

---

# *PARA UMA TEORIA FENOMENOLÓGICA DO DIREITO –IV*

---

*Aquiles Cortes Guimarães - Professor dos cursos de Mestrado e  
Doutorado em filosofia da UFRJ*

O fio condutor de uma teoria fenomenológica de Direito é a idéia de **juridicidade**, já largamente afirmada nestes pequenos ensaios. A pergunta pela juridicidade de um fato não pode ser respondida como sendo a simples adequação dos seus pressupostos às regras legais que o disciplinam. Nem tudo que é legal é jurídico, mas tudo que é jurídico tem sua legitimação na idéia de **juridicidade** como paradigma supremo da justiça possível. As controvérsias doutrinárias em torno da velha questão relacionada com a legitimidade do Direito assumem uma nova orientação, porque a legitimidade se enraíza na **juridicidade** e não somente nas aspirações da sociedade pela realização de valores que ela descobre como superiores na organização das relações jurídicas no mundo da facticidade.

A relação sociedade-justiça adquire o seu vigor nas conexões entre sociedade e juridicidade e não na tessitura sociedade-legalidade. Esta reflete apenas a artificialidade instrumental absolutamente necessária à pacificação dos conflitos inerentes à

condição humana marcada originariamente pela **obrigatoriedade da coexistência**. Legítimo é o sistema jurídico fundado no valor **juridicidade** como referência de todos os valores vivenciados pela sociedade na práxis das suas infinitas aspirações que culminam na idéia do justo possível na humana condição. Força normativa e força valorativa se entrelaçam nos horizontes da estrutura jurídica do Estado. O que confere validade à norma é o valor de que é depositária e não a vaziez do comando estatal. Desde que referida à idéia de **juridicidade**, a norma transcende o Estado e nem por isso perde o seu caráter de validade, pois é o tão exaltado Estado de Direito (não de leis como querem os liberais) o garantidor da validade, auto-afirmado no sistema normativo como criação impulsionada pelo processo histórico-social.

Portanto, cumpre examinar agora, frente à imperatividade normativa do Estado legitimada pelo valor **juridicidade**, a trama de conexões de essências que percorre o caminho realizativo da justiça, desde o momento inaugural do fato jurídico ao horizonte último da solução do conflito dele originado. Esse caminho tem subidas e descidas, curvas e retas, retornos e desvios. Isto significa que, sendo o mundo uma totalidade de horizontes, o universo jurídico, na sua configuração própria, também se constitui numa totalidade de horizontes, de significações e sentidos referidos à idéia de **juridicidade**.

Aqui somos levados a pensar, necessariamente, as conexões de essências percebidas nos fatos jurídicos e descritas nas suas variadas manifestações, formando uma rede de significações da experiência do Direito. Lembrando que as conexões dos fatos jurídicos correspondem às conexões de suas essências - conexões de coisas e conexões de verdade. Toda pretensão jurídica desencadeia uma relação com a significação e o valor atribuídos ao seu objeto. Portanto, tudo começa com significado e o valor que movem a

vontade do pretensor. Daí a relevância do conhecimento preliminar do objeto, nas suas invariâncias essenciais, para se apreender nele a estrutura de sentidos e significados e os valores dos quais é portador. Essa análise preliminar consiste na descrição das suas essências e na intuição emocional dos valores a ele incorporados, **causando** a sua articulação com a idéia de **juridicidade**, fonte última da legitimação de todas as pretensões jurídicas. Lembrando aqui, mais uma vez, que juridicidade não define apenas a conformidade com a lei mas, sobretudo, a referência do justo possível.

Toda a tessitura regulativa contida no sistema jurídico é estruturada a partir das conexões de essências descritas nos fatos e objetivadas na lei. Toda legislação tem seu referente no mundo ambiente da facticidade, uma vez que aí habitam os conflitos de vontades e interesses. Por isso mesmo, a função normativa, com a necessária positividade, é inerente à convivência humana e dela não há como fugir, posto que, originariamente, o que está em jogo é a preservação da liberdade do “outro”.

É nessa trama normativa que vamos perceber a circulação dos valores jurídicos e sua permanente realização nas situações concretas. Toda norma abriga um valor. O fato é a referência da norma, mas esta só assume a sua eficácia verdadeira na confluência das conexões valorativas que articulam fatos e normas. Ou seja, tantos os fatos quanto as normas são prévios depositários de valores. A função do Direito é descobrir, perceber e preservar valores. Assim, a incidência de uma norma recai sobre o valor encarnado no fato ou no objeto jurídico e não sobre a concretude imediata de algo ainda não delimitado no seu campo valorativo. Aí reside, talvez, a maior dificuldade em perceber o alcance referencial da idéia de **juridicidade**, tal a carência de esforço do pensamento no sentido de formular novas perguntas sobre fundamentos que foram ocultados historicamente pelas forças idealizadoras dos entes jurídicos.

