
PARA UMA TEORIA FENOMENOLÓGICA DO DIREITO – III

Aquiles Côrtes Guimarães¹

Pretendemos aqui retomar o fio condutor do que já ficou exposto nos artigos intitulados Para uma teoria fenomenológica do Direito – I e II publicados nestas páginas em 2010. Esse fio condutor é a idéia de juridicidade como valor supremo da realização do justo possível. E um dos problemas mais relevantes com os quais teremos que nos defrontar é o da interpretação e compreensão do Direito à luz da atitude descritiva das suas essências na estrutura normativa. Problema hermenêutico que não pode ser dissociado de qualquer visada fenomenológica do Direito.

Já vimos que o justo emana do valor juridicidade como essência desse objeto ideal capaz de evidenciar todas as práticas destinadas à vivenciação da justiça no mundo da vida. A juridicidade é o metron, o paradigma, o valor acima do qual só encontraríamos a ordem divina como sua depositária. A plenitude do valor do justo humano tem como depositária a juridicidade.

¹ Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado em Filosofia da UFRJ.

Daí, portanto, ser o interpretar e o compreender a atividade mais relevante do espírito na esfera da experiência jurídica, uma vez que pressupõe uma tessitura de conexões de essências que enlaçam os fatos jurídicos na sua adequação ao valor fundante do justo – a juridicidade. Não existe uma hierarquia na percepção dessas conexões de essências. O que deve guiar a nossa atividade intencional (consciência) é a busca de evidência adequada dos fatos jurídicos, de tal maneira que a sua descrição corresponda aos seus sentidos e significados nos contextos em que são visados e analisados.

Retomando a noção elementar circulante no mundo jurídico, dizemos que fato jurídico é todo acontecimento que produz efeito no âmbito do Direito. Daí a íntima conexão entre fato jurídico e relação jurídica. A própria relação jurídica é um fato jurídico que se entrelaça na pluralidade de fatos, buscando a coerência e consistência da positividade normativa. Temos, portanto, que manter acesa a idéia de que o Direito positivo é um conjunto de conexões de fatos e objetos que constituem a razão de ser da sua existência, frente à inelutável obrigatoriedade da coexistência humana.

Em escrito anterior já observamos que objeto jurídico é todo ente revestido de juridicidade, conforme a definição comum. Também na compreensão elementar, estamos afirmando que fato jurídico é todo acontecimento capaz de produzir efeitos na esfera de um sistema normativo. É intuitivo e evidente que esses efeitos estão conectados com os objetos jurídicos, posto que sem objetos não haveria fatos.

Creemos já estar claro que, do ponto de vista do pensar fenomenológico, objeto é tudo aquilo que se mostra à atividade intencional da consciência, sejam eles materiais, ideais ou formais, sejam imaginários ou fictícios. Logo, essa nova noção de objeto exige um outro modo de conduzir o nosso entendimento na

evidenciação disso que secularmente consideramos como objeto jurídico. O mesmo ocorre com a noção de fato jurídico, uma vez que fato, no pensamento fenomenológico, é percebido como dado. O que é fato para a ciência (fato científico) é dado para a consciência intencional, a partir do qual percebemos sentidos e significados. Essa caracterização acompanha as análises de Edmundo Husserl, o pai da fenomenológica, desde que se propôs a fazer da filosofia uma ciência rigorosa como fundamento das próprias ciências positivas. A toda ciência de fatos (positiva) deve corresponder uma ciência de essências que descreva os seus verdadeiros fundamentos. Para as ciências positivas, o factum é um positum, ou seja, é fato e está aí positivamente a convocar o cientista a descobrir e explicitar as leis que regem a sua estrutura na dinâmica das suas transformações. Daí o termo “direito posto”, tão presente e vulgarizado na literatura jurídica.

