
COMPONENTES DE UM PENSAMENTO FENOMENOLÓGICO DO DIREITO

André R. C. Fontes¹

Fenomenologia e Direito: a aproximação dessas duas palavras não deixa, em uma primeira reflexão, de evocar, de maneira espontânea e independente de qualquer outra causa, mas, igualmente, de forma complexa e confusa, um certo número de problemas. A elucidação não é insignificante, nem marcada por sutileza, tanto do ponto de vista da indagação filosófica, como sob o prisma daquela considerada pelo Direito. Ela, por certo, pressupõe uma relação essencial; a que diz respeito à Filosofia do Direito.

O primeiro problema que a aproximação da *Fenomenologia* com o Direito provoca é, portanto, o da reflexão inicial entre a *Filosofia* e o Direito. Uma relação pode-se estabelecer entre *Filosofia* e Direito que, por certo, não se apresenta menos espontaneamente que a primeira reflexão suscitada entre a *Fenomenologia* e o Direito, e que está a exigir, ao menos incidentalmente, a idéia de uma

¹ Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

Filosofia do Direito como um problema ou como questão, que, por sua vez, será conexa, porém, distinta ou diversa, daquela que se pretende desenvolver neste trabalho entre a *Fenomenologia* e o *Direito*.

Poderíamos ser tentados a reconhecer nesses pensamentos uma simples confluência entre a Filosofia e o Direito, pelo apego a tudo que se passa como se fosse uma realidade. Vê-se que a maneira como a Filosofia condiciona o conhecimento e assume seus próprios valores mais traduz verdadeiros ideais a realizar, do que a aprendizagem no real, das manifestações que o representa, e da redução da experiência vulgar. A Filosofia experimenta a especulação e volta as suas forças ao conhecimento e à compreensão de idéias diretoras, que possuem uma existência objetiva, sem se incorporar a essa realidade. Uma única realidade não deixa de ser ilusória se subtrairmos os seus mais indefinidos momentos ao que não existe em ato e em ator. Abismar-se no nada, não buscar *componentes* do Direito no *composto* do Direito será, por definição, cair no que não existe, na impressão de sonhar e de ler loucuras.

Continuaremos sempre dentro da Filosofia e de sua natureza irreduzível, mas a Filosofia do Direito não é a substância da Filosofia, a sua parte central, e, sim, a sua síntese, uma parte especial. E se a Filosofia do Direito não tem personalidade própria, seus problemas fundamentais dependem, além do tipo de Filosofia geral de que se parte, do deslocamento dos temas e dos debates, que sempre alterarão o conteúdo das questões. Bem informada a composição do sentido sinfônico da Filosofia com o Direito, no empenho construtivo da Filosofia do Direito, encontraria ela um completo obstáculo: o desapego ao Direito e ao que subsiste na sua formação.

A principal particularidade da Filosofia do Direito, como ramo da Filosofia, reside no fato de o seu sistema de concepções visar às fundamentações filosóficas da criação e aplicação do Direito. A

Filosofia do Direito permitiu a análise da experiência dos povos e de seus processos de mutação. Ela ofereceu uma concepção sistemática e harmoniosa das noções sobre os problemas sociais mais importantes, mediante a elaboração de formas de pensamento que refletissem o conjunto de raízes teórico-cognitivas, destinadas à atuação do Direito. A par da cognição dos mais complexos estudos das leis fundamentais da sociedade e do pensamento humano, seu papel mais importante é determinado pela contribuição dos seus mais ilustres realizadores na formulação sintética de teorias e no desenvolvimento de componentes, que proporcionem uma resposta às necessidades de seu tempo. Aqueles estudiosos de Filosofia que se dedicaram ao Direito não se limitaram a interpretar o mundo de maneira diferente, como é o mais comum nas obras filosóficas em geral; mas de transformá-lo, especialmente pela forma de atuação justa das leis em sociedade.

A Filosofia surgiu há muito tempo e desenvolveu-se *pari passu* com o conhecimento humano. Por manifestações na Índia, na China, no Egito e nas variadas, esplendorosas e remotas civilizações, atingiu a Filosofia as suas formas clássicas na Grécia antiga. A Filosofia, em seu estágio embrionário, formou-se e desenvolveu-se no processo de entrelaçamento estreito e de luta com a religião, que proporcionava uma explicação fantástica da realidade circunvizinha. Inicialmente, no campo visual dos filósofos antigos encontravam-se os problemas apresentados pela religião, isto é, os relacionados à origem do mundo e do homem, do sentido da vida, da missão do homem e da Ética.

A doutrina filosófica da natureza foi a primeira base do conhecimento humano. Os filósofos da antiguidade, nomeadamente, Tales, Anaximandro, Heráclito, *et alii*, procuravam responder à seguinte questão: qual a origem de tudo o que existe e se compõe? À medida que se desenvolvia o conhecimento

humano, as ciências naturais e, mais tarde, também as sociais, o horizonte dos interesses da Filosofia ampliou-se. Já em épocas remotas, começou a formação dos seus diversos ramos, como, por exemplo, a ciência do ser (ontologia), a ciência da cognição (gnosilogia), a ciência do raciocínio científico (lógica), a ciência da moral (ética).

Na Renascença deu-se o impetuoso desenvolvimento da Mecânica, da Física, da Química, da Biologia, dentre outras, e a esfera de conhecimento filosófico passou a abranger idéias teóricas mais gerais sobre a natureza, a sociedade e o homem. Adquiriram um valor autônomo a Filosofia da história, mais tarde a Sociologia, a Estética e muitos outros ramos da Filosofia.

