamento jurídico.<sup>102</sup>

Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito tem como objeto o Direito que é e como é, como Ciência do Direito. Afirma que o Direito que deveria ser elaborado ou como deveria ser elaborado é Política do Direito e não é objeto de sua teoria.<sup>103</sup>

Desta forma, na Modernidade, a ciência do Direito passa a avaliar as experiências humanas através da racionalidade pura da Ciência da Moderna, onde métodos e objetos devem ser comprovados de forma sistemática e com os mesmos critérios científicos adotados pelas ciências naturais. Na Ciência do Direito esta sistematização ocorre através do estabelecimento de normas jurídicas. Este sistema rígido de normas jurídicas que passa a reger as condutas humanas é a positivação do Direito.

A ciência do Direito na Modernidade estabelece sistemas que asseguram a repetição da operacionalização do Direito e a dinâmica do sistema está atrelada apenas ao sistema de criação de normas através de um poder legítimo – o Estado.

---

<sup>100</sup> “Para que a ordem moral seja distinta da ordem jurídica é preciso que o conteúdo das normas morais não se confunda com o das normas jurídicas, e que não haja por conseguinte, relação de delegação do direito à moral, ou, da moral ao direito.” KELSSEN, Hans. Teoria pura del Derecho citado por DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**, p. 28.

<sup>101</sup> KELSSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3 ed. revista tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 22 e 23.

<sup>102</sup> KELSSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 98

<sup>103</sup> KELSSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 52.

Maria da Graça dos Santos Dias reflete que: “entender o Direito como mera legalidade é reduzi-lo, estritamente, à função asseguradora da ordem estabelecida.”<sup>104</sup> .

Na Modernidade a ciência do Direito se constituiu em um sistema fechado e sua dinâmica está referida ao próprio sistema. A ciência do Direito se constituiu e se limitou a uma ciência social normativa, completamente afastada da dinâmica da sociedade, das relações humanas e das experiências sociais.

Este sistema fechado, afastou a ciência do Direito dos avanços e retrocessos da sociedade e da própria vocação da Ciência Jurídica.

O afastamento do Direito da Sociedade ocorreu na legislação, na doutrina e na jurisprudência.

Como ilustração, transcreve-se uma decisão judicial<sup>105</sup> que ainda demonstra o afastamento do sistema fechado do Direito da Sociedade:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 82, III, E 557 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO INDIVIDUAL. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA. No tocante à aplicação dos artigos 82, inciso III, e 557 do CPC, ausente o necessário prequestionamento, entendido como o prévio e indispensável exame da questão pelo v. acórdão combatido à luz do dispositivo de lei federal tido por violado. *In casu*, mostra-se inafastável a ilegitimidade do Ministério Público Estadual para propor a ação civil pública, uma vez que não se trata de defesa de interesses coletivos ou difusos, transindividuais e indivisíveis, tampouco de direitos individuais indisponíveis e homogêneos, mas sim de direito individual ao recebimento de medicamento. Precedentes. Recurso especial improvido. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

<sup>104</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**, p. 36.

<sup>105</sup> JUSTIÇA, Superior Tribunal de. Recurso Especial nº 665.164 – RS (2004/0110351-0), em que é Recorrente Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Recorrido Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Franciulli Netto. Data do Julgamento: 15/09/2005. Disponível em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) Acesso em 23/06/2010.



Este afastamento da ciência do Direito das relações humanas e suas experiências sociais passou a não mais atender as necessidades e demandas sociais, fazendo-se necessário um “desconstruir” e reconstruir paradigmas, um repensar a Ciência Jurídica.

## CAPÍTULO 2

### A CIÊNCIA NA TRANSMODERNIDADE<sup>106</sup> E A RAZÃO SENSÍVEL

#### 2.1 A ÊNFASE À RAZÃO SENSÍVEL NA CIÊNCIA TRANSMODERNA

No Capítulo 1 foram apresentados os Referentes Fundamentais da Ciência na Modernidade, através de um estudo da Razão Lógica em Emmanuel Kant, através da crítica de Jürgen Habermas à Ciência Moderna e sua proposta de ação comunicativa e, através do estudo do conceito de Ciência e de Ciência Moderna do Direito. Neste Capítulo 2 será abordada a Ciência na Transmodernidade e a Razão Sensível.

Conforme a crítica de Edgar Morin, a razão absoluta, fechada e auto-suficiente como concebida na Modernidade, deve ser repudiada como uma “deusa” razão. A razão deve ser considerada em sua possibilidade de evolução. A razão é um fenômeno evolutivo que progride por mutações e reorganizações profundas, e não de forma linear e contínua como julgava o antigo racionalismo.<sup>107</sup>

A razão fechada rejeita como inassimiláveis fragmentos enormes de realidade, que então se tornam a espuma das coisas, pura contigência. Assim, foram rejeitados: a questão da relação sujeito-objeto no conhecimento; a desordem, o acaso; o singular, o individual (que a generalidade abstrata esmaga); a existência e o ser, resíduos irracionalizáveis. Tudo o que não está submetido ao estrito princípio da economia e de eficácia (assim, a festa, o *potlatch*, o

---

<sup>106</sup> Para Motta da Silva, “Transmodernidade” (sem a preocupação de utilização também da expressão Pós-Modernidade) para designar o período após a Modernidade e de passagem para uma fase subsequente, uma fase de transição. Esta transição da Modernidade para uma Pós-Modernidade, alguns autores designam de Transmodernidade e outros de Pós-Modernidade como Moacyr Motta da Silva: “[...] Opta-se por iniciar a idéia de Pós-Modernidade como fenômeno multidisciplinar que dá seus primeiros passos no próprio caminho da Modernidade. Não há que se pensar a idéia de Pós-Modernidade como algo que deixou para trás todo o acervo de conhecimento adquirido até então. A Pós-Modernidade só pode ser pensada na dialética com a Modernidade.” SILVA, Moacyr Motta da, **Rumo ao Pensamento Jurídico da Pós-Modernidade**, na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 127.

<sup>107</sup> MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. p. 166.

dom, a destruição suntuária são racionalizadas como formas balbuciantes e débeis da economia, da troca). A poesia, a arte, que podem ser toleradas ou mantidas como divertimento, não poderiam ter valor de conhecimento e de verdade, e encontram-se rejeitados, bem como, entendido, tudo aquilo que denominamos trágico, sublime, irrisório, tudo o que é amor, dor, humor...<sup>108</sup>

Para Edgar Morin a razão complexa permite reconhecer e enfrentar a complexidade da relação sujeito-objeto e ordem-desordem, podendo reconhecer em si mesma uma zona obscura, irracionalizável e incerta.

O referido Autor ressalta a crise da ciência da Modernidade na existência de possibilidades de subjugação ao conhecimento vivo. A Ciência Moderna que enriquece, conquista e triunfa apresenta problemas que se referem ao conhecimento que produz e à ação que determina. O conhecimento vivo da Ciência Moderna libertadora é o mesmo que produziu a ameaça de aniquilamento da humanidade.<sup>109</sup>

Oswaldo Ferreira de Melo reflete que na Modernidade a humanidade percorreu e experimentou nuances do bem e do mal, mas também com uma economia agressiva desdenhou do Planeta Terra, agrediu o meio ambiente e esqueceu que os recursos naturais são finitos.<sup>110</sup>

Segundo Oswaldo Ferreira de Melo, grandes incoerências ocorreram no Direito ao longo do período que é chamado de Modernidade, e destaca,

Por um lado, o Constitucionalismo, especialmente nos séculos XIX e XX, permitiu a defesa do indivíduo perante o autoritarismo e opressões da máquina estatal ou do poder econômico; criou o Estado laico e abriu espaço para construção de regras menos comprometidas com privilégios e iniquidade.

---

<sup>108</sup> MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. p. 167-168.

<sup>109</sup> MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. p. 16.

<sup>110</sup> MELO, Oswaldo Ferreira de, O Papel da Política Jurídica na Construção Normativa da Pós-Modernidade, na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Oswaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 85.

De outro lado, no entanto, o positivismo então dominante no quadro das teorias jurídicas – em suas racionalizações com pretensão de pureza científica, encastelou-se em dogmas e figurinos procedimentais, pregando uma perigosa neutralidade axiológica das regras do direito.<sup>111</sup>

Em nome de um positivismo puro e de uma razão fechada, houve o que Osvaldo Ferreira de Melo chama de “encastelamento” da ciência do Direito, o qual não atende a sociedade em si, mas a um capitalismo dominante. Com este “encastelamento” do Direito, criou-se um distanciamento da realidade humana e social. Surge então um momento de reflexão, de repensar o projeto da Ciência Jurídica, um momento de transição.

Osvaldo Ferreira de Melo crê ser possível admitir-se este momento de transição como o momento adequado para a espécie humana “desenhar o futuro” que deseja e que precisa para sobreviver no Planeta Terra “com a necessária dignidade”.<sup>112</sup> Para o Autor “A transição não é o começo nem o fim de um processo.”<sup>113</sup>

Da mesma forma, Luis Alberto Warat destaca a crise da Modernidade, através de um processo de profundas mudanças nos fundamentos, valores, desejos e modos de construção do mundo. Constata como saída uma concepção de vida, da história, que passa a ser substituída por uma sensibilidade que chega ao mundo.<sup>114</sup>

A partir da crise da Ciência na Modernidade, surge um momento de reflexão, de desconstituição e construção de novos paradigmas, um momento de transição para a Pós-Modernidade. O momento de transição, no

---

<sup>111</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de, O Papel da Política Jurídica na Construção Normativa da Pós-Modernidade na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 85.

<sup>112</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de, O Papel da Política Jurídica na Construção Normativa da Pós-Modernidade na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 87.

<sup>113</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de, O Papel da Política Jurídica na Construção Normativa da Pós-Modernidade na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 86.

<sup>114</sup> WARAT, Luís Alberto. Prefácio obra MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 13.

processo histórico, é um momento de coexistência de conceitos e de valores novos e antigos, que por vezes se antagonizam.

Filósofos contemporâneos conforme Osvaldo Ferreira de Melo, atentos aos fenômenos da modernidade, insistem na necessidade de abandono de alguns conceitos da Modernidade, reformulação de outros e criação de novos conceitos para que as novas situações e realidades possam ser expressadas.<sup>115</sup>

Os paradigmas e valores estabelecidos na Modernidade, não realizaram suas promessas, bem como, deixaram de lado os sentimentos do Ser humano em nome de uma razão fechada e pura.

Michel Maffesoli, reflete:

Assim, confrontados que estamos, todos, ao fim das grandes certezas ideológicas; conscientes, também, do cansaço que invade os grandes valores culturais que moldaram a modernidade; por fim, constatando que esta última já não tem grande confiança em si mesma, é indispensável recuar um pouco para circunscrever, com a maior lucidez possível, a socialidade que emerge sob nossos olhos.<sup>116</sup>

E sob esta sociedade que emerge, Michel Maffesoli propõe pensar a razão sensível em vez de continuar pensando na forma de uma razão pura, a qual o Autor classifica também como “dura”. Michel Maffesoli propõe pensar e colocar em prática o reconhecimento das situações de ambivalência: sombra e luz, corpo e espírito, substituindo a representação pela apresentação das coisas.<sup>117</sup>

Como uma possível definição da Pós-Modernidade, Michel Maffesoli propõe “[...] uma sinergia do arcaico com o desenvolvimento tecnológico”.<sup>118</sup>

<sup>115</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 18.

<sup>116</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. 3 ed. Tradução: Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2005, p. 11.

<sup>117</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. 3 ed. Tradução: Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. p. 19.

<sup>118</sup> MAFFESOLI, Michel. **O Ritmo da Vida. Variações sobre o imaginário pós-moderno**. Tradução: Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007. p. 50.

Para Moacyr Motta da Silva, conceitualmente, somente se pode pensar a Pós-Modernidade na dialética com a Modernidade e assim, cita como exemplo, que a noção de Razão teorizada na Modernidade passa pela dialética da Pós-Modernidade, para incorporar novos valores, entre estes a sensibilidade.<sup>119</sup>

Emmanuel Kant já reconhecia a sensibilidade como fonte de origem do conhecimento, mas não a considerava para fins da Ciência Moderna. A transmodernidade busca resgatar esta sensibilidade, integrando-a ao conhecimento científico.

Antigos paradigmas estão sendo revistos, desconstruídos e reformulados, e novos paradigmas sendo construídos a partir da apresentação das coisas e não pela sua representação. A volta da sensibilidade na transmodernidade e de novos valores iniciou uma transformação paradigmática. Razão e sensibilidade constituem referentes desse novo paradigma.

Ao propor definições em sua teoria, Edgar Morin denomina como Razão “um método de conhecimento baseado no cálculo e na lógica (na origem, *ratio* significa cálculo)”. Método empregado para resolver problemas propostos, com base nos dados que caracterizam uma situação ou uma fenômeno.<sup>120</sup>

E denomina Racionalismo,

1º) uma visão do mundo afirmando a concordância per feita entre o racional (coerência) e a realidade do universo; exclui, portanto, do real o irracional e o arracional; 2º) uma ética afirmando que as ações e as sociedades humanas podem e devem ser racionais em seu princípio, sua conduta, sua finalidade.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> SILVA, Moacyr Motta da, Rumo ao Pensamento Jurídico da Pós-Modernidade, na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 127.

<sup>120</sup> MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. p. 157.

<sup>121</sup> MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. p. 157.

Na definição de Osvaldo Ferreira de Melo, Razão é o “conhecimento que se fundamenta em hipóteses, dedução e verificação experimental. Neste sentido, a razão se opõe a conhecimento ilusório, a crença, a preconceito e mito.”<sup>122</sup>

Michel Maffesoli<sup>123</sup> acrescenta a sensibilidade à idéia de Razão da Modernidade, propondo uma Razão Sensível.

