
FENOMENOLOGIA E HERMENÊUTICA NO DIREITO

*André R. C. Fontes**

Dirigir-me a um leitor culto e especializado no conhecimento do Direito para apresentar uma introdução à leitura dos textos jurídicos seria uma atitude temerária, se esta síntese se tratasse de uma impressão geral ou um primeiro esboço daquilo que poderia ser considerado o elemento fundamental de todo o conhecimento jurídico.

Este resumo, entretanto, pretende dar relevo a uma visão de conjunto, mesmo em bases iniciais, de alguns aspectos da filosofia de Edmund Husserl e ressaltar, vivamente, as características originais e específicas da Fenomenologia aplicada ao Direito, considerada a compreensão dos textos jurídicos, definida como hermenêutica, a ser tomada como ponto de partida.

Ao generalizarmos a noção de hermenêutica não estamos a propor uma nova e original formulação, desprovida dos estudos das fontes teóricas e das ideias preponderantes sobre seu significado,

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

a *communis opinio doctorum*. Sabidamente, não se submete tal assertiva ao que poderíamos chamar de uma unidade, a compreensão mais profunda da hermenêutica, senão a de lucubrações abstratas que estão muito distantes de formar premissas, que permitam definir no que ela consistiria. Ao aprofundarmos o seu aspecto mais profundo e racional, creio que estaremos todos de acordo que a mencionada falta de unidade não nos impede de a reconhecermos como o produto mais refinado de uma atividade do pensamento do jurista.

O aporte mais decisivo da palavra hermenêutica é o que compreende duas perspectivas a ela incorporadas: a *construção* e a *interpretação*. A aparição da primeira, a *construção*, se deve à falta de uma explicitação, num dado texto legislativo, de norma jurídica reconhecida, se comparada à sua expressa previsão, nesse caso submetida à *interpretação*. O *princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*, por exemplo, não é expresso na Constituição da República, mas, se for entendido como um princípio constitucional, integrante das garantias processuais, estará a cumprir a ideia de que a ausência de um texto não impede seu reconhecimento e confrontação de elementos, que produzirão a norma jurídica que se quer ver aplicada!

Um estudo mais aprofundado da palavra *hermenêutica* e do termo grego a ela correspondente, "*hermenèuein*" nos conduziria à tradução como "expressar" ou "interpretar". A aparição do termo hermenêutica vem, entretanto, associado à ideia da Teoria (ou arte) da Interpretação – ao menos como uma corrente da filosofia contemporânea, definida na primeira metade do Século XX, e caracterizada pela ideia de que a verdade seja resultado de uma interpretação. O alcance dessa perspectiva de visão deve, no entanto, consistir no binômio construção-interpretação a formar a hermenêutica.

A vinculação mencionada entre texto e hermenêutica não é, e nem pode ser, a proposição sustentada neste trabalho, porque não

condicionamos a hermenêutica ao campo absoluto do *textualismo*, ou seja, como se a fonte e também a força de todos os enigmas de um texto estivessem nele contidos, e nada existisse fora dele.

Doutro lado, é bom lembrar que o objeto da hermenêutica no Direito não é o Direito mesmo, mas, sim, os *fatos* produzidos pelo Direito, ou seja, a *lei* , nos seus mais variados sentidos e também os *costumes* . São esses os meios ou as formas com os quais a fonte do Direito produz o direito, são as conhecidas *fontes formais* do Direito. Produz o direito pelos fatos (atos normativos) ou os refaz a partir de fatos originados dos *costumes* e dos *usos* . Leis, costumes e usos perfazem o que é objeto da hermenêutica jurídica e de seu resultado; por meio deles chegaremos finalmente ao conhecimento do Direito.

A atividade hermenêutica de busca de significados nos textos jurídicos permanece irreduzivelmente submetida a premissas necessárias. A observância dos atos normativos impõe-se como a luz sob a qual são devidas todas as considerações que se seguem. E a esse especial relevo se presta a Fenomenologia, que permitirá concluir as relações entre o texto e seu conteúdo ou essências, dos quais terá que se valer o jurista para a busca do conteúdo pleno que a hermenêutica oferecerá.

