
ESBOÇO SOBRE A JURIDICIDADE: CONTRIBUTO PARA UMA TEORIA FENOMENOLÓGICA DO DIREITO.

Luiz Claudio Esperança Paes¹

Na órbita jurídica a fenomenologia encontra aplicação e isso não é mais novidade. Incontáveis pesquisas foram realizadas sobre o que seria o fundamento do Direito. Kelsen chegou a afirmar que sobre o que é justiça “não o sabemos nem nunca o saberemos”. Sem consenso na doutrina, assunto intrincado e deveras escasso é o enfrentamento jusfilosófico sobre o tema, **‘juridicidade’**, seja quanto a sua natureza, composição ou significado. Quem o aborda o trata a seu modo: ora com certa coincidência, ora com diferentes modos de ver, quando não com certa superficialidade. Tentarei traçar alguns contornos sobre a origem, sobre o fluxo da consciência humana inerente a todas as tribos e sociedades desde que o mundo é mundo, investigando a essência da Juridicidade como núcleo da conformação jurídica e seus reflexos no mundo do Direito. Responsabilizo-me sem solidariedade por eventuais senões ou

¹ Advogado e bacharelado em Filosofia pela UFRJ.

descompassos acometidos nestes apontamentos, não custando registrar que até Pontes de Miranda - o maior tratadista jurídico brasileiro de todos os tempos - mesmo por ser prolixo não se tornou menos claro, portanto, não custa tentar...

1ª PARTE - O PONTO DE PARTIDA

Como um clarear na mata-fechada foi o dedo de Aquiles Côrtes Guimarães que apontou ser a juridicidade o núcleo fundante do Direito, a noção-chave a ser investigada pela filosofia jurídico-fenomenológica. Com esse enfoque, com essa atitude, ele pôs na boca do homem do Direito ultimadas palavras que, no fundo, lembram Husserl:

“No contexto das denominadas ciências humanas ou do espírito o Direito ocupa uma “região ontológica” privilegiada por constituir-se de objetos revestidos de juridicidade, cuja essência ilumina toda ação normativa e obrigacional, no seu caráter de universalidade. Ela é uma idealidade (essência) percebida no plano do espírito como função coordenadora da vida do Direito. (...) Daí se percebe que jurídica é a norma que reveste os objetos e juridicidade é a fonte da sua proveniência.”²

Como contributo despretensioso, na esteira do saber do Mestre e com o respeito que é de todo merecedor, reabro a pesquisa até então intocada. Mais que uma simples incursão doutrinária, as palavras do Dr. Aquiles Guimarães foram fincadas com a responsabilidade de redefinir os passos de tema não encerrado e quiçá sem fechamento, como sói acontecer com as questões imbricadas no mundo jusfilosófico. Como reflexo de sua própria natureza em minha intuição, tento para o problema de estar a juridicidade atrelada à escolha dos homens envolvendo valores,

² Para uma teoria fenomenológica do Direito II, in Fenomenologia e Direito, Emarf, vol. 3, nº 2, outubro 2010/março 2011.

bem como com à própria constituição do Estado, constatando numa perspectiva histórica, que a própria 'liberdade', por exemplo, revelou-se em crise no contexto da escala dos valores fundamentais da vida.

A questão do fundamento do direito atravessa os séculos.

Mais que os romanos - práticos da razão e voltados para a elaboração da técnica legal -, envolvidos com o saber especulativo, preocuparam-se os gregos com a razão última da obediência aos preceitos jurídicos, mais precisamente, com a *idéia de justo*.