O termo *Filosofia* deriva das palavras gregas *philo*, que significa amor, e *sophia*, sapiência. Sob o ponto de vista lingüístico, entretanto, a *Filosofia* pode ser definida como o *amor pela sapiência* e, por conseguinte, o objeto da Filosofia é a própria *sapiência*. Registram alguns escritos que a origem do termo Filosofia remonta às interrogações do Rei de Samos a Pitágoras, no que ele teria respondido: "Sou filósofo". Conquanto não tenha sido ele reconhecido como o primeiro filósofo, título atribuído pela tradição clássica a Tales de Mileto, batizou o *amor pela sapiência* com o termo *Filosofia*. Vale aqui a observação de Aléxis de Tocqueville, de que mais difícil que elaborar uma idéia é dar-lhe um nome.

Se nos limitarmos, tão-somente, a essa definição geral de Filosofia como *sapiência ou amor pela sapiência*, podemos tirar a conclusão de que todos os seres humanos sentem um certo "amor pela sapiência". Cada indivíduo reúne, em si, um determinado conjunto de concepções sócio-políticas, éticas, religiosas e estéticas e pode meditar sobre a existência ou não de Deus, sobre a natureza da felicidade humana, exprimir a sua opinião sobre o regime político

em vigor no país em que vive, por exemplo. Contrariamente a essa sapiência vulgar, a Filosofia, como verdadeira disciplina científica, procura encontrar um sistema de conhecimento ordenado e logicamente coerente. O objeto de qualquer ciência é um determinado aspecto da realidade e as respectivas leis objetivas que o regem.

O raciocínio teórico é uma propriedade inata, mas o seu desenvolvimento e aperfeiçoamento são dependentes da Filosofia. Exemplo dessa forma inata é que o homem não dá atenção às técnicas de que se vale para solucionar problemas, a não ser que os métodos habituais venham a revelar-se insatisfatórios, face a questões novas. Lascar a pedra deve ter exigido menos raciocínio que a segunda etapa, de amarrá-la a um pedaço de pau para formar um machado. O restante nós já conhecemos, afinal, o homem é o único animal que se distingue dos demais pela palavra e linguagem articulada, ou seja, pela sua capacidade de manipular símbolos e por possuir cérebro desenvolvido, o que lhe permitiu ter memória, motivação, previsão e imaginação. Tudo isso integra, com base em exemplos memorizados, organização social complexa e arte.

As sociedades humanas apresentaram-se em forma de organização social tão grandemente diversificada, que uma das maneiras de pormos em ordem essa diversidade é mediante a utilização de um termo não muito preciso, o de civilização. Registramos neste texto a existência de manifestações filosóficas em antigas civilizações e fizemos expressa menção à Índia, China e Egito. Quanto mais estudarmos os povos antigos e o seu comportamento e progresso, encontraremos sempre elementos para separá-los e distingui-los de outros supostamente menos civilizados e, talvez, próximos do estado selvagem. Cada uma dessas civilizações apresentava uma cultura particular que, comparada em sucessivas etapas de complexidade, principalmente pela sabedoria acumulada, suplantava a si mesma e a outros povos,

que, muitas vezes, eram formados pelo acúmulo de informações por eles incorporadas. Os gregos clássicos sobressaíram em cultura, progresso e sabedoria, e nos legaram a Filosofia. Certamente, o fizeram embebidos pela matemática egípcia e a astronomia babilônica, mas, acima de tudo, é de se fixar como premissa, que não podem ser separados por qualidades, que os tornassem um único tipo, como se outras civilizações não pudessem legar ao mundo outra espécie de sabedoria. O cosmopolitismo romano, de viés grego-latino, ultrapassa a intenção e o conhecimento dos tempos atuais, e constitui a excelência de exemplo, ao lado do grego clássico, das grandes e originais transformações que o mundo sofreu, ao lado da Filosofia, especialmente pela mais importante contribuição da Roma antiga: o Direito.

Concedamos aos gregos a importância que eles têm. Tributemos-lhes toda estima, toda gratidão, toda a admiração que merecem. Foram os artifices do mundo moderno, deste mundo que quis que a inteligência reinasse sozinha e livre de tudo que não é da sua alçada, purgando o espírito das névoas e dos exercícios de acrobacia, introduzidos nele. Existe um mundo, entretanto, posterior aos gregos, que deles não se separa nitidamente como têm pensado alguns, e que diferente, na essência, não viu a hora de se desembaraçar, por completo, de seus acessórios para encontrar afirmação de si, na ordem terrestre que as gerações futuras preparavam.

Dos gregos decorrem a nossa ciência, os nossos métodos, as nossas técnicas, o nosso racionalismo, mas não é indiferente saber que não se explicará demais, não se alargará, imprudentemente, o domínio do conhecimento desse povo até atingirmos o seu alcance, e não se restituirá pouco a pouco ao homem o que julga pertencer a uns, sem o terrível risco de sucumbir à firmeza da fé e à crença dos acontecimentos. A ordem inteligível criada pelos gregos é tão bem separada dos outros povos, que parece impossível uni-la novamente,

uni-la em um mecanismo do mundo que estava tão bem montado e que podia funcionar sozinho; e tudo mais se torna desnecessário.

A grande originalidade grega consistiu na formulação da Filosofia, mas outros povos, outras civilizações investiram, atrevidamente, no mundo da Filosofia e obstinavam-se nessa quase impossível tarefa de reunir o inteligível e o sensível e fazer derivar esse último daquele, extraíndo em torno das idéias alguns conceitos. Uma vasta síntese, que se mantinha em normas sensatas, descambou para sutilezas abstratas. Essas virtudes a história guarda, senão por sombras, os primeiros passos e as tentativas caídas em cheio pela dificuldade, mas que deve ser sublinhada, pela sua força e eficácia de encadeamento: a romanidade.

Nós somos, entretanto, os *heredes necessarii*, os herdeiros do Direito Romano (*Roma communis nostra patria est*). Não esteve nunca em nossas mãos poder impedir que o Direito Romano fosse um elemento básico na formação da moderna civilização ocidental. Por sermos os grandes herdeiros de uma contínua tradição, parte dessa herança espiritual (*a Romanitas*) dever ser, cuidadosamente, guardada e cultivada e, no possível, ver aparadas suas arestas.

