

---

# *PARA A FORMAÇÃO DOS CONCEITOS, EM DIREITO, E A FENOMENOLOGIA*

---

*André R. C. Fontes\**

Segundo um pensamento amplamente divulgado em nosso País, o Direito consistiria em conceitos enunciados nas normas de um grande sistema, o sistema normativo. O mais significativo reconhecimento vê no sistema normativo a ampla e exauriente dimensão jurídica no Brasil, e isso se dá à mercê de textos de lei ou mesmo na ausência de qualquer disposição legislativa. Os direitos fundamentais sempre serão a medida ou o melhor exemplo da desnecessidade de previsão constitucional expressa para seu reconhecimento e aplicação prática. Daí que oferece o Direito a base da premissa de uma ideia, por exemplo, de contrato, de propriedade e de obrigação com imensos significados, e com um tipo de concepção integral que torna cada um, no seu constante movimento e desenvolvimento, um significado, um conteúdo que vai muito além do cimento legislativo. Esses seriam bons exemplos de uma noção ideal ou da reprodução substancial da essência de tudo que existe, no Direito ou fora dele.

---

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

A razão de todo entendimento das coisas, por sua vez, como é de se esperar, possui uma esfera limitada de conhecimento e aplicação e, objetivamente, para o Direito, como em qualquer teorização científica, é inevitável um sistema aberto para conhecer, diversificar e tornar-se concreto nas suas manifestações para se apresentar como a mais viva imagem daquilo que a realidade reflete.

A idéia de um contrato não é outra, se não a do objeto inicial da cognição, que o influxo generalizado da consciência cultural e da atitude das pessoas serve para formar com a espécie contrato, e na maneira como uma pessoa o trata nas relações com outras pessoas. A consciência e o modo de existência de algo para alguém será o conhecimento que se tem das figuras jurídicas em geral. É esse reflexo circundante que dá conhecimento da própria noção de contrato.

A consciência do contrato não existe se não houver uma consciência de nenhum conhecimento do contrato. O conhecimento é modo de ser, *verbi gratia*, do contrato, tal como o contrato existe para a nossa consciência. Dessa maneira, o contrato mencionado existe para minha consciência, porque, como ser consciente que sou, e tomo algo como contrato porque é a noção, imagem, ou simplesmente conceito que, pela experiência acumulada em um dado momento, é possível constatar em uma atividade prática.

Na sua atividade prática, a ação humana toma a natureza das formas do pensamento que são refletidas na essência das coisas transformadas, de modo que da ideia processa-se a realidade objetiva da qual não se pode apartar. E se existir uma dificuldade do intelecto de compreender o ideal nas coisas refletidas, outra coisa não será que a falta de identificar aquilo que foi isolado, na multivariada de concepções que tomam algo espacial e temporalmente refletido na forma ideal de noção, a noção das coisas.

A ligação indissolúvel da atividade prática ao conhecimento das coisas é a base do significado comum do que se entende por Direito

e pela sua prática se transforma o mundo natural e social. O afã do intelecto de capturar a realidade e de formar um caráter objetivo do mundo em sua complexidade adquire especial importância, especialmente se cada ponto de luz dos novos dados científicos produzirem novos conhecimentos, imperiosamente indispensáveis ao desenvolvimento das relações sociais.

A construção desses conhecimentos está assentada em noções que tomam a particularidade de tudo que há de específico na base social e no desenvolvimento do indivíduo. Por um lado, a problemática do conhecimento se renova sem cessar. Por outro, problemas vetustos e tradicionais adquirem novos aspectos que implicam na necessidade de nova pesquisa. E os problemas já resolvidos pedem novas pesquisas e novas soluções.

O conhecimento não se satisfaz com o que já se alcançou. Se o *contrato*, por exemplo, é caracterizado pela *dupla declaração* de vontade, haveria de se indagar se uma *pluralidade de vontades* declaradas unilateralmente na formação de um ato jurídico continuaria a ser um *contrato (multilateral?)* como se entendeu para a sociedade, ou uma concepção nova, como a de *negócio complexo*? Ao nos referirmos a tais resultados diremos: a sociedade é um *contrato multilateral ou plurilateral*, ou é um *negócio jurídico complexo*?