O fundo enraizante dos sistemas jurídicos é o valor, seja ele vital, espiritual ou religioso, nos seus sentidos e significados vivenciados pelas sociedades. O **mundo da vida**, onde se realiza a experiência da facticidade, é o solo a priori de onde emerge toda a elaboração da cultura jurídica, pois é aí que vivenciamos a evidência mais radical dos conflitos humanos. Aí buscamos tecer as regras que abrigam aqueles valores que intuímos e assimilamos como indispensáveis à manutenção da obrigatoriedade da coexistência, todos eles oriundos do reino autônomo do espírito e **objetiváveis**, quer na sua positividade, quer na sua negatividade.

Nessa teia normativa, importa agora explicitar os modos pelos quais é realizada a funcionalização dos valores na sua integração ao sistema jurídico. Essa é a razão pela qual raramente encontramos qualquer ênfase pronunciada com relação aos valores nas sentenças judiciais e muito menos na doutrina e na jurisprudência, como se tratasse de um campo de saber de inegável relevância, mas contaminado pelos “perigos” do subjetivismo. É o temor da ausência de um instrumento **medidor**. Só o mensurável seria garantido e, ao mesmo tempo, amenizaria a ansiedade do julgador. Mas por acaso alguém já mediu “a intensidade da culpa”, “a intensidade do dolo”, “a intensidade do sofrimento” e tantas outras intensidades a que se referem as leis? Impossível! Aí o julgador só pode se valer da esfera axiológica.

Reinam na cultura jurídica dos nossos dias uma axiofobia e uma ontofobia disfarçadas no desprezo pelo conhecimento e cultivo dos valores, substituídos quase sempre pela razão argumentativa que vem ocupando os poucos espaços que testavam à razão jusfilosófica especulativa como fonte criadora e compreensiva do Direito. Além da indiferença pela indagação sobre a essência dos fatos jurídicos para os quais convergem todos os conflitos que motivam a ação jurisdicional. Os **fatos** e os valores são tratados cada vez mais na perspectiva das virtualidades produzidas a partir deles e

não na visada evidenciadora daquilo que eles são na originariedade significativa do seu ser. A própria processualística tende, pela via computacional, a afastar aceleradamente os objetos e os postulantes de justiça das relações efetivas de intersubjetividade. Quer falar, fale pelo computador e mantenha o silêncio da virtualidade...

Existe, com relação aos valores, uma razão culturalista nessa patologia epistemológica: é que nos espíritos destituídos de interrogação ainda permanece enraizada a idéia **positivista** e **objetivista** de que só o mensurável é passível de ser submetido ao conhecimento científico, conforme assinalamos acima. Se não podemos “medir” os valores, ficam estes expostos às inclinações da subjetividade, como se competisse a cada indivíduo “inventar” livremente as suas percepções valorativas. Este é um grave equívoco em razão do qual o termo **valor** é relegado a segundo plano em quase todas as discussões jurídicas referidas aos atos de julgar. Ninguém poderia **objetivar** os valores como se estes fossem redutíveis a uma idealização físico-matemática de precisão indubitável, pelo simples fato de que o mundo do espírito que abriga os valores é distinto do mundo da natureza física apreensível e manipulável pela via da instrumentalização da razão calculista a serviço da técnica. Mas nem por isso o valor deixa de existir, tanto na esfera jurídica, quanto na ética, na estética, na religiosa e em todas as demais. Diferente é o modo de apreender os valores. A razão não alcança valores na sua instrumentalidade. Somente a intuição originada de uma emoção pura (não confundir com o emocionalismo psicológico) consegue apreendê-los. Neste sentido, razão e intuição estão em pólos opostos, cada qual exercendo o seu papel. Ao prolatar uma sentença, o juiz usa a razão para fundamentar e a intuição para decidir. O que é o razoável? É um valor superior intuído pelo julgador e não o resultado de uma mensuração advinda da ordem racional.

Mas verifiquemos como os valores teriam circulação no sistema

jurídico referido à idéia de juridicidade. Já esclarecemos que toda norma abriga valores, ainda que negativos, conforme ocorre com frequência nos regimes autoritários e até mesmo nas democracias cujos sistemas jurídicos podem recepcionar leis injustas. De qualquer forma, não existe lei válida que não seja depositária de um valor. Enquanto seres ideais ou espirituais, os valores transitam desde as normas mais elementares até à sua referência última na idéia de **juridicidade**. Esse trânsito se realiza pelas conexões de essências que percorrem toda a tessitura normativa do sistema jurídico. O mundo jurídico é um complexo de valores intuídos a partir da facticidade do **mundo da vida** e incorporados na lei, formando uma rede de conexões com aptidão para recusar o inconectável com o apelo ao último elo da sua positividade representado pela Constituição. Quando uma norma é declarada inconstitucional, o que se faz é dizer que ela não está conectada com as essências dos objetos reais ou ideais considerados jurídicos, porque não porta valor compatível com aqueles que circulam no sistema.

