

Existencialismo e Direito no pensamento de AluÍzio Ferraz Pereira

ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA *

1. Foi assaz limitada, quando não mesmo praticamente nula, a atenção reflexiva conferida pelos filósofos existencialistas à ética e ao direito, como foi, igualmente, muito escassa a projecção que o modo de pensar existencial encontrou no domínio filosófico-jurídico.¹

Se, no que respeita aos problemas éticos, apenas Sartre, nos dois *Cadernos para uma Moral*, redigidos entre 1947 e 1948, mas só publicados após a sua morte, tentou dar execução à promessa feita, na conclusão de *O Ser e o Nada* (1943), de consagrar a sua obra seguinte ao problema moral, já quanto ao direito nada de significativo se acha na obra da generalidade dos pensadores da existência, com excepção das páginas que o mesmo Sartre lhe dedicou, incidentalmente, no primeiro dos referidos *Cadernos*, em que aquele aparece pensado como apresentando o duplo aspecto de *não-ser*, enquanto valor e negação do real, e de *ser*, enquanto sistema jurídico real de uma sociedade, constituindo, originariamente, a negação de toda a realidade, como afirmação de cada caso particular do não-valor do reino do ser, como destruição generalizada de tudo o que é.

Veio a ser, contudo, no pensamento de Heidegger de *Ser e Tempo* (1927) e não no do autor da *Crítica da Razão Dialéctica* que se inspiraram alguns jurisfilósofos germânicos, bem como aquele que algum eco encontrou no mundo de língua portuguesa, vindo a ser, porém, na *Teoria Ecológica do Direito*, do argenti-

JURISMAT, Portimão, 2022, n.º 16, pp. 17-25.

* Antigo professor da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona.

¹ Cfr. Giuseppe Lumia, *O existencialismo perante o direito, a sociedade e o Estado* (1951), trad. port. Adriano Jardim e Miguel Caeiro, Lisboa, Liv. Morais Editora, 1964.

no Carlos Cossio (1905-1987) que a filosofia do autor de *Kant e o problema da metafísica* marcou maior presença.

Na Alemanha, juristas-filósofos como Werner Maihofer, Eric Fechner e Hans Welzel sustentaram que o direito tinha sempre uma dimensão de inautenticidade, externa, genérica, tipificada, mundanal, constituindo os preceitos jurídicos normas mecânicas, desprovidas de verdadeira vitalidade, que exprimem apenas uma dimensão genérica, quotidiana, de que se encontraria ausente a autenticidade pessoal de cada sujeito jurídico e em que a pessoa sacrificava o seu ser próprio e autêntico ao imperativo heterónimo do mundo comum. Daí, que, paralelamente, hajam procurado um fundamento para o direito quer tentando recuperar a ideia de “natureza das coisas”, quer buscando uma nova compreensão do Direito Natural como um Direito Natural em devir, que fosse uma transcensão do direito positivo ou se fundasse no princípio material imanente da autonomia moral da pessoa, entendida esta à maneira existencial, e na estrutura ontológica da acção humana.²

2. A tentativa, infelizmente fracassada, de fundir a teoria normativa kerseneana com a visão fenomenológico-existencial de Heidegger, que foi o intento especulativo consubstanciado na teoria egológica do direito do mestre bonaerense veio a constituir a mais significativa expressão que o pensamento do filósofo da Floresta Negra encontrou no domínio filosófico-jurídico, a qual, não só obteve a expressa adesão de António Luiz Machado Neto,³ como mereceu demorada atenção crítica por parte de alguns dos mais destacados e representativos jurisfilósofos brasileiros e portugueses, desde a primeira metade da década de 40 de Novecentos, em que, entre outros, dela se ocuparam Miguel Reale,⁴ António José Brandão,⁵ Cabral de Moncada,⁶ José de Sousa e Brito,⁷ António Castanheira Neves,⁸ ou Carlos Condeixa da Costa,⁹ cumprindo, ainda, registar a publica-

² Cfr. A. Braz Teixeira, *Sentido e valor do direito. Introdução à filosofia jurídica*, 4ª ed., Lisboa, INCM, 2010, pp. 220-226 e 240-246.

³ “O egologismo existencial como filosofia da ciência jurídica”, *Rev. Brasil. Fil.*, nº 55, 1964, “Um curso egológico de Filosofia do Direito”, *id.*, nº 83, 1971, “Algumas contribuições de Carlos Cossio a uma eidética sociológica”, *id.*, nº 103, 1976 e *Teoria da Ciência Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1975.

