

# DA TEORIA DA JUSTIÇA UNIVERSALISTA À EXPERIÊNCIA DA CONSCIÊNCIA JURÍDICA UNIVERSAL EM ÂMBITO UNIVERSALISTA

Rafael de Oliveira Costa

## Sumário

---

1. Extensão gnosiológica do tema (resumo);
2. O Direito como objeto gnosiológico;
3. O método genético-estrutural-imputacional-dialético;
4. Da experiência jurídica em sentido transcendental;
5. O desenvolvimento da consciência jurídica enquanto processo gnosiológico;
6. Da consciência moral à consciência jurídica no plano pessoal e jurídico externo (*ius gentium*);
7. A consciência formal e seu conteúdo jurídico. A subsunção da consciência moral na consciência jurídica e a sua eventual superação;
8. O início do universalismo da consciência jurídica e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789);
9. A consciência jurídica como experiência: a égide do Estado Democrático de Direito e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948);
10. Do Direito Contemporâneo;
11. Da Consciência Jurídica universalista como construção jurídica do Direito Internacional Contemporâneo sustentada na Experiência Jurídica Romana;
12. Teoria da Justiça Universal;
13. A

consciência jurídica universal em âmbito universalista; 14. Da Idéia de Justiça na Consciência Jurídica Universal em âmbito universalista.

A consciência jurídica se expressa no “[...] sujeito de Direito que, a par de encarnar toda a sociedade, exerce o comando de relação bilateral de justiça pela faculdade que lhe é outorgada na universalidade abstrata da lei, em que o dever de justiça é dever exigível. A justiça passa, assim, da ação moral do sujeito moral para a ação jurídica do sujeito de Direito; da consciência moral para a jurídica<sup>309</sup>

## 1 EXTENSÃO GNOSIOLÓGICA DO TEMA

A consciência jurídica, enquanto objeto gnosiológico fundante do Direito, é experiência jurídica (reconhecimento de que o Direito só pode ser “experimentado” em função dos resultados atingidos, ou seja, em termos de imputação<sup>310</sup>) e, contingencialmente, amolda-se as circunstâncias temporais do “pensar-o-Direito”. Assim, a manifestação do Direito Internacional hodierno como universalidade (racionalidade) em âmbito universalista (“inclusivista” de todos na seara da proteção jurídica em âmbito internacional) só pode ser entendida nos percalços da consciência jurídica pautada na experiência com fins de justiça universalista: é esse o âmbito da nossa exposição.

<sup>309</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça contemporânea*. Texto inédito, 1998-1999, p. 4.

<sup>310</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral da Norma*. Sérgio Antonio Fabris Editora, Porto Alegre, 1986, pg. 31. Sobre o mesmo tema, conferir KELSEN, Hans. *Teoria General Del Estado*. Albatroz, Buenos Aires, 1993, pg. 85.

## 2 O DIREITO COMO OBJETO GNOSIOLÓGICO

O Direito é, dialeticamente, produto da racionalidade e do seu avesso: a dialética do racional e do irracional garante a sua realidade, pois se o homem fosse dotado da mais completa racionalidade, desnecessária seria a criação do Direito.

O que se pretende aqui designar como irracional é exatamente aquela esfera da racionalidade que se considera fora da normalidade; é a excepcionalidade, pois que, dialeticamente com o racional, produz o irracional no Direito. É a irracionalidade-emotiva o âmbito dessa irracionalidade, que se estende para além do subjetivo para se situar na objetividade daquilo a que se dá o qualificativo de “anormal”. Destarte, mesmo na conduta irracional, o homem sempre age sob a influência da razão, ou seja, a capacidade exclusiva da inteligência humana de pensar por meio de idéias gerais (racionalização de fenômenos), comunicando pela arte da transmissão do pensamento (a linguagem) o contraponto da sua conduta anormal àquilo que se tem como parâmetro (o “normal”). É nessa dialética que se coloca o normativo, o Direito, como dever ser que tangencia o ser, como ciência normativa e não como ciência da realidade, tendo na pessoa o seu centro de imputação.<sup>311</sup>

<sup>311</sup> ANDRADE ARAÚJO, Aloizio Gonzaga de. *O Direito e o Estado como Estruturas e Sistemas*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2001 (Tese, Doutorado em Direito Público).

### 3 O MÉTODO GENÉTICO-ESTRUTURAL- IMPUTACIONAL-DIALÉTICO

Vislumbrando a construção das estruturas de formação social com sentido e significado, seja como processo, seja como resultado, temos a gênese do Direito sob a égide construtivista, qual seja, àquela que deve corresponder ao método genético. Mas, desde a sua gênese o Direito é dotado de uma estrutura e, então, o método genético alia-se ao método estrutural, se completa para tornar-se método genético-estrutural. Diante da realidade ontológica e do universalismo que almeja o jurídico, o conhecimento do objeto gnosiológico deve passar pelo conceito de imputação que, ultrapassando a causalidade e deixando de ser linear, passa a ser entendido como imputações circulares em “espiral crescente, aberta e indefinida, dentro de estruturas que têm igual característica.”<sup>312</sup> Enfim, toda estrutura assimila as precedentes, enriquecendo-se, sem que a nova esteja contida na anterior, mas formando um conjunto, numa totalidade sempre aberta a uma espiral que se amplia indefinidamente em altura, mas recuando sempre ao máximo da sua gênese. Esse ir-e-vir dá o tom dialético do método, porquanto fundado numa estrutura de inter-relacionamentos que intentam a totalidade do conhecer. Não obstante,

Não é outra a concepção da estrutura do Direito, que avulta nesta hora, graças a consciência jurídica crescente e aos

<sup>312</sup> ANDRADE ARAÚJO, Aloizio Gonzaga de. *O Direito e o Estado como Estruturas e Sistemas*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2001 (Tese, Doutorado em Direito Público).

tratados internacionais, que têm imposto revisão dos atos, considerados “jurídicos” em tempos recentes, para considerá-los “antijurídicos”, porque, se autorizados por “leis, estas não expressavam o Direito [...]”<sup>313</sup>

Fica assim explicado o método genético-estrutural-imputacional-dialético no âmbito das necessidades para a investigação científica aqui almejada.