Se a Grécia é o berço do período filosófico mais importante e característico, foi Roma que desempenhou igual papel para o Direito. E se o pensamento moderno é, ainda em nossos dias, influenciado, profundamente, pela Filosofia grega, a influência romana se faz notar na luz e no espírito dos homens e das nações. Mas tanto no Direito como no resto, a maneira prática e flexível como agiram e viviam os romanos não os impediu de produzir escritores com todos os matizes que a época comportava, e que, mesmo sem a destreza dos gregos, trabalharam no domínio também da Filosofia, desligados, é verdade, de qualquer escola ou profissão docente. Cícero, Sêneca, Marco Aurélio e, em particular, a

maior parte dos chamados céticos, debruçaram-se, sozinhos, no trabalho da Filosofia, que muito contribuiu para o triunfo e esplendor da Roma antiga, algo que ainda hoje não somos capazes de imaginar, mas se consultarmos os testemunhos da época nos surpreenderemos com o seu êxito.

Uma parêmia romana muito poderia exprimir a síntese inaugural do problema jurídico: *ubi societas ibi jus*. Onde está a sociedade, aí está o direito. Uma leitura atenta de um filósofo, tornaria possível extrair compreensão imediata. Por outro lado, outra máxima romana poderia ser lançada: *ex facto oritur jus* – do fato nasce o direito. Nos dois exemplos, a sociedade que se organiza assume a forma de Estado, formaliza a vontade dos indivíduos organizados por meio de leis, que fixam as condições e os limites dos comportamentos dentro do grupo. Um filósofo bem que poderia concluir que um Estado determinado é totalitário, que as leis resultam da vontade de apenas alguns ou de um homem, e que certos comportamentos não teriam fundo religioso. Mas, somente um saber especial de filósofo poderia tomar esse campo do conhecimento como algo constante e universal do Direito, por meio da Filosofia do Direito.

Ao desenvolver formulações teóricas sobre o Direito, o produto mais refinado da sua civilização, Roma demonstra a capacidade de um povo de forjar um conhecimento, de conjugá-lo com o que já havia extraído da Grécia e de lançar as bases de um processo infinito e inesgotável, no tempo e no espaço, em permanente transformação e desenvolvimento, capaz de formar idéias, premissas, princípios, postulados, que constituem novo objeto de cognição: a Filosofia do Direito.

Se fizéssemos uma análise direta sobre a transmissão da cultura grega e de sua Filosofia na formação do povo e na

construção dos pilares da civilização romana, teríamos que partir da síntese de quanto mais diretas forem as ligações, tanto mais simples elas são. De modo contrário, quanto mais complexa é uma ligação, tanto maior é o seu número de degraus intermediários, e tanto mais complexo se torna o conhecimento. Na relação Grécia-Roma, a ligação imediata se distingue por meio de uma análise de ligação mediata, como uma ligação mais simples para o objeto de estudo. Desde os primórdios da história mitológica romana, encontramos personagens gregos relacionados à fundação de Roma, como o grego Enéas e até mesmo Gaio, autor das *Institutas*, que receberam seu nome e foram paradigma das *Institutas* de Justiniano, cuja origem (Gaio significa *terra* em grego e, diversamente dos romanos, era conhecido por um só nome) mais provável seja a grega. Não é grego o Direito, mas a Grécia conheceu a justiça, que também foi conhecida por todos os povos organizados, do Ocidente ao Oriente e vice-versa. A Grécia conhecia tribunais e defensores, mas não conhecia o direito e advogados. A Grécia conhecia cidades-estado e não soube se manter além muros na ocasião em que Alexandre dominou o mundo conhecido. Roma, ao contrário, a partir de uma cidade dominou o mundo e o Direito foi a chave da manutenção do seu poder por mais de doze séculos.

Outra chave da relação entre a Grécia e Roma foi a delegação romana encaminhada à Grécia antiga para buscar em seus costumes as leis fundamentais com as quais Roma forjou suas Leis das XII tábuas. Também na Grécia os romanos encontraram os personagens que permearam seus deuses (embora reduzidos, se comparados com a matriz grega) e buscaram nos costumes, literatura, pensamentos e tradições gregas as bases da maior contribuição romana: o Direito. Da Grécia foram extraídas as leis e a Filosofia, que fundaram o pensamento jurídico romano. Um exemplo do conjunto de filósofos romanos pode ser apontado na singular figura de Cícero, Marco Túlio Cícero, que contribuiu para a Filosofia

universal ao resgatar o texto *Da retórica* de Aristóteles e de lá, da Grécia, fundir o conhecimento filosófico ao jurídico. Cícero é, reconhecidamente, jurista e filósofo. A essência do pensamento jurídico formado em Roma era a razão filosófica grega. Como uma das figuras dominantes nas idéias forjadas em Roma, Cícero, em sua obra *Da Republica* (III, 22), sustentou que *“existe uma lei verdadeira, que é a reta razão, que está de acordo com natureza, difusa em todos os homens, imutável e imperecível, que nos chama imperiosamente a cumprir os nossos deveres e nos proíbe a fraude e dela nos afasta; cujos imperativos e proibições o homem honesto sempre observará, enquanto os perversos não os escutam. Qualquer alteração dessa lei seria sacrílega, e não é permitido revogar qualquer parte dela; não há possibilidade de procurar um Sextus Aelius para nos dar a exegese e a interpretação; esta lei não é uma para Roma e outra para Atenas; uma hoje, outra amanhã; mas é uma mesma e só lei imutável, eterna, e abraça, em todos os tempos, todas as nações.”* Seja-nos permitido acrescentar que Sextus Aelius Catus Paeto foi o cônsul republicano, conhecido pela sua interpretação das Leis das XII tábuas. Em Roma não se separava o Direito da Moral, mas se distinguia, de forma original, a Religião do Direito, por meio dos conceitos, respectivamente, do *fas* e do *jus*.

