



Marcelo Paiva dos Santos

DA NATUREZA COMUM DA FORMA DE SER DOS
POVOS. UMA ANÁLISE JURÍDICA EM SENTIDO
NEGATIVO.

Anexo II

Dissertação de Doutoramento em Direito, na área de Ciências Jurídico-
Filosóficas, Orientada pelo Dr. José Manuel Aroso Linhares e apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Agosto/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
CURSO DE DOUTORAMENTO EM DIREITO**

MARCELO PAIVA DOS SANTOS

**DA NATUREZA COMUM DA FORMA DE SER DOS POVOS.
UMA ANÁLISE JURÍDICA EM SENTIDO NEGATIVO.**

COIMBRA

2017

MARCELO PAIVA DOS SANTOS

ANEXO II

COIMBRA

2017

SUMÁRIO

1.	AS NECESSIDADES HUMANAS E O DIREITO.	1
1.1	SOBRE A POSSIBILIDADE DA RELAÇÃO ENTRE NECESSIDADES HUMANAS E CORRELATOS DIREITOS.....	1
1.2	AINDA SOBRE A POSSIBILIDADE DA CORRESPONDÊNCIA ENTRE UMA NECESSIDADE BÁSICA DO HOMEM E UMA POSSÍVEL ESFERA DE DIREITO....	3
1.3	NOTAS CONCLUSIVAS SOBRE A APROVEITABILIDADE DA NOÇÃO DE <i>NECESSIDADES HUMANAS</i> PELO DIREITO, ESPECIALMENTE PARA A TEMÁTICA DOS (DES)ENCONTROS DAS DIFERENÇAS E A <i>FORMA DE SER DOS POVOS</i>	5

1. AS NECESSIDADES HUMANAS E O DIREITO.

1.1 SOBRE A POSSIBILIDADE DA RELAÇÃO ENTRE NECESSIDADES HUMANAS E CORRELATOS DIREITOS.

A análise da temática das necessidades humanas tem pretendido delimitar quais poderiam ser aquelas necessidades básicas que poderiam justificar uma tal relação com os direitos, ou seja, verificar se uma delas se relacionaria com alguma esfera de direito ainda não devidamente resguardada pelo Direito e que se coadunaria com os problemas decorrentes dos (des)encontros das diferenças. Ou, ainda, procurar-se-á mostrar até que ponto e de que forma as necessidades humanas básicas merecem ser albergadas pelo Direito para, então, a partir da busca do que se encontraria na origem do problema dos (des)encontros das diferenças, verificar se a essência da questão se constituiria ou não, efetivamente, em uma *necessidade humana básica*.

Neste sentido, poderiam se identificar teorias que procurariam listar as necessidades em termos de satisfazê-las de forma acumulativa e crescente – Maslow -, entendendo as mesmas enquanto *valores*, mas desde uma *ética científica*, sendo que alguns dos referidos *valores* seriam comuns a toda a humanidade, daí o entendimento dos mesmos enquanto *necessidades básicas*;¹ outros pretenderiam apresentar as necessidades enquanto pré-condições da existência humana, como pré-requisitos de uma vida autônoma nas sociedades com objetivos gerais de criação de modos de vida livres e emancipatórios – Doyal e Gough -; outros, em um viés

¹ Para o texto de Abraham H. Maslow, onde desenvolve a tese de que o ser humano inicia sua trajetória rumo à auto-realização desde que satisfeitas suas necessidades básicas, como alimentação, vestimentas e habitação: MASLOW, A. M.. **El hombre autorrealizado**. 3ª ed. Traducción de Ramón Ribé. Barcelona: Editorial Kairós, S. A., 1972. Para uma explicação da hierarquização das necessidades conforme proposto por Maslow: Ibid. pp. 203-210. As necessidades básicas seriam valores compartilhados por toda a humanidade, segundo Maslow. Ibid. p. 206. As capacidades exigiriam ser utilizadas e só cessariam em suas exigências a partir do momento que fossem realmente utilizadas de forma suficiente. Assim, as capacidades seriam necessidades para Maslow e, portanto, seriam *valores* intrínsecos. Da mesma forma que difeririam ditas necessidades, também difeririam os valores. Daí que os valores ou necessidades guardariam uma relação mútua em forma evolutiva e hierárquica, conforme uma ordem de força e prioridade. Ibid. pp. 207-208.

naturalista ou utilitarista, procurariam reduzir as necessidades a desejos e preferências regulados pelo mercado, supostamente mais eficiente do que qualquer outro instrumento estatal para o atendimento; outros, enquadrados como relativistas – Agnes Heller -, rechaçariam concepções que entendessem ser as necessidades humanas básicas *universais*, dando especial enfoque nas diferenças culturais e econômicas, relativizando com isto a importância das necessidades em si; outros, ainda, enquadrados como culturalistas – Mouffe e Laclau -, sustentariam que as necessidades seriam construídas socialmente, desde grupos concretos, e não desde sociedades, assim devendo serem reduzidas as análises.²

Para além disso, se poderia distinguir entre aquelas teorizações que partiriam do pressuposto de que a satisfação das necessidades haveria que ser pensada sobretudo em termos institucionais – Doyal e Gough – e aquelas outras que colocariam o foco das atenções nas *vidas reais*, não desconsiderando, todavia, o papel importante das instituições no referido processo – Amartya Sen -.

Procurar-se-á, desta forma, extrair os fundamentos de algumas posições no intuito de verificar se alguma delas aponta para uma base minimamente segura à verificação das relações entre os problemas decorrentes dos (des)encontros das diferenças e as necessidades humanas básicas e a possível relação que uma tal

² CABRERO, G. R.. Prólogo à obra: DOYAL, L.; GOUGH, I.. **Una teoría de las necesidades humanas**. Traducción de José Antonio Moyano y Alejandro Colás. Barcelona: ICARIA: FUHEM, D. L., 1994, pp. 14-15. (Economía Crítica – 7) No dizer de María José Añón e Javier de Lucas, a noção de *necesidades* teria passado por um processo histórico de compreensão para chegar no seu entendimento atual. Inicialmente, no âmbito da psicologia social, o que hoje é chamado de *necesidades* se subsumia a *instintos*. Houve, então, uma viragem para noções como desejos, motivos, impulsos, volições, chegando até *necesidades*. Buscou-se a superação do determinismo biológico com tal viragem, destacando-se as influências sócio-culturais no comportamento. A viragem dos instintos para as necessidades também se dera no campo da antropologia, sobretudo desde os adeptos do relativismo cultural. O mesmo se diga quanto às análises sociológicas e científico-políticas. A obra de Marx teria tido um grande peso como ponto de partida de algumas análises, destacando-se os trabalhos de Agnes Heller. Para tanto, com um detalhamento explicativo, citando as respectivas fontes bibliográficas das várias perspectivas: LUCAS, J.; AÑÓN, M. J.. Necesidades, razones, derechos. Em: **Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho**. Madrid: Prisma Industria Gráfica S.A., n. 7, 1990, pp. 55-56, nota de rodapé nº 1. O intuito dos referidos autores, partindo do pressuposto de que as necessidades exerceriam um papel de primeira ordem como razões justificativas, seria no sentido de sustentar que a função de argumentação através das necessidades consistiria em aportar boas razões para fundamentar os direitos. Ibid. p. 61.

necessidade humana, especificamente compreendida, poderia guardar com um correlato *direito*.

Contudo, se procurará, ao máximo, fugir de uma apresentação meramente descritiva das teorias em si. Priorizar-se-á uma análise crítico-reflexiva daqueles pontos detectados como vulneráveis, não deixando de destacar o que de positivo as mesmas apresentam, sobretudo se, porventura, algum proveito maior puder ser dado à possibilidade de se entender a *forma de ser dos povos* como uma *necessidade humana básica* e, a partir disto, se pretender relacioná-la a um respectivo *direito*.

1.2 AINDA SOBRE A POSSIBILIDADE DA CORRESPONDÊNCIA ENTRE UMA NECESSIDADE BÁSICA DO HOMEM E UMA POSSÍVEL ESFERA DE DIREITO.

Superada a triagem inicial quanto à possibilidade dos problemas decorrentes dos (des)encontros das diferenças serem ou não problemas *de direito*, bem como a impossibilidade de se dar uma solução, com o devido grau de justeza judicativo-decisória, à questão colocada desde os ferramentais normativos disponíveis, seja no nível intra-sistemático, seja no transistemático, o que desde logo se pode perceber é que ao Direito a relação *necessidades versus correlatos direitos* quanto mais se distancia do caráter da imprescindibilidade da necessidade, mais se verifica que ao jurídico não cabe a intervenção, ficando esta ao plano estritamente político ou político-administrativo.³

³ Neste sentido, David Braybrook observa que haveriam certos *fins* que não dependeriam do *desejo* das pessoas; seriam fins que não precisariam ser justificados ou explicados. Uma pessoa não necessitaria justificar sua intenção de viver ou funcionar normalmente. Em ambos os casos se poderia tomá-los como critérios para uma necessidade básica. BRAYBROOK, D.. **Meeting needs**. New Jersey: Princeton University Press, 1987, p. 31. Para a *forma de ser dos povos* tal observação vem ao encontro, não pelo fato de que as pessoas de um dado povo externalizem seus comportamentos típicos sem estar justificando que tais comportamentos não possam ser entendidos como uma *necessidade humana básica*, mas, sim, pelo fato de que a *forma de ser dos povos* não perde seu caráter de imprescindibilidade por simplesmente ser tratada naturalmente pelas pessoas que as portam, sem que se exija uma qualquer justificação. É justamente desde a própria forma natural com que são exteriorizadas as *expressividades comportamentais típicas* que também se pode melhor perceber o arraigamento das mesmas de forma muito profunda nas pessoas.