### 4 DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA EM SENTIDO TRANSCENDENTAL

O Direito, aqui, não resulta do processo fático, nem lhe é imanente, mas também é inconcebível como valor em si, desvinculado da experiência. Destarte, há em todo “fenômeno jurídico” (ou pelo menos em todo aquele que tem pretensão de juridicidade) dois aspectos a serem vislumbrados: um quanto à sua gênese (e, aqui, se encontra a principal razão para utilização do método proposto); outro, quanto às suas condições de validade. Portanto, toda vez que se pensa a experiência em função de suas necessárias “condições *a priori* de possibilidade”, ou seja, em seus “antecedentes estruturais de consubstanciação ontológica”, sem a compreensão de seus nexos relacionais (como se as condições de possibilidade tivessem existência própria, ou seja, existissem em si e por si), configura-se uma teoria de cunho transcendental.

<sup>313</sup> ANDRADE ARAÚJO, Aloizio Gonzaga de. *O Direito e o Estado como Estruturas e Sistemas*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2001

Na posição transcendental, para parafrasearmos expressões de Kant logo na página inicial da *Crítica da Razão Pura*, “todo conhecimento do Direito começa com a experiência, mas nem por isso deriva da experiência”.<sup>314</sup> Assim, fica clara a distinção entre o ponto de vista genético, o lógico e o epistemológico, na compreensão da experiência jurídica, não se devendo atarracar o início com a origem do conhecimento: um, é o ponto de delineamento, de esboço, de debuxo de todo o ser da consciência jurídica; o outro, o organismo, a construção do ser do próprio conhecimento, a natureza ontológica atingida.

O Direito, nesse limiar, é uma realidade histórico-cultural que se constitui e se desenvolve em função de exigências de proteção do bem jurídico. Este é o problema da fundação filosófica do Direito enquanto experiência, que encontra sua base no próprio ser do conhecimento jurídico romano, enquanto consciente de (re)valorar-se historicamente. Foi apenas com o alargamento do conceito de transcendental que tornou-se possível a teoria integral da experiência jurídica, correlacionando-a, complementarmente, com a “realidade jurídica”: a experiência jurídica é exatamente a historicidade apriorística da realidade jurídica, imanente ao eu-penso (para parafrasearmos Kant); é o sentido transcendental da experiência, abarcada pelo controle jurídico.

(Tese, Doutorado em Direito Público), p. 70.

<sup>314</sup> KANT, IMMANUEL. *Crítica da Razão Pura*. Editora Martin Claret, São Paulo, 2002, pg. 65.

## 5 O DESENVOLVIMENTO DA CONSCIÊNCIA JURÍDICA ENQUANTO PROCESSO GNOSIOLÓGICO

Como elucidou Del Vecchio<sup>315</sup>, quatro são os caracteres principais da evolução jurídica:

1. A evolução jurídica representa uma passagem da elaboração espontânea e inconsciente do Direito à sua elaboração reflexiva e consciente - A racionalização, enquanto expressa pela persuasão, remete influências à égide jurídico-positiva, execrando na consciência jurídica o produto da razão criadora humana baseada num constante juízo do justo-consciente, e não um justo porque-dito-pela-autoridade. É a idéia de justiça enquanto construção racional, enquanto racionalização experimentada do jurídico.
2. Passagem da particularidade a universalidade - O homem passa a ver no Outro um ser que pode reconhecê-lo enquanto consciência-pensante e, portanto, leva-se a uma intrincada humanização do Direito. Destarte, o Direito antes multifascicular, agora converge para a unicidade, desvencilhado de uma “sustentação não puramente arbitrária dos caracteres políticos da sociedade”, como enseja Kelsen (citado por Del Vecchio), mas com fundamentação *sui generis* que não pode perder seu

conteúdo, num mínimo de regulação ética. Urge, aqui, ressaltar as verdades uniformes do sujeito consciente da sua realidade como consciência universal, que conjuga a igualdade jurídica de todos os homens. Nesses traços, temos a própria formação jurídica romana, enquanto universalização das igualdades jurídicas, onde se constrói a silhueta de toda a consciência jurídica.

3. A passagem dos motivos psicológicos inferiores a motivos psicológicos superiores - Os primeiros são aqueles instintivos, como o medo e a vingança; na segunda categoria, Del Vecchio elucida a ordem e liberdade. Reforça-se, progressivamente, o respeito à pessoa humana.

4. Lei de Maine - A Lei de Maine representa a passagem da união necessária (condição jurídica do indivíduo) à associação voluntária (o indivíduo passa a determinar as suas condições de vida e relações jurídicas). É, em outros termos, a emancipação do indivíduo diante do grupo, a formação do eu-penso dotado de "autonomia consciencial". Na tomada da consciência de si, o indivíduo se interioriza na compreensão da universalidade de consciências, encontrando na realidade jurídica as respostas para as necessidades ainda latentes de identidade. Esta é a medida da consciência de si, fundando na pessoa o núcleo do ordenamento e, não mais, a pessoa como mera figura absorvida pelo grupo.