Os conceitos em Direito são obras originalmente derivadas do espírito mais culto dos jurisconsultos romanos, que, sem ignorar as percepções da realidade social, para as quais destinavam o produto mais refinado de seu pensamento, poderiam ser qualificados como os seus maiores e mais importantes legados, se se abstrair o Direito como um todo único. São bem conhecidas as percepções e a sensibilidade desses juristas às questões mais emergentes da sociedade que integravam, mas foi graças aos conceitos formados em Roma antiga, derivados de uma razão inerente, a mais prática das suas tradições, que ocorreram progressos notáveis e curiosos desenvolvimentos no campo do Direito.

Seguindo suas pegadas originais, começaram esses conceitos a trilhar os caminhos de uma nova perfeição e aportaram práticas surpreendentes, que somente muitos séculos depois revelaram novas formas da sua própria incapacidade. Essa formulação conceitual romana surpreende, mas não é despida de uma justificativa, até certo ponto histórica, mas acima de tudo prática, lastreada na cultura e na Filosofia gregas, incorporadas desde os primórdios pela civilização romana.

Partir de coisas simples e práticas para se chegar ao composto. Voltava-se à simplicidade e à realidade; nisso, aliás, que residiu a explicação do êxito de Roma em XII séculos. Roma foi capaz de entregar-se a si mesma e aos seus princípios mais elementares; e a aplicação elementar aos problemas que o mundo lhe propunha ou que ela própria formulava, para vê-los aclarar-se, imediatamente, para ver a verdade libertar-se das nuvens que a tinham envolvido. Era senão a marcha regular do bom-senso saneado e aperfeiçoado. E nisso consiste a verdadeira Filosofia romana. As maiores personalidades romanas a que nos referimos souberam desvencilhar a inteligência do espírito e dotá-la dos melhores princípios para o conhecimento; mas o fizeram de modo puramente individual.

Esse duplo aspecto, teórico e prático, da formação da Filosofia do Direito se explica não só pela singularidade da sua origem helênica e romana, mas, também, como conveniência para o início e para o desenvolvimento de uma série complexa de ordem de idéias. É que, a despeito do pensamento filosófico geral e da sua história, certos problemas fundamentais do Direito vararam séculos de incessantes discussões e não eram minimamente entendidos e sequer assentados em uma terminologia destinada ao seu equacionamento. Foi a exigência de uma apreciação, sob ângulos diversos ou por diferentes idéias de fatos que ocorriam e se sucediam na vida em

sociedade, que deslocou uma parte especial da Filosofia para a indagação da vida do homem e da sua convivência.

Os mais refinados produtos do pensamento jurídico romano são os conceitos. Práticos e objetivos, os romanos nos legaram as idéias fundamentais e, também, os nomes dessas idéias. Para encontramos as formas mais puras e elementares do pensamento jurídico romano, devemos partir do elemento conceitual. São os conceitos as noções essenciais, nas quais está assentado todo o legado romano. E a gênese desse pensamento conceitual remonta à Filosofia Clássica, nas origens dos conceitos. Platão, ao declarar a seus contemporâneos que deveriam dar as costas ao panorama da experiência sensível, e em vez disso, concentrarem-se nos objetos de *per se*, considerados como forma, logrou fornecer uma metodologia intelectual familiar, que seria o ponto de partir de seu pensamento e do qual se desdobraram os pensadores seguintes, no que sintetizou Alfred Whitehead que todas as tendências filosóficas são nada mais, nada menos, do que uma mera nota de rodapé à Filosofia de Platão.

Em toda sua história secular, a Filosofia se verá aliada a novas idéias e proposições, que se manifestam em todas as ocasiões, de modo a restaurar a unidade da Filosofia, mas, também, de suprir as necessidades extremas de uma fundamentação mais específica e de um estudo mais pormenorizado das transformações do Direito. Esse fenômeno de amalgamento entre o Direito e a Filosofia está condicionado a dois fatores: a afirmação de novas idéias filosóficas e os movimentos ocorridos nas sociedades organizadas. A rápida evolução das idéias filosóficas e a sua capacidade de estudar os novos processos desses movimentos bem demonstram tal assertiva. O êxito de tais conclusões permitiu aos grandes textos filosóficos elaborar uma doutrina do Direito, como ocorreu com Kant e com Hegel.

As premissas do aparecimento de reflexos filosóficos na construção do pensamento jurídico muitas vezes decorrem de interpretações filosóficas em outras acepções. Mas a vocação geral de alguns dos mais elementares pontos das teorias filosóficas abrangeu tanto as formas mais comuns desse reflexo da Filosofia no Direito, que se tornou uma noção particularmente essencial na prática do Direito.

Conquanto sejam formas racionais as que moldaram o que entendemos por *conceitos* e por *categorias* em Direito - mediante o pensamento original das fontes e dos juriconsultos romanos, e, *consecutivum* aprimoramento, seja pelas práticas e costumes conduzidos ou não ao *status* normativo -, que os estudos atuais do Direito encontram, contrariamente ao racionalismo romano, desde os primeiros anos do tirocínio acadêmico, um método particular de construção, ordinariamente realizado a partir de oposições binárias, de forma a procurar diferenças e semelhanças de conceitos, distinguir e fazer generalizações de termos. São assim os *direitos* e *deveres*, o *objetivo* e o *subjetivo*, o *débito* e a *responsabilidade*, como exemplos notórios de tal afirmação.