Os resultados do desenvolvimento da Ciência Jurídica oferece a prova da falta de eternidade de uma idéia e de um autodesenvolvimento interminável do Direito, que conduz, necessariamente, ao surgimento de soluções modernas para os problemas que as várias etapas produzem e provoca a capacidade de conhecimento de formas e ideias básicas ou fundamentais. É assim a movimentação para os *bens jurídicos* independentes de uma titularidade atual e concreta para uma titularidade futura e abstrata (ou mesmo volúvel), como ocorre nas ações nas bolsas de valores com seus peculiares mercados, os chamados mercados de capitais.

Próprias de um mundo concreto e dinâmico, guardam essas figuras vínculos que expressam peculiaridades com os elementos dinâmicos da ordem e das leis a que estão submetidas. Esses vínculos de propriedades universais, que figuram em uma univesalidade absoluta e sem limites, manifestar-se-iam de que maneira?

Uma interconexão de ideias de formas unitárias que o mundo demanda e a individualidade em um mundo objetivo são as condições necessárias para a formação de conhecimento que temos das coisas, sem as quais não haverá impedimentos para que sejam tomadas umas pelas outras. É no processo da sua vida que a propriedade e o contrato se distinguem, mas é no desenvolvimento da sociedade que a propriedade surge não somente em razão de um contrato – é o caso do *contrato de compra e venda*, por exemplo –, mas que o contrato transforme a propriedade e sua indiscutível exclusividade na propriedade exclusiva no tempo para um mesmo imóvel por meio da *multipropriedade*.

O comportamento humano está estruturado de tal maneira que pode não somente receber e processar a informação do que é propriedade e o contrato, como formular plano de ação e levar a cabo certa direção ativa em seus atos. Uma realização no propósito de compreender o significado de propriedade e de contrato e a ideia de ambos, não somente para diferencia-los, mas, também, para correlaciona-los leva a um único caminho: o das ideias.

Essa capacidade de partir de idéias assume uma concepção extrema na figura do conceito. O *conceito de propriedade* é rígido se comparado a uma mera *ideia de propriedade*, ainda que não se saiba exatamente o que seria um conceito de propriedade. Uma simples comparação entre *propriedade* e *domínio*, se se pensar nas fontes tradicionais do conhecimento do Direito, permitiria manifestar o alto nível de debate que o conceito de propriedade suscitaria.

A construção das formas das ideias no Direito segue concepções que, para se falar em ideia e conceito, parece sempre lograr o resultado final, quer dizer, o de certa meta conceitual, e não apenas de ideias.

Um modelo ideal, ou seja, a ideia do que se quer entender e alcançar é correspondente à busca de conceitos, e não apenas conhecimentos, plasmados por impressões mortas e de imagens criadas sem certa capacidade de previsão que os conceitos oferecem.

A fixação do objetivo conceitual é a meta que o homem leva a cabo ao submeter algum ato consciente. Lograr objetivos passa por formular conceitos, e não apenas ideias. A construção, as formas, as coisas transformadas ou criadas, as coisas que não existem, mas que não necessárias às satisfações sociais, e, mesmo não existindo, com ações concretas o homem é capaz de modificar o mundo objetivo. É o caso de *venda de coisa futura*, que poderá nunca existir, mas é capaz de sugerir novos negócios, novas formas em Direito e o tipo de propriedade, e não apenas a própria coisa futura.

A forma elementar que converte a base teórica na atividade prática e na alteração da realidade é o conceito. E todo aporte no conhecimento no mundo da natureza é o reflexo de uma ciência única de sistemas de conceitos dinâmicos destinados a identificar a informação. Ideias afins, mas conceitos que podem não ser afins, mas idênticos. A ideia de *faculdade jurídica* que se tem de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas pode não se confundir com a ideia de *faculdade jurídica* que compõe o conteúdo dos direitos subjetivos, mas o conceito de faculdade jurídica significará a identidade de se criar, modificar e extinguir relações jurídicas, justamente porque é o próprio conteúdo dos direitos subjetivos.