A transparência e o significado do texto obedecem a prioridades que implicarão de modo essencial a forma e o modelo que venha o hermeneuta imprimir ao seu trabalho. Compreender o texto e buscar seu significado para chegar à formação do juízo normativo supõem uma experiência elementar, que em todas as perspectivas será considerada decisiva para a ação hermenêutica. Em seu perseverante esforço, o hermeneuta encontrará, na Fenomenologia, a chave de sua tarefa.

Em sua forma nova e também elevada, a pesquisa da índole cognitiva de um texto jurídico não é simplesmente o reflexo passivo de uma ou outra corrente de pensamento. Tem ela o objetivo

fundamental de distinguir, primeiramente, do objeto material ou ato normativo, aquilo que se nos aparece superficialmente para ser reconhecido. De início, devemos compreender que entre *lei* e *norma jurídica* desdobram-se distintas considerações, que, sejam pela natureza, sejam pelos efeitos, excluem-se mutuamente, a despeito de suas manifestações mais elementares chegarem, por sua vez, às mais complexas e desenvolvidas conclusões. E se refletem na nossa percepção sensorial ao nos depararmos com o texto de lei, como gérmen da formação dessa nova e alargada noção de norma jurídica.

Lei e *norma jurídica* não se confundem. A primeira (a *lei*) é a fonte formal da qual a segunda (a *norma jurídica*) é proposta ou extraída. E não se confundem nem mesmo pela aparente identidade entre a lei, por seu texto, e a norma jurídica em seu preceito, tal como reconhecemos nela estruturado (preceito e consequência). Não há, portanto, uma correspondência biunívoca entre lei e norma jurídica. É desse modo, portanto, que reconhecemos haver crime de estelionato na emissão de cheques acima do limite coberto pelo banco, a despeito de não figurar, de modo expresse, no tipo penal correspondente.

Para estudarmos esse aspecto da norma jurídica, que ilustramos com a contraposição entre lei, texto de lei e norma jurídica, é de todo necessário separá-los da profunda tradição que os acompanha, de todas as teorias e correntes de pensamento que, na sua diversidade de aspectos, certamente estariam longe de nos oferecer alguma síntese como ponto de partida.

A Fenomenologia destaca o conhecimento de toda contingencialidade histórica, de qualquer orientação prévia, corrente de pensamento, peculiaridade ou particularidade, e se prende ao objeto que nos é dado conhecer. A rigor, nem mesmo nos referir à possibilidade de que exista isso que se chama conhecimento, ou, ao contrário, que não exista, será decisivo para submetermos algo

à análise fenomenológica. O que nos interessa é descrever o que queremos dizer, até mesmo quando pronunciamos, por exemplo, a palavra “conhecimento”.

Não é fortuito, assim, que comecemos a exposição com a norma destacada do texto e do ato normativo que lhe dá proposição. Para que possamos refletir, acertadamente, sobre o processo objetivo de captura do que deve ser investigado, devemos cortar, diríamos assim, as amarras com a realidade, como, *verbi gratia*, a historicidade, a existencialidade e até a noção de ser ou não possível, pois dessa maneira é que obteremos a descrição disso que é reputado puro fenômeno, e que é chamado por nós para a sua descrição fenomenológica. Dito de outro modo, uma simples passagem por algum terreno filosófico já nos afastaria do nosso objetivo.

As necessidades internas e as peculiaridades de cada um dos temas submetidos a uma descrição fenomenológica do conhecimento constituirão formas compreensivas, se forem tomadas, tal como nos aparecem em seu modo superficial, ou seja, isoladas e destacadas, para também reconhecermos como um dado, dado imediato a ser revelado à nossa consciência, dado que é percebido diretamente, que é percebido “em pessoa”, que é capturado em presença imediata, antes de quaisquer mediações ou sínteses, e que é determinado pelas leis objetivas do nascimento e da dinâmica da formação fenomenológica, ou seja: que nos permita ter a compreensão intuitiva das suas essências.