Essa metodologia bipolar remonta ao sistema aritmético binário, elaborado por Leibntz (a díade, que funciona com dois signos, 0 e 1, representativos da idéia de estar “sem Deus”, “com Deus”). Ela é utilizada pela Taxonomia botânica e pela zoológica como a sua chave de classificação das espécies, ou ainda, na moderna Lingüística, a partir do *contraste* inicial entre dois vocábulos, no qual se constrói o significado de uma única palavra, e isso se quisermos nos limitar apenas a alguns exemplos.

Compreender algo a partir de uma relação de sim-não para formar uma idéia nos reporta a outra noção, a de *estrutura*. E se se volta para imprimir a um instituto uma maneira de diferenciá-lo de

outro, embora o alcance considerável e sem que se baseie, exclusivamente, em dados comuns aos modelos estruturalistas, bem que poderíamos tomar essa técnica como exemplo de uma atitude estruturalista, reinante no conhecimento do Direito.

Dessa técnica usada pelo jurista extrai-se a manifesta intenção de buscar um mecanismo de utilidade prática, que, inegavelmente, possa contribuir no reconhecimento infalível dos institutos de Direito. Não que desconheçamos o valor de sua contribuição e o objetivo prático que a colima; mas ela gerou uma nova maneira de conduzir a inteligência, uma verdade fundada não mais na autoridade ou na opinião, mas na certeza de que são diferentes. Desenvolve essa técnica a primazia do que foi construído sobre uma inteligência melhor instruída, pela construção de conceitos, ao depositar no mero contraste a plena eficácia que lhe é atribuída.

Uma miríade de idéias filosóficas, em círculos, influenciou o Direito na busca da solução de problemas globais, que surgiram perante a humanidade. Tal como podemos nos convencer, é sumamente extenso e cada um deles é resultado da ação de causas e premissas específicas condicionadas, por uma parte, pelo âmbito concreto da atividade vital dos homens e, por outra, pelo meio socioeconômico concreto, no qual tal ou qual problema surge.

Simultaneamente às indagações sobre as várias formas de pensamento filosófico, aplicáveis ao Direito, apresenta-se uma clara interrogação: todos esses problemas são dotados de um caráter sistemático? Eles afetam os destinos de toda a humanidade? Existiriam fatores comuns que os geram ou conduzem a uma piora ou a aprofundamento?

As concepções filosóficas, que causaram grandes mudanças e que seguem, ainda, em curso nos acontecimentos, de modo a

influenciar a nossa época, podem ser resumidas em dois grupos: o Kantismo e o Empirismo. As idéias e representantes dessas duas grandes correntes de pensamento predominam ainda hoje no Direito, e são capazes de excluir a participação ativa de conhecimentos verdadeiros, que tentam penetrar na esfera de conduta dos homens e conduzi-los ao caminho do conhecimento jurídico, em bases firmes, que assegurem sua autenticidade.

A primeira idéia a desabar sobre o Direito, em premissas tais que o conhecimento jurídico ignore as essências que nos circundam e as leis que reflitam o homem em sua consciência, é o Kantismo. Sob as linhas de Immanuel Kant, a realidade passa a traduzir significativas verdades, mediante a determinação do conhecimento pela natureza do nosso aparelho sensorial cognitivo. Conquanto se iniciasse com a experiência, o conhecimento da realidade exigiria uma ordenação pela mente humana. Kant mostrou que poderíamos descobrir verdades significativas sobre a realidade, a partir da razão pura. Ao examinar as condições de possibilidade da nossa experiência, concebeu formas *a priori*, além de estabelecer categorias gerais do pensamento, que nos permitem organizar o material dos sentidos. Traçou as linhas gerais de um dever moral, chamado *imperativo categórico*, destinado aos nossos comportamentos. Transformou em centro o sujeito, de modo a que do seu próprio “eu” tudo a sua volta giraria, como ocorre com o sol e os planetas, que em torno dele orbitam.

Uma larga soma de idéias agregou-se às premissas Kantianas, e o Direito as reconheceu e as concebeu em novas figuras. Um exemplo dessa aplicação ao Direito pode ser encontrado na sua divisão dicotômica. Desde que Ulpiano estabeleceu a diferença entre o Direito Público e o Direito Privado, ao indicar que *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum; publicum jus est quod status rei romanae spectat; privatum quod ad singularum*

utilitatem, os juristas de todos os tempos têm tratado de melhorar tal critério de distinção, em muitas ocasiões, infrutiferamente.

A concepção romana de propriedade do *jus fruendi, utendi et abutendi*, que se vê superada pelo novo conceito de função social, em benefício da coletividade, seria outro exemplo no qual o *racionalismo* desenvolveu-se, de diferentes formas, no pensamento jurídico romano. A idéia de justiça, em um sentido jurídico-processual, em nossos tempos é lastreada na racionalidade romana, que constituiu a força motriz de inúmeras definições. Desde a tradicional e clássica lição de Ulpiano, que a considerava como a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu (*Justitia est constans et perpetuam voluntas jus suum cuique tribuendi*) até a de um caráter revolucionário, que a define como o tratar os iguais como iguais e aos desiguais como desiguais, passando por aquelas outras que a consideram como o dar a cada um o que é seu.

Se retomássemos apenas a *summa divisio*, a distinção dicotômica do Direito em público e privado, a construção da tarefa do jurista de formar conceitos e categorias, bem como estabelecer formulações apriorísticas, encontrou nessa distinção, por exemplo, a maior ressonância nos adeptos do Direito Continental. É de curial sabença que, ao menos, 100 critérios de distinção são conhecidos e ela é, reiteramos, a *summa divisio* do Direito, nos países do sistema romano-germânico. A base moderna das concepções extraídas dessa divisão é de fundo kantiano, e encontra, em uma das suas variantes, a *Filosofia dos conceitos*, uma das suas grandes expressões. Outra manifestação kantiana surgiu nos trabalhos congregados no chamado *Pandectismo*, que tanta contribuição deu na formação das idéias fundamentais do Direito, como a noção de direito subjetivo, de relação jurídica e de pretensão.