Assim, após a realização das bases epistemológicas da Teoria, passaremos agora à sua construção jurídico-filosófica.

<sup>315</sup> DEL VECCHIO, G., *Lições de Filosofia do Direito*. 5. ed. Coimbra:

## 6 DA CONSCIÊNCIA MORAL À CONSCIÊNCIA JURÍDICA NO PLANO PESSOAL E JURÍDICO EXTERNO (*IUS GENTIUM*)

A localização temporal do objeto deste trabalho remonta à origem histórica do Direito, enquanto formação cognoscente de si e para si, em relação com a Ética, até a sua consagração como experiência da consciência jurídica universal. Assim, é fundamental retroagir ao Direito Romano enquanto momento de construção das bases jurídicas e filosóficas da consciência jurídica em sentido formal. Não obstante, não se deve esquecer que a consciência jurídica tem sua gênese no pensamento filosófico, notadamente no de Platão e Aristóteles. A consciência jurídica emerge, portanto, do conflito entre *fisei dikaion* (justo segundo a natureza) e da *nomos dikaion* (justo segundo a lei), abrindo caminho para o fundamento de toda a estrutura do Direito na sua mais pura objetividade, expressa já no Direito Romano.

Diante da expressividade que assumem no Direito Romano as categorias fundamentais do Direito<sup>316</sup>, é plausível conceber o Direito

Armênio Amado, 1979.

<sup>316</sup> Tomam-se como categorias fundamentais do Direito a bilateralidade, a exigibilidade, a irresistibilidade e a universalidade. Cf. SALGADO, J. C. A

como “relação dialética”<sup>317</sup> com a Ética e a Moral<sup>318</sup>, mas não como produto destas. Na medida que o Direito ganha um “pensar” próprio, independente e, neste limite, fundado em uma esfera “axiologicamente jurídica”, paralela à esfera própria da Moral, o Direito se afasta da Moral e, assim, não provem da consciência moral. A consciência moral tem-se como unilateral; na jurídica, acentua-se a bilateralidade. O que se coloca aqui é exatamente a medida da separação dessas duas esferas normativas. Não uma separação em sentido absoluto. A relação existe: o que não existe é a imanência, isto é, a consciência jurídica (e não simplesmente o “tomar consciência”) faz-se exterioridade: é seu traço característico, sem prescindir da interioridade da qual fazem parte a Ética e a Moral. Devido à sua estrutura de exterioridade, o sentido formal da consciência jurídica deve ter, como parâmetro, a concepção romana das categorias jurídicas.

O período do *ius gentium*, a partir do qual o Direito Romano passou a regulamentar as relações entre cidadãos e peregrinos, começou em 242 a.C. com a criação da função do pretor peregrino.

---

*Experiência da Consciência Jurídica em Roma* – Politia. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais. Edição Nº 01 de 2001 - Ano XIX.

<sup>317</sup> Propício, numa análise terminológica, falar também em “realidade relacional” ou, ainda, em “ontognosiologia dialética”.

<sup>318</sup> Ética e Moral são conceitos com plexos. Moral é esfera nitidamente subjetiva, própria do sujeito que realiza uma ponderação axiológica da realidade, vinculando ações a valores numa tentativa de universalização (imperativos categóricos) do sentido do agir. Ética, em outros termos, é ponderação axiológica intersubjetivamente compartilhada num sentido universalista, pois válida para uma comunidade de indivíduos que agem segundo determinados princípios.

Inicia-se o caráter universalista do Direito Romano que, alargando sua transcendente universalidade para a seara da totalidade que almeja o *ius gentium*, esquadrinha uma nova racionalização para sua compatibilização com Direito Internacional Público futuro da contemporaneidade. É a busca, desde então nunca atingida, da afirmação de todas as pessoas como sujeitos de Direito. É a universalidade do Direito em seu aspecto qualitativo, ou seja, para a totalidade de pessoas e não apenas como categoria do Direito (racionalidade).

Assim, a lei jurídica é sempre objetiva, tendente para a concretude (universalidade concreta), ligando-se com o dever (lei moral) pela via da universalidade e da exigibilidade. De outro modo, a lei moral é exatamente a capacidade para se atingir inteiramente a liberdade, ou seja, a universalidade abstrata, pela via da *ratio cognoscendi* que, utilizando-se da *ratio essendi*, funda a dialética do desenvolvimento com a lei jurídica, encontrando-a, modificando-a e aperfeiçoando-a.

## 7 A CONSCIÊNCIA FORMAL E SEU CONTEÚDO JURÍDICO. A SUBSUNÇÃO DA CONSCIÊNCIA MORAL NA CONSCIÊNCIA JURÍDICA E A SUA EVENTUAL SUPERAÇÃO

O ato moral, enquanto expressão do momento comparativo do comportamento do Um frente ao entendimento da “conduta comum”, é ajuizado perante o “ato correto”. Essa é a consciência prática. No Direito, ela é manifestação do reconhecimento. Reconhecer quer dizer, aqui, interiorização do sentimento de justiça, pela vontade interior de estar sendo justo. O justo é vislumbrado, assim, não pela elevação moral, mas pelo Direito que outrem tem de exigir tal comportamento, pois, como considerou Ferreira, “porque, universalmente, qualquer indivíduo naquela situação o teria, inclusive eu mesmo.”<sup>319</sup>