A concepção do Direito assenta-se na de conceitos. Essa premissa abre caminho para todo pensamento jurídico e, ao mesmo

tempo, para a luta de toda classe de concepções, por exemplo, contrárias ao dogmatismo e tudo o que representa. A negação dogmática, ou seja, um anti-dogmatismo, ou em uma palavra que venha a resumir esse anti-dogmatismo, nomeadamente a Zetética, admite um conceito de anti-dogmatismo (ou de Zetética).

Ao se respaldar o conhecimento de esferas concretas do saber em torno do conceito, o Direito pesquisa e elabora ideias cada vez mais profundas da essência dos fenômenos em Direito. E esse caminho difícil, nada retilíneo, ao longo de concepções de mundo variadas em razão de épocas, lugar ou simplesmente na falta de constância nas coisas, seja por razões semânticas ou não (tratante, já não é quem trata, e amante não é quem ama), penetrar na Ciência do Direito significa basear-se em um profundo estudo dos conceitos.

Qualquer sistema do mundo se forma com interação ou simplesmente pela exclusão entre elementos componentes, de modo que a propriedade de certos corpos surge como diferentes (elementos) de outros. E essa conexão negativa que torna diverso o que aparenta estar conexo com outros fenômenos, de modo a que aspectos novos se manifestem e formem conceitos, é a base dos movimentos jurídicos que, por interdependência ou interação, se impõem.

Que idéias formam conceitos? O que poderia criá-los? Quem os formula?

A Fenomenologia não responde, especificamente, a essas questões. No entanto, o uso da Fenomenologia pode nos conduzir a solucionar cada indagação feita, e muitas outras. E pretende ser, acima de tudo, o caminho para alcançar cada conceito, não somente para identificá-lo, mas, também, para descrevê-lo.

Em oposição a toda cultura histórica e progressiva social e jurídica, a formação de um conceito para a Fenomenologia não

demanda o decurso do tempo ou da tradição e amadurecimento que do qual se origina. Os direitos fundamentais, por exemplo, no processo de sua evolução possibilitaram a capacidade de se refletir e de se formar um sistema aberto, que guarda perfeita correlação com o desenvolvimento de uma nação e que tendem a um patamar de reconhecimento universal, tal como se proclama nos conhecidos direitos humanos. Sublinhar os direitos das mulheres, ainda em evolução, serve de substrato para o surgimento de novas percepções e novas e necessárias formas para se atuar. A proclamação de um racismo presente e intimamente enraizado na sociedade e o desbaratamento de um delicadíssimo aparatado nervoso que consta nas inúmeras células das mais diversas sociedades engendra percepções, quase inacessíveis, mas que não devem escapar de uma pesquisa dos cientistas e teóricos.

Na formação fenomenológica do conceito, a grande difusão histórica e progressiva não é premissa sem a qual se torna inacessível uma pesquisa rigorosamente científica. De conformidade com a concepção fenomenológica, todo o processo cognitivo, no qual os antigos chegaram, são substituídos pela metodologia do *dado* e da *consciência intencional*. O tempo próprio de formação de um conceito tradicionalmente formulado é substituído na Fenomenologia pelo método de por entre parênteses, de modo a eliminar tudo o que não é essência, tais como a existência e a opinião dos outros, e, desse modo, na ação consciente do sujeito estará a função criadora do mundo inteiro e diretora do seu movimento e desenvolvimento.

O conceito é formado a partir de uma busca orientada que tem o próprio conceito como objetivo. Não interessa ao fenomenólogo as variações subjetivas ou a atividade do sujeito, ainda que se trate de um juriconsulto. A única tendência é aquela orientada totalmente para o objetivo. O objeto da investigação, chamado de *dado*, é mostrado e a função da Fenomenologia é a de esclarecer esse dado.

Se o dado é o conceito, a Fenomenologia se encarregará de descrever (e até definir) esse dado, independente de ser uma realidade ou uma mera aparência, pois haja o que houver, a coisa estará aí, dada ao sujeito. E a ele incumbirá descreve-la, fenomenologicamente. Não haverá buscas históricas, estatísticas ou literárias, o fenômeno dado, que aparece diante da consciência, é que será esclarecido. A suprema fonte legítima de todas as afirmações é o que se exprimirá diante de nossa consciência doadora original.