Sendo o fato considerado como um dado no pensamento fenomenológico, constitui-se ele como núcleo de todos os sentidos e significados que dele se possa extrair pela via da percepção e da intuição. Assim, o fato é dado à consciência intencional como referência de sentidos e significados e não como uma positividade ôntica a ser manipulada por um complexo de categorias ideais emanadas do reino lógico-matemático. Neste sentido, podemos afirmar que não existem fronteiras, para além da técnica jurídica, entre atos e fatos jurídicos, sejam estes lícitos ou ilícitos, uma vez que ambos produzem efeitos enquanto acontecimentos ao ingressarem no campo da positividade normativa emanada do valor juridicidade. Portanto, objeto jurídico, fato jurídico e ato jurídico só podem receber essas denominações porque incorporam o valor juridicidade que abre o caminho para a sua entrada no sistema normativo como meio de preservar os valores positivos vivenciados pelo sujeito humano nas suas relações intersubjetivas. Como medida suprema da justiça possível ou do justo como valor a priori,

a juridicidade confere legitimidade originária à vida jurídica, imprimindo a esta a garantia atemporal de manutenção do equilíbrio no curso dos acontecimentos submetidos à temporalidade. A idéia de juridicidade pré-existe ao Direito legislado, pois sem ela seria impossível produzir categorias normativas capazes de dar conta dos valores por elas portados. A anterioridade do Direito em relação à lei se configura nos pressupostos da instância transcendental da atividade da consciência humana, pois é nessa esfera do pensamento que a idealidade (essência) do mundo se articula em demanda da evidência da sua própria constituição. Em outros termos, entendimento e razão são os instrumentos radicais da subjetividade capazes de explicitar os caminhos a partir dos quais exercemos todas as tentativas de domínio da realidade histórico-social. Esses caminhos decorrem da atividade intuitiva da consciência no sentido de descrever os modos de conexões de essências que nos conduzem à investidura de objetos, fatos e atos na condição de protegidos pela ordem jurídica.

Em princípio, tudo isso exala uma atmosfera kantiana, obviamente. Mas lembremos que a fenomenologia transcendental esteve sempre nas proximidades do criticismo transcendental. O que queremos dizer? Num único exemplo, que os conceitos a priori kantianos, calcados na razão lógico-matemática, “nascem”, conseqüentemente, na esfera da subjetividade transcendental, ressaltando aqui o desprezo que Kant devotava ao psicologismo. Certamente esta concepção de Direito como pré-existente ao sistema normativo não seria sancionada por Husserl, até mesmo em razão do modo pelo qual o filósofo analisa a linguagem normativa nas suas Investigações lógicas, tema ao qual voltaremos ao longo desta série de artigos.

Mas nada impede o tratamento não ortodoxo do pensamento fenomenológico como meio de mostraçãõ de evidências

plenamente assimiláveis ao entendimento do universo jurídico. Queremos realçar a idéia de que uma teoria fenomenológica do Direito só pode ser compreendida a partir da análise transcendental dos seus conceitos fundamentais, fato que a situa diretamente no plano apriorístico, sendo a sua pretensão alcançar o conhecimento dos fundamentos puros da ordem jurídica, para além da pureza normativa kelseniana. Esses mesmos fundamentos perseguidos por Kant ao enfatizar o domínio da subjetividade sobre a natureza, partindo dos conceitos puros (a priori) produzidos pela razão. A diferença é que em Kant a via de acesso aos conceitos a priori é a intuição pura operante no campo lógico-matemático e na fenomenologia se exalçam as essências dos objetos trazidas à reflexão evidenciadora do mundo da vida. Em Kant, uma razão legisladora; em Husserl, uma intuição da essência do próprio objeto como preservação do caráter de universalidade e necessidade que envolve os fundamentos rigorosos de todo conhecimento de objetos. O apriorismo transcendental fenomenológico pressupõe também o apriorismo material do mundo das relações de coisas e pessoas, em cujo meio prospera a necessidade normativa.

O conceito a priori de juridicidade como valor supremo do justo é um conceito ideal que sustenta uma doutrina pura do Direito possível. Todas as normas conectadas com a juridicidade serão jurídicas, satisfeitas as condições formais de operação dessas conexões no plano material da aplicabilidade e da segurança do sistema. Daí a necessidade do conhecimento dos fatos ser anterior aos atos normativos, com a interveniência de uma ou várias ciências teóricas que esclareçam o ser dos objetos sobre os quais são realizadas as pretensões normativas. As essências dos fatos ou objetos revestidos do caráter de juridicidade devem ser intuídas e descritas previamente a fim de que os seus sentidos e significados sejam o suporte radical da norma que será sempre a expressão de um valor. A partir desse conhecimento teremos a sua legitimação