Essa é a universalidade irresistível que perfaz o Direito. A consciência está em realizar o Direito do outro na medida em que o eu também o tem. Para tanto, a definição de Direito em Salgado se resume a uma:

dialética pela qual a vontade livre universal da lei se realiza na vontade particular do indivíduo, pela mediação do outro titular do Direito, de tal modo que os Direitos de um só são Direitos enquanto sejam também a sua negação pelos Direitos do outro. Só tem Direitos o sujeito que ao mesmo tempo tem o dever de reconhecer no outro esses mesmo Direitos.<sup>320</sup>

Prossegue o citado autor dizendo que

o Direito subjetivo de propriedade traz no seu interior a sua própria negação como Direito isolado e separado. Traz consigo o dever. [...] Assim, o proprietário só pode dizer-se com Direito se o outro também é sujeito de Direito, isto é, se

<sup>319</sup> FERREIRA, Mariá A. Brochado. *Consciência Moral e Consciência Jurídica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 322.

<sup>320</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Hegel*. Belo Horizonte: Loyola, 1996, p. 336.

o seu Direito de propriedade convive com a sua negação, o seu próprio dever.<sup>321</sup>

Dever e Direito são realizações interiores, imanentes ao indivíduo, quando se tornam objetos de conhecimento da ética kantiana. Pensando em termos de uma “dialética reversa”, fica claro que, exatamente por não existir irresistibilidade na moral, não pode existir exigibilidade. Exigibilidade é caráter da força; a moral é, de outra forma, faculdade de agir, liberdade própria do indivíduo, pois que expressão da autonomia. Deste modo, o imperativo categórico, enquanto universal, é válido para ambos os ordenamentos normativos (moral e Direito). É universal, mas universal em cada um, pois que subjetivo: só se realiza no ser, num substrato modalmente indiferente que exegeta moral e Direito.

O Direito, por sua vez, é a universalidade objetiva, é ato de obrigatoriedade que rodeia todas as ações do sujeito; é uma imposição da ordem, independentemente da vontade de criação (note-se: de criação, e, não, da vontade de quem o interioriza) do que seja o Direito e como ele deve ser racionalizado. Portanto, Direito não é estrutura social com *ethos* moral, criado coletivamente, mas ordem impositiva que deve passar pelo “aval” racional da consciência do indivíduo, internalizando-o e tornando-o, assim, Direito propriamente dito.

## 8 O INÍCIO DO UNIVERSALISMO DA CONSCIÊNCIA JURÍDICA E A

<sup>321</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Hegel*. Belo Horizonte:

## DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (1789)

A razão jurídica, nessa reconstrução histórico-genética da consciência jurídica, pode ser entendida como a resultante do processo de formação da própria consciência jurídica. A passagem da consciência moral (subjéctiva) para a consciência de um nós e, posteriormente, para um nós suportado na dignidade humana, é a exata medida dessa universalidade da consciência jurídica tanto no plano interno como no internacional do Direito enquanto razão jurídica *in fieri*.

Assim, em sua evolução para a razão jurídica, a consciência jurídica passa inicialmente da consciência do objeto considerado como bem jurídico para, num processo de percepção da sua situação num ambiente “multiconsciencial”, voltar para si e buscar encontrar a própria identidade. Entenda-se por multiconsciencial algo universal e, simultaneamente, particular, ou seja, a consciência pode ser a que possui uma nação ou, ao mesmo tempo, um único ser: a sua característica distintiva é seu sentido formal.

Assim é que, tanto a pessoa quanto o bem jurídico de qualquer ordem tornam-se construções jurídicas a partir do momento que atravessam a barreira do mundo fático para o mundo jurídico. O uso do bem jurídico é o início da descoberta da consciência de si, como

Loyola, 1996, p. 336-337.

livre e, portanto, como pessoa para o Direito: a dialética da pessoa com o objeto surge com a experiência, desenvolve-se para os frutos e culmina no consumo, onde ocorre a máxima interiorização da consciência. Seguindo Salgado: “A coisa já não é ela mesma, pois que imprestável”.<sup>322</sup> A interiorização da consciência jurídica chega a ponto de expressar-se, como quis Rousseau<sup>323</sup>, com “Isto é meu!”, onde o Eu torna-se capaz de perceber toda a exterioridade e excluir a outra consciência diante da posse do bem jurídico, numa relação tridimensional do Direito, da coisa e da consciência.

A consciência é consciência jurídica consciente das demais consciências. Tudo se relaciona numa dialética da afirmação das outras consciências enquanto necessárias para a existência do bem jurídico e nas suas simultâneas negações, porquanto o sujeito de Direito se resume a um.

Assim, a consciência jurídica não é um juízo puro que a sociedade faz da suas próprias leis, se estão estas de acordo com o valor do justo, mas uma construção *in fieri* e dialética do sujeito cognoscente que expande sua realidade, a cada nova teoria (nova percepção dos eventos), e passa a conceber tudo o que foi posto como totalidade valorativa histórica, capaz de servir como suporte para uma nova comparação com o presente: a consciência jurídica é exatamente a capacidade de comparação da experiência do passado com a do

<sup>322</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. *A Experiência da Consciência Jurídica em Roma – Politia*. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais. Edição Nº 01 de 2001 - Ano XIX, pag. 64.

<sup>323</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*, Londres,: Trad. Maurice Cranston - Pingüim. (1953 edn.), pag. 82.

presente, num anteparo de superação, onde transcendentemente se caracteriza como consciência *a priori*, que funciona como *ratio essendi* de toda a concepção do justo.