Quanto a substituição da representação pela apresentação das coisas, destaca Michel Maffesoli que não se trata de negar a importância das representações das coisas na construção da realidade. Mas é necessário que se reconheça de onde nasceu esta representação, o mundo em que se apresenta, no qual se apreende, se compreende e até se explica. A razão pura ao se distanciar da realidade do mundo, tem seus conceitos perdendo o apoio, perdendo a garantia dos seus processos de organização e gestão.<sup>124</sup>

O equilíbrio entre o intelecto e o afeto, que foi abandonado durante a Modernidade, sempre foi vivido no senso comum e sempre esteve e está presente no pensamento orgânico das sociedades tradicionais.<sup>125</sup>

Michel Maffesoli apresenta o exercício de reconciliação, de reconciliação com os outros, de reconciliação com este mundo, que compartilhamos com os outros<sup>126, 127</sup>.

É tudo isto que constitui o sinal forte de uma mudança de imaginário. É tudo isto que constitui a marca da pós-modernidade. A elaboração de uma *coerência social* vivida, de uma forma paradoxal, com que está próximo, mas com a ajuda de sonhos imemoriais; aqueles

<sup>122</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000, p.83-84.

<sup>123</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. 3 ed. Tradução: Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. 207 p.

<sup>124</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 34.

<sup>125</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 22.

<sup>126</sup> MAFFESOLI, Michel. **O Ritmo da Vida**. Variações sobre o imaginário pós-moderno. Tradução: Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007. p. 36.

<sup>127</sup> “[...]. Retorno à terra, invaginação do sentido.” MAFFESOLI, Michel. **O Ritmo da Vida**. Variações sobre o imaginário pós-moderno. p. 37.

mesmos em que se embalou a infância de cada um de nós e que atualizam a juventude do mundo.<sup>128</sup>

Para Michel Maffesoli<sup>129</sup> a razão tal como proposta na Modernidade não permite o alargamento necessário da consciência para a Pós-Modernidade<sup>130</sup> (neste estudo Transmodernidade). O Autor citado utiliza os termos razão, racionalidade, racionalismo no mesmo sentido, integrando a sinergia entre a razão e a sensibilidade para uma Razão Sensível, uma Racionalidade aberta, um Raciovitalismo<sup>131</sup>, com a possibilidade de percepção da globalidade social em todos os elementos.

A sensibilidade é retomada a partir da necessidade ética com o avanço tecnológico na Ciência. Os limites da Ciência na Transmodernidade estão relacionados ao ser humano e seus valores.

Para Michel Maffesoli, sentimentos, emoções e afeto não são mais separados e confinados à vida privada, não são mais fenômenos tratados apenas no campo de ordem psicológica, mas sim de reflexões de fenômenos sociais, exprimindo uma “sinergia da razão e do sensível”.<sup>132</sup> O sensível deve ser considerado o elemento central do ato do conhecimento.<sup>133</sup>

<sup>128</sup> MAFFESOLI, Michel. **O Ritmo da Vida**. Variações sobre o imaginário pós-moderno\_ p. 37.

<sup>129</sup> “O projeto é ambicioso, mas realizável. Contudo, requer que se saiba superar as categorias de análise que foram elaboradas ao longo da modernidade. Não que se deva negá-las, mas, em vez disso, alargá-las, conferir-lhes um campo de ação mais vasto, dar-lhes os meios de acesso a domínios que lhe eram então vetados: por exemplo, os do não-racional ou do não-lógico.”

MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 54.

<sup>130</sup> “[...] Ao mesmo tempo, esse esquecimento progressivo do pensamento “erótico”, isto é, de um pensamento amoroso da vida em sua integralidade, tende a favorecer uma atitude normativa e justificativa. Ao discriminar, ao indicar o que “deve ser” a vida individual ou coletiva, ao não reter da totalidade senão tal coisa ou outra, o racionalismo procede à amputação a que me referi. A realidade cessa de ser uma globalidade a ser tomada enquanto tal, tal como é vivida ou se deixa ver, para tornar-se uma entidade abstrata a ser consumada em função de um objetivo distante.[...]. É essencialmente isto que pode ser criticado no racionalismo abstrato, em seu poder de discriminação: sua incapacidade de reconhecer o potente vitalismo que move, em profundidade, toda vida social.” MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 45.

<sup>131</sup> “Na perspectiva epistemológica que é a minha aqui, pode-se extrair, de tudo isso, que existe uma estreita ligação entre um conceito – que caracterize um povo, uma civilização, uma comunidade específica – e a vida que o exprime. É isso que podemos chamar de *raciovitalismo*.” MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 63.

<sup>132</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 53.

<sup>133</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 189.



É possível a integração dos sentidos e da razão, a progressão do conhecimento através de uma dimensão/percepção da sensibilidade. Na busca do conhecimento, definir o que tipifica os sentidos. Para um comparativo, Michel Maffesoli coloca como ilustração o modo como se observa uma obra de arte de um pintor e nesta observação se descobre a unidade profunda e interior da obra de arte. Da mesma forma, deve-se observar uma comunidade ou uma tribo em sua unicidade<sup>134</sup>.

A unicidade não pode ser reduzida a unidade, para Michel Maffesoli, pois cada fragmento representa a totalidade. Destaca que a psicologia e a filosofia contemporânea já demonstraram que o todo é bem anterior às partes que o compõe. E para compreensão das partes é necessária a compreensão do todo. A vida cotidiana é acompanhada de várias experiências com forte carga emocional (“erótica”), e as relações sociais devem ser pensadas a partir de seu componente orgânico, tudo isto sob o ponto de vista de uma sensibilidade teórica.<sup>135</sup>

Desta forma, a razão sensível constroi novos paradigmas a partir da apresentação das coisas, um conhecimento construído a partir dos sentidos e da observação. Esta observação é realizada a partir do todo da vida cotidiana para uma compreensão profunda das partes envolvidas nas relações sociais, o que Michel Maffesoli denomina de “formismo”<sup>136</sup> e senso estético. A forma na razão sensível permite a unicidade e coesão de todos os elementos do cotidiano na Transmodernidade, em oposição a unidade do racionalismo da Modernidade que estabelecia distinções e separações.

---

<sup>134</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**.p. 71.

<sup>135</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 72-73.

<sup>136</sup> Expressão utilizada por Michel Maffesoli. MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 79.

## 2.2 O FORMISMO E O SENSO ESTÉTICO EM MICHEL MAFFESOLI

Michel Maffesoli postula que todos os fenômenos estéticos que delimitam a cultura pós moderna tem matriz na forma e na prevalência da aparência<sup>137</sup>, e denomina isto, para demonstrar sua importância, de “formismo”<sup>138</sup>.

A forma é, portanto, uma maneira de reconhecer a pluralidade dos mundos, tanto no plano do macrocosmo geral, do cosmos social, quanto no do microcosmo individual, e isto sem deixar de manter a coesão necessária à vida. Assim, sem reduzir à unidade – que é o próprio do racionalismo – ela favorece a unicidade, dá coesão a coisas díspares. Em outras palavras, num mundo de contrastes, ela permite que se tenha uma idéia de conjunto: a da organicidade que une, subterraneamente, todos os fragmentos do heterogêneo. A dialética tinha por ambição, pretensão, ultrapassar o contraditório, é assim que dava um sentido ao mundo, orientava-o, dava-lhe uma finalidade. O formismo, ao contrário, mantém juntos todos os contraditórios, favorecendo assim um sentido que se esgota em atos, que não se projeta, e se vive no jogo das aparências, na eflorescência das imagens, na valorização dos corpos.<sup>139</sup>

Nesta reflexão, o Autor faz uma análise epistemológica do formismo, em que o princípio é ater-se aos limites da forma, a forma diz tudo o que ela tem para dizer. A partir desta análise, faz uma distinção entre a fórmula e a forma, onde a fórmula tem respostas prontas para tudo e sobre tudo com pensamentos estabelecidos, e a forma, ao contrário, aponta e levanta problemas, é cheia de dúvidas.<sup>140</sup>

Michel Maffesoli reflete que a forma obrigatoriamente necessita da justaposição para adquirir um valor estético. Para exemplificar utiliza a beleza tratada por Georg Simmel, onde uma palavra, uma cor, um fragmento particular em

<sup>137</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 82.

<sup>138</sup> “[...]. A vida não se deixa enclausurar. Quando muito é possível captar-lhe os contornos, descrever-lhe a *forma*, levantar suas características essenciais.” MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 47.

<sup>139</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 86.

<sup>140</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 87.

si não são belos, mas justapositionados resultam em um poema, um quadro, uma escultura, resultam em uma obra de arte.<sup>141</sup>

A Razão Sensível está relacionada à realidade do ser humano, e para Michel Maffesoli a forma é uma força de atração entre os diversos elementos sociais da realidade, que através de uma justaposição, criam uma estrutura que leva a enxergar esta mesma realidade como uma globalidade<sup>142</sup>. O formismo que é a expressão da forma, leva a considerar os diversos elementos da realidade em sinergia.

A sinergia é a característica mais importante da forma, é o que agrega, o que agrupa e mantém a autonomia de cada elemento mas modelando em uma unicidade, “[...]onde luz e sombra, funcionamento e disfuncionamento, ordem e desordem, visível e invisível entram em sinergia para produzir uma estática móvel que não deixa de espantar os observadores sociais, e que levam um problema epistemológico cujas conseqüências apenas começamos a entrever.”<sup>143</sup>.

Esta sinergia, para Michel Maffesoli, vem restaurar o que estava quebrado e separado, sendo que, chama de “restauração”, para o que vem sendo mais vivido do que analisado, “a vida antecede o pensamento”<sup>144</sup>, e nesse sentido a forma revela a sociedade tribal, a forma do estilo, que pode ser do estilo de vestir, de falar, de comportamento e até de pensamento. A forma unificadora.

E para a idéia de limite e de modelagem da forma, Michel Maffesoli cita o barroco<sup>145</sup>, exemplificando como um compromisso ou uma síntese

<sup>141</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 89.

<sup>142</sup> Como exemplo para isto, Maffesoli utiliza a seguinte ilustração: “Existe uma imagem de Pitirim Sorokin que exprime bem tal processo; é a da duna de neve, através da qual ele pretende mostrar que o monte de neve é uma outra coisa, completamente diferente da simples justaposição dos flocos de neve. Estes estão, por assim dizer, logicamente integrados e, por conseguinte, tornam-se algo de totalmente específico. Aplicando essa imagem da duna de neve à dinâmica cultural e social, pode-se concordar quanto à força de um agrupamento que se torna “outra coisa” que possui uma qualidade que lhe é própria. Isso nos força a relativizar aquilo que geralmente entendemos por realidade, que com demasiada frequência reduzimos à adição de elementos funcionais, utilitários, que bastam a si mesmos.” MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 90.

<sup>143</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 90.

<sup>144</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 92.

<sup>145</sup> Barroco foi o nome dado ao estilo artístico que floresceu na Europa, América e em alguns pontos do Oriente, entre o século XVII e meados do século XVIII. O Barroco mostrava mais dinamismo que

entre o maneirismo e o academismo<sup>146</sup>. Da mesma maneira, para ele, a forma em sua sinergia de elementos – formismo – faz atentar para o espírito que transforma a matéria, assim como a matéria que caracteriza o espírito.<sup>147</sup>

Para Michel Maffesoli esta sinergia da forma permite tornar visível o invisível, e mais que isto, são as coisas invisíveis dando sustentação para as coisas visíveis.<sup>148</sup> A função da “forma”, é dar intelectualmente uma organização para a criatividade existencial de uma época, dando uma significação para o que parece absurdo, tornando as experiências visíveis.<sup>149</sup> Com isto, as formas de ideologia individualistas da modernidade são abandonadas e passa-se a dar importância a coletividade.<sup>150</sup>

Somos, antes de mais nada, de um lugar. De um lugar que nos ultrapassa e cuja forma nos forma. De um lugar que se constituiu por sedimentações sucessivas e que conserva a marca das gerações que a modelaram e, com isso, se torna patrimônio. Todas as coisas pelas quais o lugar se torna lugar. Ele nos une aos outros e provê a informação necessária a toda vida em sociedade.<sup>151</sup>

Esta é a forma social para Michel Maffesoli, forma que representa a força da forma que ultrapassa a vontade individual e que passa à sociedade através de uma emoção coletiva, a qual é dinâmica e aberta.<sup>152</sup> Na Razão Sensível o Ser humano, o indivíduo racional deixa de ser visto separadamente da realidade, mas como pessoa com papéis emocionais inserido na realidade como elemento.

---

o Renascimento, com contrastes mais fortes, maior dramaticidade, exuberância e realismo, uma tendência ao decorativo. <http://pt.wikipedia.org>

<sup>146</sup> “[...] Disse-se que, desse ponto de vista, o barroco era um compromisso, ou uma síntese, entre o aspecto desenfreado do maneirismo - que é puro vitalismo – e a coibição própria do academismo.[...]” MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 95.

<sup>147</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 95.

<sup>148</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 96.

<sup>149</sup> MAFFESOLI, Michel. **O Ritmo da Vida**. Variações sobre o imaginário pós-moderno. p. 218.

<sup>150</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 99.

<sup>151</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 101.

<sup>152</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 103.

A dinâmica da vida diária, a vitalidade social deve ser observada e percebida através da vivência coletiva<sup>153</sup> informando a configuração de uma socialidade nova.<sup>154</sup> E Michel Maffesoli defende uma vitalidade que foge as habituais racionalidades da modernidade, reconciliando o pensamento com a vida, resgatando locais destinados a esta finalidade como museus, ateliês, conservatórios. A arte difundida no conjunto da vida social, e como tal, a vida que em sua globalidade se torna uma obra de arte.<sup>155</sup>

Para demonstrar o vitalismo<sup>156</sup> pós-moderno, Michel Maffesoli aponta a figura de Dionísio<sup>157</sup>. Resgata e faz uso da metáfora<sup>158</sup> como meio de perceber o mundo, não com cientificidade, mas como forma de compreensão, de aprendizado sobre a experiência cotidiana.<sup>159</sup>

A figura de Dioniso é, talvez, o “mito encarnado” contemporâneo, isto é, a figura que garante a cristalização de uma multiplicidade de práticas e fenômenos sociais que, sem isso, seriam incompreensíveis. E essa figura emblemática é, essencialmente, estética, o que quer dizer que favorece e conforta as emoções e as vibrações comuns. Saber “dionisíaco” é aquele que reconhece essa

<sup>153</sup> “[...] É bem disto que se trata: a organicidade remete para o vivente e para as forças que o animam. Isso pode ser compreendido de um modo bastante simples: o próprio da separação, aquilo que se fragmenta é sempre, potencialmente, mortífero, enquanto que o que vive tende a se reunir, a conjugar os elementos díspares. É quando “o conjunto todo se sustenta” que há vida.” MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 65.