⁴ “A teoria egológica do Direito” (1944), *Horizontes do Direito e da História*, São Paulo, Saraiva, 1956.

⁵ “A teoria egológica do Direito” (1946), “O problema das lacunas” (1947) e “Fenomenologia da sentença” (1947), *Vigência e temporalidade do Direito e outros ensaios de filosofia jurídica*, vol. II, Lisboa, INCM, 2001, pp. 273-308.

⁶ “Kelsen-Cossio” (1952) e “Verdade e Direito” (1955), *Estudos de Filosofia do Direito e do Estado*, vol. II, Lisboa, INCM, 2004, pp. 319-337.

⁷ *Fenomenologia do Direito e Teoria Ecológica*, Lisboa, 1963.

⁸ *Questão-de-facto e questão de direito*, Coimbra, 1967, p. 843.

⁹ *O conceito de liberdade na Teoria Ecológica do Direito*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

ção de diversos textos de Carlos Cossio, directamente em castelhano ou em tradução portuguesa, tanto em Portugal como no Brasil.¹⁰

3. No pensamento jurisfilosófico português contemporâneo, a filosofia existencial, nomeadamente o pensamento do autor de *Ser e Tempo*, encontrou eco em autores como António José Brandão,¹¹ Delfim Santos¹² ou João Baptista Machado,¹³ sem prejuízo do carácter próprio e original da reflexão de cada um deles, enquanto, no Brasil, o pensamento heideggerino, que mereceu atenta consideração ou exegese por parte de pensadores e hermeneutas como Vicente Ferreira da Silva (1916-1963), Eudoro de Sousa (1911-1987), Maria do Carmo Tavares de Miranda (1926-2014), Emanuel Carneiro Leão (1927) ou Emildo Stein (1934), não deixou, igualmente, de ser um dos elementos que, no domínio antropológico, foi tido em conta no criticismo histórico-axiológico e na teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale (1910-2006), tendo vindo a inspirar, de modo decisivo e essencial, o pensamento filosófico-jurídico de Aluízio Ferraz Pereira (1922-2010), tal como se exprimiu, em 1978, na sua tese para o concurso de livre-docente de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito de São Paulo, cadeira cuja regência assegurou, durante alguns anos, sucedendo a Renato Cirell Czerna.

Ao intitular a sua tese *Fundamento do Direito e do Estado*,¹⁴ o pensador paulista retomava o tema que, cerca de quatro decénios antes, e com idêntico fim, Miguel Reale versara nas duas obras que, para o efeito, redigira e que passaram a constituir dois marcos da reflexão filosófico-jurídica luso-brasileira contemporânea: *Fundamentos do Direito*,¹⁵ em que se encontrava já, em germe, a *teoria tridimensional do direito* a que daria forma sistemática cerca de três décadas mais tarde¹⁶ e *Teoria do Direito e do Estado*,¹⁷ daquela primeira complementar.

¹⁰ “Norma, Direito e Filosofia”, *Bol. Fac. Dir. Coimbra*, vol. XXIII, 1947, “Sobre as relações da Filosofia do Direito com a ciência jurídica”, *Bol. Min. Justiça* (Lisboa), nº 3, 1947, “O problema da coordenação das normas jurídicas com especial referência ao problema da causa em direito”, *id.*, nº 12, 1947, “La norma y el imperativo en Husserl: notas analíticas para su estudio”, *Rev. Brasil. Fil.*, nº 37, 1960 e “La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época”, *Anais do IV Congresso Nacional de Filosofia*, São Paulo-Fortaleza, 1962.

¹¹ *O Direito. Ensaio de Ontologia jurídica*, Lisboa, 1942 e *Vigência e temporalidade do Direito*, Coimbra, 1943.

¹² “Psicologia e Direito” (1948) e “Direito, Justiça e Liberdade” (1949) *Obras completas*, 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, vol. II.

¹³ *Antropologia, existencialismo e Direito*, Coimbra, 1965.

¹⁴ *Fundamento do Direito e do Estado*, São Paulo, Rev. Tribunais, 1978.

¹⁵ *Fundamentos do Direito*, São Paulo, Rev. Tribunais, 1940.

¹⁶ *Teoria tridimensional do direito*, São Paulo, Saraiva, 1968.