Contudo, mesmo uma tal restrição quanto à possível relação entre *necessidades* e *direitos* acaba por ser aproveitável quando se pensam problemas que envolvem pessoas orientadas por uma mesma ordem valorativa, membros de uma mesma cultura. Isto, porém, aos problemas de ordem prática decorrentes dos (des)encontros das diferenças apresenta-se pouco aproveitável, pois partir de uma proposta de solução que não tenha em conta a diversidade cultural quase nada resolverá em termos práticos; afinal, o que pode ser considerado como uma *necessidade humana básica* para um povo pode não o ser para outro. Ademais, a adequada compreensão de que tipo de esfera constitutiva do ser humano se trata a *forma de ser dos povos* é condição imprescindível para se concluir pela viabilidade do entendimento de referida esfera enquanto uma *necessidade humana básica* e, assim, da viabilidade de correlacioná-la a um respectivo *direito*.

A *forma de ser dos povos*, portanto, encontra aqui mais um ponto positivo para sua defesa, pois parte, justamente, da consideração da diversidade, permitindo, ainda, uma atualização temporal qualitativa, ou seja, permitindo que as mutações comportamentais de um povo possam ser consideradas ao tempo da apreciação judicial de um dado caso julgando.

Para além disso, a opção por uma dada concepção das necessidades humanas básicas pode ser de fundamental importância para os fins do Direito, pois a necessidade humana resguardada em termos jurídicos haverá que ser realizada quando da emergência de problemas jurídicos que a tenham como objeto em um caso julgando. A concepção da necessidade humana convertida em um *direito* terá uma direta relação com o âmbito de proteção a ser dado à mesma. A depender da extensão e do conteúdo qualitativo que se confira à mesma, tal será a esfera de direito a ser protegida. Pensando-se já em termos de uma possível futura fundamentalização do *direito da forma de ser dos povos*, situação essa, frise-se, que a prática judiciária, num primeiro momento, efetuará o papel de consolidação, é de se ter em conta que os direitos fundamentais possuem uma riqueza de conteúdo em seus âmbitos materiais

e normativos, o que, contudo, não permite entendê-los nem tão somente como *cláusulas gerais*, nem como *regras programáticas*.⁴

A análise acima efetuada da compreensão mais adequada que os propósitos eminentemente *jurídicos* requerem sobre as necessidades, precisa partir de um entendimento das mesmas enquanto *fins*, mas *fins valorativamente orientados*, frutos de *desejos perenes* e, assim, construídos historicamente no seio dos povos.⁵

Mesmo a assunção de um modelo de racionalidade jurídica assente em fins orientados por valores, como ocorre com o modelo subjacente à presente investigação, ainda que se coloque como um ponto de partida seguro, não consegue apresentar, por si só, uma justificativa suficientemente consistente em termos jurídicos para se defender alçar a forma de ser dos povos à categoria de um *direito*. É aqui que a análise dos elementos co-constitutivos da forma de ser povos aparece como decisiva. A percepção do enraizamento que tais formas de ser vão ganhando desde a influência que os seus variados elementos co-constitutivos vão exercendo sobre as mesmas guarda direta relação com a adequada percepção da esfera existencial do ser humano que está sendo tocada quando se fala da “forma de ser dos povos”. É isto que se procurará mostrar adiante.

1.3 NOTAS CONCLUSIVAS SOBRE A APROVEITABILIDADE DA NOÇÃO DE *NECESSIDADES HUMANAS* PELO DIREITO, ESPECIALMENTE PARA A TEMÁTICA DOS (DES)ENCONTROS DAS DIFERENÇAS E A *FORMA DE SER DOS POVOS*.

A análise crítico-reflexiva de algumas das teorias das necessidades, juntamente com a convocação de algumas posições de juristas e desde as próprias

⁴ MÜLLER, F.. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução de Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 323. (Coleção Teoria Estruturante do Direito)

⁵ *Fins*, portanto, que fujam da convocação de um discurso do tipo instrumental estratégico, do tipo *meios-fins*.

conclusões que se foram construindo, permite finalizar esta etapa da construção do enredo argumentativo que sustenta a tese proposta no sentido de que as necessidades, em termos muitíssimo específicos, podem ser consideradas enquanto elementos fundantes de certos *direitos*. Um olhar assim restritivo sinaliza, desde já, para a zona de incerteza e até mesmo mais propícia a desacertos que acertos que uma tal noção pode trazer a uma adequada compreensão do especificamente *jurídico*.

Dada a vaguidade e pluralidade de entendimentos que a noção de necessidades humanas e também a possibilidade de ter nas mesmas algum recurso argumentativo para a fundamentação/justificativa de *direitos*, uma adequada compreensão deve partir do pressuposto de que falar em *Direito* ou sobre *direitos* implica falar em *atos humanos de atribuição de sentido*, de *valoração*.

Nessa medida, as necessidades humanas só poderiam ser aquelas fruto de um processo comunitário-cultural constituinte das mesmas e, assim, permanentemente reatualizáveis, não podendo se afastarem do fato de terem sido oriundas de *desejos perenes*, ou seja, *desejos valorativamente informados*, que foram se *sedimentando ao longo do tempo* e, com isso, se tornando indisponíveis. Práticas essas da comunidade, portanto, desde as quais se erigiriam tais *necessidades valorativamente informadas* que, para além de exercerem uma função conformadora sobre o próprio *direito* delas decorrente, também hão que estar em conformidade com o cabedal valorativo já previamente constituído, o que se daria no Direito, mormente desde as experimentações práticas que vão sendo efetuadas a partir dos casos decididos. Não se trata, assim, de eleger um dado *fim* e a partir disto convertê-lo em um *direito*. Aqui poderia se dizer estar, ou ante uma *apetência* e não propriamente uma *necessidade* axiologicamente construída, ou ante uma *necessidade*, mas que não tivera encontrado amparo no sistema valorativo informador da ordem jurídica já constituída.⁶

⁶ O que poderia ser explicado desde uma *teleonomologia*, para se dizer com Fernando Pinto Bronze, na esteira das lições de Castanheira Neves, para quem “Se os valores referem uma transindividual vinculação ético-normativa que responsabiliza e que convoca a prática para o

Se em termos humano-evolutivos as primeiras necessidades, e a consequente luta pela satisfação das mesmas, foram assentadas muito mais em fatores biológicos, movidas pelos próprios instintos, hodiernamente, as necessidades humanas e a saciação das mesmas não se restringem a valores/objetos tangíveis, mas envolvem também valores/bens intangíveis. O homem, por atribuir um sentido positivo a um dado bem tangível ou intangível, acaba por converter suas necessidades em exigências valorativamente fundadas que, em razão disto e por estarem em consonância com a ordem informadora da comunidade, acabam por se converter em *valores* que transcendem a própria realidade que os informou e que, portanto, só acabam encontrando o adequado reconhecimento, proteção e garantia de exigibilidade dentro da esfera do *jurídico*, ou seja, passam a ser tidas como exigências que demandam uma juridicização, daí tratarem-se de *direitos*.⁷

Uma análise crítico-reflexiva proveitosa, em termos conclusivos, aponta que somente a partir do enfrentamento da problemática da possibilidade de se vincular *necessidades* a correlatos *direitos* é que faz um especial sentido uma tal apreciação, como sugere a visão de Javier de Lucas e María José Añón.

Para os referidos autores, em uma análise crítica à posição de Giuseppe Marchello, algo seria qualificado como *bom* justamente porque seria objeto de uma

desempenho irrenunciável de 'tarefas' (...) em que se projecta essa sua vinculação ou compromisso, os fins desvinculados pelo 'mecanicismo' moderno da teleologia ontológica, são agora tão-só opções decididas pela subjectividade que programa os seus objectivos (a 'subjectivação dos fins' ...), decerto sempre condicionados por um certo contexto mas em último termo justificados por interesses e em vista deles – comunga-se nos valores, diverge-se nos fins e nos interesses." NEVES, A. C.. **Teoria do Direito. Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, pp. 85-86. (mimeo, versão A4) Para a palavra *teleonomologia*, cunhada pelo Prof. Dr. Fernando Pinto Bronze: BRONZE, F. J.. **Lições de introdução ao Direito**. 2ª ed., reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 820. Conforme também observado por Aroso Linhares: LINHARES, J. M. A.. **O Direito como mundo prático autónomo: "equivocos" e possibilidades. Relatório com a perspectiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em Filosofia do Direito**. Coimbra, 2013, p. 147, bem como nota de rodapé n° 592. (Mimeo)

⁷ Como se verificará, o alçar a um dado plano transcendente não significa, em hipótese alguma, uma hipostasiação pura e simples, antes, uma transcendência ininterruptamente retroalimentada pelas próprias práticas humanas e, no caso do especificamente *jurídico*, sobretudo pelas práticas derivadas das apreciações dos casos decidendos.

necessidade prévia, e não o contrário. As necessidades, assim, é que ditariam o que seria qualificável como *bom*. A vantagem da consideração dos *valores* como algo que satisfaria alguma necessidade seria que os mesmos não constituiriam um sistema de critérios que se sobreporia à realidade, senão que seriam uma projeção daquilo que o homem faz de si mesmo, através de sua exteriorização; portanto, desde uma tal compreensão, poderiam os valores ser entendidos como *atos operativos*. Os *valores* seriam uma abstração mental entendida a partir de uma experiência concreta, ou seja, desde a própria existência de necessidades, que implicariam *valores* imanentes à realidade das necessidades. Enquanto essas constituíssem as raízes da realidade prática e contivessem implicitamente os *valores*, serviriam como critérios de interpretação e valoração da práxis. A passagem das necessidades aos valores não seria problemática, pois ambos coexistiriam nas necessidades.⁸

No dizer dos autores espanhóis, se por um lado se daria *objetividade* aos *valores*, por outro, se verificaria que uma tal tese padeceria de *imprecisão*, pois não enunciaria com clareza a categoria ou tipo de necessidades a que se refeririam os valores que fossem tomados em consideração. Ademais, se correria o risco de reconduzir o problema da fundamentação dos direitos ao dos valores,⁹ não permanecendo no terreno das necessidades. Admitir que se houvesse uma *necessidade* logo haveria que existir um correlato *direito* traria o inconveniente da confusão ontológica entre *necessidades* e *direitos*.¹⁰ Críticas essas, contudo, contestáveis, como adiante se procurará mostrar.