Miguel Reale declarou ser equívoca a identificação absoluta da *polis* grega com a *urbis* romana tal como o fez **Fustel de Coulanges**, segundo o qual os gregos não conheceram a liberdade individual; porém, entre os romanos, a consciência jurídica prosperou como esfera individual de ação, notadamente quanto aos *paterfamilias*, com sua autoridade familiar não derivada da cidade. **Benjamin Constant** entendeu a liberdade com participação diferenciada: entre os antigos "ao poder do Estado" e entre os modernos "perante o Estado". Para **Maurice Croiset** e **Werner Jaeger** a liberdade antiga e a moderna também são diferentes. A liberdade subordinava-se ao princípio da isonomia e era identificada mais como privilégio de obedecer-se a leis iguais e menos como autodeterminação nos meandros do grupo. Ao contrário de **Fustel**, **Hauriou** e **Glötz** apontaram que no Estado antigo (Atenas), progrediram juntos o poder público e o individualismo, havendo equilíbrio perfeito e apoio mútuo entre ambos. Exceto quanto à liberdade de consciência, afirmou **Hauriou** que o Estado antigo e o moderno não são diferentes, haja vista a existência de direitos individuais antes de declarações de direitos, reconhecendo que a idéia de igualdade era condição mesma de liberdade para o povo ateniense. Portanto, apesar de entre os antigos não existirem declaração de direitos - constitucionalismo -, que veio a surgir

somente no século XVIII, havia direitos individuais, excetuando-se a liberdade de consciência. **Jellinek**, com mais objetividade, aproxima o individualismo antigo e moderno, afirmando que o Estado grego conheceu a *idéia de justo - diké -*, mas não conheceu a *idéia de lei* como em Roma, constatando haver tanto no estado antigo quanto no moderno uma ampla esfera de liberdade ativa do indivíduo perante o Estado ³.

Sobre o assunto, Reale tenta superar a antítese entre a posição de Coulangens e seus críticos contemporâneos, afastando a antinomia entre as duas correntes de pensamento quanto ao efetivo exercício das liberdades antiga e moderna, deixando-se entender que no momento greco-romano, a *idéia de pessoa*, como núcleo ético intangível (*indivisus*), não foi prioridade na ordem jurídica, pois além de confundirem liberdade com cidadania, nem os gregos e nem os romanos alcançaram o conceito de liberdade individual *como decorrência natural da personalidade*, sem prejuízo das liberdades individuais serem garantidas positivamente na ordem dos fatos. A '*consciência de organização social*' é o que distingue a *urbi* da *polis*. Se aos gregos não foi estranha a idéia de **justo** como ideal de justiça, entre os romanos muito mais se destacou a idéia de **lei** como organização dum sistema decorrente dos valores da comunidade. Roma foi pautada numa '*consciência jurídica do Estado*', desconhecida na história dos gregos. Numa "*visão jurídicopositiva de existência comum* alcançaram os romanos um conceito de **liberdade** que não se confunde com o dos gregos e modernos, apresentando notas específicas de **juridicidade**" ⁴.

No dizer de Reale, um grau maior de **juridicidade** foi observado entre os romanos. Não vislumbrando contraposição de

³ *apud*, Liberdade antiga e liberdade moderna, in Horizontes do Direito e da História, São Paulo, Saraiva, 3ª edição, 2000, pp.3 a 31.

⁴ Reale, in op. cit., p. 18.

unidade política, levando-se em consideração a semelhança de organizações familiares, constatou-se que foi desconhecida no pensamento grego a idéia de que o Estado existe para ‘garantir’ os direitos do cidadão e que este tem direito a ‘exigir’ tal garantia do próprio Estado. Por ser indivíduo e Estado uma só pessoa, os gregos não fizeram distinção entre Direito público e privado. A democracia grega contribuiu para a formação de direitos políticos, mas não para uma ‘teoria de direitos civis’. A liberdade não foi um *status* complementar ao *status* de cidadão. Livre era o súdito de Roma se subordinado ao *status civitatis*. Roma sofre uma helenização muito mais profunda que penetra na totalidade da vida espiritual e material e, sem dúvida, é no campo do Direito que mais se percebe o grande influxo grego em Roma, pela metade do século V a. C com a Lei das Doze Tábuas⁵.

Demonstrada a oscilação e divergência de movimentos - a respeito do valor liberdade - no decorrer das gerações com reflexos na juridicidade, passo à matéria jurídico-fenomenológica, sublinhando de entrada ser a consciência ‘vazia’, inobstante se expressar em fluxo de experiências vividas e que a todo instante vivencia o homem.

E o que é **fluxo**? É escoamento ou movimento contínuo...