¹⁷ *Teoria do Direito e do Estado*, São Paulo, Martins, 1940.

Se era idêntico o tema tratado pelos dois jurisfilósofos paulistas, bem diversa era, contudo, a perspectiva de que o consideravam, pois, enquanto o grande renovador da reflexão filosófico-jurídica brasileira partira do neo-kantismo, combinado ou completado pela noção husserliana de *a priori* material, elemento fundamental do seu criticismo histórico-axiológico, o seu discípulo pensava o direito e o Estado dentro dos quadros da filosofia da existência heideggerina, tal como se consubstanciara em *Ser e Tempo*.

4. O ponto de partida da reflexão de Aluizio Ferraz Pereira era o de que, tendo o direito e o Estado relação com o que há de essencial no homem, apenas seriam compreendidos ao explicitar-se, “antes ou simultaneamente, a natureza do homem”, o qual se lhe apresentava como o ente que compreende porque se compreende a si próprio, cumprindo, contudo, ter em conta que a compreensão do homem unicamente se aclara e aprofunda quando o mesmo homem se torna patente nas suas estruturas, por via da sua *explicitação* ou *interpretação*, em que sua verdade se manifesta no *seu ser*, buscando o seu próprio destino no sentido proveniente do *ser em geral*.

Justificava o pensador paulista a sua opção pelo pensamento heideggerino, por pensar haver ele criado o método que conduz à vizinhança do ser, método que, sendo o próprio da fenomenologia existencial, é “especulativo-hermenêutico”, fundado na compreensão.

Deste modo, para o filósofo-jurista, situando-se na perspectiva fenomenológica existencial, a sua pesquisa filosófica adoptava o critério histórico da contemporaneidade, conforme a *história do ser*, seguindo, fielmente, a observação e a experiência, em particular a experiência social, jurídica e política, e usando a lógica dialéctica, subordinando, no entanto, “todos os recursos substanciais e todos os processos metódicos à hermenêutica”.¹⁸

Notava Aluizio Ferraz Pereira que, sendo a consideração radical aquela que indaga do fundamento, pesquisar o direito até ao fim seria, necessariamente, buscar o seu fundamento, uma vez que fundar é, necessariamente, fundar no ser.

Assim, a interrogação sobre o ser do direito não poderia deixar de envolver a pergunta sobre a sua razão suficiente, as suas condições de possibilidade, o seu fundamento, o sentido da sua relação com o ser do homem e com o ser em geral.

O método hermenêutico-existencial adoptado pelo jurisfilósofo brasileiro levava-o a entender que era da existência que surgiria a compreensão do ser do

¹⁸ *Ob. cit.*, pp. 15-19.

direito, a partir da qual seria possível determinar o conceito adequado ao respectivo ser.

Ora, o direito, em primeira instância, apresenta-se como fenómeno dos homens em sociedade, o que significaria que o ser do direito deveria procurar-se nos homens enquanto existentes ou enquanto entes sociais, devendo, assim, ser ao existente que cumpriria perguntar sobre o ser do direito, pois “o homem é um ente que, em seu ser, se refere sempre ao ser em geral”, o que faz que a ontologia fundamental, de que todas as outras derivam, tenha que ser procurada na analítica do existente humano ou ser-aí (*Dasein*) e não já, como fazia a ontologia tradicional, no ente do mundo ou da natureza.

Tal analítica revelaria que ser para o homem enquanto existente ou ser-aí significa *ser com o mundo* e *ser com o outro*, que ele existe como *poder ser* ou fonte de possibilidades, as quais dão origem ao sistema de relações que é o mundo, em que cada ente intra-mundano, coisa ou objecto, ocupa um lugar sempre relativo ao existente humano, ou ser-aí.

Por sua vez, as possibilidades de que o existente é fonte revelariam que a temporalidade constitui um fenómeno exclusivamente inerente ao mesmo existente humano, o qual se acha sempre perante a opção inevitável entre “agarrar o seu próprio ser e nele perseverar ou omiti-lo e deixá-lo escapar-se, ou, ainda, em reformar-se para recuperá-lo”, ou seja, entre a existência *autêntica* e a *inautêntica*. Será na tensão entre estas duas formas antagónicas de existência que se manifesta o ser do existente ou do ser-aí como *cuidado* que se “agita no tempo e se efectiva na história”.¹⁹

5. Para Aluízio Ferraz Pereira, o fenómeno jurídico aparece como constituindo um modo de ser do existente humano (ser-aí) enquanto originária e constitutivamente ser-no-mundo e ser-com-outrem, ser em comum e coexistência.