Restringindo-se a análise às perspectivas que analisariam a relação *necessidades* x *direitos*, Lucas e Añón sublinham a existência de posições que alertariam para o risco de uma relação direta entre as noções, pois haveria situações

⁸ Neste sentido, com base nas formulações de Giuseppe Marchello, desde *Dai bisogni ai valori: nuovi studi sull'etica dei valori*: LUCAS, J.; AÑÓN, M. J.. Op. cit. pp. 66-67.

⁹ E aqui já haveria que se perguntar: é pensável algum *direito* sem que se parta da ideia de um *ato humano de atribuição de um específico sentido*, ou seja, de uma *valoração*, que é, por sua vez, valorativamente informada?

¹⁰ Id.

de fato/necessidades que seriam reprováveis em termos morais,¹¹ e daí se poder concluir não haver nem implicações lógicas nem contextuais entre as noções, recordando-se da carga emotiva que carregaria o conceito de *necessidades* e daqui decorrendo a impossibilidade de racionalização.¹² Por outro lado, as necessidades haveriam que ter algum tipo de base que permitisse dar razões que explicassem ou fundamentassem sua satisfação.¹³ O caráter de inevitabilidade das necessidades explicaria por quais razões não existiriam em função de fins e objetivos traçados pela pessoa, mas que se refeririam a situações em que a não satisfação causaria prejuízo ou dano grave ao indivíduo ou grupo social. Contudo, o passo para a satisfação não seria explicável em termos prescritivos.¹⁴ Os autores concordariam com Thomson – *Needs*. 1987 – no sentido de que as necessidades poderiam constituir razões, desde que *razões não concludentes* ou *razões prima facie*. O caminho, portanto, seria desde a noção débil de razão. Seriam razões para a ação, daí não ser adequado um exame em termos de imperativos, nem de princípios prescritivos e, nem mesmo como imperativos condicionais.¹⁵ Uma vez em se entendendo as *necessidades* como *razões para a ação*, se poderia predicar das mesmas as seguintes características: que as razões poderiam ser evitadas, desde que com base em outras razões, não significando isto uma exceção a um princípio; que haveria a possibilidade de se poder argumentar com base em razões que parecessem melhores ou mais fortes; por fim, que haveria que se rechaçar as teses prescritivas para se explicar o conceito, ou seja,

¹¹ Assim também se posicionou María José Añón Roig em seu texto de 1994: ROIG, M. J. A.. **Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 223. (Colección El Derecho y la Justicia - 39)

¹² LUCAS, J.; AÑÓN, M. J.. Op. cit. pp. 68-69, com base em R. Fitzgerald, desde *The ambiguity and rhetoric of 'Need'*. María José Añón também afasta a possibilidade de uma relação lógica entre a afirmação de existência de uma necessidade e o enunciado relativo a sua exigência: ROIG, M. J. A.. Op. cit. p. 284.

¹³ LUCAS, J.; AÑÓN, M. J.. Op. cit. p. 70. Añón, admitindo tratarem-se de questões estreitamente implicadas, mantém sua posição sobre a impossibilidade de conceitualizar os *direitos humanos* desde as *necessidades*, mas tão somente encontrar nestas uma *fundamentação* para os *direitos*. ROIG, M. J. A.. Op. cit. p. 265, p. 284 e p. 288.

¹⁴ LUCAS, J.; AÑÓN, M. J.. Op. cit. p. 70.

¹⁵ Ibid. pp. 70-71.

a ideia partiria sempre de que *haveria alguma razão de se fazer algo*, o que não significaria uma prescrição. A determinação do conceito não poderia, contudo, depender das capacidades de cada pessoa dar razões às suas necessidades, ou seja, haveria certo aspecto de objetividade nas necessidades.¹⁶

Em virtude de tais argumentos, os autores propugnam pela conveniência de se situar a abordagem das necessidades no âmbito da racionalidade discursiva, que permitiria dar razão de por quê se realizariam determinadas ações ou o motivo de se tomarem determinadas decisões. Neste sentido, o discurso sobre as necessidades conduziriam aos critérios de razoabilidade e racionalidade.¹⁷ A necessidade só constituiria uma razão para a ação se essa fosse, por si mesma, uma boa razão para ser satisfeita.¹⁸ Haveria que se respeitar uma consonância de sentido entre uma ação e os objetivos já pré-determinados como *bons/aceitáveis* e já incorporados no âmbito do sistema,¹⁹ o que parece de todo acertado, dadas as especificidades do Direito.

A crítica dos autores sobre a posição de Giuseppe Marchello, no sentido de que *os valores seriam uma abstração mental entendida a partir de uma experiência concreta, ou seja, desde a própria existência de necessidades*, seria desacertada. Não se percebeu que o equívoco de Marchello não decorre de uma falta de clareza na enunciação da categoria ou tipo de necessidades que se referem os *valores*, nem de reconduzir o problema da fundamentação dos direitos ao dos valores, fugindo do terreno das necessidades,²⁰ nem mesmo uma espécie de retorno a uma fundamentação dos direitos humanos que defenderia a justificação idealista dos mesmos, nem, por fim, de que a existência de uma necessidade demandaria imediata

¹⁶ Ibid. pp. 72-73. O que também foi observado por AÑÓN Roig, em: ROIG, M. J. A.. Op. cit. p. 232.

¹⁷ Posição essa baseada nas formulações sobre a argumentação racional de Neil McCormick. LUCAS, J.; AÑÓN, M. J.. Op. cit. p. 73.

¹⁸ Ibid. p. 74. O que se trataria de uma *relação prática ou racional* que poderia existir entre evidências empíricas e declarações normativas e não uma *relação lógica*. ROIG, M. J. A.. Op. cit. p. 234.

¹⁹ LUCAS, J.; AÑÓN, M. J.. Op. cit. p. 75.

²⁰ O que já se sublinhou ser impensável se falar em *direitos* não referidos a uma *ordem de valores*.

e correlativamente um *direito*, o que traria o inconveniente da confusão ontológica entre *necessidades* e *direitos*,²¹ mas, antes, que a consideração dos valores nos termos propostos por Giuseppe Marchello sai de um ponto de partida que parece restar equivocado sobre a compreensão dos valores.

O *processo de objetivação* pelo qual passam os *valores*, alçando-os a um plano que permite os identificar enquanto tais e deles se extrair ou neles se fundar uma justificação suficiente em termos de exigibilidade, sobretudo no plano do especificamente *jurídico*, é singular. Os *valores* decorrem do mundo prático. Desempenham um *duplo papel*. Comportam aspirações de sentido que as práticas humanas constroem, ou seja, são as tais *pretensões de transfinitude*, dada a consciência humana de que o homem é somente uma parte do todo - consciência da finitude humana -, mas, simultaneamente, tem o homem a referida consciência porque essa é uma aspiração à transfinitude.²² Os *valores*, ao invés de se referirem a um *absoluto*, onde perderiam seus significados, pois o *absoluto* é aquilo que *deve ser*, são referidos ao *homem*, entendido aqui como a noção de *homem-pessoa*, de Castanheira Neves, exprimindo, com isso, uma constitutiva *exigência de absoluto*, que, em razão mesmo da contingência do homem, caracterizaria a sua própria

²¹ Ibid. pp. 66-67.

²² Nas palavras de Castanheira Neves, dois seriam os problemas radicais que o homem fundamentalmente enfrentaria, ambos convocantes do *sentido*, quais sejam o *problema metafísico* e o *problema prático*, em que este "... põe-se-nos irredutivelmente também nestes termos (...): Os homens na transfinitude intencional das suas acções individuais não só coexistem (uns *perante* os outros), mas convivem (uns *com* os outros) num certo espaço humano, num mesmo mundo. Esta pressuposta pluralidade individual na unicidade do mundo – o mundo é *um* e os homens nele são *muitos* – acaba por constituir uma estrutura dinâmica de dimensões contrárias, posto que não contraditórias: à espontaneidade e autonomia da transfinitude individual, na sua contínua diferença dispersiva, é correlativo o comum do mundo humano compartilhado, na sua unidade integrante enquanto o próprio mundo da convivência. Daí que, desta estrutural negatividade de cada uma das dimensões contrárias como contraponto irredutível relativamente à outra, se imponha um *problema* específico, o problema, em último termo, da humana integração convivencial de autonomias. (...) Por outro lado ou uma outra linha, há que considerar que o mundo heterónimo está decerto sujeito a alteração, só que no modo conhecido de uma evolução num quadro condicional de factores, enquanto o universo humano opera criativamente, numa poíesis do *novum* decidido, em que se implica assim a historicidade, e esta não apenas determinante de uma pressuposição indeterminada, mas verdadeiramente historicidade constitutiva." NEVES, A. C.. O direito como validade. Em: **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. Ano 143º, Janeiro-Fevereiro de 2014, N° 3984. Coimbra: Coimbra Editor, pp. 161.

humanidade. Como já afirmado, baseando-se nas formulações de Enrico Opocher, os valores são projeções de um *particular modo de ser do homem*. A exigência do absoluto é que decorreria da validade dos valores e não o contrário. Os valores só conseguiriam agir sobre a consciência humana se tivessem em conta que essa viveria na concretude da história. Enquanto projeções do mundo humano que se vão autonomizando, os valores são, portanto, uma impositação *historicamente fundada*. Tudo, ao fim e ao cabo, para se concluir, com base nas lições de Aroso Linhares, que, especificamente no plano *jurídico*, a experiência dos valores, compreendida como manifestações de intenções orientadoras da prática, visa dar à própria prática um certo sentido. Seriam aspirações criadas pela própria prática, pela experiência histórica e, assim, *comunitária*.²³ Não partiriam de uma decisão individual que pudesse pôr em causa certas exigências, mas, antes, seriam criações que envolveriam um certo tempo, desde um processo de estabilização. As mudanças, portanto, devem ser compreendidas e justificadas na sua relação com o todo, com a tradição, sendo, assim, lentas. Isto atribuiria uma índole à prática comunitária, que não se compatibilizaria com rupturas radicais, o que não significa a assunção de uma *cristalização*. As exigências criadas pelo mundo prático, uma vez que são sempre *exigências de realização*, vão sendo confrontadas com aspirações e, conseqüentemente, com problemas, que podem se converter em casos práticos e, assim, com o *novo*. As exigências, desta forma, são pensadas na perspectiva dos problemas práticos. A experimentação de um novo problema, por exemplo, pode exigir