A lei permite que o texto que lhe dá forma se manifeste como a própria coisa que o sujeito que busca seu significado e eventual futura aplicação. Pelo texto de lei poderá o jurista verificar que o conteúdo essencial daquele texto se revelará, independente de qualquer sistema de escola, movimento ou pensamento que imponha alguma orientação. Proceder de modo fechado ou

particular, segundo alguma linha de orientação do pensamento, será nesse momento um desvio na ideia de busca das essências encontradas na lei. A própria lei como ponto de partida, com a objetividade real que o retorno à própria lei significa, como o dado pelo mundo ao ser consciente, será o único objeto da investigação, e permitirá termos a intuição originária, mediante uma visão imediata da imediata evidência, a fim de alcançarmos suas essências.

Mediante uma visão intuitiva e reveladora, o sujeito deve agir na busca da coisa mesma, na busca do texto de lei que se deixa falar como a própria coisa buscada pelo sujeito. O conteúdo inteligível do texto, apartado de todo os outros pensamentos dominantes, será a primeira atitude do jurista na sua captura da visão imediata, ou seja, da captura constitutiva de cada um dos aspectos do texto.

Sem qualquer preconceito, o sujeito deverá tomar, como ponto de partida, a busca da coisa mesma, e, dessa forma, deixar o texto falar. A lei que nos é dada imediatamente para ser conhecida nos oferece a única forma de conhecê-la, tal como foi captada numa visão imediata, para assim tornar possível o conhecimento da sua essência.

A lei que nos é dada a conhecer é o fenômeno no qual estará contida a essência que nos interessa, e é por meio do texto que ela aparece. O texto é o que aparece diante de nós como um dado, como um fenômeno. Na análise fenomenológica, a coisa aparece diante de nós, de nossa consciência. É o dado imediato ou o fenômeno no qual estará contida a sua essência. O dado é tomado como fenômeno, e a lei é o fenômeno que queremos conhecer e descrever. Aparece o fenômeno por meio do texto, e somente aparece porque é um fenômeno.

Em suas definições fenomenológicas, o fenômeno é o dado (fenômeno = dado) onde está contida sua essência. O mundo dessas essências é que interessa à Fenomenologia, o mundo de essências puras e universais, contidas nos dados (entenda-se, fenômenos),

desconsiderando todos os demais elementos que poderiam afetar o conhecimento, sejam de ordem sociológica, antropológica, psicológica, filosófica, jurídica ou qualquer outra. Esse primeiro contato é que nos interessa na pesquisa fenomenológica de um texto jurídico.

A busca da objetividade do conhecimento torna necessário afirmar que o objeto do nosso conhecimento é o que é dado ao sujeito e que está presente em sua consciência por uma relação bipolar: sujeito-objeto. E o mais impressionante na análise fenomenológica é que na relação entre sujeito e objeto, na qual fica estabelecido esse caráter bipolar de apreciação, o objeto é essencialmente dado ao sujeito puro, ao mesmo tempo em que o sujeito aparece como essencialmente referido ao objeto.

Essa referência ao objeto se dá por um liame com a consciência do sujeito, que captará como um puro centro de referência a relação de sua consciência voltada, numa vinculação intencional dessa consciência pura, à coisa que se quer conhecer. Por ser uma ciência de experiência e não de fatos, o que interessa à Fenomenologia são as essências, as essências dos dados de fato ou de qualquer outra natureza. E esses fatos, dos quais a consciência intui as essências universais, apresentam-se como fenômenos aqui e agora (*hic et nunc*), como algo contingencial, que até pode não existir. Um som que ouço de outro cômodo poderia ser o de alguém a me chamar ou mesmo uma simples discussão entre um casal vizinho. Nessa base de afirmações, essas essências não são objetos misteriosos ou evanescentes, pois embora distintas dos fatos que lhe servem de investigação fenomenológica, o som ouvido, seja lá o que for, permitirá extrairmos alguma essência, uma essência comum, o *quid* desse fato particular e contingente capturado aqui e agora.