<sup>154</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 109.

<sup>155</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 191.

<sup>156</sup> “A vida enquanto força pura, enquanto expressão de uma natureza exprimindo-se em uma forma.” MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 55.

“Retorno à terra, invaginação do sentido.” MAFFESOLI, Michel. **O Ritmo da Vida**. Variações sobre o imaginário pós-moderno. p. 37.

<sup>157</sup> “Para Nietzsche, Dionísio é “a afirmação religiosa da vida total, não renegada nem estilhaçada”. Em outros termos, é o símbolo da aceitação integral e entusiasta da vida em todos os seus aspectos e da vontade de afirmá-la e repeti-la.” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. p. 277.

<sup>158</sup> “[...] Ao mesmo tempo em que o jogo das imagens transporta a emoção coletiva e o prazer dos sentidos, a metáfora, tomada em seu sentido etimológico, permite compreender o “transporte” do sentido. Ela exerce, assim, o mesmo papel que o ritual nas sociedades primitivas: o de mobilizar a energia social. E sabe-se que tal mobilização era eficaz na estrutura dessas sociedades. [...]”

Por mais paradoxal que isso possa parecer há um poder da palavra que corresponde à potência das imagens. Num momento em que domina a sensibilidade estética, um e outro entram em sinergia; é precisamente o que funda a metáfora. [...]” MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 154-157.

<sup>159</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 145.

ambiência emocional, descreve seus contornos, participando, assim, de uma hermenêutica social que desperta em cada um de nós o sentido que ficou sedimentado na memória coletiva. É assim que procede a poesia. É assim, igualmente, que opera o mundo poético do conhecimento: fazer sobressair aquilo que é, já, aqui, e dar-lhe um estatuto epistemológico. A poesia age sobre a subjetividade individual, o mundo poético do conhecimento mostra o significado da subjetividade de massa em ação em todos os fenômenos que constituem a vida social. [...] <sup>160</sup>

A partir desta metáfora, Michel Maffesoli demonstra a sinergia da forma – o formismo – a dar estrutura a emoções e vibrações comuns moldando seus contornos e formas, passando a dar um valor estético a realidade, onde prevalece o sentimento coletivo – tornar visível o que é invisível. Este sentimento coletivo passa então a integrar o conhecimento. <sup>161</sup>

## 2.3 A RAZÃO SENSÍVEL E A PRODUÇÃO DO DIREITO

O jusfilósofo Luis Alberto Warat <sup>162</sup> avalia o momento atual como sendo o de reconciliação do Ser humano com o mundo em que vive, o seu “voltar para casa”. Pensa a Modernidade a partir de sua relação com o fenômeno da castração. Castração não somente como a poda de um desejo, mas como a cultura do imobilismo, mais do que poda um momento de saturação, excesso que leva a um total vazio.

No Direito, Luis Alberto Warat constata que o dever e a razão ocupam todos os espaços, de modo a chegar a confundir o desejo com as vontades legalmente expressas. <sup>163</sup> Modelos disciplinadores impostos pelo capitalismo levam a confundir o desejo com os limites da lei. Reflete sobre a importância de resgatar uma fala aberta, multiplicada, um discurso com intertextualidade,

<sup>160</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 193.

<sup>161</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 193.

<sup>162</sup> WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul-RS: Faculdades Integradas de Santa Cruz, 1985.

<sup>163</sup> WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. p. 25.

[...] dentro do próprio discurso, do discurso com outros discursos anonimamente citados e dos discursos com a história. Trata-se de instantes de interrogação, de prolongamento do infinito das significações. É uma procura do conto poético das significações. A poesia é a inflexão do infinito.<sup>164</sup>

A fala aberta e multiplicada permite o conhecimento gerado a partir da apresentação das coisas, o Direito pensado a partir da realidade social e dos sentidos a ela atribuídos.

Em um debate político-jurídico, Luis Alberto Warat ressalta a carência de critérios para a formação da democracia<sup>165</sup>. Verdades consagradas envelhecem diante do novo, produzido pela própria sociedade através de uma carnavalização<sup>166</sup>. O espaço social permite a produção de palavras e novos discursos de poder e com dimensão política, uma nova dinâmica. Este espaço é caracterizado pela cultura, lugar de legitimação de poder.<sup>167</sup> A carnavalização contra os paradigmas do dever e do método, na busca de recuperar dentro das ciências sociais, a espontaneidade para neutralizar a suprema racionalidade.<sup>168</sup>

Para Luis Alberto Warat é necessária a recuperação do cotidiano reprimido. Através da recuperação deste cotidiano, nas ciências sociais, buscar a liberação das emoções e dos sentidos, permitir a experimentação do desejo, da paixão pela vida e da erotização do mundo.

Carnavalizar as Ciências Sociais é deslocar uma herança, subverter o ideal de uma ciência rigorosa e objetiva, estabelecer o caráter imaginário das verdades e compreender que, através do “gênero” científico, nunca poderá efetivar-se a crítica à sociedade e reconciliar-se o homem com seus desejos. O programa metodológico das Ciências Sociais nada tem a ver com a missão da crítica e a realização do desejo.

<sup>164</sup> WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. p. 62.

<sup>165</sup> WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. p. 99.

<sup>166</sup> “Uma epistemologia adjetivada pela carnavalização estaria unicamente preocupada em introduzir critérios que sirvam para auscultar e detectar o novo, para apressar o envelhecimento das verdades consagradas sem ambivalência.” WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. p. 99.

<sup>167</sup> WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. p. 100.

<sup>168</sup> WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. p. 106.

A crítica tem por vocação incluir-se no mundo, construindo uma zona intermediária entre as instituições e a fantasia. Ela é sempre uma construção utópica da realidade. Nunca é uma explicação sistêmica.<sup>169</sup>

Para Luis Alberto Warat , a hora é de se desistir dos preconceitos e das verdades, é hora de “pensar o novo”<sup>170</sup>, os sentidos da realidade social para a produção do Direito.

Para Osvaldo Ferreira de Melo, pensar o Direito “que deve ser”, é objeto da Política Jurídica<sup>171</sup>, a qual será objeto de estudo no capítulo seguinte.

Ao analisar esta descoberta do novo, Michel Maffesoli ressalta que o mundo social deixa de ser construído a partir de uma forma estabelecida por um intelecto todo-poderoso, racional, e passa a ser construído a partir da realidade, onde os sentidos têm seu lugar, incluindo os afetos, as emoções e os instintos – a Razão Sensível, surgindo uma nova ordem, aplicável a todos os indivíduos, à comunidade, e em todas as camadas.<sup>172</sup> Surge daí um novo ou um renovado imaginário social, que escapa das ordens normativas, da razão pura e das teorias estabelecidas na Modernidade.

Para Michel Maffesoli, o critério de julgamento individual passa a ser substituído por um critério de julgamento que decorre do conhecimento da vida social, conferindo mais importância ao senso comum que ao senso próprio.<sup>173</sup> Cada indivíduo passa a existir sob o olhar dos outros. Cada pessoa precisa do coletivo para ser o que é. “[...] O muro da vida privada não é mais o mesmo: a distinção entre o privado e o público que era um dos fundamentos da vida social moderna perdeu qualquer importância.”<sup>174</sup>

---

<sup>169</sup> WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. p. 137.

<sup>170</sup> WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. p. 150.

<sup>171</sup> “POLÍTICA JURÍDICA 1. Disciplina que tem como objeto o Direito *que deve ser e como deva ser*, em oposição funcional à Dogmática Jurídica, que trata da interpretação e da aplicação do Direito que é, ou seja, do Direito vigente. [...]”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 77.

<sup>172</sup> MAFFESOLI, Michel. **O Ritmo da Vida**. Variações sobre o imaginário pós-moderno. p. 71.

<sup>173</sup> MAFFESOLI, Michel. **O Ritmo da Vida**. Variações sobre o imaginário pós-moderno. p. 92.

<sup>174</sup> MAFFESOLI, Michel. **O Ritmo da Vida**. Variações sobre o imaginário pós-moderno. p. 137.



Surge então, para o citado Autor, um novo conjunto de valores, uma nova forma de vida, onde o particular se torna universal. Este universal permite que se entenda o significado das emoções, dos sentimentos, dos sentidos dentro da sociedade. A busca por uma qualidade de vida que se revela na qualidade das relações, onde o objetivo maior é ganhar a vida.<sup>175</sup> A volta, o resgate de todas os sentimentos e emoções que são na verdade os fundamentos mais importantes dos vínculos sociais na sua concretude.

Segundo Michel Maffesoli, os fenômenos humanos somente podem ser teorizados ou racionalizados após estes acontecerem.<sup>176</sup> Trata-se de uma visão, que se enraíza na própria coisa para desta coisa surgir e isto implica em lançar um novo olhar sobre as coisas.<sup>177</sup>

Não um olhar livre de todo pressuposto – isso certamente não é possível – mas um olhar inquestionavelmente consciente (será preciso voltar a este ponto) da parcela de subjetividade que qualquer pesquisa ou análise científica comporta. Seja o que for, esse novo olhar não se perde em rodeios, vai direto ao ponto tomando os fenômenos pelo que são, tais como são em si mesmos. [...] A partir do momento em que se considera que os fenômenos bastam a si próprios, convém aproximar-se deles diretamente, economizando as diversas mediações que o pensamento moderno tinha, em geral, o hábito de utilizar.<sup>178</sup>

Trata-se de repensar os paradigmas da Modernidade e produzir o Direito que deve ser a partir da vida e da realidade social como ela é.

Neste processo, Maira da Graça dos Santos Dias afirma ser indispensável considerar-se todas as dimensões da vida humana<sup>179</sup> em suas

---

<sup>175</sup> MAFFESOLI, Michel. **O Ritmo da Vida**. Variações sobre o imaginário pós-moderno. p. 164.

<sup>176</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 131.

<sup>177</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 133.

<sup>178</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 133-134.

<sup>179</sup> “A qualidade de vida é determinada, fundamentalmente, pelas condições de existência, de atendimento às necessidades básicas. Para que sejam respondidas estas necessidades humanas, necessário se faz o desenvolvimento de políticas sociais e econômicas que garantam trabalho e salário, educação e saúde, proteção social e segurança, etc. [...]” DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A justiça e o imaginário social**, p. 77-78.

condições materiais, ecológicas, psicológicas, afetivas, sociais, políticas e culturais para refletir sobre Justiça.<sup>180</sup>

É fundamentado na consciência do justo que se vai articular a Justiça com um modo democrático de vida, bem como a um estilo estético (afetual, sensível, prazeroso) de convivialidade. O Direito constitui um instrumento objetivo, estrutura imperativa, que permite assegurar o equilíbrio de forças e defender uma vida social com equidade.<sup>181</sup>

A produção do Direito supõe preliminarmente a identificação das carências e dos desejos da sociedade como um todo para a produção do Direito, Maria da Graça dos Santos Dias ressalta a necessidade de compreensão da vida cotidiana e seus desafios.

O Direito não pode mais ser pensado apenas enquanto técnica de regulação coercitiva da vida social, pois esta não se constitui somente de ordem, organização e razão, mas também de afeto, sensibilidade, desordem, rupturas, caos... Não há como expurgar a sombra da luz; todos estes elementos convivem numa relação dialética de complementaridade. E o Direito, cujo sentido de ser é ser para a sociedade, deve em sua constituição considerar todos estes elementos.<sup>182</sup>

A Autora citada ressalta que o Direito não pode mais ser pensado unicamente com critérios de legalidade, mas faz-se necessário o resgate da reflexão ética sobre o justo, o útil e o legítimo. O Direito não deve ser visto apenas em seu caráter coercitivo, mas precisa estar centrado na estética das relações humanas, fundamentado no próprio ser humano. Tudo isto não reduz a

---

<sup>180</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos, *Justiça: Referente Ético do Direito*, na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos, SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 44.

<sup>181</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos, *Justiça: Referente Ético do Direito* na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 44.

<sup>182</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos, *Direito e Pós-Modernidade* na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 24.

importância das normas de Direito, antes, apela a o seu comprometimento com a humanização do homem pela eticização de suas relações.<sup>183</sup>

Osvaldo Ferreira de Melo ressalta a importância da identificação do fundamento que pode legitimar a norma, para que esta norma seja justa e útil, e desejada pela sociedade. É objeto permanente da Política Jurídica a produção da norma desejada pela “sociedade consciente de suas legítimas necessidades”.<sup>184</sup>

Segundo Osvaldo Ferreira de Melo, o papel mais importante do Direito é harmonizar conflitos, e para assumir este papel o Direito deverá estar fundamentado em princípios e valores capazes de sustentar as estratégias com objetivo de harmonizar os conflitos.<sup>185</sup>

O Direito caracteriza-se como elemento de humanização do ser humano, conforme Maria da Graça dos Santos Dias, na medida em que assegure uma estética da convivialidade humana, em que garante relações sociais, políticas, econômicas e jurídicas justas, solidárias, democráticas.<sup>186</sup>

Por estar o Direito comprometido com a vida humana e seu cotidiano, para a humanização do Direito as normas devem ser continuamente revistas e atualizadas, conforme as exigências sociais e os valores que porta a Sociedade.

Para Maria da Graça dos Santos Dias, o fenômeno jurídico está inscrito na vida social e sua complexidade surge daí. A realização da justiça do Direito não se constitui apenas em assegurar condições materiais para uma

---

<sup>183</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos, Direito e Pós-Modernidade na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 26-27.

<sup>184</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de, O Papel da Política Jurídica na Construção Normativa da Pós-Modernidade na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 89.

<sup>185</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de, O Papel da Política Jurídica na Construção Normativa da Pós-Modernidade na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 91.