Por isso mesmo a própria consciência jurídica universal, contactando-se com a realidade jurídica do momento subjetivo histórico (onde a pessoa passa a sujeito ativo pelas garantias que lhe são dadas pelos Direitos Fundamentais), culmina na Declaração dos Direitos do Homem (1789)<sup>324</sup>. O Estado de Direito, que estava, progressivamente, viabilizando a universalidade estatal, garante ao sujeito uma ainda incipiente projeção no plano internacional. No entanto, a Revolução Russa e as duas Guerras Mundiais do século passado trouxeram a tona a fragilidade da *actio*<sup>325</sup> do indivíduo

<sup>324</sup> A universalidade da Declaração Universal dos Direitos do Homem ergue -se sobre a seguinte égide: "Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos Direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus Direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral."

<sup>325</sup> A *actio* é a medida da exigência de um indivíduo de realização de um Direito, de algo devido (*suum*). No entanto, diante do Direito Romano, faltava-lhe transpor o plano do conteúdo do Direito, a fim de alcançar os Direitos fundamentais, ou seja, a universalidade do indivíduo. O titular do Direito material deve ser o sujeito universal, dotado da *actio*. Não é apenas o sujeito de Direito universal, mas o sujeito universal de Direitos universais, como propõe Salgado, dotado da instrumentalização posta pela força aparelhada universal e irresistível. Por isso a necessidade do terceiro neutro (a ação do juiz se apresenta como responsabilidade diante do sistema normativo, enquanto o seu agente é

perante o Estado. A dignidade estatal, até então proclamada, se colocava superior a própria dignidade humana. É essa a razão do Estado Social de Direito<sup>326</sup>, sucessor do Estado Liberal, ser um marco tão importante na consciência jurídica em sentido formal, pois busca garantir a materialidade dos Direitos fundamentais para a pessoa.

## 9 A CONSCIÊNCIA JURÍDICA COMO EXPERIÊNCIA: A ÉGIDE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948)

O Estado Democrático de Direito<sup>327</sup>, sucessor do Estado Social de Direito, é exatamente o momento da máxima racionalização do Estado, onde a dignidade humana se encontra no cerne da teologia

dotado de consciência, personalidade, limitadas pelas regras) e do contraditório. Portanto, requisitos essenciais da ordem jurídica:

- 1) A exigibilidade dos Direitos produzidos nessa sociedade, a partir da irresistibilidade que impregna o Direito.
- 2) O terceiro neutro
- 3) A bilateralidade.
- 4) As regras universais, que possam propagar a igualdade de todos na lei.

<sup>326</sup> O Estado Social de Direito é exatamente o paradigma do Estado onde as liberdades negativas (Direitos Individuais) e os Direitos Sociais (participatórios) têm azo para serem social e politicamente eficazes, sendo paternalisticamente outorgados.

<sup>327</sup> O Estado Democrático de Direito é o paradigma do estado que visa a racionalização do poder (proporcionada pela cidadania ativa) em prol da justiça

estatal, amparada nos pilares da ordem, da justiça e da liberdade. Diante deste paradigma do Estado, torna-se possível, finalmente, a inclusão dos Direitos difusos (que viabilizam a *actio* à uma coletividade despersonalizada) aos Direitos anteriormente garantidos (Direitos individuais, políticos, econômicos, sociais, coletivos e individuais homogêneos) e, na tentativa de buscar a almejada inseparabilidade<sup>328</sup> dos mesmos, surge a expressão culminante da sustentação de todo o momento internacional do Direito: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). É a nova *politia* universal do Direito para todos os homens em todos os quadrantes e momentos, ou seja, universal tanto sob o aspecto da generalidade quanto da abstratabilidade, suportada pelas demais categorias, que ultrapassam tudo o que se pode chamar de normativo até então.

A pessoa humana definitivamente toma o lugar central de todo o ordenamento jurídico, seja o nacional, seja o internacional. Este é o ponto característico de toda a consciência jurídica em seu desenvolvimento histórico-racional, resultando na formação de um homem livre, dotado do saber de sua liberdade. Liberdade dada *a priori*, fundada no princípio de ordem da razão, dialeticamente construída, que situa-se em plano oposto (antitético) ao da experiência. Com efeito, o que temos é o ser fundando-se no racional do dever ser:

social, transportando os Direitos Fundamentais em Direitos subjetivos de liberdade e normas objetivas de princípios com validade em todos os âmbitos jurídicos.

<sup>328</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito Constitucional I – Tomo II. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, pág. 30.

SER	RAZÃO	DEVER SER
(VIDA-	(ORDEM	(LIBERDADE-
RACIONAL)	JURÍDICA)	RACIONAL)

## 10 DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

O Direito Contemporâneo, diante dessa dialética, só pode ser entendido como desenvolvimento da idéia de ordem-justa fundada em garantias para a própria liberdade da pessoa. Para tanto, as regras universais capazes de controlar atos de vontade e, sobre estes, fazerem incidir conseqüências, só existem devido as categorias da exigibilidade, irresistibilidade e bilateralidade que, universais, ensejam a força aparelhada capaz de garantir a decisão objetiva universal.