O próprio processo tradicional formador do conceito poderá ser objeto da atitude do fenomenólogo, pois cada parte da formação de um conceito pode ser objeto, o objeto no qual se funda o saber do dado. É que cada objeto possui uma essência, que precisa ser captada diretamente. Esses objetos não devem ser apenas fatos contingenciais, mas, sim, conexões essenciais. Seu caráter descritivo fará com que a essência seja descrita, ao ser processada em esclarecimento gradual, que progride de etapa em etapa, mediante a intuição intelectual da essência.

O conhecimento de algo prescinde o preconceito, a noção prévia, as vivências alheias. Saber o que é uma centopeia, por exemplo, é tomá-la como dado para compreendê-la. E estar diante de uma centopeia, também não é determinante para conhecê-la, a não ser o conhecimento seja da presença da centopeia, o que também conduziria ao raciocínio de que poderia tal presença ser apenas um dado.

A Fenomenologia resulta da ideia de uma forma de conhecer autônoma e independente. Ela se distingue da Lógica ou da experiência. Ela se propõe a conhecer os problemas jurídicos sem se apresentar como uma corrente filosófico-jurídica. Toma os objetos especificamente jurídicos como um dado próprio e independente e assim reconhecer que há nesses objetos essências (jurídicas) próprias. Não dispensa as outras formas de entendimento, mas a

Fenomenologia é forma primeira, primeva, a meta originária de toda ciência, a *mathesis universalis*.

Por serem irreais as ideais no mundo prático, embora reais num mundo jurídico, precisam ser apreendidas, e somente com a apreensão consciente torna-se algo existente para o conhecimento. Em um mundo de horizonte aberto, é a Fenomenologia que serve para direcionar a atividade do pensamento e penetrar no circundante para capturar os conceitos, mediante a reflexão intuitiva da consciencia.

Analisadas fenomenologicamente as essências das instituições, servirão elas para aprioristicamente possibilitarem a crítica aos demais objetos. Cada conceito delimitado é um *a priori*, que integra a estrutura fundamental do Direito. E esse conhecimento apriorístico acumulado significará a amplitude do campo de atuação fenomenológica do Direito e possibilitará a mais fecunda pesquisa no esclarecimento do dado.

Cada progresso alcançado com um conceito fenomenologicamente reconhecido integra o mecanismo conquistado do conhecimento do Direito. Mesmo que não se compreendam todas as implicações da Fenomenologia ao Direito, e do método fenomenológico como forma geral de conhecimento de todas as Ciências, uma coisa é certa: o extenso campo do *a priori* que cada conceito produz torna fecundo e prolífero o conhecimento do Direito. É dessa maneira que contrato, propriedade e obrigação são postos ao dispor de todos pela função apriorística que exercem nos negócios e nas relações travadas.

A Fenomenologia revela uma qualidade da época em que surgiu: a do abandono da mera especulação teórica e da imaginação no conhecimento em geral. E isso significou a verdadeira revolução do momento e serviu como um marco para o rompimento com a forma de pensar do século XIX e dos que lhe antecederam. Na passagem para o século XX, o esforço foi o de tomar a experiência e a observação como o divisor de águas do conhecimento no novo

século vindouro. Esses movimentos reunidos em torno do Empirismo e do Positivismo, ou mesmo pelo Realismo, elevaram o conhecimento ao patamar da superação do que existe e é real ao invés de considerar os meros influxos especulativos. Mas, de outro lado, não resolveram os problemas relativos às coisas que não existem, ou que não sejam reais ou, ainda, que se encontram no plano ideal. Para reconhecer o que não existe ou aquilo cuja existência é posta em dúvida, e que também haveria de ser conhecido, as formas da experiência e da percepção pelos sentidos já não seria suficiente para produzir algum resultado. Se tomássemos a figura mitológica do unicórnio, numa indagação sobre o que significaria, o fato de não ser encontrado na realidade, não permitiria que se lograsse algum resultado.