<sup>186</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos, Direito e Pós-Modernidade na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 27.

existência digna, mas também implica no fortalecimento das utopias de liberdade, autonomia, solidariedade e fraternidade buscadas pela Sociedade.<sup>187</sup>

Conforme Maria da Graça dos Santos Dias, “O imaginário social é habilitado pelo desejo de uma vida com qualidade, pela esperança de realização de um Direito legítimo, justo, útil e ético.”<sup>188</sup>

O Direito desempenha um papel de importância fundamental na ruptura com um estilo de vida dominado pela razão lógica, pelo individualismo, pelas leis de mercado, bem como na afirmação da estética da convivialidade, que funda a ética das relações humanas e sociais. Cabe ao Direito compor legalidade e eticidade para que, com eficácia e efetividade, defenda a Justiça, os ideais democráticos, a vida em todas as suas manifestações.<sup>189</sup>

O Direito pode constituir-se em mediação para a ruptura da sociedade com a razão pura da Modernidade. O Direito está inserido na vida da sociedade e é nela que nasce a consciência e o sentimento de Justiça que são próprios dos seres humanos. Isso implica em que o Direito busque na Sociedade seus referentes de legitimação, ou seja, seus fundamentos éticos e estéticos, como se refletirá a seguir.

---

<sup>187</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos, Direito e Pós-Modernidade na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 29.

<sup>188</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos, Direito e Pós-Modernidade na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 28.

<sup>189</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos, Direito e Pós-Modernidade na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 29.

## CAPÍTULO 3

### A POLÍTICA JURÍDICA E OS REFERENTES ÉTICO E ESTÉTICO DA PRODUÇÃO DO DIREITO

#### 3.1 FUNDAMENTOS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS DA POLÍTICA JURÍDICA

No Capítulo 2 foi realizado um estudo da Ciência na Transmodernidade e a Razão Sensível, a partir da ênfase da Razão Sensível na Ciência Transmoderna, através de um estudo do Formismo e do Senso Estético em Maffesoli e, através de um estudo da Razão Sensível e a Produção do Direito. Neste Capítulo 3 será realizado um estudo sobre a Política Jurídica e os referentes Ético e Estético da Produção do Direito. A Política Jurídica, ao utilizar a Razão Sensível como fundamento, tem a ética como compromisso na produção do Direito que deve ser e como deve ser feito.

A Política Jurídica na definição de Osvaldo Ferreira de Melo, é:

1. Disciplina que tem como objeto o Direito que deve ser e como deva ser, em oposição funcional à Dogmática Jurídica, que trata da interpretação e da aplicação do Direito que é, ou seja, do Direito vigente. 2. Diz-se do conjunto de estratégias que visam à produção de conteúdo da norma, e sua adequação aos valores Justiça (V.)<sup>190</sup> e Utilidade Social (V.)<sup>191</sup>. 3. Complexo de medidas que têm como objetivo a correção, derrogação ou proposição de normas jurídicas ou de mudanças de rumo na Jurisprudência dos Tribunais, tendo

---

<sup>190</sup> “Justiça – Significante notavelmente polissêmico, cujos principais significados, no uso corrente são: 1. A ordem nas relações humanas; 2. Conformidade da conduta a um sistema de normas morais e jurídicas. 3. Valor fundamental do Direito e por isso objetivo permanente de toda ação político-jurídica ao estabelecer equilíbrio no conflito de interesses; 5. Aplicação do princípio de igualdade na distribuição de direitos e deveres; 6. Uma organização judiciária (Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral, etc.) ou aparelhamento destinado à aplicação do Direito (procurar a Justiça).” MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 56.

<sup>191</sup> “Utilidade Social – Num critério político-jurídico, uma das qualidades que deve ter a norma e, assim, merecer integrar um sistema jurídico. Consiste sempre na resposta adequada a uma legítima necessidade coletiva.” MELO, Osvaldo Ferreira. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 96.

como referente a realização dos valores jurídicos. 4. O mesmo que Política do Direito.<sup>192</sup>

A Política Jurídica não tem como objeto o sistema instituído, ou a interpretação das normas vigentes, sendo este estudo objeto da hermenêutica<sup>193</sup>, mas se dedica ao estudo do Direito que deve ser. A Política Jurídica vem despertando o interesse e as pesquisas não somente de cientistas, mas também dos operadores do Direito, como instrumento fundamental de transformação.

A Política Jurídica se ocupa de estudar o direito que deve ser, a produção da norma jurídica desejável e de sua validade material, através do atendimento aos critérios de justiça e utilidade social da norma.

Doutrina Osvaldo Ferreira de Melo,

A Política do Direito resgata o valor justiça para justificação da norma, da qual se exigirá validade substantiva, material, além da validade formal que lhe desenham os ritos da Dogmática Jurídica.

Esse poder que tem o valor justiça de conferir validade material à norma faz daquela categoria não mais uma expressão ideológica ou transcendente (conforme tradicionalmente foi considerada), mas o critério de uma nova racionalidade capaz de produzir efeitos positivos no campo da teoria e da prática político-jurídica.<sup>194</sup>

A durabilidade, a eficácia e o respeito à norma jurídica pela Sociedade, está diretamente ligada a validade material desta norma, isto é, se esta norma atende aos critérios de justiça e utilidade.

Luis Alberto Warat, considera a Política como um conhecimento que estimula a criação de novos vínculos e valores, em que a

<sup>192</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 77.

<sup>193</sup> Hermenêutica – “Qualquer técnica de interpretação. Essa palavra é freqüentemente usada para indicar a técnica de interpretação da Bíblia.” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. p. 497.

Hermenêutica Jurídica – “1. Conjunto de processos e técnicas que possibilitam a *interpretação* das expressões jurídicas.” MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 47.

Interpretação – “Juntamente com a *Produção* e a *Aplicação* um dos elementos básicos da experiência jurídica. Consiste em procurar, com o auxílio de técnicas apropriadas e a partir de conhecimentos interdisciplinares, o sentido e o alcance das formulações jurídicas, com vistas à reta aplicação do Direito. O mesmo que *Exegese*.” MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 51.

<sup>194</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 115.

solidariedade, a autonomia e os sentimentos entre as pessoas se produzem, da mesma forma que se produzem bens materiais – uma produção da subjetividade, uma produção da subjetividade coletiva captada dos movimentos sociais.<sup>195</sup>

Osvaldo Ferreira de Melo atenta para a obra de Miguel Reale, ressaltando sua importância para a Política Jurídica pela sua contribuição para o entendimento dos pressupostos epistemológicos bem como, para o conceito e objeto da Política Jurídica.<sup>196</sup> Destaca as discriminações e correlações do saber político e do saber jurídico estabelecidas por Miguel Reale:

No primeiro (discriminação do saber político), a Política Jurídica comparece interligada à Deontologia Política pela preocupação comum com o valor, e também com a Teoria Geral do Estado, da qual seria uma especificação, juntamente com a Teoria Social do Estado e com a Teoria da Política do Estado. No segundo quadro (discriminação do saber jurídico) comparece a Política Jurídica interligada à Deontologia Jurídica e à Teoria Geral do Direito, com caráter independentemente e em posição culminante em relação à Sociologia Jurídica, à História do Direito, à Etnologia Jurídica e à Psicologia Jurídica.<sup>197</sup>

Para Miguel Reale<sup>198</sup>, a Política do Direito sob o ponto de vista da política<sup>199</sup> é um dos momentos culminantes, onde a ação política se formaliza em regras de direito – norma jurídica<sup>200</sup>. Sob o ponto de vista jurídico, a Política do Direito é o início da tarefa do jurista, que partindo das regras de direito, elabora e sistematiza institutos e edifica sistemas.

Miguel Reale sintetiza,

Inevitáveis, pois, as disputas, os conflitos, as crises, as guerras, a paz inquieta e aparente, assim como os períodos curtos ou longos de

<sup>195</sup> WARAT, Luis Alberto ao prefear a obra MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**.

<sup>196</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 45.

<sup>197</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 47.

<sup>198</sup> REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. p. 386.

<sup>199</sup> Por política entende-se: “[...] Estudo das formas de Poder nas relações humanas.” MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. p. 76. Verbete – Política.

<sup>200</sup> Por norma jurídica entende-se: “Espécie de gênero Norma (Toda regra que serve de pauta a uma conduta ou para o agir). [...] Objeto da atividade descritiva da Ciência Jurídica e da ação criadora da Política Jurídica.” MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. p. 68. Verbete – Norma Jurídica.

maior convergência entre o “jurídico” e o “político”, enquanto fermentam novos estímulos e motivos para imprevistas experiências: nessa polaridade e implicação de fatores está todo o drama histórico do homem, que somente lograria fundir Direito e Poder numa solução estática e definitiva se ele se esvaziasse de sua essencialidade histórica, se deixasse de ser a síntese original constitutiva de *ser* e *dever ser*.<sup>201</sup>

Ao delinear os três elementos fundamentais do Direito – valor, norma e fato, Miguel Reale<sup>202</sup> doutrina que a Política do Direito estuda o Direito como valor do justo no plano empírico e pragmático.

Para Miguel Reale, cabe à Política do Direito resolver qual é a norma mais adequada ou conveniente diante de várias exigências espaço temporais.<sup>203</sup>

Diante da questão do valor do Direito, Miguel Reale destaca que compete ao político do Direito questionar quais os fundamentos, segundo as razões de oportunidade e de convivência, “dando primordial importância à existência ou à possibilidade de meios idôneos aos instrumentos de ação prática.”<sup>204</sup>

De acordo com Osvaldo Ferreira de Melo, o pensamento comprometido com a Política Jurídica deve buscar a idéia do Direito como fenômeno cultural complexo, ou seja, como um conjunto de realidades facto-normativas referidas a valores.<sup>205</sup>

O homem emite juízo de valor para tudo, conforme Osvaldo Ferreira de Melo, o homem é portador de valores, e este entendimento permite que se compreenda os impulsos humanos e as normas que existem em função destes.<sup>206</sup>

Segundo Osvaldo Ferreira de Melo, a Justiça é um valor expresso por manifestação social, e a Política Jurídica analisa a Justiça como

---

<sup>201</sup> REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. p. 387.

<sup>202</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva. 1996, p. 509.

<sup>203</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. p. 588.

<sup>204</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. p. 593.

<sup>205</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 105.

<sup>206</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 107.



categoria cultural, “como um valor que a consciência Jurídica da sociedade atribui à norma posta ou à norma proposta pois, afinal, todo valor designa o grau de aptidão de um objeto para satisfazer necessidades.”<sup>207</sup>

O valor Justiça para a Política Jurídica não está fundamentada na validade formal<sup>208</sup>, mas em uma validade material<sup>209</sup> justificada na realidade da Sociedade onde a norma deve ter seu nascimento.

Além do valor Justiça, para a Política Jurídica a norma jurídica deve atender à necessidade da Sociedade, daí seu caráter de utilidade. A sociedade democraticamente organizada irá decidir qual a norma útil e qual a norma inútil.

Osvaldo Ferreira de Melo doutrina que a Política Jurídica e seus valores devem estar fundamentados em padrões éticos<sup>210</sup>. O discurso ético é o único que pode iluminar a ação humana. Esta mesma ética deve também orientar a ação quando ela esteja a serviço do poder, atuando como Estado.<sup>211</sup>

### 3.2 A ETICIDADE E A UTILIDADE SOCIAL DA NORMA JURÍDICA

As teorias clássicas associavam a Ética à Moral. Moacyr Motta da Silva em sua obra *Direito, Justiça, Virtude Moral e Razão* realiza exame das contribuições teóricas de autores clássicos à elucidação destas categorias. No estudo que desenvolveu sobre o pensamento de Platão destaca: “A virtude moral, como valor, volta-se para o aperfeiçoamento do homem como exigência dos costumes para torná-lo vocacionado para o bem.”<sup>212</sup> Em Aristóteles, tem-se a educação como bem moral, e por objetivo moral tornar o ser humano útil para a

<sup>207</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 108.

<sup>208</sup> “Validade da norma – [...] *validade formal* (legitimidade no processo de sua produção e posição adequada na escala hierárquica) de que trata com precisão a Dogmática Jurídica.[...]” MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 97.

<sup>209</sup> “Validade da norma – [...] *validade material*, que é a sua adequação aos valores do Direito. Uma norma socialmente considerada injusta e inútil tende a ser inobservada e assim ter comprometida sua *Eficácia*.” MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 97.

<sup>210</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 129.

<sup>211</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 59.

<sup>212</sup> SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, justiça, virtude moral e Razão** – reflexões. p. 42.

sociedade. Em Hobbes, coloca-se a virtude moral como objeto da ciência, investigada em suas causas, efeitos e relações.<sup>213</sup> No pensamento de Emmanuel Kant, a moral requer sentido de universalidade, e, “por universalidade se entende o que incide sobre todo ser humano”<sup>214</sup>, Emmanuel Kant vincula o conceito de moral aos fundamentos da razão. Teoriza a moral pura, sem qualquer dado empírico – razão sobre a vontade. Moacyr Motta da Silva em suas conclusões sobre Emmanuel Kant, ressalta a correlação entre a Moral e a Ética como condutas humanas universais: “Assim como a máxima da excelência moral evoca sentido universal, do mesmo modo a ética pressupõe dever ser como fundamento da conduta humana necessária e universal.”<sup>215</sup>

David Hume realizou uma investigação sobre os princípios da moral dissociados dos princípios éticos. Na vida cotidiana o indivíduo possui seu julgamento das coisas por sua própria razão natural. A idéia de moral pressupõe um sentimento comum a vários indivíduos:

Proposições da geometria podem ser provadas, sistemas da física podem ser debatidos, mas a harmonia do verso, a ternura da paixão, o brilho do talento devem produzir um prazer imediato. Ninguém raciocina sobre a beleza de uma outra pessoa, mas fá-lo freqüentemente sobre a justiça ou injustiça de suas ações.<sup>216</sup>

Para David Hume, a Moral está associada a utilidade, a qual é fonte de louvor e aprovação para o indivíduo. A utilidade é uma tendência à obtenção de um certo fim, e esta utilidade é fonte do sentimento moral<sup>217</sup>:

(...) Nas decisões morais, todas as circunstâncias e relações devem ser previamente conhecidas, e a mente, baseando-se na contemplação do todo, sente alguma nova impressão de afeto ou desagrado, estima ou repúdio, aprovação ou recriminação.<sup>218</sup>

---

<sup>213</sup> SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, justiça, virtude moral e razão** – reflexões, p. 74.