²³ E, aqui, tanto as observações de Ruth Zimmerling quanto de Alasdair C. MacIntyre parecem convergir em uma mesma direção, seja na acentuação do condicionamento das circunstâncias sociais que submetem as pessoas, para Zimmerling, seja na necessidade de observância de um *consenso de base*, o que faria com que o conceito de *dever* fosse logicamente dependente do conceito de *interesse comum*, para MacIntyre. ZIMMERLING, R.. Necesidades básicas y relativismo moral. **Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho**. Madrid: Prisma Industria Gráfica S.A., n. 7, 1990, pp. 35-54, especialmente p. 51, onde Zimmerling apresenta uma definição de necessidades no seguinte sentido: “N es una necesidad básica para x si y sólo si, bajo las circunstancias dadas en el sistema socio-cultural S en el que vive x y en vista de las características personales P de x, la no satisfacción de N le impide a x la realización de algún fin no contingente – es decir, que no requiere justificación ulterior - y, con ello, la persecución de todo plan de vida.” MACINTYRE, A. C.. Hume on *is and ought*. Em: HUDSON, W. D. (Ed.). **The is-Ought Question**. London: The MacMillan Press, 1969, pp. 35-50.

que se passe a entender diferentemente um *princípio*, entendido este enquanto *objetivação jurídica dos valores*.

Ao contrário do que os autores espanhóis propugnam, algumas necessidades também não deixam de ser, em si mesmas, construções humanas que foram erigidas justamente pelo balizamento valorativo informador da vida em comunidade das pessoas que as construíram; não só se confundem com os próprios, mas, antes, convertem-se propriamente em *valores* humanos assumidos. O problema não está em se reconhecer a existência de uma dada necessidade e tentar alçá-la ao nível de um *direito*, mas, antes, que a existência de uma necessidade comum aos membros de uma coletividade impõe uma exigência de *saciação* da mesma, o que, nem sempre se traduz em prestações materiais, mas, sobretudo, a um dever de respeito e a própria possibilidade de tal dever ser exigido perante os outros – viés dos *direitos* e da própria *justiça*²⁴ -, o que a noção da *forma de ser dos povos* deixa de todo evidenciado. Ocorre que as regras da partilha não vieram inscritas no ser humano. É, também, desde um *ato humano* que vão se estabelecer as regras para o mais adequado compartilhamento daquilo que foi *valorado positivamente* como uma *necessidade*. A imposição de uma regra de partilha encontra no Direito o local seguro para se refugiar. Afinal, não seria também uma justificativa de um revestimento jurídico de determinadas esferas protegíveis o fato tão só da própria possibilidade humana de falhar; de ser mesmo uma das notas mais características do *homem* a sua imperfeição, a abertura ao erro que tão bem o qualifica como *homem*?

Muitas necessidades, porém, mesmo que partilhadas pelo grupo, podem não requerer a intervenção do Direito, ou se revestirem pelo manto do jurídico, pois podem

²⁴ É assim que Castanheira Neves observa que "... dada a sua natureza de correlatividade e de reciprocidade, e assim a mediação dos outros que postula, a intersubjectividade implica a *exigibilidade* (ou a sua possibilidade). Só posso usufruir a habitação do mundo pondo exigências (pretensões de acção e de omissão) aos outros, de cuja mediação depende a minha fruição, e os outros igualmente pondo-me exigências a mim. É essa verdadeiramente a perspectiva da justiça." NEVES, A. C.. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições de emergência do direito como direito. Em: NEVES, A. C.. **Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros – Digesta** -. Volume 3º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 15.

ser necessidades que a saciação das mesmas não ocasiona um dano de difícil reparação ou, na pior das hipóteses, irreparável. De outro lado, também não é a possibilidade de advir um dano irreparável, por si só, que pode justificar a existência de um *direito* dando-lhe guarida. Pode haver casos em que uma dada esfera, um âmbito de relevância, ainda que dos mais singulares, aos olhos dos membros da comunidade, sequer implique uma problematização se haveria ou não que resguardar tal esfera desde o manto do *jurídico*. A *forma de ser dos povos* deixa isso de todo evidenciado. Aos olhos dos próprios membros que partilham uma dada *forma de ser* esta é tão conscientizada, enraizada no espírito de seus membros, que pode haver casos que sequer se cogitará repensá-las ou atribuir às mesmas um específico resguardo *jurídico*. A existência delas por si mesmas já justifica e confere o respeito às mesmas pelos membros da comunidade, sobretudo quando se pensa em grupamentos humanos mais coesos e partilhadores de valores comuns bem demarcados, como costuma ocorrer com alguns povos indígenas sulamericanos. A exigência do *jurídico* impõe-se, sobretudo, quando há possibilidade de eclodirem conflitos decorrentes de condutas informadas por ordens valorativas diferentes, ou seja, conflitos decorrentes de (des)encontros das diferenças.

A respeito da questão colocada por Lucas e Añón Roig sobre o risco de se *fugir do terreno das necessidades* ao se invocarem os *valores*, dentre os múltiplos fatores co-constitutivos de uma dada *forma de ser* de um dado povo, não resta dúvida de que os de cunho *valorativo* são aqueles que preponderam no processo de formatação/constituição da *forma de ser*. Isso não significa, propriamente, *fugir do terreno das necessidades*, mas entendê-las enquanto *valores comuns* assumidos por um dado povo. Se é certo que em termos evolutivos o homem teve nas necessidades de cunho biológico a maior justificativa para defender a saciação das mesmas – questão da sobrevivência -, mesmo que muitos povos primitivos hoje existentes ainda possam ser considerados como mantenedores de práticas questionáveis aos olhos de outras culturas, mas que visam justamente uma tal satisfação, é certo também que a maioria dos povos, hodiernamente, têm pretensões, derivadas de respectivas *necessidades*, que se traduzem em pretensões de cunho preponderantemente

valorativo, identificando-se, assim, a exigência de saciação das necessidades com os próprios *valores* assumidos.²⁵

Añón Roig, após apresentar uma análise pormenorizada de variadas concepções sobre a temática das necessidades,²⁶ entendendo poder haver situações ou mesmo decisões em que o conceito de necessidades poderia não ter a virtualidade ou mesmo que sua orientação pudesse resultar evidentemente escassa,²⁷ fugindo de uma ideia de *catalogação das necessidades* e propondo um conceito que permitisse determinar quando se estivesse na presença de uma necessidade básica e, conseqüentemente, facilitasse o exame e a avaliação de qualquer catálogo que se propusesse em tempo e lugar específicos,²⁸ conclui, ainda que considerando as realidades plurais e marginais existentes,²⁹ mas não tematizando e daí extraindo possibilidades reflexivas mais acuradas que tais realidades suscitam, que “... una necesidad es una situación o estado de dependencia, predicado siempre de una persona que tiene un carácter insoslayable, puesto que experimenta un sufrimiento o un daño grave, y dicha situación va a mantenerse exactamente en las mismas condiciones, porque no existe una alternativa racional y práctica que no sea su satisfacción, realización o cumplimiento.”³⁰ Conceito esse, porém, que não cobre aquelas situações em que uma necessidade pode ser atendida por uma política pública, por exemplo, sem que, necessariamente, tenha que ser *juridicizada*, nem aqueles casos em que uma dada necessidade é *juridicizada*, mas que, a rigor, não era tão imprescindível assim, ou seja, fora albergada em termos jurídicos por uma

²⁵ É de se ressaltar que a diferença entre *existência de uma necessidade* e *exigência de satisfação* também fora observada por Añón Roig em seu texto de 1994. ROIG, M. J. A.. Op. cit. p. 215 e p. 227.

²⁶ Ibid. pp. 25-193.

²⁷ Ibid. p. 19.

²⁸ Ibid. pp. 19-20.

²⁹ Ibid. p. 20. É assim que Añón entende que “... no tenemos por qué justificar nuestras necesidades con razones para decir que una necesidad existe.” Ibid. p. 266.

³⁰ Ibid. p. 193. A partir da p. 266 Añón explicita o conceito de necessidades no mesmo sentido. Ibid. pp. 266 e ss.

vontade política da comunidade.³¹

Ainda no artigo de 1991, María J. Añón e Javier de Lucas concluem que a *teoria das necessidades* em relação aos *direitos humanos* seria útil, sobretudo, para fornecer argumentos de *fundamentação dos direitos*, mas não para estabelecer diretamente a *existência dos direitos*. Assim, estaria nas *necessidades* um *substrato antropológico dos direitos*, de forma que *reconhecer, exercer e proteger* um *direito básico* significaria, em última instância, que se pretenderia satisfazer uma série de necessidades entendidas como exigências de uma vida digna.³²

Os aludidos argumentos seriam admissíveis, desde que tematizados dialeticamente com uma específica compreensão do Direito assente em *valores*; afinal, *necessidades*, para serem alçadas ao nível de *direitos*, dado o grau de imprescindibilidade que precisam possuir e o fato de terem sido fruto de um anseio comunitariamente informado, devem demandar *exigências*.³³ Essas, por sua vez, só

³¹ É curioso que Añón, apesar de não explicitar em sua conceituação a possibilidade de satisfação de necessidades que não pela via do jurídico, não deixa de reconhecer isso explicitamente. *Ibid.* p. 285.

³² LUCAS, J.; AÑÓN, M. J.. *Op. cit.* pp. 75-76. Neste sentido, tanto a objetividade quanto o caráter generalizável do fundamento estariam explicados, superando-se, também, o reducionismo próprio da apelação a desejos ou interesses das pessoas, que daria espaço para um objetivismo extremo. As necessidades, assim, constituiriam um conteúdo de *valor*, que informaria os *direitos* – *Ibid.* p. 76 -, o que é de todo acertado. Valores esses que, por estarem inseridos na experiência histórica das necessidades sociais, não configurariam um sistema estático e fechado de princípios absolutos situados em uma esfera anterior e independente da experiência humana – *Id.* -, o que, também, ainda que não tematizado suficientemente desde o específico processo de realização prática e atualização conteudística que o *fazer-se* do Direito imprime, é de se concordar.