## 11 DA CONSCIÊNCIA JURÍDICA UNIVERSALISTA COMO CONSTRUÇÃO JURÍDICA DO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO SUSTENTADA NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA ROMANA

A consciência jurídica, apriorística a essa dialética da lei moral e da liberdade, é exatamente aquilo que tange os limites do jurídico e,

pela sua universalidade, é capaz de interiorizar para o Direito a consciência moral (ou qualquer outra forma de consciência) para tornar sua matéria imanente ao jurídico, ou seja, lei jurídica. Note-se que a consciência jurídica é pura e simplesmente o substrato do Direito, em que a universalidade objetiva do *ethos* e a universalidade transubjetiva do nós são a exata medida do universal do Direito (universalidade material de valores universalmente tribuíveis e universalidade formal de toda a sociedade, como caracteriza Salgado<sup>329</sup> diante da obrigatoriedade do Direito).

Do universalismo do Direito, enquanto manifestação exterior, ligado a esfera da eticidade que lhe serve de contraponto relacional, mormente o justo-intersubjetivo, surge o sujeito de Direito universal. Note-se: o justo é intersubjetivo pela relação entre as partes que dele participam em sua esfera jurídica, visto que não é possível conflito de interesses sem essas duas esferas, ou seja, dois sujeitos de Direitos subjetivos universalmente tribuíveis, erguidos diante de uma sociabilidade, que é a esfera de relacionamentos de sujeitos.

De outra forma, ele é subjetivo quando posto unilateralmente pelo terceiro neutro: o juiz é a medida da justiça e, para tanto, põe a justiça como produto de uma consciência, que pressupõe englobar todo o caráter da equidade (aplicável ao caso concreto) em um só ser, em uma só consciência. Para tanto, o bem jurídico precisa apresentar estrutura ôntica passível de valoração, estrutura *a priori*, tornando o

<sup>329</sup> SALGADO, J. C. A Experiência da Consciência Jurídica em Roma – Política. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais. Edição Nº 01 de 2001 - Ano XIX.

sujeito cognoscente capaz de lidar com o processo normativo a partir do cerne do bem jurídico.

A confluência da liberdade com a igualdade, como querem Aristóteles e Kant, só pode ser encontrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), onde a pessoa é o cerne de todo o ordenamento internacional na sua completude: a garantia da liberdade passa a um nível superior, ou seja, aquilo que podemos chamar de dignidade humana, porquanto liberdade no agir amparada por um pano de fundo de igualdade de oportunidades (igualdade eqüitativa de oportunidades<sup>330</sup>).

A consciência jurídica universal, nesses termos, encontra-se com todos os valores da ação, no que poderíamos chamar de prudência jurídica, diante da capacidade de separação do que é jurídico e do antijurídico pela dialética do justo e do injusto e, além disso, da (re)valoração proporcionada pelo próprio Direito, na construção de um ordenamento normativo (na sua completude, unidade, coerência e relacionamento com os demais ordenamentos) que possibilita, na individualidade e particularidade do sujeito, a realização da universalidade da sociedade. Portanto, a pessoa humana, enquanto unidade na pluralidade, torna-se capaz, simultaneamente, de garantir, na sua particularidade, a universalidade, pelo uso da *actio*.

## 12 TEORIA DA JUSTIÇA UNIVERSAL

<sup>330</sup> RAWLS, John. *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971.

O *Ius Gentium* apresenta-se como concepção jurídica particular do Direito e da justiça, entendida esta não necessariamente com a qualidade da universalidade, mas sempre universalista. Como Kant preconizava, a liberdade é a alicerce que sustenta a estrutura do Direito e, por essa via, o *Ius Gentium*: a sua universalidade vem ao mundo no ato de vontade que, com reconhecimento formalmente universal, funda a criação do Direito material. É a permeação da liberdade pelo “poder da autoridade”: a liberdade só é Direito quando mergulhada neste por força da reflexão, da racionalidade; é no recato da liberdade que urge o Direito. A justiça é, nesse diapasão, a racionalidade imanente ao Direito Positivo, capaz de abarcar a transdisciplinariedade como conteúdo, mas sempre juridicamente pensada e refletida. Urge, portanto, a idéia de justiça como um liame da racionalidade no horizonte jusfilosófico e que, sem um princípio distributivo no plano internacional, dificilmente se pode falar em uma sociedade internacional justa. Por isso mesmo a idéia de justiça é a raiz de tais princípios, diante de um processo de formação de um cenário “eminente justo” (no sentido da *summa* busca pela idealidade ontológica do social na reflexão da gnose puramente justa), porquanto da generalidade e abstratabilidade com que lida.

Assim, as raízes da justiça no cenário internacional encontram-se em Kant. Conjecturando a reconstrução kantiana por Salgado<sup>331</sup>, a idéia de justiça em Kant pode ser recomposta em três limites, sendo a

liberdade de participação na sociedade e a inclusão no que se poderia chamar de “igualdade de oportunidades” o fundamento da consciência jurídica universal. Assim, o mundo contemporâneo percebe a Declaração Universal dos Direitos Humanos como realização dos três valores mais respeitáveis: a igualdade, a liberdade e o trabalho-valor. São, portanto, as finalidades do próprio Direito, unindo a solução de conflitos a partir de um processo argumentativo-dialético (daí, mais uma vez, a necessidade da dialeticidade em nosso método), qual seja, o contraditório. Assim é que o bem comum (com bases no trabalho-valor) é a exata medida de uma ordem social internacionalmente justa, ou seja, a onto-teleologia dos Direitos Humanos. A legitimidade do Direito vem da justiça, alcançada, esta última, pela racionalidade. Deste modo,

Eis como a justiça no mundo contemporâneo se manifesta: como efetivação da liberdade na forma de Direitos subjetivos e fundamentais, universalmente reconhecidos numa ordem normativa livremente posta.<sup>332</sup>

## 13 A CONSCIÊNCIA JURÍDICA UNIVERSAL EM ÂMBITO UNIVERSALISTA

<sup>331</sup> SALGADO, J. C. *A Idéia de Justiça em Kant*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

<sup>332</sup> SALGADO, J. C. *A Experiência da Consciência Jurídica em Roma*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte/MG, 2002.