O que entendemos por consciência, na tarefa de conhecer algo, é uma consciência voltada, dirigida àquilo que pretendemos

conhecer. É o que chamamos de consciência intencional, porque se refere sempre a alguma coisa, sempre voltada a capturar como um puro centro de referência de modo intencional, o objeto que nos é dado, e que, nesse sentido, será um objeto que não tem outra existência, a não ser a de ser dado intencionalmente a esse sujeito, a essa consciência, à consciência pura.

A consciência pura não é propriamente um sujeito real, e nem seus atos são mais do que relações meramente intencionais dirigidas ao objeto, e esse último, por sua vez, não é nada mais do que um ser dado a conhecer a esse sujeito. E desse objeto nada mais restará do que ser dado ao sujeito, a uma consciência pura, voltada sempre para esse objeto, a chamada consciência intencional.

A Fenomenologia não é dedutiva e nem empírica. Ela consiste em mostrar o que é dado e em esclarecer esse dado. Não se preocupa em explicar as coisas mediante leis ou pensamentos, nem a reduz a princípios, teorias ou doutrinas: ela se preocupa em considerar o que está imediatamente, o que está perante a consciência, ou seja, o objeto. A Fenomenologia não se destina à aquisição de conhecimentos novos, que serão acrescentados aos velhos, ao exercício de adivinhação ou futurologia, mas, sim, a uma mudança de perspectiva, pois não se prende a especulações teóricas do que é dado à consciência, mas, sim, a uma direção do nosso olhar que, apartando-se das realidades experimentais ou proposições especulativas, segue especificamente para esse mesmo caráter de ser da experiência e, após libertar-se de tudo quanto concerne à nossa subjetividade empírica, submeter o dado à captura de uma essência pura.

Na grande diversidade das relações humanas, a Fenomenologia sequer se preocupa em saber se o dado é algo real ou mesmo atual. Portanto, podemos fazer a análise fenomenológica de um texto romano, cujo fragmento que o encerra sequer seja integralmente conhecido, bem como o de uma lei de um julgamento fictício,

como ocorreu no texto *O mercador de Veneza*, de Shakespeare. A Fenomenologia quer dar à consciência a sua liberdade, e buscar o conhecimento que não existe somente, por coincidência, no sentido psicológico ou dialético ou mesmo científico da realidade, mas, o fundamento de todos esses sentidos, o sentido ontológico, o sentido das essências dessas e de todas as coisas.

À Fenomenologia não interessa o conceito subjetivo, nem a atividade do sujeito, a despeito dessa atividade também ser algo a ser analisado fenomenologicamente, como qualquer outra coisa. O que interessa à Fenomenologia é mostrar o que é dado e esclarecer esse dado. Se o dado é a lei, expressa, escrita ou não, como é o caso dos *costumes*, tomados como *fonte formal* do Direito, independentemente de existirem, de ser sensível como uma escrita cuneiforme ou mesmo experimental, cada objeto sensível e individual terá a sua essência, e à Fenomenologia incumbirá a tarefa de estabelecer, em bases seguras, livre de pressuposições, para todas as ciências, e não somente para o Direito, a suprema fonte, a fonte legítima de todas as afirmações racionais. Por meio da consciência voltada para o objeto, a consciência intencional, a verdadeira consciência doadora original, mediante conexões essenciais do objeto, alcançaremos de forma pura a descrição da essência das coisas.

Ao próprio tempo, o processamento dessa descrição se fará de modo gradual, progredindo de etapa em etapa mediante a intuição intelectual da essência. E alcançar essa essência significa investir contra as coisas, contra as próprias coisas, sem que as outras opiniões interessem. Prescindir de todas as teorias significa eliminar, como ponto de partida, tudo que possa impedir a busca da essência, porque a Fenomenologia não se interessa senão pelas essências.

Devemos na Fenomenologia avançar sobre as próprias coisas. Por coisas entendemos os dados, ou seja, aquilo que vem ante nossa consciência. E esse dado se chama fenômeno, no sentido de

que aparece diante da nossa consciência. E isso não quer significar que algo fique oculto, que se encontre por detrás do fenômeno. Na Fenomenologia, não nos ocupamos de pesquisar o oculto, mas, tão-somente, o dado, aquilo que vemos ante nossa consciência, sem querer saber se esse dado é uma realidade ou não, se é apenas uma aparência, pois, haja o que houver, a coisa estará aí, dada!