afirmada no sistema normativo com os dispositivos formais de reconhecimento da necessidade de torná-los objetos jurídicos. Os fatos, no universo do Direito, são acontecimentos previsíveis, até onde alcançar a imaginação normativa das relações intersubjetivas e das coisas. Ao perceber, intuir e descrever as essências do acontecer jurídico estamos desvendando os caminhos da aplicação da norma na sua articulação com a idéia de juridicidade. O justo possível será buscado na raiz da iluminação dos fatos e não somente nas cegas direções apontadas pelo primarismo da via subsuntiva. De tudo isso decorre o entendimento de que os fatos devem ser considerados na sua estrutura essencial pré-jurídica, como imanências da liberdade e do querer das pessoas, nas ações e omissões que envolvem o complexo de objetos protegidos pela ordem jurídica. Antes de receber a legitimação da juridicidade, os fatos devem ser conhecidos na sua invariância evidenciada na intuição das suas essências (a essência é a invariância do fato). A ausência da concretude do fato afasta a evidência imediata, mas não impede a descrição das suas essências, uma vez que o seu ser verdadeiro nelas é expresso, livrando-se da contingência dos acontecimentos que nos faria resvalar no relativismo do conhecimento. O fato (dado) fenomenológico é uma estrutura de sentidos e significados, diferente do fato científico submetido à contingência das próprias leis da natureza. Os fatos são múltiplos e os acontecimentos, infinitos. A diferença reside na atitude com a qual tentamos reconstruí-los. A atitude científica positiva leva à explicação da regularidade das leis que determinam o seu comportamento, por meio da experimentação; a atitude fenomenológica leva à compreensão da estrutura significativa dos fatos, descrevendo as invariâncias do seu manifestar-se, sem as quais eles jamais seriam conhecidos nos seus modos de ser radicais. Por isso mesmo, no pensamento fenomenológico husserliano, “princípio primeiro” é a intuição como possibilidade do

conhecimento e não os juízos primeiros elaborados na esfera lógico-racional do entendimento humano, como proposto por Kant, solidário das ciências positivas.

Assim, conhecidos os fatos ou tendo deles a visada essencial, resta investigar os modos pelos quais eles são recepcionados e passam a integrar o sistema jurídico.

Nenhum fato seria objeto da tutela normativa se não fosse portador de um valor. Logo, todo fato jurídico tem como motivação imediata o valor, seja positivo, seja negativo. E aqui passamos do campo epistemológico ao plano da análise axiológica, com a pretensão de melhor esclarecer a idéia de juridicidade.

Antes de tudo vamos tentar entender o que são os valores e como conhecê-los e realizá-los. Os valores pertencem ao reino dos seres ideais, conforme são entendidas a lógica e as matemáticas que estruturam as leis ideais do pensamento. A sua existência não se confunde com a dos seres reais. São objetos distintos. Como seres ideais, os valores se caracterizam pela sua autonomia, diferente da idealidade dos seres lógicos e matemáticos na qual existe uma recíproca dependência, disputando-se até mesmo a primazia dos seus fundamentos: é a lógica que funda a matemática, ou é esta que funda aquela? Bertrand Russell e seus seguidores ainda estão com a palavra... O fato é que a autonomia do universo dos valores constitui uma especificidade na ordem dos seres ideais, enquanto condições de possibilidade de existência dos bens que os recebem, já que pré-existem em relação a estes. Não fora o apriorismo dos valores e não existiriam os bens, mas um complexo material sem qualquer sentido ou significação para a pessoa humana. Os valores são qualidades e não existem bens sem qualidades a serem intuídas pela intencionalidade avaliativa da consciência. Por isso mesmo, a idealidade dos valores é distinta da

realidade dos fatos. Enquanto os valores são objetivos e permanentes, os fatos são contingentes e mutáveis. As qualidades valiosas são essências imutáveis e independentes dos objetos com os quais elas se relacionam, podendo estes desaparecerem ou transmutarem, em nada atingindo a essência valor. Num exemplo que se tornou comum no âmbito do pensamento axiológico: a traição de um amigo não extingue o valor amizade. Em síntese, o valor existe objetivamente como ser ideal, sendo invocado a imprimir os seus modos de ser no mundo real (coisas e ações) no processo da realização da vida e do destino humano. O valor é objetivo porque existe como objeto ideal no reino axiológico, guardando sua especificidade e autonomia frente a todos os demais objetos.