O Direito Internacional, nesse quadro, busca a contenção da referida “irracionalidade”, derivada, no plano internacional, do “poder” (mediante o uso da força aparelhada). O que se percebe é uma *actio* de caráter não apenas universal, mas universalista, pois abarca um conjunto superior a simples união de interesses em busca da solução de conflitos, mas que se sujeita a própria representatividade-subjetivada, de onde emerge uma “vontade nacional”, ou seja, comum, superior a *actio* de cada um. Esta “vontade nacional”, por sua vez, está contida dentro de uma “vontade global”, ou seja, a formação resultante da confluência de “vontades nacionais” mais a variável “Direito”, culminando numa necessidade preeminente de busca pela autopreservação: a paz, como expresso na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948) é produto da racionalização da consciência jurídica universal em âmbito universalista, que só encontra um fim no próprio existir, qual seja, a razão de ser por si exatamente porque é para si.

Não obstante, quando a consciência jurídica em sentido formal tange o perímetro do universalismo, sofre influência direta dessa mesma variável, mas de forma diferente do que ocorre no plano interno, qual seja, o “poder individual” (pois o sujeito é capaz de atuar pela *jurisdictio*) e que, no plano internacional, mostra-se com todo seu vigor e intensidade: as relações que englobam os Estados, e não os indivíduos, se realizam numa constante tensão entre as esferas de Direitos que, a todo momento, encontram-se em um conflito de interesses imanente à própria “estrutura de disparates” presentes no

social (ou seja, a falta de “igualdade eqüitativa de oportunidades”): o Direito fica obrigado a reger um sistema de desconformidades tão alarmantes que a sua sustentação depende da consciência jurídica enquanto pautada no *consensus*, eminentemente discordante, mas que surge de forma impositiva e garante a vigência de uma ordem (mesmo que sobre uma base de tensão entre as diversas esferas estatais).

O Direito, nesse âmbito universalista, não pode ser observado como dialética, mas deve ser entendido diante de uma metodologia “trialética”: o justo, o injusto e o Direito são caracteres fundamentais desse processo (superestrutura) em desenvolvimento, erguido sobre uma base (estrutura) dialética do fato e do posto, onde ocorre uma constante (re)avaliação do próprio Direito. Note-se: poder aqui não se refere a autoridade capaz de utilizar-se da força justa para por normas, mas a algo político-jurídico, entendido como um limite a esfera jurídico-política de organização internacional na seara da liberdade, que existe, somente, para fins de automanutenção.

Portanto, o sujeito sofre uma involução de sua própria consciência jurídica, que atinge a dialética da razão como esfera subjetiva, onde encontram-se imersos o Direito subjetivo e o dever jurídico. É como se operasse no indivíduo toda a universalidade da humanidade. Entende-se melhor se colocarmos da seguinte forma: os Direitos Fundamentais como junção da *lex (voluntas)*, *ius (prudens)* e *actio*, numa inseparabilidade própria na consciência jurídica, percebem que a solução de conflitos depende de garantias que suportem as condições do indivíduo. E essa é a medida do “justo

universalmente”, situado na seara da igualdade de oportunidades para fins de paz perpétua, urgindo a proteção da pessoa humana como fim do Direito Internacional.

## 14 DA IDÉIA DE JUSTIÇA NA CONSCIÊNCIA JURÍDICA UNIVERSAL EM ÂMBITO UNIVERSALISTA

O Direito Internacional é a busca por um sistema organizacional de solução de conflitos, no âmbito construtivista de uma ordem justa, fundada na racionalidade e assentada numa comunidade dialógica-comunicacional universalizada de relacionamentos *supra*-nacionais. A reconstrução da idéia de justiça, ou seja, o processo de racionalização crescente do Direito ao redor de uma espiral evolutiva, composta de *gaps* dialéticos que se fundamentam numa gênese-imputacional de caráter jurídico, gira em torno daquilo que se pode chamar de “construir-se a si mesmo”. É um processo *in fieri*, da justiça como projeto de dever ser da sociedade na consciência jurídica, atingido âmbito universalista exatamente ao tangenciar o Direito Internacional.

Perante a metafísica do objeto, o Direito Internacional ainda presenciava-se como névoa, num processo de formação ainda incipiente, diante da tentativa de balancear os conflitos internacionais e realizar a igualdade do Um perante o Outro. O equilíbrio não se

encontrava nas medidas preventivas, mas na consolidação do *ius ad bellum*, ou seja, no Direito que garante a justiça *supra*-nacional. Nesse primeiro ser, peremptoriamente inconsciente de si, ele não se abaliza na pessoa humana, ou seja: o Direito Internacional ainda não percebe a totalidade do Direito, nem seu cerne na pessoa, mas apenas o Estado aparece como sujeito e detentor de Direitos fundados numa esfera de valores e garantias simples ao indivíduo. Não se encontram os Direitos Fundamentais como base do ordenamento e, por esse motivo, encontra-se distorcida a ótica de sua própria finalidade. O Direito para o Estado é um Direito sem legitimidade. Destarte, a consciência jurídica universal não incorporou a realidade objetiva da justiça para a pessoa humana: ele alcança apenas os limites operacionais do sujeito de Direitos (o Estado). O Tratado de Westphália é o próprio embasamento histórico-fático do aqui exposto, servindo como ponto de partida para essa edificação: o Direito Internacional, como consciência jurídica parcial e sem meios de exigibilidade universalista, esbarra nas fronteiras do poder de *imperium* que ostenta uma força ainda “descontrolada”, ou seja, constituída sob o domínio do mais forte.