³³ O que não deixou de ser problematizado, sobretudo desde a contraposição da posição de Charles Taylor – a qualificação de algo como *bom* se dá em razão de ser objeto de necessidades e pretensões – à de P. Springborg – as necessidades ou propósitos não poderiam ser qualificados como necessariamente *bons*, a não ser que restringindo a noção de um modo absoluto a algumas poucas necessidades; a valoração seria derivar valores de fatos -. Añón Roig conclui que o qualificado como *bom* possuiria uma razão *prima facie* para qualificá-lo como *valor*. Contudo, isso só seria predicável em relação a algumas necessidades, o que parece de todo acertado. Apesar disso, a autora entende que não se contaria com critérios para estabelecer tal restrição ou entender que as necessidades contêm em si mesmas uma dimensão valorativa, o que, ao nosso ver, sugere a desconsideração, que já tivera a própria Añón Roig apontado, de que o processo de racionalização exigiria o sopesamento, o confronto da exigência nova de satisfação de uma dada necessidade aos valores informadores da vida em sociedade já existentes. ROIG, M. J. A.. *Op. cit.* pp. 216-217. É também na própria conclusão de Añón Roig de que a relação entre *necessidades* e *valores* não seria de caráter lógico – *Ibid.* p. 217 – que nossa conclusão se assenta, pois que exigente de um específico processo de

são *exigíveis* porque são fruto de uma *vontade coletiva estabilizada* e, assim, tratam-se de um específico *querer*, pois que *valorativamente informado* ao tempo da exigibilidade.³⁴ Isto não implica, porém, um *eterno querer*, mas, antes, um *querer historicamente forjado*, que é atualizado pelas próprias práticas,³⁵ desde a compreensão de que se está ante um *objeto cultural*; trata-se de um *querer* que tem sua especial *caixa de ressonância* nas práticas dos próprios casos decididos, onde possíveis novos valores histórico-objetivados necessitam sempre de uma atenção ao já pré-constituído, mas, também, *constituendo* sistema fundamento. Sistema fundamento esse que tem sua razão de ser última na própria noção do *homem-pessoa*, entendida enquanto uma *aquisição axiológica*, para se dizer com Castanheira Neves.

Compreensão essa das *necessidades* enquanto *base fundante dos direitos* que não se esgota em mero exercício teórico do Direito, em uma busca de um *conceito de Direito*. Afinal, bem se sabe que um qualquer esforço conceitual foge não só do próprio cerne fundante do Direito quanto de sua *razão de ser*, quais sejam o de se tratar de um específico regulador da vida em sociedade, especificamente erigido dentro de uma específica matriz civilizacional, e que se perfaz e se afirma, especialmente, desde o seu próprio *realizar*. *Realizar* esse que não se esgota em sua experimentação prática desde os próprios casos decididos, ainda que não se possa negar estar aí o seu *momento de epifania*. Afinal, bem se sabe que o experimentar do

experimentação/confrontação. Os critérios em que uma dada necessidade *verdadeira* se assentaria decorreriam do referido processo de experimentação.

³⁴ María José Añón Roig também não deixa de observar que a análise das necessidades tem como pressuposto a ideia de um sujeito agente inserido em seu contexto. As razões, justificações para uma dada necessidade ser alçada à categoria de *direito* haveriam que ser formadas no marco de uma comunidade, onde já existiriam um conjunto de regras aceitas pela generalidade das pessoas, onde as valorações se desencadeariam também tendo em consideração as mesmas. Para tanto, com um detalhamento analítico: *Ibid.* pp. 211-212 e, ainda, p. 225, p. 230 e p. 284.

³⁵ Caráter de *historicidade* esse que é destacado por Lucas e Añón, entendendo os autores estar aí a justificativa para o desacerto da ideia de um *catálogo fechado das necessidades*, o que parece de todo acertado, ainda que não tenham os autores tematizado, suficientemente, a questão da *historicidade* no âmbito do especificamente *jurídico*, como se mostrará. LUCAS, J.; AÑÓN, M. J.. Op. cit. pp. 79-80.

Direito, enquanto dimensão do próprio espírito humano, daquela capacidade humana de viver em coletividade, brota desde as mais singulares ações humanas no cotidiano, florescendo, assim, diuturna e coletivamente, não deixando de ser seus *momentos de epifania*, antes, o vir à tona de atos humanos que podem expressar a sua própria *negação*, o que, paradoxalmente, não deixa de ser a sua própria *afirmação*.

Assim, não seria o caso, como parece sugerir Añón Roig, de se buscar alguma premissa prática ou valorativa, desde um processo de racionalização prática, no *extrajurídico*.³⁶ Ao especificamente *jurídico*, a relevância que nestes termos deva ser dada só exsurge desde um ato humano de *qualificação jurídica*, de atribuição de um específico sentido *jurídico*, desde razões, portanto, *internas ao próprio Direito*. É esse processo de mediação entre a realidade e a ordem valorativa informadora, que se centra numa adequada compreensão do cerne axiológico constitutivo do homem pessoa, entendido enquanto uma aquisição axiológica, que se pode perceber que uma esfera como a que se refere à *forma de ser dos povos* deve ser *valorada positivamente* e, assim, não só respeitada, mas passível de exigir um tal respeito.

Conclusões essas que vão ao encontro do proposto por Añón e Lucas, respeitadas as restrições expostas e a não adesão à limitada visão que a noção ocidentlizada dos direitos humanos carrega consigo e, conseqüentemente, os problemas insuperáveis que os (des)encontros das diferenças colocam à referida noção. Afinal, para tais autores a função das necessidades básicas se cumpriram ao nível da fundamentação dos direitos, mais que em relação à existência dos mesmos. A teoria das necessidades seria vista de forma restrita, servindo, ao lado de outros argumentos, para clarificar a questão da fundamentação e mesmo dos critérios e pressupostos racionais e razoáveis que poderiam contribuir para justificar os direitos humanos.³⁷ Haveria uma independência entre *existência* e *satisfação* das

³⁶ ROIG, M. J. A.. Op. cit. p. 286 e p. 287.

³⁷ LUCAS, J.; AÑÓN, M. J.. Op. cit. pp. 76-77. Para os autores, o fundamento que propoiam não se apresentaria como absoluto, porque não se trataria de reduzir a multiplicidade do real a um único fator que determinasse o restante dos elementos que dele derivariam e, por outro lado, haveria que se ter em conta que o fato de reconhecer a pluralidade de determinações e objetivações sociais e

necessidades,³⁸ ligando-se a essa a questão dos *direitos* – *direitos vistos como exigências de satisfação de necessidades* -. Isto porque estabelecer a relação entre *necessidades* e *valores* não comportaria um vínculo direto entre *necessidades* e *valores jurídicos*. A linguagem das necessidades seria mais ampla que a dos *direitos*.³⁹ Ocorre que as necessidades que seriam alçadas ao nível dos *direitos* só o seriam se fossem de tal ordem de imprescindibilidade que pudessem mesmo demandar *exigências coletivamente forjadas*, o que afastaria o problema colocado pelos autores. Somente uma tal ordem de necessidades, desde sua específica construção, entendida enquanto exigências *valorativa e coletivamente informadas*, é que comportariam uma relação direta com os valores especificamente jurídicos, sendo esses, inclusive, elementos inafastáveis do próprio processo constituinte que alçaria uma dada necessidade ao nível de um *direito*. Muitas necessidades, mesmo que demandantes de uma imprescindível saciação, podem ser atendidas por outras vias, que não a especificamente *jurídica*, desde medidas político-administrativas, o que mostra a adequação de um olhar restritivo que deve ser lançado sobre a relação *necessidades x direitos*.

Para os autores mencionados, as necessidades haveriam que ser objetiváveis, o que demandaria a possibilidade de se racionalizar e analisar uma situação em que a não satisfação pudesse causar um dano ou prejuízo grave, tanto

os diferentes critérios explicativos não suporia rechaçar a busca de algum tipo de fundamentação. Ibid. p. 77.

³⁸ O que fora também observado por María José Añón Roig em seu texto de 1994. ROIG, M. J. A.. Op. cit. p. 215.

³⁹ LUCAS, J.; AÑÓN, M. J.. Op. cit. p. 77. Os autores citam o caso da necessidade de *amor e afeto* como exemplo da impossibilidade de uma correlação direta entre *necessidades* e *direitos*. Contudo, é proveitoso observar aqui que tais necessidades, ao menos no caso brasileiro, especificamente quanto às crianças, adolescentes e idosos e, sobretudo no que concerne ao *afeto*, carrega consigo o manto jurídico, pois trata-se de algo exigível e passível de responsabilização daqueles que têm o dever de oferecer. É o que, em outros termos, se pode depreender tanto do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990 (vínculos/relação de afetividade: § único, do Art. 25; § 3º, do Art. 28; § 4º, do Art. 42; incisos II e III, do § 13, do Art. 50, todos da cita Lei 8.069, de 1990), quanto do Estatuto do Idoso – Lei 10.741/2003 (a exemplo do que, a contrário *sensu*, pode se extrair do § 3º, do Art. 10). LEI N° 8.069-1990. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 6 abr 2014, e LEI N° 10.741-2003. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 6 abr 2014.

no que se referisse à sobrevivência, quanto no que se referisse ao desenvolvimento da pessoa enquanto tal.⁴⁰ Contudo, percebe-se que o referido pressuposto pode ser questionado, pois as necessidades são pensadas à luz, exclusivamente, dos valores informativos da vida em sociedade do próprio analista. A análise da *forma de ser dos povos* deixa isto de todo evidenciado, derrubando por terra um tal pressuposto analítico, pois os conflitos derivados dos (des)encontros das diferenças sempre carregarão consigo a marca d'água de terem sido ocasionados justamente por haver um confronto entre ordens valorativas diversas. Assim, um ajustamento ao referido pressuposto teria que se dar no sentido de que o processo de racionalização e análise de casos judicandos envolvendo (des)encontros das diferenças deveria se perfazer desde os critérios valorativos informadores da vida da pessoa que estaria sendo responsabilizada pela exteriorização de um comportamento típico de seu povo de origem. Do contrário, nenhuma mensuração da objetivação seria minimamente plausível.