Mas qual o sentido desse fluxo para a consciência fenomenológica? Conforme a Segunda meditação cartesiana de Husserl, esse fluxo é um ‘múltiplo (*strom*) de cogitationes’. “É a vida do eu idêntico, já que a reflexão sobre o eu é reflexão sobre a vida, possível a todo momento”⁶. Numa só palavra: esse fluxo traduz-se em *vivências*. A fenomenologia fundamenta-se em movimento intuitivo incessante, decorrente da energia que a própria *consciência* mobiliza, por ser intencional e desencadeadora de todas

⁵ *apud*, Wolfgang Kunkel, *Historia del Derecho Romano*, Barcelona, Ariel, 8ª edição, 1982, p. 12.

⁶ Paul Ricoeur. *Na escola da fenomenologia*, Vozes, São Paulo, 2009, p. 188.

as relações cognitivas, conferindo sentidos a todos os objetos transcendentais, ainda que irrealis.

Diante desse contexto, qual seria a natureza da juridicidade?

Eis o ponto de confluência jusfilosófico.

A juridicidade é um **status**, uma situação incidível de complexa natureza: é **ato** por envolver decisão ou convenção juspolítica almejando efetividade (consciência de sociedade); é **valor** por estar imbricada num contexto de 'relevâncias' no decurso do tempo (historicismo axiológico), sobretudo a idéia de justiça; é **qualidade** normativa por assim realizar-se no mundo do direito, por sua positividade. Em suma: fato, valor e norma constituem a *facies* desta **essência**. É vivificada em *ato judicativo*, é juízo valorativo, entendendo-se como tal o que capacita o intelecto a julgar sobre a verdade de proposições relativas às invariâncias do objeto apreendido (essências). Tal julgamento não é por si mesmo um "conhecimento intuitivo", embora ele seja formulado em virtude do conhecimento intuitivo. Exemplifico: ao observar um objeto - caneta -, inicialmente, este objeto se dá sob minha percepção transcendente (visão, tato etc), produzindo o conhecimento intuitivo da caneta em mim. A seguir, tal conhecimento intuitivo, sensível, reconduz o conhecimento ao intelecto. A consciência dará significados a tal objeto após a "interiorização" (percepção imanente), daquele fenômeno em mim, ou melhor, após o cumprimento (dever) de duas exigências: redução transcendental e redução eidética.

A **juridicidade** é fenômeno inerente à própria consciência intencional. É *in se* do Direito, mas retêm "ressonâncias fáticas", valendo registrar as bem fundadas considerações de Nicolai Hartmann, referendadas por Eduardo Garcia Maynez, ao tratar dos valores como objetos *ideais* no contexto da ética valorativa:

“Desde a época de Platão admite-se, sobre o mundo da matéria, um reino de objetos imateriais, uma ordem do ideal. O fundador da Academia o chamava reino das idéias; Aristóteles, das formas (eidos); os escolásticos, das essências (essentia). Depois de ter sido negado pelo subjetivismo dominante nos últimos tempos, volta a ser reconhecido e afirmado pelos mais ilustres pensadores contemporâneos. A esse mundo pertencem tanto os valores como os objetos lógicos e matemáticos, o mesmo que as essências de que fala a fenomenologia”. (tradução do autor)

No parágrafo anterior, Hartmann mencionou os valores como idealidade, mas afirma em sua teoria *não só* existir valores morais e menciona diversas classes de valores, destacando-se “os valores de organização que consistem em uma determinada relação de bens e de pessoas” ⁸.

Abrem-se as portas para o mundo jurídico.

Para maior esclarecimento da matéria demonstro o contraste de entendimentos entre a postura realeana, a qual considera o valor categoria primária em si - *objeto cultural* -, derivado do ‘dever ser’, porquanto jamais desprovido de conteúdo axiológico e a posição de Hartmann, em passagem repensada de sua fenomenologia não-personalista (objetiva) dos valores, seguida em termos por Aquiles Guimarães:

*“(...) O ser ideal **tem sempre** alguma relação com o real, (...) O ethos do homem não é uma estrutura ideal, nem tampouco uma essência. Os valores **não podem** ser somente essências. Como princípios do ethos, é inerente a eles o poder de transcender a esfera da idealidade para introduzir-se no mundo flutuante dos atos humanos. (...) Os valores, como objetos ideais, são indiferentes ante a existência ou*

⁷ Eduardo Garcia Maynez. Ética, México, Porrúa, 1965, p.21.