Ora se, como vimos, o ser do existente humano (ser-aí) é *cuidado* e se o jurídico é uma estrutura existencial particular, necessário será concluir que o jurídico é uma forma de *cuidado*, assim como a justiça é, igualmente, modo de *cuidado*.

Assim, para o jurisfilósofo paulista, “o jurídico é, ontologicamente, um existencial constitutivo de todo o ser-aí, possuindo carácter concreto e universal”, pelo que, desde que o ser-aí exista, no seu ser originário e simples, estará o jurídico como algo que lhe é inerente, que emerge na existência humana, manifestando-se na situação em que cada um de nós se encontra. Daí que estejamos sempre

¹⁹ *Ob. cit.*, pp. 85-94.

“numa situação de justiça ou de injustiça uns em relação aos outros”, no mundo em que nos encontramos e que temos a possibilidade de clarificar e projectar.

Deste modo, interrogar o ser-aí revela-se a via mais directa para buscar o jurídico, o que significa, igualmente, buscá-lo na essência do social, uma vez que o ser-aí, sem deixar de ser ele-mesmo, é também ser mundano e social. Daqui decorreriam, então, duas conclusões evidentes: a de que o ponto de partida da determinação do jurídico terá que ser hermenêutico e a de que é no plano ontológico e ôntico e não já epistemológico ou gnosiológico que essa determinação deve fazer-se.

Por outro lado, se o ser-aí é constitutivamente quotidiano e mundano e se a juridicidade é um modo de ser do ser-aí, imperioso será concluir que, tal como a existência do existente humano, também o modo de ser jurídico poderá ser *autêntico* ou *inautêntico*, vindo a corresponder o primeiro à justiça e o segundo ao direito.

Com efeito, o ser jurídico, enquanto estrutura existencial descrita como modo de ser-com-outrem é sempre dirigido para um ente intra-mundano, seja um ser-aí que é o objecto de *solicitude* ou *assistência*, a qual constitui modificação do *cuidado*, seja uma coisa ou em “ente disponível”.

Para Aluizio Ferraz Pereira, o direito aparece, assim, antes de mais, como *assistência* ou *solicitude*, enquanto o descaso, a indiferença e outras atitudes negativas relativamente aos coexistentes ou o individualismo extremo que subjaz às relações excessivamente competitivas do Estado liberal são modos deficientes da *solicitude*. Notava, contudo, o jurista-filósofo paulista que a *solicitude*, tal como a *preocupação*, era uma forma quotidiana e ordinária do mundo, constituindo a “estrutura indiferenciada” do direito, pelo que haveria tantos modos de direito quantos fossem os modos positivos da *solicitude*, a qual poderia assumir duas possibilidades extremas.

A primeira consistiria em esta forma do *cuidado*, para afastar as preocupações de outrem, chegar ao ponto de se lhe substituir, acabando por colocar os existentes numa posição de total dependência e sujeição, como acontece com o Estado burocrático ou com os *media*.

A segunda, pelo contrário, seria a possibilidade de uma *solicitude* dos poderes políticos e económicos que, em vez de procurar substituir-se ao súbdito, buscasse precedê-lo nos poderes da sua existência, para lhe restituir os seus *cuidados*, ajudando o cidadão, enquanto ser-aí, a revelar-se a si mesmo, e a tornar-se livre para o seu *cuidado*.

Dado que o existente apenas se compreende ao compreender o mundo e o outro, o fenómeno da solicitude configura-se como constitutivo da relação ontológica do ser-aí com o mundo envolvente que o preocupa, bem como da relação autêntica do ser-aí com o seu próprio ser.²⁰

Advertindo que o definir o direito com a modalidade inautêntica da juridicidade não implica uma conotação pejorativa nem moralizante, já que o ponto de vista da sua análise é descritivo e não valorativo ou moral, Aluízio Ferraz Pereira prossegue a sua inquirição notando que no *cuidado* que é o existente radicam duas possibilidades extremas: o *medo* e a *angústia*. O primeiro oculta-se sob a múltipla aparência da preocupação, enquanto é na segunda, “aberta ao abandono para a morte”, que a liberdade encontra a verdade, que se manifesta quando o ser, simultaneamente, se *desvela* e se *oculta*.