Segundo os autores, as necessidades haveriam que ser vistas desde o critério das *boas razões* para que se oferecesse não só uma fundamentação mais adequada a certas categorias de direitos, mas também uma resposta que superasse o problema do titular das correlativas obrigações – caso de direitos a prestações materiais -.⁴¹ Por fim, o caráter normativo das necessidades não esgotaria o seu conceito, nem significaria uma dimensão prescritiva em sentido estrito. As necessidades constituiriam razões para a ação.⁴² Ocorre que nem toda necessidade se cristalizaria em um *direito*, caso não pudesse constituir *boas razões* ou *razões*

⁴⁰ LUCAS, J.; AÑÓN, M. J.. Op. cit. pp. 78-79.

⁴¹ Ibid. p. 80.

⁴² Ibid. pp. 80-81. É interessante notar que os autores também consideram que a noção de necessidades demandaria variados aspectos e, assim, diferentes funções, para além de motivações para ação, pois poderiam representar uma forma de relação do homem com o mundo em que vive, um princípio explicativo de socialidade e, também, desde outros pressupostos, até um princípio regulativo. Ibid. p. 81. Añón Roig manteve em 1994 sua posição no sentido de que nem todas as razões que poderiam ser esgrimidas em ordem a fazer determinadas coisas seriam prescrições. ROIG, M. J. A.. Op. cit. p. 246.

suficientes ao ponto de exigir um tipo de reconhecimento, de proteção e garantia que somente o Direito fosse capaz de assegurar.⁴³

Neste sentido, também não se pode deixar de observar que, em termos especificamente jurídicos, os juízos que se formam são de cunho *valorativo*; o *objeto* a ser considerado desde a ótica do especificamente *jurídico* é um *objeto cultural*. Daí que tentar extrair o fundamento da juridicidade das *objetivações culturais históricas* seja desacertado. No dizer de Castanheira Neves, seria justamente naquela *autonomia de fundamentação* que a juridicidade, num exercício contínuo de transcendência das realidades objetivadas, conseguiria "... assumir em si a historicidade e se revel[aria] capaz, por isso mesmo, de dar fundamento de validade às realizações históricas sem lhes negar esse mesmo carácter histórico."⁴⁴ Isto porque o *espírito* não seria somente a capacidade de objetivação; antes, a *capacidade constitutiva de seu mundo* que, ao historicizar-se nos processos de objetivação permitiria perceber as contingências de tais realidades objetivadas, necessitando dar espaço à "... afirmação do fundamento da sua validade quando iluminadas pelas autônomas intenções do Espírito que as constituem e lhe são constitutivas."⁴⁵ *Historicidade constitutiva* essa do Direito que se coaduna com o próprio entendimento

⁴³ Daí os autores ampararem-se em formulações de Raz, Mac Cormick, Aarnio, Thomson e Atienza para sustentarem a referida posição, pois haveriam que ser respeitados os critérios de *racionalidade e razoabilidade*, desde um aparato discursivo racional, para que uma necessidade fosse trasladada ao âmbito de um *direito*, o que parece acertado, ainda que o processo a ser observado não tenha que se restringir às propostas dos citados autores e que se tenha que especificar de que modo se daria o específico processo de valoração que o Direito requer, como adiante se procurará mostrar. LUCAS, J.; AÑÓN, M. J.. Op. cit. p. 81. Posição essa fundada sobre as razões para as ações que é mantida por Añón Roig em 1994. ROIG, M. J. A.. Op. cit. p. 200.

⁴⁴ NEVES, A. C.. **Questão-de-facto – Questão-de-Direito ou o problema metodológico da juridicidade. (Ensaio de uma reposição crítica)** Coimbra: Livraria Almedina, 1967, p. 831. Sentido esse, em certa medida, também observado por Enrico Opocher, para quem a Filosofia do Direito não poderia ignorar que à ciência jurídica é confiada, em substância, a constituição do seu próprio objeto. OPOCHER, E.. Considerazione su alcuni equivoci inerenti al significato assiologico della nozione di natura della cosa. Em: **Scritti in memoria di W. Cesarini Sforza**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1968, p. 514.

⁴⁵ NEVES, A. C.. Questão-de-facto... p. 831. Um detalhamento analítico será dado à temática quando do enfrentamento dos possíveis equívocos que a proposta de defesa de um *direito da forma de ser dos povos* pudesse guardar com a noção de *natureza das coisas*.

vichiano da natureza humana que, ao que tudo indica, teria decorrido do contato de Vico com a obra de Giovanni Pico della Mirandola e da fundamentação dada por este à natureza humana enquanto algo indefinido, mutável, o que fizera com base em formulações caldaicas.⁴⁶

Específico *processo de atribuição de sentido*, fruto de um *ato humano de valoração*, portanto, que, se num nível pré-reflexivo transita no âmbito da busca dos referenciais informativos aos quais haveria que respeitar, no mundo do especificamente *jurídico* e, assim, em um nível *reflexivo*, já se estaria ante algo

⁴⁶ Para uma tal conclusão, além da análise da obra de Vico em si, foi decisiva a obra de Fausto Nicolini sobre as fontes e referências históricas que Vico teria empregado na *Seconda Scienza Nuova*. NICOLINI, F.. **Fonti e riferimenti storici della Seconda Scienza Nuova**. Bari: Gius. Laterza & Figli, 1931. Ainda que a referência a Pico della Mirandola surja apenas na p. 29 da referida obra de Nicolini e diga respeito a outra questão, já não se pode dizer que Vico não tenha tido o contato com a obra de Pico della Mirandola. Isso fica de todo evidenciado quando se analisa a sua *Autobiografia*, escrita entre 1725 e 1728. Vico observa sentir-se um *forasteiro em sua própria pátria* – Nápolis -, onde tudo girava à volta do pensamento de Descartes, tendo sido relegados a uma mera *fábula* os *Marsilii Ficini* e os *Pici della Mirandola*. Pouco mais à frente, reconhecendo a insuficiência de algumas abordagens de Pico, Vico volta a mencionar a obra do mesmo. Para as suas passagens na *Autobiografia*: VICO, G.. *Vita di Giambattista Vico scritta da sè medesimo*. Versione italiana di Francesco Sav. Pomodoro. Illustrate da Giuseppe Ferrari. Em: **Opere di Giambattista Vico**. Vol. I. Napoli: Stamperia De' Fratelli Morano, 1858, p. 12 e p. 26. Ademais, a análise da *Seconda Scienza Nuova*, de Vico, deixa de todo evidenciado isto. Quando Vico trata das *Três espécies de naturezas*, na Seção Primeira, do Livro IV, na Segunda Ciência Nova, que é aberta justamente pelo *Curso* que fariam as nações, se percebe que a mesma é tratada em termos históricos, enquanto *movimento, processo, mutação*. VICO, G.. Op. cit. pp. 669-670. O mesmo se diga quando Vico, no § 368, fala da *história da natureza humana*. Ibid. p. 204. É assim que Isaiah Berlin, em repetidas passagens de seu texto sobre Vico, deixa de todo evidenciada a caracterização vichiana da natureza humana. BERLIN, I.. **Vico e Herder**. Tradução de Juan Antonio Gili Sobrinho. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1982, pp. 47-49, p. 58, pp. 63-64, p. 69 e p. 75. (Coleção Pensamento Político – 49) Pico della Mirandola refere-se ao homem como um *camaleão*, o que, na explicação de Maria de Lurdes Sirgado Ganho, significava que “Ao contrário dos dias de hoje em que camaleão tem uma certa carga negativa, nesta época era um animal admirado pela sua capacidade de transformação e adaptação ao meio circundante. Estamos perante um símbolo da possibilidade que o homem possui de se transformar. GANHO, M. L. S.. Observação da tradutora à seguinte obra: MIRANDOLA, G. P. D.. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Edição bilíngue. Tradução e apresentação de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, Lda., 2008, p. 59, em nota da tradutora. (Textos Filosóficos - 25) Nas palavras de Giovanni Pico della Mirandola, “Quem pois não admirará o homem? Que não por acaso nos sagrados textos mosaicos e cristãos é chamado ora com o nome de cada ser de carne, ora com o de cada criatura, precisamente porque se forja, modela e transforma a si mesmo segundo o aspecto de cada ser e a sua índole segundo a natureza de cada criatura? O persa Evantes, por isso, onde expõe a teoria caldaica, escreve que o homem não possui uma sua específica e nativa imagem, mas muitas estranhas e adventícias. Daí o dito caldaico de que o homem é animal de natureza vária, multiforme e mutável.” Ibid. p. 61.

autonomizado da própria prática sem que com isso se desligasse dessa totalmente, pois se retroalimentaria desde a mesma, orientado-a e sendo por ela orientado. Em um tal plano especificamente jurídico, partindo de uma compreensão do Direito através de sua específica matriz civilizacional, pois que em outras formas de regulação social poderia haver a diluição do *jurídico* em referenciais éticos, políticos ou mesmo morais – em termos de uma moralidade política em geral -, esmaecendo as próprias especificidades constitutivas do Direito, se demandaria um *específico sentido jurídico*, consoante, portanto, às próprias exigências de sentido já estabilizadas no âmbito do sistema normativo constituindo da normatividade vigente.⁴⁷ Enfim, aquela *transcendência comum*, comunitariamente forjada, que se assumiria como fundamento em que se compreenderia o sentido e se reconheceria a exigência do *valor*. E, sendo uma *transcendência intersubjetivamente forjada* que manifestaria o *sentido* e referiria o *valor*, constituiria para a mesma intersubjetividade “... um vínculo, vínculo-fundamento, que se objectiva numa *validade* – a implicar esta, por sua vez, a polaridade normativa do válido e do inválido, do justo e do injusto, do lícito e do ilícito. Entr[ando] desde modo na fenomenológica experiência do direito.”⁴⁸

Para Fitzgerald, a própria consideração das necessidades já requer um *ato humano de valoração*, ou seja, a ideia de necessidade sempre dependeria de *premissas de valor*. Uma qualquer referência a necessidades daria sempre lugar,

⁴⁷ Construção essa que será aprofundada quando do enfrentamento da temática da *natureza das coisas*.