Vejamos agora a questão do conhecimento dos valores. Se os valores são seres ideais, como podemos conhecê-los? Vimos que também a lógica e as matemáticas são constituídas de seres ideais e são consideradas ciências desde a antiguidade grega, sobretudo pelo fato de contarem com objeto, método e progresso, na linguagem de Kant expressa no prefácio da 2ª edição da Crítica da razão pura. Mas estas ciências trabalham, desde os inícios, com um pressuposto tido como inabalável que é a Razão (Logos). O auge da razão analítica será o século XVIII, mas a despeito do seu proclamado declínio na nossa contemporaneidade, jamais alguém poderia imaginar a ausência da razão lógico-matemática materializada na instrumentalização técnico-científica do mundo.

O contrário ocorre com os valores. A via de acesso a esse reino ideal é a intuição emocional pura e não a razão. O órgão da intuição emocional é o sentimento como a priori emocional puro. Amar/odiar, prazer/dor, querer/recusar, preferir/postergar, dentre tantos outros sentimentos, pertencem à ordem do a priori emocional, fora do alcance da ordem formal racional como queria Kant e toda a ética normativa. Ao a priori puro (conceito) que emerge da razão

como garantia das ciências se opõe o a priori emocional como sustentação de uma intuição pura do valor. Como absolutamente autônomo, porque autônomo é o seu objeto, o conhecimento dos valores não se inscreve no campo epistemológico, valendo salientar que a intuição axiológica jamais atingirá qualquer nível de perfeição, a despeito da sua pureza. É elementar que nem todos são habilitados a perceber e intuir valores e muito menos a realizar novas descobertas nessa esfera infinitamente franqueada ao espírito, da mesma forma como nem todos conseguem dominar os movimentos da razão matemática e atingir a evidência de novos princípios. Aí entra, obviamente, o papel da educação como condição de possibilidade em ambos os casos.

Nesta atividade intuitiva, os valores são apreendidos como objetos ideais no seu reino autônomo e vivenciados no mundo real. Mas não devemos confundir o espaço da idealidade com o que denominamos de subjetividade, nas suas múltiplas interpretações, uma vez que é no turvamento dessas fronteiras que prospera o subjetivismo axiológico responsável pelo ceticismo e o nihilismo que devastam a civilização contemporânea. O subjetivismo axiológico quer fazer acreditar que os valores são criados, modificados ou relativizados livremente pela subjetividade humana no curso da história. Entretanto, o homem não dispõe da potencialidade de criar, modificar ou “inventar” valores, pois estes são permanências objetivas (objetivismo axiológico) e imutáveis do mundo ideal, conforme já assinalamos. Os valores moldam o mundo das coisas e das ações. Conhecê-los é vivenciar a sua mostração no plano do sentimento intuitivo como padrões da intencionalidade avaliativa de tudo aquilo que se manifesta como valioso. Ou descobrimos e conhecemos os valores ou os ignoramos.

No contexto de uma teoria fenomenológica do Direito que estamos esboçando, o problema da realização dos valores aparece

como a chave inevitável de decifração dos enigmas que envolvem a hermenêutica jurídica. Realizar os valores no campo do ordenamento jurídico implica, antes que tudo, ter acesso a eles pela via que sumariamente delineamos acima. A difundida afirmação de que “direito é dever ser”, a despeito da nobreza da sua origem kantiana, sempre desviou a nossa atenção daquilo que fundamenta o próprio dever que é o valor. Se direito é dever ser, dever ser é valor. Todo dever ser é realização de um valor, seja ideal ou normativo. Portanto, a vida jurídica é uma tessitura de regras legais destinada a garantir e fazer circular um conjunto de valores que vão sendo intuídos e descobertos ao longo das tentativas de consolidação do processo civilizatório. Os valores são incorporados pelas leis, passando estas a serem seus portadores. A idéia de juridicidade como referência última do justo – valor supremo- é o grande elo a partir do qual se desencadeia o sistema jurídico nas suas múltiplas conexões, transitando desde os fatos mais significativos até aqueles considerados desprezíveis nos conflitos intersubjetivos. A juridicidade ou legalidade de que são revestidos os atos, fatos e qualquer objeto jurídico tem como caracterização radical a sua articulação na cadeia de conexões de essências que vão dos acontecimentos à essência última de juridicidade como configuração do ideal de justiça. Essência dos fatos, essência dos atos, essência dos objetos expressam os sentidos e significados de tudo isso que envolve a vivenciação da experiência jurídica. Por sua vez, as normas jurídicas referidas aos fatos e atos abrigam os valores de que aqueles são portadores, sejam positivos ou negativos, em decorrência da positividade (também um valor) de que estão revestidas pelo poder instituído como valor de garantia. As conexões de essências dos fatos se articulam com a estrutura normativa, na sua positividade, deixando ao intérprete o exercício da preferência pela norma a ser aplicada ao caso concreto, na escala de densidade de valor que mais se aproxime da idéia de