Não obstante, enquanto escalão de um novo pensar, a filosofia do objeto sustenta-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) enquanto fenômeno histórico-evolutivo de racionalização humana, acrescida pelas influências do racionalismo (Descartes) e do empiricismo (Bacon), através da gnose do sujeito de Direitos a partir do objeto, qual seja, do dever jurídico,

dialeticamente. A nova concepção do Direito desenvolve-se no afã do criticismo kantiano: a sua fundamentação não é somente a igualdade universal, mormente dos Estados, mas tange a humanização do Direito enquanto percebe (note-se: apenas encontra, e não literalmente protege e satisfaz de garantias) a pessoa humana como núcleo do ordenamento. Nesse progresso dialético e diante da universalização da Declaração (1789) enquanto produto de um jusnaturalismo exacerbado que vislumbra o Direito dos Povos como supremacia e soberania, ergue-se a necessidade da liberdade do indivíduo; liberdade, esta, que deve ser distribuída igualitariamente.

A Declaração dos Direitos Humanos da ONU (1948), nada obstante, faz parte de um terceiro momento (a síntese dialética), donde urge o trabalho-valor como fusão das desigualdades e garantias não materializadas pelo Direito. E note-se, aqui, a amplitude da expressão; seu universal está no Direito Internacional, abarcando o Direito Interno: a consciência jurídica assume o papel de desvencilhar a hierarquia de poderes na assunção de uma ordem mundial integradora e unificadora da liberdade na igualdade (“equalização das desigualdades”), numa síntese dialética do ordenamento normativo que se expande na direção da pessoa humana. A barreira, nessa figuração, é o próprio poder. Não o poder jurídico, mas o político.

O Direito almeja, nesse âmbito político-jurisdicional, regular o político para garantir a sua própria legitimação enquanto esfera racional justa e, portanto, arremata seu imperativo categórico na contundente conclusão hegeliana de que “todo real é racional e todo

racional é real”. É a dialética do sujeito-e-objeto (entenda-se: o sujeito é sempre a pessoa humana, que domina e nunca é, pelo objeto, dominada), enquanto entrevisto o Direito como teoria kantiana e hegeliana, simultaneamente. O escravo, enquanto expressão da pessoa numa manifestação da dialética-total hegeliana, é exatamente o sujeito da luta pelo reconhecimento da liberdade de cada um; encontra-se livre exatamente pela condição de saber-se dotado dessa liberdade; enquanto produtor e alienante do senhor que desconhece a própria produção. O trabalho é o fundamento dessa liberdade; não de forma pura e simples, mas como liberdade consciente: o homem se realiza enquanto senhor da natureza, numa tentativa de “antologizar” o natural, ou seja, na adaptação da natureza para a liberdade humana, porquanto o primeiro é sujeito “dominador”. O ser é livre na própria realização do Direito.

O resultado dessa dialética é o Estado Democrático de Direito, fundado sobre o aparato internacional e universalista da Declaração Universal dos Direitos Humanos: a culminância da dialética é o exato momento da consecução e cumprimento de todos os Direitos Fundamentais numa ordem internacional que imponha deveres a uma ordem interna, viabilizando a dignidade da pessoa humana.

O Direito manifesta-se não somente como universalidade da lei, com expressividade social, aceita pelo indivíduo, mas exatamente como expressividade da Ética Justa. Como posto anteriormente, Direito não é Ética, mas manifestação peremptória da expressividade Ética. Direito, para tanto, é o momento de interiorização da lei,

padronizando concepções e comportamentos, diante da realização interna do indivíduo de um juízo valorativo próprio de conveniências quanto ao seu agir, pois que o sujeito busca sempre a realização do Bem (entenda-se por Bem o Bem Subjetivo, mesmo quando este é dotado de fins sociais. O Bem é sempre um “Bem egoísta”). Note-se: o Direito não é apenas “internalização” que passa pelo juízo do indivíduo, mas é juízo comparativo, mormente com uma ponderação de valores que viabilizam a consecução dos fins queridos pelo indivíduo.

Direito é Ética Justa, entendido no sentido da sua universalidade que se contrapõe diretamente à singularidade da moral. Note-se que Direito não é, propriamente, Ética, mas uma nova estrutura (daí a raiz do nosso método) sustentada sob a égide do imperativo categórico kantiano com expressão hegeliana (“todo real é racional e todo racional é real”). Mas, a todo momento, Direito é Ética Justa subjetiva, para cada um, baseado em um rol argumentativo e dialógico. Logo, Direito é a garantia da eficácia da Ética Justa para consecução da vontade particular do indivíduo, na medida em que a Ética é resplandecer social.<sup>333</sup>

<sup>333</sup> Apesar de parecer paradoxal tal afirmativa quanto ao pensamento kelnesiano, nossa teoria arraiga-se em seu núcleo: apesar de positivista, Kelsen não consegue dissipar Direito e Democracia e, nessa via, precisa sempre tangenciar o social ( Ética ) enquanto moral, para erguer o jurídico ( Justo ), consubstanciando uma verdadeira Ética Justa como núcleo do positivismo -

democrático. A ligação com a teoria kelnesiana será desenvolvida em trabalho posterior.