<sup>214</sup> SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, justiça, virtude moral e razão** – reflexões, p. 101-102.

<sup>215</sup> SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, justiça, virtude moral e razão** – reflexões, p. 116.

<sup>216</sup> HUME, David. **Uma investigação sobre os princípios da moral**. Trad. José Orçar de Almeida Marques. Campinas: Editora da UNICAMP, 1995, p. 22.

<sup>217</sup> HUME, David. **Uma investigação sobre os princípios da moral**, p. 84.

<sup>218</sup> HUME, David. **Uma investigação sobre os princípios da moral**, p. 180.

A utilidade - sentimento de aprovação ou desagrado - como sentimento comum a vários indivíduos, fundamenta a idéia do moralmente justo e do moralmente injusto. Na práxis humana, a idéia do justo e do injusto está ligada aos valores da vida em sociedade.

Nas lições ministradas por Osvaldo Ferreira de Melo, fundamenta-se a Moral como as crenças próprias do indivíduo, unilateral, constituindo seu “patrimônio espiritual”.

Osvaldo Ferreira de Melo, em seu dicionário de Política Jurídica, conceitua:

Moral, 1. Conjunto de princípios e de padrões de conduta de um indivíduo, de um grupo ou de uma coletividade. 2. Conjunto de regras decorrentes dos costumes e da recepção das virtudes valoradas pelo grupo social. Impropriamente a palavra é usada como sinônimo de Ética (V.).<sup>219</sup>

Para Leonardo Boff<sup>220</sup>, a ternura e o cuidado são pressupostos para uma vida ética<sup>221</sup>. O *ethos*<sup>222</sup> assume o caráter originário do habitat humano, o lugar onde o ser humano encontra e reencontra um útero protetor – a parte do mundo que foi amada, domesticada e organizada para ser a casa do ser humano.

Segundo Leonardo Boff, para uma ética da vida, dois pressupostos devem se impor. O primeiro é a consciência dos seres humanos de que todos estão no mesmo planeta Terra, e que participam do mesmo destino, com solidariedade e interdependência; sendo valores importantes, a convivialidade, a sinergia, a cooperação, a parceria, a mutualidade, a subsidiariedade, a simplicidade, a compaixão, a preferência pelo pequeno e natural, a complementariedade e a inclusão de todos. O segundo consiste, para a realização pessoal e coletiva da espécie humana, na conservação pelos seres humanos das condições planetárias,

<sup>219</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. p. 65.

<sup>220</sup> BOFF, Leonardo. Filósofo e teólogo, professor brasileiro.

<sup>221</sup> BOFF, Leonardo. **Ética da Vida**. Rio de Janeiro: Sextante, 2005, p. 76.

<sup>222</sup> “*Ethos* é a capacidade de ordenar responsavelmente os comportamentos com os outros e com o mundo circundante, para que possamos viver na justiça, na cooperação e na paz, no interior da casa comum dos humanos (sentido originário de *ethos* – habitat humano). BOFF, Leonardo. **Ética da Vida**. p. 64.

bioatmosféricas, biossociológicas e espirituais – um ar minimamente puro, águas minimamente potáveis. Qualidade de vida que permita e produza alegria de viver ao ser humano.<sup>223</sup>

Edgar Morin, faz uma crítica ao pensamento ético da Modernidade, onde a ética isolada, individual, não tem mais fundamento interno ou externo que a justifique<sup>224</sup>. A ética tem sua decisão centrada no indivíduo, mas suas raízes e fontes estão presentes nas condições sociais e históricas que a fazem emergir. Para recuperar o fundamento da ética em si mesma, reflete sobre a necessidade de religação<sup>225</sup> do indivíduo com a sociedade, com a espécie humana. Regenerar e refundar a ética na sua fonte de solidariedade.<sup>226</sup>

Para o citado Autor,

[...] Essa regeneração pode partir do despertar interior da consciência moral, do surgimento de uma fé ou de uma esperança, de uma crise, de um sofrimento, de um amor e, hoje, do chamado vindo do vazio ético, da necessidade que vem da deterioração ética.<sup>227</sup>

Destaca Edgar Morin a complexidade ética, representada pela eterna incerteza ética do questionamento de que uma boa ação pode produzir o mal

---

<sup>223</sup>BOFF, Leonardo. **Ética da Vida**. p. 78-81.

<sup>224</sup> “Relembro que a autonomia da ciência moderna exigia a disjunção entre o conhecimento e a ética. É o desenvolvimento formidável no século XX dos poderes de destruição e de manipulação da ciência que nos obriga a uma reconsideração. Não há doravante antagonismo entre a ética do conhecimento, que manda conhecer por conhecer sem se preocupar com as conseqüências, e a ética de proteção humana que exige controle dos usos das ciências?”

Hiroshima revelou que os poderes benéficos das descobertas científicas podiam ser acompanhados de poderes terríveis. A aliança cada vez mais estreita entre ciências e tecnologias produziu a tecnociência, cujo desenvolvimento descontrolado, ligado ao da economia, levou à degradação da biosfera e ameaça à humanidade. Verdadeiros *doublé binds* desafiarão agora o espírito dos cidadãos e dos políticos, embora quanto mais se imponham, mais sejam desviados.

Enfim, o progresso da biologia molecular, da genética e da medicina fizeram surgir problemas de bioética que revelam novos antagonismos entre imperativos e novas contradições éticas.” MORIN, Edgar. **O método 6: Ética**. Trad. Juremir Machado da Silva. 3 ed. Porto Alegre: Sulina, 2007, p. 51.

<sup>225</sup> “**Religação** – A noção de religação, inventada pelo sociólogo Marcel Bolle de Bal, preenche um vazio conceitual dando uma natureza substantiva ao que só era concebido de forma adjetiva e um caráter ativo a esse substantivo. “Religado” é passivo, “religante” é participante, “religação” é ativante. Pode-se falar de “desligação” em oposição à “religação”.” MORIN, Edgar. **O método 6: Ética**. p. 212.

<sup>226</sup> MORIN, Edgar. **O método 6: Ética**. p. 29.

<sup>227</sup> MORIN, Edgar. **O método 6: Ética**. p. 29.

e das contradições éticas, das ilusões do espírito humano. Além disto há também uma contradição e uma incerteza ética face ao mundo, ao real, ao mal.<sup>228</sup>

O ser humano reconhece o outro como um ser diferente e igual a ele, partilhando uma identidade embora conservando sua diferença. Quando o reconhecimento ocorre por identidade surgem sentimentos de identidade comum como fraternidade, similitude, simpatia, amizade, afeição e amor. Quando o outro aparece como diferente, surgem sentimentos de hostilidade, alteridade, ira, ódio e desprezo. Para Edgar Morin, a ética altruísta é a ética de religação a qual exige manter a abertura ao outro e de salvaguardar os sentimentos de identidade comum.<sup>229</sup>

Segundo Edgar Morin, a ética complexa reconhece em si a complexidade do bem e a complexidade do mal. O que une e o que separa nascem ao mesmo tempo<sup>230</sup>, a unidade do mundo engloba as separações, a limita e relativiza.<sup>231</sup>

Dentro da complexidade do mal, Edgar Morin destaca que a própria vida traz o mal em si, quando a vida luta contra a crueldade do mundo, seres vivos matam e comem outros seres vivos, a cadeia alimentar. A própria morte do ser humano e sua degradação física ao longo da vida é o mal da própria vida - “A natureza é simultaneamente mãe e madrastra”.<sup>232</sup>

Ainda dentro da complexidade do mal, Edgar Morin destaca a humanidade do mal (o bebê já nasce chorando) e dentro deste sofrer a sensibilidade e a afetividade humana permitem várias formas de sofrimento: sofrimento carnal, sofrimento da alma e ao mesmo tempo sofrimento do espírito. O ser humano possui também a capacidade de praticar voluntariamente o mal a outro ser humano, uma maldade que se prolifera pelo ódio, pela vontade de fazer o mal, pelo prazer em fazer o mal. Atos de indiferença e desatenção pelo outro, uma ferocidade nas relações entre os indivíduos, grupos, etnias, religiões e raças que assim como as

---

<sup>228</sup> MORIN, Edgar. **O método 6: Ética**. p. 57.

<sup>229</sup> MORIN, Edgar. **O método 6: Ética**. p. 103.

<sup>230</sup> “[...] (Masda e Arimã são as duas figuras antinômicas do mesmo, assim como Deus e o Diabo). MORIN, Edgar. **O método 6: Ética**. p. 185.

<sup>231</sup> MORIN, Edgar. **O método 6: Ética**. p. 185.

<sup>232</sup> MORIN, Edgar. **O método 6: Ética**. p. 187.

antigas barbáries da humanidade, continuam assustadoras. É o egocentrismo como fonte do mal humano, como explicação de massacres, genocídios, explorações e também do cotidiano, do amargor, das ofensas, das rejeições e das maldades.<sup>233</sup>

Para Edgar Morin, a complexidade do bem consiste na realização da ética, em nível humano, através da fraternidade e do amor, a união na separação.<sup>234</sup> A ética complexa, não propõe a soberania da razão, propõe a dialógica<sup>235</sup> em que racionalidade, amor e poesia estão sempre presentes e ativos, onde a paixão e os demônios não são sufocados, mas pilotados.<sup>236</sup>

Segundo Edgar Morin, a finalidade da ética tem duas faces complementares, sendo a primeira a resistência à crueldade e a à barbárie e a segunda a realização da vida humana. Realização da vida humana é assumir as três dimensões da identidade humana de forma plena: a identidade individual, a identidade social e a identidade antropológica. A fé ética é o amor, este amor que ensina a resistir à crueldade humana, a relação entre o amor e a racionalidade deve ser, para Morin como *yin yang*<sup>237</sup>, um sempre ligado ao outro e um sempre contendo o outro.<sup>238</sup>

Maria da Graça dos Santos Dias destaca que cabe aos filósofos e teóricos do Direito a tarefa de perceber as formas nascentes de socialidade, as quais são fontes de inspiração para a revisão constante do Direito que está posto e para a construção de um novo Direito.<sup>239</sup>

<sup>233</sup> MORIN, Edgar. **O método 6: Ética**. p. 188-189.

<sup>234</sup> MORIN, Edgar. **O método 6: Ética**. p. 195.

<sup>235</sup> “**Dialógica** – Unidade complexa entre duas lógicas, entidades ou instâncias complementares, concorrentes e antagônicas que se alimentam, completam, mas também se opõem e combatem. Distinguir da dialética hegeliana. Em Hegel, as contradições encontram solução, superam-se e suprimem-se numa unidade superior. Na dialógica, os antagonismos permanecem e formam entidades ou fenômenos complexos.” MORIN, Edgar. **O método 6: Ética**. p. 206.

<sup>236</sup> MORIN, Edgar. **O método 6: Ética**. p. 196-197.

<sup>237</sup> “**Yin Yang** – No pensamento chinês, designa a unidualidade dos dois primeiros, o *yang* e o *yin* (luz/sombra, movimento/repouso, céu/terra, masculino/feminino), que se opõem complementando-se e alimentado-se um do outro. Um pequeno *yin* faz parte do *yang*; um pequeno *yang* faz parte do *yin*.” MORIN, Edgar. **O método 6: Ética**. p. 214.

<sup>238</sup> MORIN, Edgar. **O método 6: Ética**. p. 202.

<sup>239</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos, Direito e Pós-Modernidade, na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 25.

Ressalta a Autora acima que, a adequação do Direito às demandas concretas e renovadas da Justiça, colocadas pela Sociedade, são o escopo da revisão deste. O caráter de justiça do Direito revela sua ética, e o modo de seu nascimento na Sociedade expressa o seu caráter democrático.<sup>240</sup>

Maria da Graça dos Santos Dias ao tratar do tema da justiça democrática e a legitimação social do direito, cita Calera,

A relação do Direito com a Moral se estabelece por esta caracterizar-se como um conjunto de normas de comportamento humano ou conjunto de valores aceitos e defendidos pelos homens. CALERA afirma que o Direito justo é o que está em relação com os valores fundamentais que portam os homens, pois consideram este mundo dos valores como o que lhes é próprio. A Moral, aqui, é compreendida, pelo autor, como o:

(...) fazer o que se ‘deve fazer’, ‘um dever’ que só adquire sua natureza moral quando o sujeito da forma que seja ou pelos motivos que sejam adere a ele desde o mais profundo de seu eu, ou simplesmente, desde seu próprio eu. A moralidade se identifica, aqui, com a adesão do sujeito (adesão racional, intuitiva, sentimental, por prazer, por interesse, por altruísmo, etc.) a uma conduta que se valora como devida ou a uma regra que estabelece uma conduta como devida.<sup>241</sup>

A liberdade de aceitação, de adesão, constitui a característica fundante do ato moral (...)<sup>242</sup>

O Direito concebido com fundamento apenas na legalidade, pensado apenas como meio coercitivo, passa a ser superado para que seja resgatada a reflexão ética sobre valores como justiça e utilidade.

Para Maria da Graça dos Santos Dias refletir sobre o “ser do Direito” não basta. Deve-se também refletir e questionar o seu “dever-ser”. Esta

---

<sup>240</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos, Direito e Pós-Modernidade na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos, SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 25.

<sup>241</sup> CALERA, N. M. L., 1987 apud DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A justiça e o imaginário social**. Florianópolis: Momento Atual, 2003, p. 45-46.