⁸ Nicolai Hartmann. Introducción a la filosofía, México, Centro de Estudios Filosóficos, 1961, p. 152.

*inexistência dos conteúdos axiológicos; pois o dever ser ideal implica a **tendência** para a realidade. Em uma palavra: **transcende** sua idealidade. Entre o valor e o dever ser existe uma relação **indissolúvel**. O dever ser implica a **direção para algo**; o valor é esse algo para o qual **se tende**. Usando a velha terminologia pode-se dizer que '**o dever ser ideal** é a condição formal do valor, e o **valor** é a condição material do dever ser.'*"⁹

Reale estabeleceu critério diverso. A uma: entendeu que pelo afastamento dos **bens culturais** haveria comprometimento da *continuidade histórica*, sendo aqueles (bens culturais) mediadores e base essenciais de mensagens e informação de geração para geração; a duas: por serem 'intencionalidades objetivadas', dotados de sentido (juridicizável - positivável), perder-se-ia de vista a *correlação valor e tempo*, por desconsiderá-los como entes objetivamente significantes no decorrer da história.¹⁰

Para Hartmann o **dever ser** é ideal e condição formal do valor, sendo este (**valor**) condição material daquele. Tal relação - dever ser (ideal) e valor - é incindível, a dupla face da mesma moeda. E para resolver discrepâncias existentes, uma tensão entre a ordem real e a da idealidade, cria uma figura *intermediária*, uma verdadeira zona cinzenta: um 'dever ser atual', que atualiza-se quando em contraste com uma realidade não valiosa. Afirma que, "em si mesmo, o **mundo real** não é só valioso ou só antivalioso, mas é um *encontro* de valores múltiplos, realizados ou não-realizados, ainda que permaneçam em aberto"¹¹.

Essa a solução de Hartmann para o mundo do Direito. Após mencionar que os valores (como objetos ideais) "são **indiferentes** à existência de conteúdos axiológicos" (éticos), outra saída não teve

⁹ Eduardo G. Maynez, *Ética*, México, Porrúa, 1965, pp. 216, 251, 254 e 258.

¹⁰ *apud*, Antônio Paim, *Tratado de Ética*, Londrina, Edições Humanidades, 2003, p.335.

¹¹ Eduardo G. Maynez, in op. cit, p. 259.

a não ser criar a figura híbrida dum **dever ser atual** (nem real nem ideal), possibilitando que a esfera ética ideal (dever ser ideal) se *introduzisse* na órbita da conduta humana, já que essa *tendência*, esse *transcender* para realidade do mundo da vida, *já é* existente no 'dever ser ideal' como dito anteriormente, concluindo que só se pode modificar a realidade se a exigência normativa é *reconhecida* e *acatada* por **um ser** sensível ao valor: 'a consciência humana'. O valor, *per se*, nada realiza. Não podem os valores por si mesmos modelar a realidade. Portanto, confirma-se o entendimento que os valores não podem ser compreendidos apenas num sentido ideal no contexto da juridicidade.

2ª PARTE - A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE

O desencadear do tempo, o transpassar da história do homem em meio a seus entreveiros, transgressões, acertos e desacertos, transfiguram-se em alternativas a serem tomadas diante do mundo da vida, sobre as quais aquele fará escolhas, optando pelos valores que mais lhe aprouver, consubstanciando-os em bens jurídicos resguardados pelos modelos ou sistemas de Direito no formato de normas.

Inobstante a juridicidade - como essência do direito - caracterizar-se por um *juízo* de valor, marcado pela idealidade como quer Hartmann ou por um *bem cultural* proveniente do 'dever ser' como quer Reale, inevitável em seu conteúdo indecomponível aspectos formais e materiais e disso ninguém discorda. Por um lado, é *situação jurídico-formal* tendo em vista sua configuração legal-normativa. A juridicidade *provê* a norma jurídica, seja escrita, seja costumeira, pois ainda que não haja direito escrito toda sentença é lei entre partes. Por outro, é *situação político-material* por inevitável a tomada de decisão - relações de poder implicando valores - em

toda e qualquer sociedade ao longo da história; daí falar-se em Constituição e em poder constituinte.