Um exemplo: a *Teoria da Pressuposição*, no campo dos elementos acessórios da vontade, no Direito Civil, formulada no seio do mais vigoroso *Pandectismo*, especialmente por Windscheid, na qual a razão de um *negócio jurídico* estaria no que foi “pensado” pelo agente, como uma distinta modalidade ou figura, e não como uma possível designação da intenção das partes no negócio jurídico, não é, como proclamam todos os juristas contemporâneos, reconhecida no direito alemão, no nosso direito ou em qualquer outro. Entretanto, não foi impedimento à formulação de toda uma descrição teórica a seu respeito. Ela não é aceita, o que significaria dizer que ela não existe, mas, se for submetida a uma análise fenomenológica, permitirá, como um dia permitiu, não somente a sua aceitação por alguns juristas alemães, como, também, ser enquadrada em outro campo de atuação, uma espécie de meio termo entre os *motivos* e as *condições* do negócio jurídico, exatamente como entendeu Oertmann em sua obra, ou no campo da *interpretação da vontade* declarada no negócio jurídico, segundo Enneccerus.

Outro exemplo: o *pátrio poder* já não mais vigora em nosso país, ao menos como estabelecido no Código Civil de 1916. O Código de 2002 disciplinou o *poder familiar* e lhe deu vida nas condições de igualdade reconhecida em nosso direito. Pois bem, uma análise fenomenológica do antigo pátrio poder seria perfeitamente possível, mesmo na vigência do código civil atual.

A análise fenomenológica é sempre inicial daquilo que interessa imediatamente ao sujeito, e esse objeto de análise somente é

considerado na sua essência. Eliminamos existência, validade, individualidade e tudo mais. A Fenomenologia é essencialmente descritiva, descritiva da essência do objeto. Ela é sempre a primeira análise, pois somente assim ela procederá com uma ausência total de preconceitos. As opiniões alheias somente interessam se elas próprias forem submetidas à análise fenomenológica. E se estivermos de pleno acordo com essas premissas, veremos que seu exercício não é fácil!

Uma vez cumpridas as tarefas desse momento inicial de leitura fenomenológica, devemos tomar como um *a priori* que ao hermenauta incumbirá a tarefa de formar um juízo normativo. Esse duplo aspecto a ser ressaltado, o texto e a análise fenomenológica (i) para a formação necessária de todo o esforço do hermenauta de formar um juízo normativo (ii), encontra-se assentado na ideia de que a Fenomenologia do Direito comporta, aprioristicamente, figuras que não são encontradas na submissão ordinária da análise fenomenológica.

Dado, consciência e essências são a priori fenomenológicos, comuns a todo conhecimento. Ao imprimirmos a atividade fenomenológica ao Direito, nos valeremos de formas a priori específicas. Tal é a referência a contrato ou fiança num texto legal. Em sua missão, o fenomenólogo assegura-se em considerar uma forma extensiva de reconhecimento do dado. E não há antagonismos entre esses a priori e a ausência afirmada de preconceito, pois, nesses casos, o reconhecimento do dado não poderá ter uma contradição ou outra maneira de falsear o próprio sentido do dado, do dado tal como se apresenta, em forma de texto com termos que se referem a algo objetivo. Por exemplo: a qualificação feita pelo Código Civil de 1916, e também no Código atual, de 2002, de que afim é parente, não afasta a necessidade a priori de distingui-los, pois, a despeito a redação da lei, a afinidade não se identifica com o parentesco.