<sup>242</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A justiça e o imaginário social**, p. 45-46.

exigência de questionar o sentido ético do existir do Direito, dá-se em virtude da participação do Direito em outras disciplinas e práticas sócio-políticas para constituição de uma Sociedade mais justa, eqüitativa, solidária e fraterna.<sup>243</sup>

Além do valor Justiça, o Direito a ser produzido deve observar o critério de utilidade da norma desejável. Na clássica doutrina do Utilitarismo a utilidade da lei é o fundamento da justiça racional. Osvaldo Ferreira de Melo nesta abordagem destaca que “O Direito e o Estado seriam justificados enquanto assegurassem a livre ação dos homens na busca da satisfação de seus desejos e necessidades, bem como fossem mais eficazes ao evitar a infelicidade e o sofrimento de cada um.”<sup>244</sup>

A crítica do pensamento humanista à clássica doutrina do Utilitarismo procede no momento em que, esta utilidade da lei – como justiça racional – levaria os homens a manifestarem seus impulsos egoístas e praticar atos que tivessem como objetivo final o ganho individual e pessoal e não o ganho coletivo. E com isto se teria um Estado dedicado apenas a um sistema de busca de equilíbrio entre os interesses individuais e os desejos coletivos e sociais, num exagerado intervencionismo. E o Direito acabaria apenas na função de oferecer normas que garantissem que as aspirações sociais prevalecessem.<sup>245</sup>

O Utilitarismo clássico acaba demonstrando um discurso autoritário, levando a uma discussão entre o subjetivismo e o objetivismo de valores, atribuindo através de uma norma imposta, o arbitramento do valor “utilidade” aos desejos e interesses de cada um.<sup>246</sup>

Sob esta análise crítica, ao Estado não cabe legislar sobre o que é útil a cada indivíduo. Portanto, no que se refere às experiências cotidianas, o

---

<sup>243</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos, Direito e Pós-Modernidade na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos, SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 29.

<sup>244</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 116.

<sup>245</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 117.

<sup>246</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 118.



valor “utilidade” deve considerar na produção da norma as respostas necessárias aos anseios sociais.

Para a Política Jurídica, a utilidade da norma é examinada fora da linha do Utilitarismo clássico, passando pela análise do que a sociedade considera em seu cotidiano. Através das representações jurídicas, do direito informal e da opinião pública, a sociedade manifesta sua consciência jurídica e revela a concepção do Direito mais como um dado cultural do que como norma ou fato. E através destas manifestações de consciência jurídica pela sociedade, é possível verificar-se um julgamento do justo e do injusto e também do que é útil ou inútil para esta sociedade. “O que a sociedade (ou grupos específicos) considera legítimo ou não, pode passar por esse mecanismo de arbitramento do útil e do inútil.”<sup>247</sup>

Para justificar a existência da norma, sua revisão, sua correção, sua vigência, assegurando princípios como equidade e universalidade, esta norma deve estar fundamentada na utilidade social do seu conteúdo.

Esta utilidade social, trata-se de um padrão de valor “da e para a sociedade”, estando ou não este submetido ao julgamento do Estado. O verdadeiro árbitro da utilidade social da norma é a própria sociedade.<sup>248</sup>

Osvaldo Ferreira de Melo destaca, “A verdadeira justiça social surge como uma conquista do dinamismo e consciência da sociedade, que a lei respalde.”<sup>249</sup>

Osvaldo Ferreira de Melo, ao tratar da Política Jurídica, destaca que pensa a Ética e a Estética como elementos universais capazes de permitir a harmonia da convivência humana.<sup>250</sup>

Dentro da convivência humana, estabelecendo uma correlação da Ética e do Direito com a Moral, tem-se que o Direito “que deve ser” somente será legitimado através de sua aceitação pela sociedade, uma legitimação pela

---

<sup>247</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 119.

<sup>248</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 120.

<sup>249</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 122.

<sup>250</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 19.

Ética. E se, este Direito estiver dentro da Moral desta sociedade, mais que aceito, ele terá a adesão desta sociedade ao cumprimento da norma.

Cabe à Ética determinar o que é moralmente correto e o Direito o que é racionalmente justo. Para evitar o uso do Direito para fundamentar totalitarismo, tirania e outras manifestações de representação do mal na sociedade, cabe a Política determinar o que é socialmente útil<sup>251</sup>.<sup>252</sup> As representações do imaginário social considerada a razão sensível devem ser adotadas como critério de julgamento, através de normas jurídicas legitimadas na Ética.

### 3.3 O PAPEL DO POLÍTICO DO DIREITO NA PRODUÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

Na perspectiva da Política Jurídica, a produção do direito não ocorre somente na esfera legislativa enquanto - “lex referenda”, mas também através da produção judicial – “sententia referenda”. As fontes do Direito não estão reduzidas às formas clássicas, mas incluem fontes sociais de representações jurídicas que legitimem na ética, o desenvolvimento de uma sociedade mais justa.

O operador do Direito<sup>253</sup> no exercício da sua função, por diversas vezes se depara com situações em que desempenha o papel de político jurídico, produzindo direito e concedendo à norma jurídica validade material.

Osvaldo Ferreira de Melo classifica de político do Direito não como um tipo específico de profissional, nem de um cavaleiro idealizado em

---

<sup>251</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 58-59.

<sup>252</sup> “[...] Seriam estes três caminhos aqueles que apontariam uma forma racional de buscar o bem, o bom e o belo na vida social.” MELO, Osvaldo Ferreira de, *Ética e Direito* na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 74

<sup>253</sup> “[...] A política do justo e do legítimo está presente na relação norma-sanção, pois quer na criação ou na aplicação do direito, se terá de examinar, sempre, a realidade social que é alheia à realidade da norma.

Não se pode aceitar que a responsabilidade do jurista se extinga quando, após exaustivos estudos sobre a natureza da norma, a interprete e aplique. Para o mundo exógeno à comunidade jurídica, isso, por certo, parecerá muito pouco e uma alienação perante os conflitos que nos cercam.” MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 126.

armaduras, uniformes e distintivos montado em utopias. Mas sim como o profissional de grande importância social, sendo o advogado, o parecerista, o professor, o assessor jurídico, o juiz, o legislador e todo aquele que “[...] ponha sua sensibilidade e sua experiência a serviço da construção de um direito que pareça mais justo, legítimo e útil”<sup>254</sup>. Todo aquele que ponha a Ética e a Estética como proposta das normas a serem construídas.

Como político jurídico, para conceder validade material à norma jurídica, o operador do Direito tem a possibilidade de trabalhar com critérios racionais de justiça. Neste sentido, o valor de Justiça é um instrumento de validação material da norma jurídica.

Compreender Justiça como referente teórico-filosófico do Direito é uma tarefa complexa. Primeiramente, exige superar o conceito dogmático de Justiça do positivismo jurídico na Ciência do Direito da Modernidade. Isto não significa resgatar o paradigma jusnaturalista, mas realizar uma avaliação crítica do Direito da Modernidade e construir o sentido de Justiça enquanto uma categoria cultural – referida à Ética.<sup>255</sup>

No presente estudo, com fundamento na Política Jurídica, adotamos a Justiça como categoria cultural<sup>256</sup>. Osvaldo Ferreira de Melo<sup>257</sup>, apresenta quatro concepções de Justiça ao político jurídico:

Em resumo, poderemos mencioná-las assim: 1 – Justiça como ideal político de liberdade e de igualdade: A norma que obstacularizar ou fraudar as aspirações de coparticipação e compartilhamento será considerada injusta. 2 – Justiça como relação entre as reivindicações da sociedade e a resposta que lhes dê a norma: Se houver inadequação nessa relação, o sentimento resultante será de que se trata de norma injusta. 3 – Justiça como a correspondência entre o conhecimento científico sobre o fato (conhecimento empírico da realidade) e a norma em questão: A norma cujo sentido não

<sup>254</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 131-132.

<sup>255</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A justiça e o imaginário social**. p. 84.

<sup>256</sup> “[...] resta à Política do Direito examinar a Justiça como categoria cultural ou seja como um valor que a consciência Jurídica da sociedade atribui à norma posta ou à norma proposta, pois, afinal, todo valor designa o grau de aptidão de um objeto para satisfazer necessidades.” MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 108.

<sup>257</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**, p. 108-109.

corresponda à verdade empiricamente demonstrada e socialmente aceita, será norma injusta. 4 – Justiça como legitimidade ética. A norma do Direito que conflitar com a norma de moral poderá ser considerada injusta.

A Justiça como valor fundamental do Direito é objeto de reflexão da Política Jurídica e deve ser considerada - além das necessidades individuais ou de pequenos grupos - observando toda a sociedade, suas necessidades e valores culturais. Nesta análise, devem ser assegurados os direitos fundamentais a todos os indivíduos da sociedade, buscando a conciliação entre a liberdade e a igualdade como critério racional de Justiça.

A conciliação entre os valores de igualdade e liberdade dilui as diferenças sociais e gera a realização dos direitos sociais dos indivíduos.

Outro critério racional de Justiça consiste em que a norma a ser produzida deverá atender aos anseios da sociedade e suas necessidades. Se a norma for socialmente aceita, haverá uma consciência jurídica de cumprimento por parte dos indivíduos desta sociedade.<sup>258</sup>

Nesta reflexão de Justiça, Maria da Graça dos Santos Dias<sup>259</sup> afirma:

CALERA tematiza a legitimação social do Direito identificando a Justiça como seu referente de legitimação. Através da categoria Justiça democrática, sustenta que a legitimação social do Direito se realizará, unicamente, quando este se fundar nas exigências de uma vida democrática, isto é, quando responder aos valores – de igualdade, liberdade, soberania – compartilhados pela sociedade. O Direito para ser legítimo, justo, terá que cumprir sua vocação de realizar a Justiça, de assegurar uma vida social justa.

A Justiça caracteriza-se como uma práxis humana, cuja pretensão é a resolução das questões próprias da vida social. Não constitui uma categoria metafísica, mas sim cultural, inscrevendo-se na ordem da história. Daí a pluralidade de sentidos de Justiça e a diversidade dos sistemas de valores.

<sup>258</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**, p. 112.

<sup>259</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A justiça e o imaginário social**. p. 70.

Assim como a justiça está ligada às necessidades e às aspirações – utopias - da sociedade, a idéia do justo e do injusto também está diretamente ligada as questões éticas e de responsabilidade com o bem comum. Uma vida social justa assegura aos indivíduos a realização de seus direitos fundamentais.

Conforme Maria da Graça dos Santos Dias, a Justiça tem uma profunda relação com o Direito ao aparecer como uma questão ética que ultrapassa as relações sociais e políticas. E, somente o Direito pode assegurar relações justas e garantir o atendimento das necessidades e dos direitos fundamentais do homem.<sup>260</sup>:

Desta forma, na produção do Direito, sob a ótica da Política Jurídica, a justiça será instrumento de validação da norma jurídica. Neste sentido, Osvaldo Ferreira de Melo afirma que não há um consenso absoluto entre o sentimento e a idéia do justo, do ético e do útil, mas pode-se verificar qual é o desejo da maioria das pessoas sobre questões que são de interesse geral e que estão configuradas como representações jurídicas do imaginário social. Para ter-se um consenso relativo sobre pontos essenciais, a mediação e a negociação podem ser instrumentos, desde que o pluralismo no político-social seja fundamentado em base comum de princípios éticos.<sup>261</sup>

Assim, através do imaginário social podem ser identificados os anseios das pessoas, os interesses gerais da comunidade, o cotidiano social, os movimentos sociais, enfim todas as necessidades humanas em suas manifestações. Através destas manifestações, e pelos referentes ético e estético da Sociedade é possível a identificação, pelo político do Direito, das questões que representam um consenso relativo, dando a este a representação jurídica necessária. Esta ação deve ocorrer nas esferas da produção e da aplicação do Direito, dando a este Direito validade formal e também validade material.

A cada dia surgem novos direitos que não se enquadram em um sistema fechado. São antigas questões sociais com novos entendimentos; novas

---

<sup>260</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A justiça e o imaginário social**. p. 110-111.

<sup>261</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 128.

formas de relacionamento entre pessoas, novas formas de relações familiares, novos costumes e novos valores; revoluções científicas e tecnológicas e espaços virtuais de relacionamento. Como exemplo pode-se citar a eutanásia, o aborto, a pena de morte, o bullying<sup>262</sup>, as relações homoafetivas e direitos civis, as reservas de quotas, o assédio sexual e o cyberbullying<sup>263</sup>. Tudo isto exige do operador do Direito a produção e aplicação do Direito através de referentes ético e estético.

O Código Civil Brasileiro, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, pode ser citado como demonstração de utilização da Razão Sensível como fundamento da produção do Direito e novas leis, onde a afetividade se mostra presente. Como exemplo os Artigos 1.583 e 1.584<sup>264</sup> nos quais foi instituída por lei a guarda unilateral ou compartilhada, tendo como critérios o afeto nas relações e as necessidades específicas do filho:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

---

<sup>262</sup> Bullying – “é um termo inglês utilizado para descrever atos de violência física ou psicológica, intencionais e repetidos, praticados por um indivíduo (*bully* ou “valentão”) ou grupo de indivíduos com o objetivo de intimidar ou agredir outro indivíduo (ou grupo de indivíduos) incapaz(es) de se defender. Também existem as vítimas/agressoras, ou autores/alvos, que em determinados momentos cometem agressões, porém também são vítimas de *bullying* pela turma.” Disponível em <http://pt.wikipedia.org> Acesso em 05/05/2010.

<sup>263</sup> Cyberbullying – “é uma prática que envolve o uso de tecnologias de informação e comunicação para dar apoio a comportamentos deliberados, repetidos e hostis praticados por um indivíduo ou grupo com a intenção de prejudicar outrem.” Disponível em <http://pt.wikipedia.org> Acesso em 05/05/2010.

<sup>264</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

§ 4º (VETADO).

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

As mudanças também são observadas na dogmática jurídica, como novos pensamentos, podendo ser citado Osvaldo Ferreira de Melo com obras<sup>265</sup> sobre a Política Jurídica, com aplicação da Razão Sensível em reflexões sobre o direito que deve ser.