Tal componente político-material traduz-se em **legitimidade**, ou seja, a conformidade do agir do Estado aos 'interesses da coletividade' - vontade política predominante = interesse do capital -, preconizando-se por efetividade (*social* é claro; pois 'eficácia', diferentemente, é idéia inerente à norma). Mais claramente: essa legitimidade revela-se na conformação da idéia de 'decisão de poder/aceitação pelo povo' (consciência *de* sociedade), compreendendo-se a ilação dum "*pacta sunt servanda*" como fundamento da ordem jurídica como o fez Reale ao criticar Kelsen sobre o velado conteúdo de sua 'norma fundamental'¹². Frise-se: tal pacto caracteriza-se com nítida natureza material - certo que todo e qualquer consenso envolve acordo de vontades, ainda que implicitamente -, denotando tempero axiológico que tipifica o Estado de Direito. Mais: as normas jurídicas fundadas em tal contexto político-jurídico "tem a seu favor a presunção de legitimidade e condicionam as atividades dos governantes" como bem ressaltou o Professor Antônio Sebastião Lima ¹³.

Diante disso: não é a lei ou a norma que conferem *legitimidade* à juridicidade (essência do direito), sob pena de retrocedermos à lógica jurídico-formal de Kelsen na indefinida persecução de um fundamento de validade. Dois são os aspectos a considerar: (a) no plano *formal*, é a juridicidade que confere *eficácia* (jurídica) à norma, ou seja, aptidão para incidir. Repito: a juridicidade provê a norma; (b) no plano *material*, a juridicidade se legitima na própria consciência intencional - na consciência *de* sociedade -, simultaneamente, através de seu auto discernimento

¹² *in* Fundamentos do Direito, São Paulo, Saraiva, 3ª edição, 1998, p.172

¹³ Antônio Sebastião Lima. Teoria do Estado e da Constituição - Fundamentos do Direito Positivo, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1998, p. 350.

e de sua manifestação de vontade, certo ser tal consciência a fonte primeira que em profusão infunde sentidos e significados consolidando valores.

Por pura coincidência outro não foi o entendimento do juiz alemão Wagemann, citado por Pontes de Miranda: “A fonte, a raiz do direito, ‘não é a lei, mas o instinto, a consciência humana’”¹⁴.

A afirmação de juridicidade *ou* não-juridicidade implica em **juízo** e, portanto, tem conteúdo que significa apreciação (valoração), interpretação e decisão. Tal conteúdo comporta um conglomerado de valores consubstanciados em ‘um’: Justiça. E isto se explica por sempre nascer o Direito (norma jurídica escrita ou costumeira) dum ato de poder, dum decisão, dum juízo, de uma convenção, dum escolha de valores preponderantes em determinada sociedade, certo que todo ato decisório já envolve uma valoração ou escolha, um interpretar.

No mesmo sentido pronunciou-se Carl Schmitt:

*“Una constitución nasce, o mediante **decisión** política unilateral del sujeto del poder constituyente, o mediante **convención** plurilateral de varios de tales sujetos” (...)*
*“Constitución en sentido positivo significa un **ato consciente de configuración de esta unidad política**, mediante el cual la unidad **recibe su forma** especial de existência.”*¹⁵

Com efeito, não há qualquer despautério afirmar ser a **juridicidade** a legalidade *qualificada* pela legitimidade com a prevalência do valor-justiça, pela idéia de justo, por ser considerado valor-fim (virtude máxima). Daí Reale considerar valor-fonte a pessoa humana (*indivisus*) e valor-fim a idéia de justiça. Aqui esclareço: não se confunda a idéia de ‘valor-fim’ com a de valor-último. Ao contrário, o valor-fim é a intenção primeira, a finalidade primeira, a

¹⁴ in Sistema de Ciência Positiva do Direito, Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, Vol. II, p. 134.