⁴⁸ NEVES, A. C.. O direito como validade... p. 166. *Submissão a uma exigência de validade* que, concretamente, se cump[r]iria num *juízo*, “... num julgamento-ponderação como solução prática dos problemas-controvérsias também práticos, segundo uma racionalidade prudencial que, como tal, refere a validade no seu sentido e como fundamento normativo.” Id. Ou, ainda, aquela “... *autotranscendência* de sentido, que é verdadeiramente uma *transcendentalidade prático-cultural*, de histórica criação ou imputação humana decerto, mas de que o homem no momento da invocação não pode dispor sem a si mesmo se negar, que deixaram nesse momento de estarem na sua opção ou no seu arbítrio. (...) Autotranscendência de sentido e transcendentalidade prático-cultural em que antes a prática reconhece os seus fundamentos de validade e os seus regulativo-normativos de determinação e relativamente aos quais, pelo que acaba de dizer-se, poderemos falar, sem contradição nem paradoxo, de um fundamentante e regulativo *absoluto histórico*.” Ibid. p. 172.

desde o início, a critérios de avaliação/valoração ou princípios normativos.⁴⁹ Añón Roig, contudo, ainda que também concorde parcialmente com Fitzgerald no sentido de que algumas necessidades seriam normativas, observa que haveria que se estabelecer algum *critério* que permitisse dizer que uma dada necessidade deveria ou não ser satisfeita.⁵⁰

Ocorre que a saída propugnada pela autora sinaliza para a invocação de *boas razões* ou *razões prima facie* que permitissem um balizamento seguro para avaliar se uma dada necessidade haveria ou não que ser satisfeita,⁵¹ o que, ainda que seja concordável em termos de uma racionalização exigível em tal tarefa, acaba por não apresentar, concludentemente e em conformidade com as exigências metodológico-jurídicas de realização de um Direito pensado axiológico-normativamente, qual seria o caminho racionalmente percorrível para se alcançar o referido fim, restando a referida propositura, em certa medida, lacunosa.

Baseando-se em Joseph Raz, Añón Roig observa que as *razões prima facie* seriam aquelas que, por si mesmas, bastariam para determinar a orientação que se haveria que dar a uma ação, sempre que não concorressem outras razões que superassem ou cancelassem a validade da mesma, mas tendo em conta a possibilidade de que poderia haver outros elementos de juízo que poderiam se dirigir contra tal razão e sua realização.⁵²

⁴⁹ FITZGERALD, R.. The Ambiguity and Rhetoric of "Need". Em: FITZGERALD, R.. (Ed.) **Human Needs and Politics**. Australia: Pergamon Press, 1977, p. 207.

⁵⁰ ROIG, M. J. A.. Op. cit. p. 235.

⁵¹ Id. No dizer de María José Añón Roig "Se trata, pues, de situar el problema en el marco de las razones que es posible aducir en una argumentación, de forma que pueda aceptarse una conclusión que en algunos supuestos puede ser prescriptiva." Ibid. p. 236. Seria desde a diferenciação entre necessidades instrumentais e fundamentais, sendo que essas últimas se caracterizariam pela presença de um elemento de necessidade prática. Não haveria que se fundar as necessidades, com caráter de exclusividade, na ordem dos interesses. Seria justamente a redução das necessidades às de ordem instrumental e sua identificação com os interesses que teriam gerado grande parte das dúvidas e discussões a respeito da temática. Ibid. p. 241.

⁵² Ibid. p. 249. O texto de Joseph Raz citado é a *Introdução* efetuada pelo mesmo na seguinte obra coletiva: RAZ, J. (Comp.). **Razonamiento práctico**. Traducción de J. T. Utrilla. México: Fondo de Cultura, 1978. Daí Añón Roig observar que uma *razão prima facie* não seria nem concludente nem absoluta. ROIG, M. J. A.. Op. cit. p. 249.

As razões, assim, só seriam passíveis de serem *atendidas* desde uma concepção geral das razões justificatórias como um conjunto de razões que poderia prevalecer uma sobre as outras, em uma dada situação, em virtude do seu maior peso ou força e não tanto por uma estratificação pré-fixada das mesmas, pois isto pareceria extremamente rígido para Añón Roig. Ademais, haveria que se considerar que tais razões só o seriam desde o ponto de vista de *alguém*,⁵³ conclusão essa de todo acertada, pois se trata de um fator inarredável à análise de problemas de ordem prática como os decorrentes dos (des)encontros das diferenças; ou seja, que a ordem valorativa informadora a ser tomada em consideração pelo julgador não pode ser a sua.

Não deixando de reconhecer que certas necessidades convocariam razões tais que, praticamente se identificando com razões concludentes ou prioritárias, as justificariam como *necessidades fundamentais* e, assim, inafastáveis de um respectivo dever de resguardo, o que, paradoxalmente, iria de encontro à ideia de *razões prima facie*, acabando, portanto, por ceder à própria ideia da necessidade de um *catálogo básico* de necessidades que merecem uma valoração por si mesmas.⁵⁴ Posição titubeante essa que mostra o grau de complexidade que a busca de uma fundamentação dos *direitos* em *necessidades* demanda.

Quanto aos limites de ordem moral, Añón Roig tende para um *subjetivismo ético*, pois para ela dificilmente se poderia falar de verdades éticas em si mesmas consideradas.⁵⁵ Ocorre que a autora não se apercebe de que o *ético* do jurídico se fundamenta justamente em uma ordem de valores que se vai construindo historicamente, mas que, ao mesmo tempo, sobretudo a partir das experimentações práticas - soluções dos casos decididos -, vai, lenta e gradativamente, em um processo integrador que tal ordem de valores fornece, sendo reatualizada. Não se trata, portanto, nem de um puro objetivismo, nem de um subjetivismo. Ademais, os valores que se vão erigindo demandam exigências que são parametrizadas; trata-se

⁵³ Ibid. p. 251.

⁵⁴ É o que se pode extrair das conclusões de Añón Roig. Ibid. pp. 251-252.

⁵⁵ Ibid. p. 256. Para a problematização que a leva a tal conclusão: Ibid. pp. 252-256.

de uma responsabilidade que precisa, necessariamente, ser limitada, o que se traduz pelo próprio *princípio da formalização*. Seu equívoco decorre de estar tentando justificar ou encontrar uma fundamentação para *direitos*, não se atendo às especificidades do *jurídico*.⁵⁶ Daí, evidentemente, a sua inclinação para uma superação de um *ponto de vista interno* justificar-se,⁵⁷ o que se rechaça na presente investigação. Afinal, uma qualquer possibilidade de aproveitamento da noção de necessidades para um Direito compreendido nos termos em que aqui se defende, só mesmo entendidas como *valores comunitariamente assumidos*, respeitantes de uma base valorativa informadora como um todo, mas também abertos às inovações que a realidade vai impondo desde a própria experienciação prática dos mesmos, sobretudo desde os casos judicandos.

E é justamente desde a noção da *forma de ser dos povos*, entendida enquanto aquele conjunto de comportamentos típicos de um dado povo, representativos da própria subjetividade última das pessoas que os portam, que se permite perceber que somente uma perspectiva eminentemente *interna* se sustenta, pois que se funda no próprio cerne axiológico fundamentante da própria noção de

⁵⁶ É curioso que Añón Roig, apesar do equívoco, acaba por apresentar mais uma incongruência argumentativa, ao nosso entender também por não distinguir adequadamente o plano do especificamente *jurídico* do plano *ético*, pois se, acertadamente, rejeita um individualismo, pensando o homem desde sua inserção comunitária, por outro lado, e agora equivocadamente, rechaça as teorias que pretendem encontrar um fundamento exclusivo em um consenso comunitário, convertendo toda moral em heterônoma, pois a moralidade especificamente *jurídica* não pode ser outra que não aquela que possa ser imposta desde um plano exterior, o que, em hipótese alguma, se confunde com um objetivismo cego, pois, como já dito, a objetivação dos valores no Direito é constante e ininterruptamente atualizada desde as próprias práticas. Conclusões críticas essas extraíveis da análise das formulações de Añón Roig em: Ibid. pp. 256-257.

⁵⁷ Añón Roig aderiria a um *ponto de vista externo, não extremo*, ou um *ponto de vista distanciado*. Ibid. p. 258. *Ponto de vista interno* esse que vai sendo rechaçado pela autora ao longo do seu texto. Ibid. pp. 262-263. Curiosamente, Añón Roig procura fundamentar seu *ponto de vista distanciado* desde o fato de que o mesmo permitiria as ações e os significados atribuídos às normas, enquanto esses significados constituiriam um *critério de juízo prático*. Ibid. p. 263. Mais uma vez percebe o afastar-se das especificidades do *jurídico*, pois o juízo que este demanda é um *juízo problemático-normativo* e, assim, que deve ser entendido como um "... julgamento-ponderação como solução prática dos problemas-controvérsias também práticos, segundo uma racionalidade prudencial que, como tal, refere a validade no seu sentido e como fundamento **normativo**.", em: NEVES, A. C.. O direito como validade... p. 166. (grifos nossos)

homem pessoa, entendida enquanto *aquisição axiológica*.