Revelações mais recentes mostram que os nazistas na sua compulsão de domínio implacável do mundo realizaram pesquisas sobre trajes espaciais antes mesmo que houvesse algum foguete capaz de alcançar o espaço sideral. E foram as pesquisas e os cientistas remanescentes das pesquisas das novas armas de Adolf Hitler que concorreram para o sucesso dos vôos espaciais da extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e dos Estados Unidos da América. A armadura celestial dos astronautas (norte-americanos), dos cosmonautas (soviéticos e agora russos), como dos takonautas (chineses) ou do que queriam os franceses, os espaçonautas, teve dentre os cientistas do Nazismo os passos iniciais do desenvolvimento. Não se deve esquecer que, o principal articulador teórico dos foguetes da morte hitlerista foi o responsável, assim como condecorado, pela conquista espacial de Washington. Por respeito às vítimas do Nazismo, lembro que o fundador e principal representante da Fenomenologia, Edmund Husserl, teve sua vida acadêmica encerrada pela famigerada política anti-semita que o Nazismo impôs. E muitos dos mais destacados pensadores da Alemanha e dos outros países invadidos por Adolf Hitler deram o seu

testemunho com a própria vida. Os pracinhas brasileiros entregaram seu sangue e sua alma na luta contra o horror nazista, mas, finda a guerra mundial, cada conhecimento dos países do Eixo foi minuciosamente identificado pelas grandes potências vencedoras, e, sem qualquer recurso ético, tomado como trampolim nas etapas científicas futuras, a despeito das atrocidades e de toda ignomínia empregada estupidamente pelos agressores.

A pesquisa de Thomas Edson a respeito da lâmpada elétrica e da própria eletricidade partiam de uma premissa ideal: a de que a lâmpada poderia existir, embora ainda não existisse. Edson a alcançou, como a tantas outras maravilhas do mundo moderno. Mas, sucumbiu à inteligência de Nikola Tesla ao ignorar outro objeto que era ideal e do qual não extraiu nenhuma importância, a corrente elétrica alternada. Tesla levou-a a cabo e hoje é a realidade um dia somente pensada e, sabidamente, descartada inicialmente por Edson.

Ao ignorar a noção de existência para conhecer, a Fenomenologia não se preocupa em saber se há a figura do buraco negro no Cosmo, ou se há vida no planeta Marte, para que buracos negros estejam sujeitos a algum tipo de conhecimento, ou mesmo se mediante prova de vida em Marte é que se poderia estudar uma vida no planeta vermelho. Em seu desenvolvimento e integridade, a Fenomenologia não precisa ignorar que certos autores suprimem a figura do *direito potestativo*, porque não acreditam na sua existência. Ela simplesmente toma como *dado*, ou seja, tomado, por exemplo, o *direito potestativo* como um *dado*, como um fenômeno (jurídico), seu estudo e desenvolvimento poderá ser alcançado, mesmo que o próprio estudioso e utilizador dos métodos da Fenomenologia esteja convencido da sua não existência.

A Fenomenologia permite ao psiquiatra tratar das alucinações de seu paciente sem se importar com a inexistência de cada

monstro de cuja descrição é informada no tratamento; ou mesmo de reconhecer e tutelar (proteger) juridicamente a fé de um litigante criterioso, que se recusa a “jurar por Deus” em um julgamento, sem necessariamente ter a mesma convicção religiosa.

Na solução da problemática do conhecimento, a Fenomenologia não considera a existência para conhecer. A Fenomenologia serve para o conhecimento de algo independentemente de existir ou não. Na atitude fenomenológica, a despeito de não se negar a realidade objetiva e a existência das coisas ou da matéria, os fenômenos devem ser entendidos em função de suas essências – o que certamente não ocorreria, não se avançaria um passo se a incógnita é desconhecida dos olhos e dos sentidos. Atuando dessa forma não se está a promover a ficção, ainda que a ficção possa também ser conhecida e desenvolvida. Ao contrário, a Fenomenologia jamais encontrará como resposta a não-existência de algo. É o caso de uma Fenomenologia das aparições fantasmagóricas: pode-se escrever sobre fantasmas aparecidos à noite numa casa, sem que se tenha que admitir haver, de fato, fantasmas naquela casa específica.