6. Notava, a este propósito, o autor de *Fundamento do direito e do Estado* que, ao lado da *angústia*, também a *consciência moral* pode revelar o existente humano a si mesmo, permitindo-lhe experienciar uma existência de queda e dispersão.

Constituindo um “apelo mudo”, contra o qual são impotentes a inteligência e o discurso, o apelo da consciência moral chama o existente humano ou o ser-aí, acordando nele “uma angústia antiga e presente”, lembrando-lhe a verdade da sua condição e desvelando-lhe possibilidades esquecidas ou encobertas, fazendo-o sentir-se culpado, ao evocar a sua derrelicção originária e ao convidá-lo a dar efectividade a possibilidades inalienáveis.

A *culpa* que o ser-aí sente não é, pois, tanto a que decorre de haver causado dano a outrem ou de o ter privado de alguma coisa ou direito, mas é a privação de que o mesmo ser-aí padece, a negatividade que nele próprio reside, o ser ele um ser-culpado original, tendo, por isso, a sua culpabilidade origem ôntica, pelo que deverá ser compreendida ontologicamente.

Assim, ao tomar consciência desta sua situação original, o ser-aí experiencia o nada que o precede, o espera e o acompanha, que está nele, o nada de um ente que é o fundamento da negatividade e da culpa, e que, do mesmo passo que é causa da negatividade que produz noutrem, é, igualmente, elemento inerente ao *cuidado* e dele inseparável. Deste modo, o ser-aí apresenta-se constituído por uma culpabilidade essencial relativamente aos outros e a si próprio, insusceptível, por isso, de ser extirpada ou eliminada, pelo que será necessário concluir

²⁰ *Idem*, pp. 175-181.

que “não somos culpados porque perpetramos pecados e delitos, mas, pelo contrário, cometemos faltas porque somos culpados fundamentalmente”.²¹

Pensava o jurista paulista ter o fenómeno da culpabilidade fundamental do existente humano muito que ver com a juridicidade, nomeadamente com o seu modo autêntico que, para Aluísio Ferraz Pereira, seria a justiça, tal como a filosofia antiga a entendeu, i.e., “como constante e perpétua vontade de dar a cada um o seu”, o que significava consistir a injustiça em não dar a cada um o seu, em privá-lo do que lhe pertence, o mesmo é dizer que o fundamento da injustiça se acha na negatividade do ser-aí, na sua culpabilidade radical e originária.

Ora, perante ela, o existente humano pode seguir duas vias diferentes. A primeira será a de se confiar inteiramente à juridicidade da existência quotidiana, que constitui o direito, enquanto a segunda será a de buscar o modo do jurídico que se manifesta na existência autêntica e radica no *cuidado* e na culpabilidade, que é a justiça.

Deste modo, a justiça vem a encontrar, igualmente, na culpabilidade o seu fundamento, realizando, com base no ser-com-outrem, a juridicidade da existência autêntica, a qual não pode deixar de englobar o fenómeno da equidade e de implicar ou pressupor o reconhecimento da alteridade dos coexistentes.

Seria, especificamente, este reconhecimento que revelaria a insuficiência da noção aristotélico-romana de justiça, ao restringir ou limitar o *seu* ao *haver*, ao *domínio* ou a *propriedade* de coisas, regido pelas normas em geral, pelo direito, que, como vimos, é modo de ser inautêntico da juridicidade.

Com efeito, a juridicidade autêntica, i.e., a justiça, apenas admite como princípio: o *seu ser a cada um*, do que decorrerá que o fim do direito e do Estado só poderá ser o de contribuir para garantir a *cada um o seu ser*, a realização, na história, das possibilidades da existência autêntica.

Deste modo, para Aluísio Ferraz Pereira, o fundamento do direito, como ser jurídico constitutivo, vinha a ser o modo de ser inautêntico do existente humano ou ser-aí na existência dominada pela impessoalidade genérica e mundanal, enquanto o fundamento da justiça seria o modo de ser autêntico do mesmo ser-aí, na medida em que assume, livremente, a sua situação original de cuidado que se temporaliza. De igual modo, o ser-jurídico, como modo de ser-com-outrem, vem a englobar o direito e a justiça e achar o seu fundamento último na

²¹ *Idem*, pp. 195-202.

liberdade na transcendência, do mesmo passo que o Estado de justiça se fundamenta na igualdade e na liberdade ontológicas.²²

²² *Idem*, pp. 203-221.