<sup>265</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

Também na jurisprudência ocorrem mudanças no pensamento que passa a ser fundamentado na Razão Sensível. Como ilustração, transcreve-se algumas decisões judiciais que demonstram a produção do Direito fundamentado na Razão Sensível:

EMENTA: PLANO DE SAÚDE. COMPANHEIRO. "A *relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica*" (Resp nº 238.715, RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 02.10.06). Agravo regimental não provido. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.<sup>266</sup>

EMENTA: Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação. Pensão post mortem . União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa. Necessidade de demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários. - Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais. - O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos. - Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas. - O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável

<sup>266</sup> JUSTIÇA, Superior Tribunal de. AgRg no Agravo de Instrumento nº 971.466 – SP (2007/0256562-4), em que é Agravante Caixa Beneficente dos Funcionários do Banco do Estado de São Paulo – CABESP e Agravado Osni Marcos de Abreu. Relator Ministro Ari Pargendler. Data do julgamento: 02/09/2008. Disponível em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) Acesso em 05/05/2010.



para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. - Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos. - A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. - Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. - A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. - A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o consequente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual. - Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário. - Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável. - Se por força do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares. - “A proteção social ao companheiro homossexual decorre da subordinação dos

planos complementares privados de previdência aos ditames genéricos do plano básico estatal do qual são desdobramento no interior do sistema de seguridade social” de modo que “os normativos internos dos planos de benefícios das entidades de previdência privada podem ampliar, mas não restringir, o rol dos beneficiários a serem designados pelos participantes”. - O direito social previdenciário, ainda que de caráter privado complementar, deve incidir igualitariamente sobre todos aqueles que se colocam sob o seu manto protetor. Nessa linha de entendimento, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo, seguem enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas. - Incontroversa a união nos mesmos moldes em que a estável, o companheiro participante de plano de previdência privada faz jus à pensão por morte, ainda que não esteja expressamente inscrito no instrumento de adesão, isso porque “a previdência privada não perde o seu caráter social pelo só fato de decorrer de avença firmada entre particulares”. - Mediante ponderada intervenção do Juiz, munido das balizas da integração da norma lacunosa por meio da analogia, considerando-se a previdência privada em sua acepção de coadjuvante da previdência geral e seguindo os princípios que dão forma à Direito Previdenciário como um todo, dentre os quais se destaca o da solidariedade, são considerados beneficiários os companheiros de mesmo sexo de participantes dos planos de previdência, sem preconceitos ou restrições de qualquer ordem, notadamente aquelas amparadas em ausência de disposição legal. - Registre-se, por fim, que o alcance deste voto abrange unicamente os planos de previdência privada complementar, a cuja competência estão adstritas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ. Recurso especial provido. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora.<sup>267</sup>

Nestes exemplos práticos acima transcritos, o operador do Direito, identificou uma lacuna na regulamentação legislativa de fatos levados ao Judiciário. Retomando a sensibilidade e fundamentadas na Razão Sensível, foram proferidas decisões fundamentadas na construção de um novo conceito de identidade familiar.

---

<sup>267</sup> JUSTIÇA, Superior Tribunal de. Recurso Especial nº 1.026.981 – RJ (2008/0025171-7), em que é Recorrente Severino Galdino Belo e Recorrido Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil Previ. Relatora Ministra Nancy Andighi. Data do julgamento: 04/02/2010. Disponível em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) Acesso em 05/05/2010.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL ORIUNDO DE ASSÉDIO SEXUAL EM AMBIENTE DE TRABALHO. PRESTADORA DE SERVIÇOS QUE É DEMITIDA E RECONTRATADA POR DETERMINAÇÃO DO TOMADOR DE SERVIÇOS. RELAÇÃO DE TRABALHO CONFIGURADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA. - Compete à Justiça Trabalhista processar e julgar ações de indenização por danos morais decorrentes de assédio sexual praticado em ambiente de trabalho, onde as partes envolvidas estão em níveis hierárquicos diferentes, mesmo que se trate de vítima que trabalhe por meio de empresa terceirizadora de serviços e que a ação seja ajuizada contra a pessoa do superior hierárquico. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Jundiaí, Estado de São Paulo. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, por unanimidade, conhecer do Conflito de Competência e declarar competente a 1ª Vara do Trabalho de Jundiaí/SP, a suscitante, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Antônio de Pádua Ribeiro e Fernando Gonçalves (art. 162, § 2º, RISTJ). Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.<sup>268</sup>

Nesta decisão acima transcrita, a partir da vida social cotidiana e da análise dos sentidos, surge uma nova ordem normativa, incluindo os sentimentos humanos e fundamentada na Razão Sensível para a Produção do Direito.

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE RACISMO PELA INTERNET. MENSAGENS ORIUNDAS DE USUÁRIOS DOMICILIADOS EM DIVERSOS ESTADOS. IDENTIDADE DE MODUS OPERANDI. TROCA E POSTAGEM DE MENSAGENS DE CUNHO RACISTA NA MESMA COMUNIDADE DO MESMO SITE DE RELACIONAMENTO. OCORRÊNCIA DE CONEXÃO INSTRUMENTAL. NECESSIDADE DE UNIFICAÇÃO DO PROCESSO PARA FACILITAR A COLHEITA DA PROVA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 76, III, E 78, AMBOS DO CPP. PREVENÇÃO DO JUÍZO FEDERAL PAULISTA, QUE INICIOU E CONDUZIU GRANDE PARTE DAS INVESTIGAÇÕES. PARECER DO MPF PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DE SÃO PAULO. CONFLITO CONHECIDO, PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO FEDERAL DA 4ª. VARA CRIMINAL DA

<sup>268</sup> JUSTIÇA, Superior Tribunal de. Conflito de Competência nº 78.145 – SP (2006/0280753-3), em que é Autora Andréia Fagundes Franco Bacanhim e Réu Eduardo Alexandre Ferreira. Data do julgamento: 08/08/2007. Disponível em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) Acesso em 05/05/2010.

SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO, O SUSCITADO, DETERMINANDO QUE ESTE COMUNIQUE O RESULTADO DESTE JULGAMENTO AOS DEMAIS JUÍZOS FEDERAIS PARA OS QUAIS HOUVE A DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. 1. Cuidando-se de crime de racismo por meio da rede mundial de computadores, a consumação do delito ocorre no local de onde foram enviadas as manifestações racistas. 2. Na hipótese, é certo que as supostas condutas delitivas foram praticadas por diferentes pessoas a partir de localidades diversas; todavia, contaram com o mesmo modus operandi, qual seja, troca e postagem de mensagens de cunho racista e discriminatório contra diversas minorias (negros, homossexuais e judeus) na mesma comunidade virtual do mesmo site de relacionamento. 3. Dessa forma, interligadas as condutas, tendo a prova até então colhida sido obtida a partir de único núcleo, inafastável a existência de conexão probatória a atrair a incidência dos arts. 76, III, e 78, II, ambos do CPP, que disciplinam a competência por conexão e prevenção. 4. Revela-se útil e prioritária a colheita unificada da prova, sob pena de inviabilizar e tornar infrutífera as medidas cautelares indispensáveis à perfeita caracterização do delito, com a identificação de todos os participantes da referida comunidade virtual. 5. Parecer do MPF pela competência do Juízo suscitado. 6. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo Federal da 4ª. Vara Criminal da SJ/SP, o suscitado, determinando que este comunique o resultado deste julgamento aos demais Juízos Federais para os quais houve a declinação da competência. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitado, Juízo Federal da 4ª Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Mussi, Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima. Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.<sup>269</sup>

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ORKUT. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BLOQUEIO DE COMUNIDADES. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. INTERNET E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ASTREINTES. ART. 461, §§ 1º e 6º, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE OFENSA. 1. Hipótese em que se discutem danos causados por ofensas veiculadas no Orkut, ambiente virtual em que os usuários criam páginas de relacionamento na internet (= comunidades) e apõem (= postam) opiniões, notícias, fotos etc. O Ministério Público Estadual propôs Ação Civil Pública em defesa de menores – uma delas vítima de crime sexual – que estariam sendo ofendidas em algumas dessas comunidades. 2. Concedida a tutela antecipada pelo Juiz, a empresa cumpriu as determinações judiciais (exclusão de páginas,

<sup>269</sup> JUSTIÇA, Superior Tribunal de. Conflito de Competência nº 102.454 – RJ (2008/0285646-3), em que é Autora a Justiça Pública e o Réu em apuração. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data do julgamento: 25/03/2009. Disponível em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) Acesso em 05/05/2010.

identificação de responsáveis), exceto a ordem para impedir que surjam comunidades com teor semelhante. 3. O Tribunal de Justiça de Rondônia reiterou a antecipação de tutela e, considerando que novas páginas e comunidades estavam sendo geradas, com mensagens ofensivas às mesmas crianças e adolescentes, determinou que o Google Brasil as impedisse, sob pena de multa diária de R\$ 5 mil, limitada a R\$ 500 mil. 4. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC. No mérito, o Google impugna fixação das *astreintes*, suscitando ofensa ao art. 461, §§ 1º e 6º, do CPC ao argumento de sua ineficácia, pois seria inviável, técnica e humanamente, impedir de maneira prévia a criação de novas comunidades de mesma natureza. No mais, alega que vem cumprindo as determinações de excluir as páginas indicadas pelo MPE e identificar os responsáveis. 5. A internet é o espaço por excelência da liberdade, o que não significa dizer que seja um universo sem lei e infenso à responsabilidade pelos abusos que lá venham a ocorrer. 6. No mundo real, como no virtual, o valor da dignidade da pessoa humana é um só, pois nem o meio em que os agressores transitam nem as ferramentas tecnológicas que utilizam conseguem transmutar ou enfraquecer a natureza de sobreprincípio irrenunciável, intransferível e imprescritível que lhe confere o Direito brasileiro. 7. Quem viabiliza tecnicamente, quem se beneficia economicamente e, ativamente, estimula a criação de comunidades e páginas de relacionamento na internet é tão responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos direitos da personalidade de internautas e terceiros como os próprios internautas que geram e disseminam informações ofensivas aos valores mais mezinhas da vida em comunidade, seja ela real, seja virtual. 8. Essa co-responsabilidade – parte do compromisso social da empresa moderna com a sociedade, sob o manto da excelência dos serviços que presta e da merecida admiração que conta em todo mundo – é aceita pelo Google, tanto que atuou, de forma decisiva, no sentido de excluir páginas e identificar os *gângsteres* virtuais. Tais medidas, por óbvio, são insuficientes, já que reprimir certas páginas ofensivas já criadas, mas nada fazer para impedir o surgimento de outras tantas, com conteúdo igual ou assemelhado, é, em tese, estimular um jogo de Tom e Jerry, que em nada remedia, mas só prolonga, a situação de exposição, de angústia e de impotência das vítimas das ofensas. 9. O Tribunal de Justiça de Rondônia não decidiu conclusivamente a respeito da possibilidade técnica desse controle eficaz de novas páginas e comunidades. Apenas entendeu que, em princípio, não houve comprovação da inviabilidade de a empresa impedi-las, razão pela qual fixou as *astreintes*. E, como indicado pelo Tribunal, o ônus da prova cabe à empresa, seja como depositária de conhecimento especializado sobre a tecnologia que emprega, seja como detentora e beneficiária de segredos industriais aos quais não têm acesso vítimas e Ministério Público. 10. Nesse sentido, o Tribunal deixou claro que a empresa terá oportunidade de produzir as provas que entender convenientes perante o juiz de primeira instância, inclusive no que se refere à impossibilidade de impedir a criação de novas comunidades similares às já bloqueadas. 11. Recurso Especial não provido. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a).

Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.<sup>270</sup>

Nestes exemplos práticos, acima transcritos, o Judiciário depara-se com fenômenos não previstos na legislação. E, desta forma, viu-se obrigado a inserir-se na vida da sociedade e gerar o Direito fundamentado nos sentidos e na realidade social.

Através da análise das manifestações da Sociedade e dos referentes ético e estético da vida social, é possível ao Político do Direito, na esfera da aplicação da norma jurídica, utilizar critérios de Justiça e utilidade social, legitimando as representações jurídicas nas fontes sociais.

Em todas as esferas da atuação do Político do Direito, é possível sua contribuição para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa fundamentada na Razão Sensível e nos referentes éticos e estéticos da vida da Sociedade.

---

<sup>270</sup> JUSTIÇA, Superior Tribunal de. Recurso Especial nº 1.117.633 – RO (2009/0026654-2), em que é Recorrente Google Brasil Internet Ltda. e Recorrido o Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator Ministro Herman Benjamin. Data do julgamento: 09/03/2010. Disponível em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) Acesso em 05/05/2010.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O estudo apresentado teve como objetivo realizar uma análise compreensiva da Razão Sensível enquanto fundamento teórico filosófico da Ciência do Direito na Transmodernidade, conforme proposto pela Política Jurídica. A dissertação foi dividida em três Capítulos.

No primeiro Capítulo foram abordados os fundamentos teóricos e filosóficos da Ciência na Modernidade, através de seus referentes fundamentais.

A partir de Emmanuel Kant e a Razão Pura verificou-se que o conhecimento humano possui duas origens, uma na sensibilidade e outra no entendimento, mas que, para a Razão Pura apenas o conhecimento fundado no entendimento é objeto da Ciência.

Para Emmanuel Kant, a sensibilidade é a forma como os objetos são dados para o conhecimento humano e o entendimento é a forma como os objetos são concebidos para o conhecimento humano. A sensibilidade é uma categoria que pertence à ciência elementar, estando esta em um nível de conhecimento empírico, e desta forma, todas as concepções do mundo baseadas na realidade empírica para Emmanuel Kant, são isoladas da idéia de razão, e toda forma de conhecimento humano produzido através da intuição e com origem na sensibilidade estão afastados da concepção de Ciência na Modernidade.

Em Emmanuel Kant, a razão está fundamentada no uso lógico do entendimento e na forma como os objetos são concebidos pelo conhecimento humano, através de um conjunto de regras e de princípios. A Ciência na Modernidade considera apenas a razão pura - aquela baseada na forma como os objetos são concebidos através de conceitos puros - , isto é, a razão fundamentada em entendimento puro. Os princípios de entendimento puro regem a razão pura para Emmanuel Kant.

A sensibilidade apesar de reconhecida por Emmanuel Kant como fonte do conhecimento humano é afastada da razão e desconsiderada pela Ciência na Modernidade. Este afastamento da sensibilidade e apenas a aceitação da razão pura como fonte do conhecimento humano e da ciência, afasta as ciências, especialmente as ciências sociais da experiência humana e da dinâmica social. Transforma a Ciência na Modernidade em um sistema fechado que não interage com a sociedade, passando-se a ter a Ciência como um sistema fechado sem integração com o desenvolvimento da humanidade através de sua realidade.