É assim que, em termos de *direitos*, ainda que Añón Roig fale especificamente quanto aos *direitos humanos*,⁵⁸ os problemas decorrentes dos (des)encontros humanos potencializam os desafios a serem enfrentados em termos de fundamentação dos mesmos. Afinal, se a dialética *autonomia e responsabilidade*, em que é de se reconhecer a própria *matriz do direito*, demanda uma compreensão da pessoa numa relação que a considere tanto desde sua *infugível individualidade e singularidade* quanto desde seu *ser social* e, assim, portanto, uma *unidade dialética de duas relativas autonomias – subjetividade e objetividade* -, é porque assim como não cabe ao *eu pessoal* recusar-se à mediação comunitária, também não cabe à comunidade recusar a cada pessoa a possibilidade de participação e realização da mesma, estando justamente em tal dialética, exemplarmente explicitada por Castanheira Neves, o próprio sentido e exato fundamento dos *direitos do homem*.⁵⁹

A realidade, desde os problemas de ordem prática decorrentes dos (des)encontros humanos, parece tudo questionar. Afinal, percebe-se que o próprio *reconhecimento e dever de respeito* da autonomia daquela pessoa que tem questionada a sua *participação e a realização*, exteriorizadas no comportamento típico objeto de questionamento jurídico, acaba por exigir algo a mais das demais pessoas, membros da comunidade em que o comportamento tido como reprovável se deu. Tal exigência de um *algo a mais* decorre, justamente, do fato de que no caso de *expressividades comportamentais típicas*, comunitariamente forjadas, portanto, se está ante não só uma exigência de reconhecimento e, principalmente, dever de respeito, derivados de um *eu social*, mas, antes, do próprio *eu pessoal*, que também é co-constituído em termos comunitários, mas que, por tocar mais profundamente o sublime do próprio espírito humano, aquele cerne axiológico e bio-espiritual constituinte da própria *pessoa*, mas erigido partilhadamente, deve ser respeitado. É assim que a *forma de ser dos povos*, entendida como a *expressão última da*

⁵⁸ ROIG, M. J. A.. Op. cit. p. 262.

⁵⁹ Abstraídos os aspectos históricos, como bem observa o jus-filósofo de Coimbra. NEVES, A. C.. O direito como validade... p. 163.

subjetividade humana, não vai de encontro às formulações exemplares de Castanheira Neves; antes, as reforça.

É também a própria dialética *ser individual versus ser social* que afasta a argumentação de Añón Roig no sentido de que uma fundamentação dos *direitos* assente em *valores* se colocaria em termos absolutos e indiscutíveis.⁶⁰ Afinal, a reatualização prática que os valores *jurídicos*, adequada e proveitosamente compreendidos, traz, elide um tal erro, pois o especificamente jurídico demanda uma específica e bem delimitada *juridicamente* compreensão dos *valores*, o que não implica nem a assunção de que juízos de valor seriam deduzíveis de certos juízos descritivos da natureza humana ou mesmo de certas constantes da mesma, nem de que a recuperação do nexo *ser* e *valor* decorresse de um conceito de natureza humana não empírico, mas metafísico-teleológico, como observa Añón Roig.⁶¹

Respeitadas as exigências constitutivas e de realização do Direito, pode-se dizer que, em termos assim estritos, mas que abranjam nuances de tal nível de complexidade como a da *forma de ser dos povos* impõe, as necessidades humanas *podem* fundamentar certos *direitos*. Mas não seriam um tal reconhecimento e dever de respeito, ou seja, o alçar a *forma de ser dos povos* à categoria de um *direito*, um colocar em risco a próprias especificidades do *jurídico*?

É pela análise das próprias *condições de emergência do Direito*, nas formulações de Castanheira Neves,⁶² que se percebe que a construção se mantém coerente. Seja porque a *forma de ser dos povos* coloca um problema de partilha do mundo, o que justifica a própria exigibilidade de um dever de respeito de tal esfera sublime do ser humano, decorrente de uma intersubjetividade, enquanto ponto culminante da própria condição mundanal; seja porque o coerente e devido respeito ao homem, entendido desde aquela noção de *homem pessoa*, enquanto uma *aquisição axiológica*, implica tanto o respeito a esse *cerne axiológico* da pessoa

⁶⁰ ROIG, M. J. A.. Op. cit. p. 269.

⁶¹ Id.

⁶² NEVES, A. C.. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito... pp. 09-41.

humana com a conseqüente possibilidade de exigência de um tal respeito pelos co-partícipes de uma mesma comunidade, quanto por pessoas que com tal ordem de valores não se identifiquem, respeitado o período de aculturação, justificando-se, assim, o próprio revestimento pelo manto do jurídico da referida esfera; seja, por fim, que para as duas condições de emergência do direito como Direito se perfaçam, não implicando o reconhecimento da *forma de ser dos povos* enquanto um *direito* em uma negação a uma tal emergência, mas, antes, no próprio coroamento do processo. Isto porque, para além da exigência de respeito que a *forma de ser dos povos* demanda em termos jurídicos, superando o próprio cerne fundante que permite entendê-la como uma necessidade humana básica, traduz-se no próprio reconhecimento humano daquilo que, ainda que orientado por uma ordem de valores distinta, não perde a sua *humanidade* enquanto um *ato humano* revestido de uma *expressividade comportamental típica* de um dado povo. Afinal, se a categoria de “... *sujeito* (pessoa) é (...) *condição transcendental* do direito – o direito é impensável sem ela -; e irá revelar-se-nos ainda sua condição de possibilidade – o direito também não existirá sem ela.”,⁶³ é porque o reconhecimento e o dever de respeito da *forma de ser dos povos*, respeitado o período de enculturação, é a potencialização do sentido da própria *pessoa*, do *homem pessoa* enquanto *aquisição axiológica*.⁶⁴ A *coexistência ética* que as atuais sociedades plurais e fragmentadas demandam exige das pessoas um *algo a mais*, um abrir-se ético superador, que possibilite o respeito ao diferente, mesmo quando esse diferente não agrade. É, assim, que J. Lacroix, citado por Castanheira Neves, explicita que “... no homem, o conhecimento do outro implica o seu reconhecimento: antes de *conhecer* um homem qualquer, é primeiro necessário *reconhecê-lo* como homem; e é a este acto de reconhecimento, aplicado *a priori* a qualquer ser humano e que lhe confere para mim a qualidade de pessoa, que Kant chama respeito.”⁶⁵

É deste esforço humano de reconhecer/respeitar não só o diferente, mas

⁶³ Ibid.p. 32.

⁶⁴ Ibid. p. 33 e ss.

⁶⁵ Ibid. p. 35.

mesmo o diferente traduzido num *contrário*, que potencializaria a dignidade humana, abrindo-se, com isso, a possibilidade de um *diálogo ético aproximador*, ou seja, é o *jurídico* dando consistência e reafirmando o *ético*. A não responsabilização de uma pessoa pela externalização de um comportamento típico de seu povo, dentro de um período de enculturação, portanto, não significa e mesmo não pode significar o abrir mão dos valores erigidos comunitariamente por aqueles que tal atitude tomam; antes, um nobre ato humano de reconhecimento/respeito em estágio evoluído. Daí que revestir a *forma de ser dos povos* pelo manto do *jurídico* seja, antes, aquele dever inarredável do Direito, qual seja o de *garantir valores humanos fundamentais*.⁶⁶

Mas não seria um tal reconhecimento/respeito de condutas orientadas por uma base valorativa destoante daquela do observador uma quebra da própria ideia da *validade*, entendendo-se esta como uma *manifestação de um sentido normativo transindividual*⁶⁷? Se é certo que uma primeira impressão possa levar a tal indagação, é verdade que o *reconhecimento da pessoa* funda o *imperativo do próprio direito*, o *imperativo da sua própria constituição com sentido de direito*, com o que, um tal reconhecimento/respeito das pessoas que têm suas bases valorativas informadoras distintas é, antes, pressuposto da própria validade que no Direito queira se buscar, ou seja, uma *validade de Direito*. Afinal, talvez se estaria em um tal reconhecimento/respeito do diferente a assunção da exigível *determinação material da referência fundamentante da normatividade assumida pelo direito* conforme as exigências histórico-culturais que as atuais sociedades plurais e fragmentadas impõem.⁶⁸

⁶⁶ NEVES, A. C.. Nótula a propósito do Estudo sobre a responsabilidade civil, de Guilherme Moreira. Em: NEVES, A. C.. **Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros – Digesta** -. Volume 1º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 479. Posição essa, portanto, uma vez que delimitada ao fornecimento de um critério especificamente jurídico à solução dos problemas práticos decorrentes dos (des)encontros das diferenças, que não oprime aquele valor fundamental da liberdade desde uma *realização opressiva da igualdade*. Para a observação: Id.

⁶⁷ NEVES, A. C.. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito... p. 38.

⁶⁸ Para as expressões e frases em destaque: Ibid. pp. 38-39.

O referido resguardo *jurídico da forma de ser dos povos* teria como seu fundamento, portanto, uma específica noção de *necessidade humana*, entendida como um *valor* forjado comunitariamente tocante às mais essenciais e sublimes esferas, pois só assim se justificaria o sentido *jurídico* da proposta. Posição essa, portanto, que afastaria a concepção de uma noção de *justiça* em um sentido puramente *social*, em que as necessidades seriam vistas como meras apetências a serem saciadas, desde um ajustado mecanismo institucionalizado de distribuição social, convertendo-se uma tal *regra de partilha* num *princípio de justiça social* a ser tomado como critério distributivo, vertendo-se a orientação numa pura funcionalização política do jurídico, não deixando, contudo, de se apresentar, em certa medida, contraditória em si mesma, pois o próprio reconhecimento de um valor central a certos *bens* não deixa de ser uma acentuação do *justo*, o que a proposta de Rawls deixa evidenciado.⁶⁹ No que se propõe, portanto, o *justo* é o *prius*; o que se busca é a compreensão da necessidades que sejam constituídas por uma *referência fundamentante a priori*.⁷⁰

⁶⁹ A referida reflexão foi inspirada na análise crítico-reflexiva de Castanheira Neves à proposta de John Rawls. NEVES, A. C.. A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica 72**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 69-74 e pp. 80-81, desde uma análise crítico-reflexiva de *A Theory of Justice*; posição de Rawls, contudo, que não superou sua contradição mesmo depois de sua revisão de *Political Liberalism*, como pode se ver, também, em: *Ibid.* pp. 84-85, p. 87 e, sobretudo, p. 88 e p. 92, onde se mostra a manutenção da contradição.

⁷⁰ *Ibid.* p. 76.