¹⁵ Carl Schmitt. Teoria de La Constitución, Madrid, Alianza, 2009, p.66.

ser alcançada no horizonte do mundo do Direito, por que não dizer, *no mundo da vida*, certo que o direito se auto-regula, levando-se em consideração os ‘bens da vida’ transmudados em bem jurídicos após serem juridicizados.

Nesse contexto, alerta para que não confundamos a idéia de *atribuição* com a idéia de *autorização do poder de agir*, valendo relembrar o certo entendimento de Goffredo Telles Jr. referendado por Maria Helena Diniz:

*“A norma **não** é atributiva de poder algum, pois ela **não possui** nenhum ‘poder de agir’; como poderia conceder o que não tem! Ela apenas autoriza o uso do ‘poder de coagir do lesado’; este **possui** a referida ‘faculdade de exigir’ **com** ou **sem** norma, legitimando-o. A norma de direito, portanto, **não confere** poder legítimo de coagir, tampouco traz em si força coercitiva, pois não exerce nenhuma pressão sobre o indivíduo - a pressão exercida por um corpo qualquer só é exercida por outro corpo. O ‘poder de agir’ só será **legítimo** se seu uso for autorizado pela **norma**. Não confere poder legítimo de coagir, mas a **legitimidade** desse poder.”*¹⁶

Mais detalhista e atenta em seu belíssimo *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, a renomada jurista reforça a asserção da tese sustentada neste trabalho, *retificando*, em tempo, que “tal *autorização* é da **sociedade** e não da norma jurídica, mas como é esta que prescreve as ações exigidas e proibidas pela sociedade, ‘nada’ desaconselha dizer-se que o *autorização* pertence à norma, que exprime em palavras o *autorização* inerente à **sociedade**”.¹⁷

O assunto exige precisão.

¹⁶ In Conceito de norma jurídica como problema de essência, São Paulo, Saraiva, 1996, p.147/8.

¹⁷ Maria Helena Diniz. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo, Saraiva, 17ª edição, 2005, p. 379.

Eis a importância ser a fenomenologia atitude persecutória de essências. O método é radical e, portanto, não se concilia com denotações secundárias quanto à identificação da essência dos fenômenos.

Repito: não é a norma ou a lei que conferem legitimidade à juridicidade como essência do Direito, sob pena de confusão sobre toda compreensão jusfilosófica. A norma *qualifica* a positividade, caracterizando-se esta por vontade social preponderante, independentemente da existência de legislação. Mas se considerarmos a *norma* como mote legitimador da faculdade de agir iremos atrelar ao fundamento do Direito, como essência última, um caráter puramente formal, afastando-nos de considerar a substancialidade dos valores atinentes a humanidade. Inobstante seu aspecto formal já ressaltado, a idéia de juridicidade também conglomerava valores oscilantes no tempo e no espaço, valores inerentes à história do homem como já ressaltado. A idéia de juridicidade, como *idealidade*, é una e invariante quanto ao espaço e ao tempo, mas como *valor* é oscilante. É essência de natureza incindível e cumulativa, consubstanciando em sua própria idealidade ser e dever ser. Por isso, a juridicidade se perfaz na legalidade (ainda que como sentença) qualificada pela legitimidade.

Exemplifico: a reação decorrente de “defesa” contra injusta agressão iminente é **reconhecida** como legítima pela própria consciência intencional que penetra e se transmuda em ‘consciência de sociedade’, mas não é *concedida* pela norma como bem asseverou Helena Diniz. Nos seus devidos termos: no caso, a *facultas exigendi* - pretensão de se defender - é inerente à própria consciência intencional provida de vivências intuídas pelo homem, independentemente da existência de norma jurídica para tal reação. Não é por outra razão que o denominado direito ou pretensão de punir “do” Estado não advém “do” Estado. Este mecaniza a pretensão de punir inerente à própria

sociedade. É o direito de punir *in se* à consciência de sociedade. E é por isso que toda **pretensão** tem natureza material, configurando-se como manifestação de vontade dirigida à obtenção de *um bem da vida*, de um bem jurídico, ou como quis Carnelutti: é “a exigência de subordinação de um interesse alheio ao próprio” (não confundamos com a denominada “pretensão processual”, conceito esse mais largo envolvendo o provimento de uma prova). No contexto do exemplo, a norma apenas dá publicidade e *autoriza* o que *já* é faculdade personalíssima inerente e apenas *reconhecida* pelo indivíduo: defender-se (art. 25 do CP).