O Kantismo deve sua configuração a um conceptualismo

radical: o sujeito dito transcendental cria o mundo que pretende compreender. Em um direito formulador de conceitos, esses se associam às categorias, que com elas não se confundem. O Kantismo é, *grosso modo*, a confluência de duas direções fundamentais do pensamento filosófico: o Racionalismo e o Empirismo. Os racionalistas são Descartes, Spinoza, Leibnitz e Wollf; e os empiristas são Bacon, Locke e Hume. Os dois movimentos, o Racionalista e o Empirista, para os quais Husserl lançaria sua crítica, eram estabelecidos em bases tais que, para o Racionalismo, o conhecimento seria produto de uma simples faculdade, a razão; já para o Empirismo, o conhecimento resultaria de uma outra faculdade, a sensibilidade.

Os movimentos que, de alguma forma, basearam-se em Kant dominaram o Século XIX, ao lado de um Empirismo, multiplicado e polimórfico, que passaria a posição de agrupamento intelectual contraposto ao que se tinha de novo, a partir de leituras kantianas. E, na passagem para o século XX, foi tragado pelas críticas de diversos movimentos que apareciam e eram contrários à de linha de pensamento e a outra que compreendia as duas posições mais potentes: o Empirismo. Ao seu lado, a ilusão empirista reinava e compartilhava. E o Direito não ficou de fora: em um plano sintético de compreensão, senão na mais estrita cognição em seu conjunto, a experiência de que se valem os juristas, *sub specie veritatis*, do ponto de vista da verdade, como formas e categorias de que se utilizam e se expressam em diferentes aspectos dos *atos*, *atos* em *processo* e em constante *desenvolvimento*; ao passo que os juristas de linha kantiana se elevam, suave e ritmicamente, na *razão*, conservando todo seu significado determinante, aos quais seguem aprofundando-se e enriquecendo-se.

O Empirismo jurídico pauta-se pelas experiências e realizações de uma sociedade. O Direito é concebido como um comportamento

de fato, que deve ser visto de acordo com sua consequência coativa. O Direito é a prática jurídica, pautada na experiência, expressada por meio de fatos e decisões. Como todo comportamento social, o Direito produzido judicialmente obedece a um processo de elaboração razoável de decisões, que combinam a realidade social, padrões operativos e a sua própria auto-limitação na discricionariedade de decidir. O lema dessa concepção filosófica é a máxima *ex facto oritur jus* – o Direito brota do fato.

Malgrado os estudos jurídicos no Brasil serem orientados no sistema romano-germânico, a formação de juristas nacionais inclui, igualmente, alguns influenciados pelo *Common Law*, como é exemplo o Ministro Amaro Cavalcanti, do Supremo Tribunal Federal, autor de obras clássicas, dentre as quais a *Responsabilidade Civil do Estado*, cuja graduação ocorreu nos Estados Unidos da América, no início do século passado. Conquanto sejam diversos em suas estruturas e cognição, os sistemas romano-germânicos e do *Common Law*, a influência desse último em nosso País se faz notar, em caráter frutífero, em geral pelo caminho universitário, como já exemplificado, mas, também, de forma complexa e dialética, pelas opiniões e representações diversas, algumas subjetivas e imprecisas, mediante as quais o jurista brasileiro desveste-se de sua formação tradicional e se mostra aberto aos mais encantadores argumentos dos juristas e sistemas do *Common Law*. E, com a força e beleza de suas novas descobertas, oferece-se, inevitavelmente, a expressá-las em seus pensamentos mais recônditos.

Certos de que os conceitos são de origem platônica e deles se valeram os romanos para a construção da ciência do Direito, é em Aristóteles que encontramos a formação das categorias. Coube à Escola Neo-kantiana, centenas de anos mais tarde, juntar o binômio conceito-categoria em Direito, idealizada pela Escola Logicista ou de Marburgo, que forjou as categorias fundamentais do Direito.

Essa corrente de pensamento talvez seja, modernamente, a que maior contribuição deu ao pensamento jurídico, na perspectiva kantiana, ao formular o que foi chamado de *categorias fundamentais do Direito*.

É nessa arena que surge a crítica de Edmund Husserl. Ela é resultado histórico de sua época e o desenvolvimento lógico de todo pensamento filosófico, que expressará as tendências para a virada do Século XX. Husserl sabia que o Empirismo não se justificava, seja porque convertera o universo a uma mera imagem, seja porque eram incapazes de compreender objetos ideais. A necessidade de resolver problemas globais, que nos seriam dados, sem decidir-se se esse dado é uma realidade ou uma aparência, pois haja o que houver a coisa estava aí, dada, também não permitia que a objetividade fosse reduzida e simplificada a uma pressuposição. Ou, melhor, não se podia ter em conta que a atitude dos homens a respeito do conhecimento fosse a de atribuir ao pensamento uma expressão tal, ao ponto de se reputar completo e auto-suficiente, e desse modo, permitir que as coisas do mundo pudessem ser explicadas, criadas e elaboradas como um mero produto do pensamento, exatamente como profetizava Kant.