juridicidade. Toda aplicação, toda sentença, não passa de um meio para o alcance de um fim: a justiça. Tanto a Constituição de um país como as instituições dela decorrentes são meios e não fins em si mesmas. O caráter teleológico do Direito e das instituições seria destituído de sentido se não estivesse movido pela pregnância dos valores que impulsionam a nossa existência.

Os instrumentos normativos disponíveis ao intérprete (juiz) para a efetivação dos meios que conduzem à realização do justo como finalidade estão submetidos a um movimento de causação. A sequência avaliativa da intuição, ao preferir ou postergar valores, se desenvolve numa atmosfera de “conflito” na qual a causalidade exerce o papel de provocador dos efeitos das conexões teleológicas. Ou seja, todo processo judicial deve ser conduzido no sentido de causar um efeito ideal na esfera do valor juridicidade como expressão última da idéia do justo na potencialidade da humana condição. As conexões teleológicas devem ser perseguidas em todos os passos, tendo como fim a juridicidade. Assim, toda a hermenêutica jurídica seria esclarecida para além da confusão doutrinária, hoje acobertada pela categoria mágica da “interdisciplinaridade”, muitas vezes com resultados que não mostram nem bom direito nem boa filosofia.

A hermenêutica jurídica dos nossos dias está impregnada de discussões em torno de questões quase sempre distanciadas dos propósitos de inteligibilidade da experiência jurídica, com incursões nos campos da filosofia, da sociologia, da antropologia, da lógica, da lingüística e até mesmo da biologia molecular... É óbvio que todas essas áreas do saber envolvem fatos e, como tais, devem ser objetos de análise no que diz respeito á possível investidura de suas manifestações no caráter de juridicidade no interior do sistema normativo. Mas, a interpretação e compreensão da experiência invocam a nossa presença “às coisas mesmas” da “região

ontológica” do Direito, pois é aí que essas coisas são coisas jurídicas como objetos jurídicos. E é a partir delas que podemos ver originariamente como se organiza essa experiência no complexo valorativo e normativo.

Nos últimos anos vem se distendendo uma polêmica pouco aproveitável iniciada no espaço anglo-americano em torno da idéia de regras e princípios no contexto interpretativo da estrutura jurídica, ignorando todo o passado do pensamento ocidental, como se ninguém até hoje tivesse manifestado preocupação com a natureza dos princípios, tão cara a toda a tradição filosófica desde as suas origens. Dworkin e Hart são pioneiros... Não circula aí nenhuma descoberta que pudesse ser assinalada como avanço na atividade hermenêutica, a não ser as propostas de índole pragmática e utilitarista, a despeito das notáveis concessões de Dworkin em relação ao problema dos valores. Dentre os inúmeros aficionados desse modo de pensar, raramente alguém se lembra de dizer claramente que princípios são termos guardiões de valores superiores integrados à estrutura referencial de garantias da cidadania e da sociedade. Valores ideais de existência objetiva que permanentemente são invocados quando aparecem expressos na Constituição como diretrizes das regras a serem obedecidas na disciplina das relações jurídicas. Sendo o princípio um valor superior, é pela via da intuição que o apreendemos no momento de vivenciá-lo tecnicamente na aplicação das regras que também são portadoras de valores. Proporcionalidade, peso, ponderação e tantos outros adjetivos utilizados na interpretação e justificação das decisões judiciais são simples variações avaliativas das essências dos fatos conectadas com as essências das regras e dos valores que elas abrigam na escala dos princípios. Regras e princípios sem valores seriam vazios. Por isso mesmo, os princípios antecedem toda proteção normativa, assim como a liberdade é pré-existente à garantia do seu exercício.

É por tudo isso que uma teoria fenomenológica do direito propõe uma purificação dos conceitos jurídicos a partir dos seus fundamentos axiológicos e reais evidenciados na ordem transcendental. A pureza está nas essências e somente elas podem nos levar a um conhecimento puro e apodítico da realidade jurídica.