Com semelhança de tratamento com o que estamos a considerar, aproximando-se *modus in rebus* da atitude fenomenológica e deixando-nos completamente à vontade quanto a nossa forma de pensar o problema, em seu Sistema de ciência positiva do direito, Pontes de Miranda não vacila e ratifica mais uma vez o porquê deteve e ainda detém - por insuperável - o cetro de Jurista dos juristas:

“Na maioria dos casos, os artigos de lei são provimentos supérfluos, excessos de expressão, porque por ‘outros modos’ já se manifestou, patente e forte, a regra jurídica, - na ciência, no sentimento jurídico ou por outro processo humano de exteriorização do íntimo reconhecimento da norma. Em tais ocasiões, a lei procura avivar os traços do retrato, que não mais era simples esboço, porém obra de arte definitiva; e não é raro prejudicar o trabalho já feito, pela inoportuna intervenção do processo cristalizante e discursivo, de que usa o legislador. Risquem-se do Código Civil alemão os §§ 1.805 e 1833, e não haverá outras soluções senão as que eles indicam; apaguem-se os enunciados dos arts. 92, 159, 240 etc., do Código Civil Brasileiro (1916), e dar-se-á o mesmo. Reconhecida a norma como tal, é direito vivo, positivo, ainda que não esteja em leis; e se nelas estiver e não se reconhecer como tal, o que acontece muitas vezes,

*não é norma de direito, mas simples resultado de gesto despótico ou inadvertido do legislador. E a razão de tudo isso é óbvia: a essência da positividade ou valor real do direito, a **convicção** de sua exatidão jurídica, da sua 'justidade', para traduzirmos por termo castiço, precisamente, a palavra alemã *Richtigkeit* (*Richtig* = justo; *Richtigkeit* = **justidade**), - é o **reconhecimento** do princípio nele contido." ¹⁸*

Em suma: o **reconhecimento** desse "princípio" que funda *ex radice* o mundo do Direito nada mais é que a intuição de valores transfigurados pela consciência intencional em **juridicidade**. Assim se dá a contextualização da legitimidade do Direito - como essência -, independentemente da vigência de regras que se caracterizam por imperativas, autorizantes etc.

À parte classificações sobre seu pensamento, quanto mais leio Pontes de Miranda mais percebo que poucos o entenderam. Afinal, o que propôs? Propôs **pesquisa científica do sentimento jurídico**, o que nada tem a ver, afirma o Jurista, com a 'jurisprudência do sentimento' de Lorenz Brutt. Com que método assumiu essa tarefa? Pelo método **indutivo-objetivo de predeterminação do Direito**. ¹⁹

O que significa esse caráter "objetivo de predeterminação" em seu método indutivo?

O ponto *culmen*.

Entre nós: independentemente de suas críticas a Husserl, proferidas no seu Problema Fundamental do Conhecimento, ninguém me faz pensar o contrário quanto à aproximação do pensamento de Pontes de Miranda perante a fenomenologia. Registrou em seu *Sistema* que empreendera sistematizar com **nova direção** às conseqüências trazidas pelo movimento indutivo ²⁰,

¹⁸ *in* Sistema, vol. II, pp. 161 e 162.

¹⁹ *in* Sistema, Vol. II, item 7, p.163.

²⁰ *in* op. cit. p.163

afirmando ousadamente em obra outra que estaria mais de acordo com o **método fenomenológico** do que o próprio Husserl, não ocultando o resvalar deste último em idealismo.²¹