Se tomássemos como exemplo a noção civil de solidariedade, disciplinada pelo Direito das Obrigações, e expressamente tratada em nosso Código Civil, e tomarmos mais especificamente a Teoria da Correalidade, desenvolvida por Ribbentrop (*Zur Lehre von den Correalobligationem*), segundo a qual a obrigação poderia consistir em apenas um vínculo entre os devedores, que seria passível de solução *sine beneficio divisionis*, chegaríamos à conclusão de que tal teoria não tem qualquer significado para um empirista, pois ela era baseada no Direito Romano. E o Direito Romano, segundo um pensamento hoje dominante, *de fato* não conheceu a distinção entre solidariedade e correalidade. O kantismo perfeitamente a

imaginou, inspirando-se nas observações de alguns romanistas, sendo, essa teoria, a da correalidade, um produto do pensamento de Ribbentrop, que emprestou o prestígio de sua autoridade e a vulgarização de sua obra, mas que, longe de clarear a matéria da solidariedade, obscureceu-a, já que a *solutio* que pudesse realizar-se *pro parte* estaria a cindir a própria relação obrigacional solidária. O choque com a realidade que a concepção kantiana estabeleceu na teoria desenvolvida por Ribbentrop não prestou grande auxílio. Mas, ao contrário, serviu apenas para firmar-se entre a tormenta e as discussões, especialmente porque foi marcante o reflexo dessa teoria na literatura civilista.

Ao fazer abstração de qualquer interpretação idealista ou realista, a Fenomenologia husserliana suspenderia a existência do dado (correalidade) como um objeto real, a fim de examinar suas representações (o que chamaremos de redução eidética ou simplesmente *epochê*) e a descreveria em sua essência, em um processamento gradual de esclarecimentos, que progrediria, de etapa em etapa, mediante a intuição - aquela que nos permite conhecer e ter idéias sobre as coisas em geral.

Por meio da redução eidética, encontraríamos em um primeiro momento uma forma de pôr “entre parêntesis” o dado sobre o qual incide nosso interesse de conhecer, mediante o exclusivo exame de suas representações, prescindindo-se da existência tanto do sujeito que quer conhecê-la (de conhecer a correalidade), quanto daquilo que se quer conhecer (a própria correalidade). Estudariamos as apresentações da teoria considerada em si mesma, abstraindo-as da presença real em qualquer texto, romano ou atual, a fim de analisar a teoria unicamente a partir das formas presentes, enquanto meras representações, ou seja, como ela se apresentava.

Ao fenomenólogo não interessam as opiniões alheias, no instante

em que se quer compreender um dado qualquer. Ele investe contra as próprias coisas, pois nada mais resta do objeto, além do que é dado ao sujeito. Essa eliminação preparatória, realizada pela redução eidética, se faz mediante a suspensão, eliminação ou “pôr entre parênteses” o objeto estudado, para que a sua essência seja encontrada. Ao eliminarmos ou abstrairmos tudo mais sobre o quanto queremos que seja conhecido, poderemos, de fato, conhecer algo. Como ocorre com a observação de um biólogo diante de uma desconhecida bactéria que a ele se apresenta, para conhecimento e estudo, e que deve ser objeto de novas descobertas. Terá esse biólogo, mediante a descrição por etapas, tomar algo como centro, pondo de lado todas as fontes de informação sobre outras bactérias, de modo a considerar a essência pura do que é tomado pelas suas atenções. A classificação e o enquadramento desse microorganismo hipotético, após conhecer a sua essência pelo método fenomenológico, é momento diverso e posterior ao conhecimento primeiro que a Fenomenologia visa a resgatar.

Ao recebermos o instrumento de um contrato para análise, concentramos toda a atenção na mais pura consciência sobre aquele conteúdo do conhecimento. Esvaziamos tudo mais de qualquer objeto que vemos ou queremos (como seriam outros contratos, cujas cláusulas são diversas e que poderiam prejudicar nossa percepção daquele específico texto diante de nós). Despoja-se de tudo o que ouviu dizer ou leu a respeito dos contratos para, em algum momento, atingirmos o *eidós*, a sua essência. O resultado dessa tarefa (ou redução) é a descoberta do que intentamos, do que intenta nosso *eu*, em outras palavras, é a nossa intencionalidade. Essa intencionalidade é o traço distintivo do conhecimento e todas as suas manifestações. É dessa forma que a redução eidética se manifesta. *Epoquê* significa suspender o juízo, pois bem, é dessa forma que, em uma primeira leitura do instrumento do contrato, poderemos saber, de fato, do que estamos

tratando. Esse primeiro contato com o instrumento do contrato e suas cláusulas não afasta os outros momentos nos quais o contrato é analisado comparativamente, seja com os nossos conhecimentos a respeito dele, seja com os nossos conhecimentos a respeito de outras espécies de negócios jurídicos, que poderão dar suporte a uma análise por contrastes.

Os primeiros estudiosos da Fenomenologia ficaram muito impressionados com chamamento ao retorno das próprias coisas, no sentido de dar precedência a como as coisas (textos de lei, cláusulas contratuais, declarações verbais, dentre outros) se apresentam na experiência real sobre os ditames de uma qualquer teoria ou sistema de como elas devem ser. A preocupação da Fenomenologia foi a de tomar as coisas com são, sem conhecimentos outros que podem prejudicar o exame do conteúdo do que desejamos conhecer. Daquilo que se pode ver e alcançar diretamente, quando o pensador não se deixa deslumbrar-se por preconceitos, nem se desvia do objeto em si, que é o verdadeiramente dado.

O método utilizado pela Fenomenologia difere da argumentação dedutiva, indutiva ou dialética e, como é corrente nas vivências puras, descreve fatos que concernem à referência intencional da nossa consciência (pura) ao objeto intencional. Fazer uma análise da objetividade da consciência, pois a consciência é essencialmente consciência de algo, já que não existe a consciência de nada. É respeitarmos a idéia de que temos uma relação intencional com essa coisa, que queremos conhecer na sua essência. Quando várias consciências convergem para a mesma essência, e sobre ela estão de acordo quanto à análise fenomenológica, podemos ter um certo grau de certeza da objetividade do conhecimento por elas alcançado. A Fenomenologia prescinde da idéia de que algo tenha que existir para fitar a sua

existência, de modo que poderíamos falar sobre um crime que não tenha existência positiva no Brasil, de um tipo de contrato de compra e venda que seja proibido no País, como seria o de material nuclear entre particulares. O juízo do fenomenólogo deve basear-se na evidência, ou seja, nas experiências que decorrem da captação das coisas em si mesmas e como se apresentam, mesmo que não exista, mesmo que não tenha realidade, mesmo que não seja factível.