Não se deve pensar em uma problemática meramente redacional sobre uma ficção, mas na capacidade de conhecer algo cuja demonstração (ou prova) não se possa fazer ao longo do estudo, mas somente depois de anos de busca incessante. Algumas das teorias mais características da Física teórica somente encontraram demonstração possível em experimentos, realizados muitos anos depois de sua formulação.

Teóricos do Direito proclamaram um aumento da criminalidade não violenta em sociedades mais desenvolvidas. Uma premissa dessa natureza somente poderá ser alcançada mediante observação e decurso do tempo, já que, sabe-se, não é admissível uma Criminologia experimental.

Essa particularidade da Fenomenologia encontra em seu método a chave de solução do conhecimento: o retorno às próprias coisas. Ou seja: uma base segura para conhecer é a libertação de toda pressuposição e a tomada daquilo que se quer entender como um *dado*, assim entendido o fenômeno que se vê e que está diante da consciência. A Fenomenologia não quer saber se esse dado é uma realidade ou uma aparência, pois, haja o que houver, a coisa está aí, dada e ela que se deve mostrar ou esclarecer. Isso não significa que algo desconhecido esteja *atrás* do fenômeno, mas, sim, que se deve considerar o que está diante da consciência, que por sua vez é também orientada em sentido contrário para o dado ou o objeto, de modo que um sujeito possa, ao considerar algo como dado, torna-lo objeto de uma pesquisa, de uma investigação. Dessa forma, não acreditar na existência de um unicórnio não impedirá que se entenda o que é um unicórnio.

Muitos dos principais bens de consumo que se encontram à venda em lojas de departamentos foram concebidos por mentes que descreviam as maravilhas de submarinos, foguetes, telefones sem fio, videofone, dentre outros, muito antes da sua invenção. A concepção de luz elétrica é anterior à invenção da luz elétrica – eis um exemplo da desnecessidade de ser a lâmpada elétrica uma realidade para compreendê-la e poder, finalmente, criá-la.

O Positivismo marcou época com a afirmação do abandono de uma ciência baseada na fantasia e na imaginação, para lutar pela observação e pela objetividade dos fatos. Mas, tal como os adeptos do Empirismo, e também do Realismo, confundem os positivistas ver em geral com o ver meramente sensível e experimental, e não compreendem que cada objeto sensível possui, antes de tudo, uma essência, e essa essência, como a essência em geral das coisas, pode ser capturada, sem que a coisa exista. É por isso que o átomo é fenomenologicamente compreendido, sem necessidade, ou melhor, sem possibilidade de ser visto ou mesmo tocado em sua unidade.

---

Muitas das mais ricas obras de juristas, mas não somente de juristas, foram elaboradas com riqueza de conteúdo, que prescindiu a experiência de cada um dos institutos jurídicos comentados. E, a rigor, todo conhecimento contemporâneo de algo não está a depender da experiência, da autoexperiência ou da observação. É por isso que se escreve sobre crime, sem a necessidade de praticá-lo, ou se descreve o divórcio, sem ter experimentado o fim do matrimônio ou mesmo ter o autor se casado.

Na solução de problemas jurídicos, a concepção de ideias, ou melhor, de conceitos, tem uma especial importância já destacada. Ao sublinhar o conceito não se está outra coisa, senão a dizer que a circunstância igualmente incontestável, que já foi assinalada, de que o conceito está incluído na órbita do Direito desde o seu aparecimento, porque é ele, o conceito, que formula a significação de unidade de ligação do homem com a natureza, com a técnica e com a sociedade. Mas o mundo circundante dos conceitos está a depender da sua formulação, da formulação do conceito. E essa tarefa converteu-se na fonte clássica do conhecimento do Direito, e a multidão de conhecimento aplicada e aproveitada é o mais legítimo resultado da tomada de algo como um dado, como um fenômeno, tal como leciona a Fenomenologia.