Inobstante ter sustentado a identidade das leis físicas e humanas como condição da unidade da ciência, Pontes não propôs simplesmente um “empirismo jurídico integral” como o disse Miguel Reale²², *data venia*. Na verdade, preconizou pela diminuição da atividade inconsciente e valorizou a atividade consciente, não no sentido duma verificação racional (racionalista) mas, com o olhar de homem de ciência, visou apenas **reconhecer** que no processo de organização social **as leis** são ‘**esquemas objetivos**’ (eu diria essências), decorrentes dos ‘elementos de regra das relações sociais’ no decorrer da história, afastando-se de considerações subjetivistas. O *sentimento*, atinente à matéria investigada, é apenas um dos elementos levados em consideração no ‘**processo de revelação do Direito**’, sendo certo tal processo caracterizar-se como o descobrimento *instintivo* do próprio homem (eu diria intuição). Entre a concorrência da intuição atinente ao empirismo e o método de dedução atrelado ao racionalismo, Pontes privilegiou o método **indutivo**, numa perspectiva de investigação científica, referendando a figura de Francis Bacon²³. No tomo III de seu Sistema constata-se o item - “Algo de Invariável no Direito” -, concluindo que “não há princípios de justiça que se assentem fora do mundo dos fenômenos e das contingências (...) produtos da vida, se não mudam, é porque há partícula imutável na própria vida”²⁴.

Essas ‘partículas imutáveis’ são **essências** para Husserl e para nós.

De seu complexo ‘**processo de revelação do direito**’, aliando sentimento (intuição) e técnica, não aceitando o exame do fato

²¹ *in* O Problema Fundamental do Conhecimento, São Paulo, Bookseller, 2005, p. 137.

²² *in* Horizontes do Direito e da História, São Paulo, Saraiva, 3ª edição, 2000, p. 189.

²³ *in* Sistema, vol. II, p. 163.

²⁴ *in* op. cit. p. 77, item 7.

apenas por um só ângulo da ciência, é de se notar em tudo por tudo, nos meandros de suas considerações, nas nuances de seu pensamento, nas entrelinhas de sua originalidade jurídico-científica, que há sempre uma palavra, uma conotação, uma atitude até mesmo explícita que nos faz lembrar o método fenomenológico, se é que assim podemos chamá-lo, buscando tanto que ser possa aproximar o direito da realidade, e por que não dizer, do mundo vida:

*“As leis **não são** o direito: a **regra jurídica** apenas está em **conexidade simbólica** com a **realidade**” (...) “Em vez de ler o texto e procurar depois o modo de o interpretar, quer com a análise das realidades, que ele rege, quer com as luzes do movimento social, ou da exegese livre, **é melhor aprofundar o estudo dogmático do Direito, conhecê-lo em sua íntima fenomenalidade, baixar depois ao conhecimento da sociedade que mais nos interessa e finalmente examinar o texto legal**”²⁵*

Como ‘esboço’, eis a questão da juridicidade como essência do Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Diniz, Maria Helena_Compêndio de introdução à ciência do Direito, São Paulo, Saraiva, 17ª edição, 2005.
- _Conceito de norma jurídica como problema de essência, São Paulo, Saraiva, 1996.
- Guimarães, Aquiles Côrtes_Para uma teoria fenomenológica do Direito II, in fenomenologia e direito, emarf, vol. 3, nº 2, outubro 2010/março 2011.
- Hartmann, Nicola_Introducción a la filosofía, México, Centro de Estudios Filosóficos, 1961.
- Kunkel, Wolfgang_História del derecho romano, Barcelona, Ariel, 8ª edição, 1982.
- Lima, Antônio S._Teoria do estado e da constituição - fundamentos do direito positivo, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1998.

²⁵ in Sistema, vol.I, p.76/7.

Maynez, Eduardo Garcia_Ética, México, Porrúa, 1965.

Mirada, Pontes de_O problema fundamental do conhecimento, Rio de Janeiro, Borsoi, 1972.

_Sistema de ciência positiva do Direito, Rio de Janeiro, Borsoi, 1972.

Paim, Antônio_Tratado de ética, Londrina, Edições Humanidades, 2003.

Reale, Miguel_Fundamentos do Direito, São Paulo, Saraiva, 3ª edição, 1998.

_Liberdade antiga e liberdade moderna, in Horizontes do Direito e da História, São Paulo, Saraiva, 3ª edição, 2000, pp.3 a 31.

Ricoeur, Paul_Estudos sobre as meditações cartesianas de Husserl, in 'Na escola da fenomenologia, São Paulo, Vozes, 2009.

Schmitt, Carl_Teoría de la constitución, Madrid, Alianza Universidad Textos, 2009.