A filosofia de Husserl encontra suas principais perspectivas teóricas na idéia de ser uma ciência descritiva do quanto aparece à evidência imediata. Nesse sentido, ela combate todo tipo de reducionismo, isto é, a pretensão injustificada de negar âmbito determinado do dado, para reduzi-lo a outros que saberíamos mais originais: o psicologismo, especificamente, como uma forma de reducionismo, aquele segundo o qual as leis ideais da lógica vêm interpretadas como meras leis psicológicas, para libertar a reflexão sistemática do Empirismo inglês, que reduzia o conhecimento à experiência sensível. É preciso partir, então, daquilo que se encontra antes de todos os pontos de vista, pois a investigação fenomenológica observa as próprias coisas, tais como aparecem em uma primeira ordem ao sujeito, ou seja, na sua genuína maneira de ser e na forma como se lhe oferecerem, prescindindo dos filósofos e de suas teorias, tal como se revelam na sua pureza irrefutável, a impor-se pelo testemunho da verdade.

Para descobrir um novo fundamento para a ciência que apresentamos, a Fenomenologia afirma o desapego às concepções baseadas em postulados apriorísticos, de princípios ideais, eternos e absolutos para a gênese do conhecimento. O processo de atividade cognoscitiva dos homens não deve menosprezar apenas o que acaba por ser o próprio objeto fundante de todo conhecimento: a consciência. Nenhum fenômeno do mundo circundante escapa à consciência pura, pois é ela que capta, como

um puro centro de referência da intencionalidade, qual o objeto intencional é dado e, por outro lado, chegamos a um objeto que, depois da redução, não tem outra existência, senão a de ser dada intencionalmente a esse sujeito.

O dinamismo de nosso tempo carece de precedente na experiência jurídica. A torrente de interesses a serem tutelados pelo Direito demonstra a extraordinária profundidade e a variedade das transformações ocorridas em todas as esferas da vida humana. Produzem-se mudanças radicais e incessantes em um mapa político globalizado, acontecimentos que se desdobram com uma rapidez inusitada, as tensões e os conflitos entre as forças sociais adquirem cada vez mais um caráter agudo e conseqüente, e ao Direito se apresentam as mais diversas e inesperadas formas de proteção ou tutela.

As relações sociais são excepcionalmente complexas. Chocam-se teorias e opiniões das mais diversas e contraditórias. Em sua luta por reconhecimento, temos manifestações novas, como a exaltação da dignidade da pessoa humana e o seu conteúdo incógnito e polimórfico, a própria noção de personalidade e suas mutações, que a tornam renovada, a cada dia, os direitos fundamentais, os direitos humanos, os postulados e os princípios, e toda sorte de situações, como a Bioética e o Biodireito, que se submetem a todas as teorias, idéias, concepções, até as mais anacrônicas, conservadoras e medievais. Ao mesmo tempo pretendem, com certo grau de insistência, criar e inventar novas concepções e doutrinas com a aspiração do “espírito da época”, de modelarem os problemas da vida contemporânea, mas cujas soluções remontam aos modelos empíricos e racionalistas.

Impõe-se fazer uma apreciação correta e exata de todas as teorias, e dar uma resposta veraz a todos esses complexos problemas da vida atual. A verdade é amarga e, com freqüência,

não distingue o ouro falso dos rótulos políticos da moda e das instituições políticas sensacionalistas. É, entretanto, a nossa época vocacionada para um grande salto na proteção de novos direitos, em cujo processo tem lugar um incessante relevo de teorias, que se põem de manifesto aos multiformes e complexos ideais, muitos novos, outros velhos, que surgem e sustentam hipóteses diversas, muitas vezes paradoxais, cuja veracidade é, com freqüência, muito difícil de estabelecer, ao menos por enquanto, de forma a que a verdade, como se diz vulgarmente, está oculta no *fundo do poço*.

Vê-se, que a necessidade de resolver os inúmeros problemas suscitados pelo Direito exige a união de forças cada vez mais distintas e mutáveis, com tendências muitas vezes contrapostas. Muitos passos foram dados e avanços realizados, em diversos níveis e etapas, não só destinados ao aperfeiçoamento das leis, mas, também, na incorporação, na aliança com movimentos filosóficos, a propósito dos quais se poderia alcançar, em essência, uma verdadeira transformação da sociedade e dos indivíduos. Na busca de uma complementação que tome em consideração condições e tendências, nos deparamos com situações que nem sempre nos permitem resolver as mais difíceis tarefas correlacionadas à criação e à atuação da regras de convivência. A intensificação do caráter jurídico nas sociedades organizadas incrementou a inter-relação de determinados segmentos, que testemunharam a adoção de frustrantes ações, nas mais variadas coletividades, que muitas vezes conduziram a situações que se mostraram inconsistentes ao longo do tempo; no entanto, os homens de cada geração ofereceram a solução de problemas, que não se encontraram suficientemente agudos para a incongruência de pensamentos correlatos, que emergissem de forma clara, límpida e nítida à superfície.

Foram necessárias condições objetivas que permitissem o desenvolvimento da mentalidade da razão e das sensações e que,

por sua vez, se tornassem incompatíveis com a continuação do sistema que a informava, para que surgisse, com clareza, a falta de consistência interna dessas posições, cuja adoção se reduzia, no fundo, a um emaranhado de elementos díspares, situados em planos incompatíveis e insuscetíveis de conduzir a qualquer teoria coerente. E, realmente, a tentativa de conciliar postulados, contraditórios entre si, conduziu, pode-se assim dizer, ao nascimento da Fenomenologia como Teoria do Direito.