A principal peculiaridade do conhecimento de um texto legal é a de permitir a formação da norma jurídica, assim entendido, um

juízo normativo, característico e distinto do texto de lei. As relações entre lei e norma jurídica não se desfazem na Fenomenologia, e muito menos na necessidade do agente tomar a hermenêutica, a partir da leitura fenomenológica, a fim de provocar o juízo normativo próprio e esperado. Um exame detido talvez nos permita dizer que o núcleo fundamental da Fenomenologia do Direito, seja a relação entre lei (*rectius*: o seu texto) e as bases iniciais da hermenêutica para a formação *in casu* da norma jurídica. Ao fazer-se essa afirmação, não estamos a apresentar nenhuma oposição aos *direitos fundamentais* como figura central da nossa civilização, e reconhecidos independentemente de existência de texto expresso na Constituição do Estado, mas, sim, darmos as bases dos estudos sobre Fenomenologia, Direito e norma jurídica. O engenho e a atitude de apreciação fenomenológica em nada afastarão a natureza e extensão dos direitos fundamentais, ainda que não estejam submetidos a nenhum rol taxativo, ainda mesmo que estivessem, *ad absurdum*, reduzidos a *numerus clausus*.

No domínio das ideias de qualquer pensamento hermenêutico, dois aspectos devem ser considerados pelo agente. O primeiro, de que em toda interpretação (ou construção) haverá uma estruturação teórica na qual o intérprete tomará assento, segundo as bases estruturais de suas orientações, de suas convicções, de suas verdades. E esse aspecto é comum a toda interpretação. Em segundo lugar, a busca do significado próprio de cada texto, singularmente considerado. O essencial na Fenomenologia é que, tanto um (o primeiro, ou seja, a teoria usada, a critério do intérprete) como o outro (o segundo, ou seja, o significado próprio das palavras do texto) sejam precedidos do momento inicial e originário da análise fenomenológica.

A base da concepção da norma como um juízo é resultado de sua elevação ao nível de atividade pensada e de formação individualizada num único sujeito, numa única consciência. De igual

modo, cada análise fenomenológica de um texto é resultado do esforço de um único sujeito, como o é, em realidade, pela atitude de cada jurista que se dispõe a uma leitura singela e superficial da forma da lei. Se vários juristas reconhecerem no texto a mesma conclusão, ela não será diferente das várias leituras fenomenológicas do mesmo texto, da mesma redação. Todos poderão ter, em um segundo momento a oportunidade de confrontar e verificar as conclusões e sua possível identidade. Se todos eles tiveram, num primeiro momento, a oportunidade de extrair do texto a sua essência, e se essa essência, relativamente ao texto legal, for o pontapé do jurista para iniciar a tarefa interpretativa na qual será formado o juízo normativo, entenda-se, a própria norma jurídica, *grosso modo*, a exigência fenomenológica da busca das essências terá se realizado.

A generalidade e abstração próprias da norma jurídica não são incompatíveis com a perspectiva individual da formação do juízo normativo. Aliás, essa afirmação estará coberta por um princípio jurídico: o *princípio da variabilidade do juízo hipotético-normativo*. Uma expansão própria desse juízo é o que verificamos, como verdadeira e característica atitude do jurista ao conceber a norma jurídica. A norma jurídica é sempre formada no meu *eu* que se expande, de modo a alcançar generalidade e abstração como pretensão do próprio sujeito que a concebe, nos seus efeitos, ou mais propriamente, na sua vigência e aplicação.

O trânsito às formas reconhecidas pelo jurista para ditar os distintos níveis de elaboração da figura normativa, segundo as múltiplas tradições histórico-culturais e tendências do pensamento, será específica em cada caso. E essa é uma tarefa do hermeneuta, do jurista em geral. Um caminho complexo e aparentemente contraditório nos remeterá para um segundo momento, o da atuação das teorias jurídicas, ou seja, *após* a apreciação fenomenológica. Somente depois da leitura fenomenológica de um texto legal é que

as tendências do pensamento jurídico se manifestarão, segundo sua racionalidade diversificada; mas esse é o caminho para as vitórias e revezes de cada jurista para chegar à sua própria cultura normativa. A correta apreciação dessas formas dependerá de cada um, das suas convicções, da sua formação; mas, a exigência de uma elaboração inicial, primeira, original, devida em cada caso, será sempre uma missão da Fenomenologia.