A partir de uma análise de Jürgen Habermas aos conceitos de Hegel sobre o modernidade, mediante conceitos de época e históricos, chega-se a Modernidade como o período com início por volta de 1.500 (descoberta do “Mundo Novo”), dividindo a Modernidade em duas etapas principais: a primeira a partir do Renascimento e da Reforma e a segunda a partir do Iluminismo e da Revolução Francesa – final do século XVIII e começo do século XIX.

Jürgen Habermas realiza sua crítica a Emmanuel Kant na medida em que este considera a razão na sua própria perspectiva – a razão como fronteira da própria razão, em uma autolimitação com exclusão de tudo que é ligado a elementos metafísicos e à realidade empírica. Habermas, em sua razão comunicativa, considera a razão com procedimentos puros e desobrigados da metafísica, mas entrelaçada ao processo da vida social. É a ação comunicativa através de uma comunicação entre a práxis social e a práxis racional, isto é, uma razão concretizada na história, na sociedade, no corpo e na linguagem.

Em Jürgen Habermas a razão não está limitada em si mesma e sim integrada aos contextos de ações comunicativas na práxis social. Mas, sempre fundamentada em procedimentos puros e afastados da realidade empírica e dos sentimentos da sociedade. E assim, a Ciência na Modernidade, para a razão comunicativa de Jürgen Habermas, também é afastada da dinâmica social, das experiências humanas e do reconhecimento da sensibilidade como fonte do conhecimento humano.



A Ciência na Modernidade, através de seus métodos, suas descobertas e seus sistemas influenciou diretamente o desenvolvimento das sociedades e das relações humanas, não apenas através das ciências naturais, mas também através das ciências sociais.

Na Modernidade a Ciência se fechou em um modelo que estabeleceu critérios racionais para a análise de todos os fenômenos. O conhecimento humano somente é aceito mediante comprovação científica frente a objetos e certezas.

De acordo com Boaventura de Souza Santos, para a Ciência Moderna, conhecer significa quantificar, e o rigor científico passa a ser aferido por medições, e o que não for possível de se quantificar passa a ser irrelevante cientificamente.<sup>271</sup> E com isto a matemática passa a ser mais que instrumento privilegiado de análise, mas o modelo de lógica e estrutura da matéria. Para Boaventura de Souza Santos o conhecimento rompe com o senso comum e a forma como as coisas se operam ou os fins a que se destinam, se preocupando apenas como o conhecimento baseado em relações sistemáticas de divisão e classificação, estabelecendo regras e leis.

E, dentro deste critério de “cientificidade”, a racionalidade da ciência moderna veio a se estender ao estudo da sociedade, surgindo a Ciência Social, a qual mesmo diante da complexidade e subjetividade humana, passa a pertencer ao paradigma da ciência moderna.<sup>272</sup> A posituação do Direito, assim, se dá através de normas sistematizadas que reproduzem experiências.

Maria da Graça dos Santos Dias, destaca então que a medida que o direito se positiva, se afasta do senso comum e da vida em sociedade, constituindo-se em um instrumento de gestão governamental da vontade do Estado.

<sup>273</sup>

---

<sup>271</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. p. 28.

<sup>272</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. p. 40.

<sup>273</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. p. 12.

Assim, na Modernidade a Ciência fundamenta-se em métodos e seu objeto deve ser comprovado, de forma sistemática, a partir de critérios estabelecidos de neutralidade, objetividade e universalidade. Estes mesmo critérios adotados nas ciências naturais são também adotados nas ciências sociais.

As experiências humanas passam ser sistematizadas através de normas. No Direito são regradas as condutas humanas através de sistemas capazes de reproduzir as experiências humanas, este sistema rígido de normas é a positivação do Direito.

A Ciência do Direito é um sistema fechado, estabelecido através de um poder legítimo de criação de normas e de sistemas de operacionalização do Direito.

Este sistema é afastado da dinâmica da Sociedade, das relações humanas, das experiências humanas, das evoluções e avanços da Sociedade e com isto, do próprio projeto da Ciência. Com este afastamento da Ciência do Direito das relações humanas e de suas experiências, esta deixou de atender as demandas e necessidades da Sociedade.

No segundo Capítulo foram abordados os fundamentos teóricos e filosóficos da Ciência na Transmodernidade, através do referente da Razão Sensível.

Em nome de uma razão pura, os sentimentos humanos foram ignorados e deixados de lado e a Sociedade passou a não se reconhecer na Ciência do Direito na Modernidade, ingressando em um momento de transformação e de transição.

Osvaldo Ferreira de Melo crê ser possível admitir-se este momento de transição como o momento adequado para a espécie humana

“desenhar o futuro” que deseja e do que precisa para sobreviver no Planeta Terra “com a necessária dignidade”.<sup>274</sup>

Surge um momento de reflexão, de desconstrução e construção de novos paradigmas, um momento histórico de transição, de coexistência de conceitos e valores em conflito porque pertencentes a paradigmas distintos.

Michel Maffesoli propõe pensar e colocar em prática o reconhecimento de situações ambivalentes: sombra e luz, corpo e espírito. Propõe a substituição da representação pela apresentação das coisas, pensar a Razão Sensível.<sup>275</sup>

A retomada da sensibilidade na revisão e reformulação dos paradigmas, permite a unicidade de razão e sensibilidade juntas. Uma compreensão realizada a partir do todo social, da vida cotidiana, permite a apreensão profunda das partes desse todo, Michel Maffesoli enfatiza a importância do “formismo” e do senso estético. A forma, na razão sensível permite a unicidade e coesão de todos os elementos do cotidiano na Transmodernidade, em oposição a unidade do racionalismo da Modernidade que estabelecia distinções e separações.

Para Michel Maffesoli a Razão Sensível está relacionada à realidade do ser humano, e a força de atração entre os diversos elementos da realidade humana, que por uma justaposição criam uma estrutura. Esta estrutura permite que se enxergue esta realidade como uma globalidade, isto é a forma, uma forma unificadora. O formismo que é a expressão da forma, leva a considerar os diversos elementos da realidade em sinergia.

Para Michel Maffesoli surge uma socialidade nova percebida através da dinâmica da vida diária e da vitalidade social pela vivência coletiva.<sup>276</sup>

---

<sup>274</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de, O Papel da Política Jurídica na Construção Normativa da Pós-Modernidade, na obra DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. p. 87.

<sup>275</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 19.

<sup>276</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 109.

Defende a reconciliação do pensamento com a vida, através do resgate de museus, ateliês, conservatórios e toda forma de arte no conjunto da vida social.<sup>277</sup>

Luis Alberto Warat<sup>278</sup> ressalta que o ser humano vivia em um total imobilismo que levava a um total vazio, fenômeno que ele denomina de castração. Ao recuperar a sensibilidade e o conhecimento a partir da apresentação das coisas, o ser humano se reconcilia com o mundo em que vive - o que o Autor denomina de “voltar para casa”. O Direito passa a ser gerado a partir dos sentidos e da realidade social.

Michel Maffesoli destaca um novo mundo social que passa a ser construído a partir da realidade, onde os sentidos têm seu lugar, incluindo os sentimentos humanos, os afetos e as emoções. A partir de uma nova ordem social e um imaginário social renovado, de onde surgem ordens normativas.<sup>279</sup>

O Direito está inserido na vida da sociedade, e deve ser produzido a partir da realidade social, como ela é e de seus fenômenos.

No terceiro Capítulo se verificou os referentes ético e estético na produção do Direito à luz da Política Jurídica compreendidos na sensibilidade.

A Política Jurídica se dedica ao estudo do Direito que deve ser e como deve ser feito. A validade material da norma jurídica na sua produção deve atender aos critérios de justiça e utilidade social. Ao serem atendidos estes critérios a norma produzida terá garantida sua durabilidade, sua eficácia e seu atendimento pela Sociedade.

Para Osvaldo Ferreira de Melo a Política Jurídica e seus valores devem estar fundamentados em padrões éticos<sup>280</sup>, que devem iluminar a ação humana. Esta mesma ética deve também orientar esta mesma ação humana quando ela esteja a serviço do poder, atuando como Estado.<sup>281</sup>

---

<sup>277</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. p. 191.

<sup>278</sup> WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. 1985.

<sup>279</sup> MAFFESOLI, Michel. **O Ritmo da Vida**. Variações sobre o imaginário pós-moderno. p. 71.

<sup>280</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 129.

<sup>281</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 59.

De acordo com Osvaldo Ferreira de Melo, a Ética e a Estética são elementos universais capazes de permitir a harmonia da convivência humana.<sup>282</sup> Cabe à Ética determinar o que é moralmente correto e ao Direito o que é racionalmente justo. Para evitar o uso do Direito para fundamentar totalitarismo, tirania e outras manifestações de representação do mal na sociedade, cabe a Política Jurídica determinar o que é socialmente útil<sup>283</sup>. E a utilidade social da norma não está vinculada ou submetida ao julgamento do Estado. A utilidade social da norma é um padrão de valor da própria sociedade, o valor de utilidade social da norma é: da sociedade e para a sociedade.<sup>284</sup>

Para a Política Jurídica a produção do Direito não ocorre apenas na esfera do poder legislativo, mas através da ação do operador do Direito no exercício de sua função jurisdicional. O operador do Direito deve buscar nas fontes sociais das representações jurídicas os fundamentos que legitimem eticamente o Direito e garantam uma sociedade justa. Ao desempenhar este papel o operador do Direito produz o Direito que deve ser e concede à norma jurídica validade material.

Na produção do Direito o referente justiça é instrumento de legitimação material da norma jurídica, devendo atender a sociedade em todas as suas necessidades e aspirações. Esta ação do operador do Direito é regida pela ética e pela estética.

Através da análise das manifestações da sociedade e através dos referentes ético e estético, é possível ao Político do Direito, na esfera da produção e da aplicação da norma jurídica, utilizar critérios de Justiça e utilidade social, legitimando a produção jurídica nas fontes sociais.

As hipóteses apresentadas restaram comprovadas no presente estudo. A Razão Pura constitui um dos fundamentos teórico-filosóficos da Ciência na Modernidade. A Razão Sensível constitui um dos fundamentos teórico-filosóficos da Ciência na Pós-Modernidade. A Política Jurídica se ocupa do Direito desejável –

---

<sup>282</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 19.

<sup>283</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 58-59.

<sup>284</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 120.

aquele que deve ser e como deve ser feito e por isso recorre aos referentes ético e estético na Produção do Direito. À luz da Política Jurídica o Direito deve constituir-se a partir da conjugação da Razão Sensível e Razão Lógica.

O presente estudo científico atingiu seu objetivo de apresentar aos operadores jurídicos um estudo e uma compreensão da Razão Sensível como fundamento teórico filosófico da Ciência na Transmodernidade, para produção do Direito à luz da Política Jurídica. Mas o tema não se esgota com o presente estudo, este é apenas um ponto de partida para a continuidade das pesquisas.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 4 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**; tradução de Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3 ed. São Paulo: Landy Editora, 2006.

BOFF, Leonardo. **Ética da Vida**. Rio de Janeiro: Sextante, 2005.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo de Instrumento nº 971.466 – SP (2007/0256562-4), em que é Agravante Caixa Beneficente dos Funcionários do Banco do Estado de São Paulo – CABESP e Agravado Osni Marcos de Abreu. Relator Ministro Ari Pargendler. Data do julgamento: 02/09/2008. Disponível em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) Acesso em 05/05/2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 78.145 – SP (2006/0280753-3), em que é Autora Andréia Fagundes Franco Bacanhim e Réu Eduardo Alexandre Ferreira. Data do julgamento: 08/08/2007. Disponível em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) Acesso em 05/05/2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.026.981 – RJ (2008/0025171-7), em que é Recorrente Severino Galdino Belo e Recorrido Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil Previ. Relatora Ministra Nancy Andighi. Data do julgamento: 04/02/2010. Disponível em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) Acesso em 05/05/2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 665.164 – RS (2004/0110351-0), em que é Recorrente Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Recorrido Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Franciulli Netto. Data do Julgamento: 15/09/2005. Disponível em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) Acesso em 23/06/2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça.. Conflito de Competência nº 102.454 – RJ (2008/0285646-3), em que é Autora a Justiça Publica e o Réu em apuração. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data do julgamento: 25/03/2009. Disponível em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) Acesso em 05/05/2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça.. Recurso Especial nº 1.117.633 – RO (2009/0026654-2), em que é Recorrente Google Brasil Internet Ltda. e Recorrido o Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator Ministro Herman Benjamin. Data do julgamento: 09/03/2010. Disponível em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) Acesso em 05/05/2010.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Florianópolis: Momento Atual. 2003.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. SILVA, Moacyr Motta da. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980.

HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Trad. Luiz Sérgio Repa Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HUME, David. **Uma investigação sobre os princípios da moral**. Trad. José Orçar de Almeida Marques. Campinas: Editora da UNICAMP, 1995.

KANT, Emmanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de J. Rodrigues de Mereje. 2 ed. São Paulo: Gráfica e Editora Edigraf Ltda., s.d.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3 ed. revista tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do Direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. 3 ed. Tradução de Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

MAFFESOLI, Michel. **O Ritmo da Vida**. Variações sobre o imaginário pós-moderno. Tradução: Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Edição revista e modificada pelo Autor. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MORIN, Edgar. **O método 6: Ética**. Tradução de Juremir Machado da Silva, 3 ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

NEVES, Iêdo Batista Neves. **Vocabulário Prático de Tecnologia Jurídica e de Brocardos Latinos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Edições Fase, 1988.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5 ed. rev. São Paulo: Saraiva. 2000.

ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004.



SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez. 2003.

SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, Justiça, Virtude Moral & Razão**. Reflexões. 4 tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUTO, Cláudio et Solange. **Sociologia do Direito, uma visão substantiva**. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1997.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul-RS: Faculdades Integradas de Santa Cruz, 1985.