Lembramos, mais uma vez, que as conexões de essências correspondem às conexões dos objetos, dos fatos e dos atos jurídicos. São conexões de verdades que se expressam nas essências, pois estas nos revelam o **ser** de tudo aquilo que dizemos que **é**. Como uma estrutura de valores intuídos e percebidos no **mundo da vida** e abrigados nas leis, a definição do Direito é metajurídica, ou seja, está para além das regras positivadas. Sendo um valor, os horizontes do Direito transcendem toda a idealização técnica articulada a serviço da sua positividade. O mesmo que dizer: lei não é Direito, mas seu abrigo na temporalidade. Desta forma, o compreender, o interpretar e o decidir são atos que já se iniciam dentro de uma atmosfera axiológica, em meio a um complexo de normas portadoras de valores. Frente ao conflito, a tarefa do julgador é restabelecer o equilíbrio das relações intersubjetivas buscando, a partir dos fatos, os valores adequados a serem conectados com aqueles já existentes na instauração da

ação jurisdicional. As normas são invocadas como sustentadoras das pretensões, mas os interesses distintos exigem, necessariamente, a articulação dos atos interpretativos com o complexo de valores portados pelos objetos integrantes dos fatos, na sua vinculação com o sistema normativo. Aí as conexões se realizam entre as essências do objeto ou objetos do conflito e as essências das normas.

Por isso mesmo, os objetos do conflito devem ser conhecidos nas essências definidoras do seu caráter de universalidade. Tais são, por exemplo, a vida, a liberdade, a honra, a propriedade e tantos outros que envolvem diretamente a proteção jurídica. Se é da esfera legal a previsão dos conflitos de interesses e necessidades, é estranho que as decisões judiciais sejam tomadas somente a partir de uma narrativa idealizante dos fatos, a despeito da prova e da indispensável contribuição pericial.

Toda norma visa a realização de um fim. Mas esse fim não se realiza por si mesmo, uma vez que o seu substrato é o **mundo da vida** como lugar da vivência a priori da pessoa humana e dos animais. É no **mundo da vida** que se desenvolve a batalha teleológica geradora de todos os conflitos na concretude da experiência existencial e histórica. O fim está na vontade e o papel da norma é disciplinar a vontade, limitando-a em nome da liberdade do "outro". Daí ser ela portadora dos valores eleitos como superiores pelo legislador na orientação do exercício da vontade na liberdade, no seu caráter coercitivo e limitador. E daí a função atribuída ao Estado de permitir, proibir e punir.

O esforço de uma teoria fenomenológica do Direito, operando no campo da finalidade e do fundamento da estrutura normativa da convivência humana por intermédio disso que secularmente convencionou-se nominar de Direito, está enraizada não só nas diretrizes gerais da fenomenologia de Edmundo Husserl (1859-1938)

mas também nas investigações axiológicas de seus discípulos Max Scheler (1874-1928) e Nicolai Hartmann (1882-1950).

A idéia de **juridicidade** para o qual buscamos um novo sentido foi introduzida na discussão como uma tentativa de inscrever no presente debate em torno das aceleradas transformações do Direito uma dado cujo papel originário sempre caiu no esquecimento em nome de um pragmatismo que hoje domina com toda velocidade tanto a vida moral quanto o mundo jurídico. Como conexão suprema da justiça possível, a juridicidade como valor é a garantia última da realização do **justo**, ao orientar no caminho da positividade as conexões que dela mais se aproximam. Recordemos, mais uma vez, que juridicidade não é a simples conformidade com a lei, assim geralmente entendida. Para além dessa conformidade e como essência da sua meta está a referência da própria juridicidade como valor do **justo**.

Questão cada vez mais freqüente em nossos dias é aquela relacionada com a universalidade dos valores. Os valores são universais ou as culturas os internalizam nos âmbitos das suas vocações, refletindo os seus modos de ser e de conviver? Considerando as culturas como manifestações dominantes do espírito de cada povo, estas descobrem valores específicos e os fazem circular nos seus sistemas normativos. Trata-se de uma conexão entre a concretude da temporalidade vivida historicamente e a eternidade assimilada como **possibilidade**. A universalidade dos valores não decorre da universalidade da razão, como acreditavam os iluministas do século XVIII, pois ela está referida à **possibilidade** que é objeto de busca e não de certeza, dado que se inscreve no plano da aspiração. No fundo, todos os valores são intuídos e objetivados na estrutura existencial da pessoa humana, orientando originariamente a **obrigatoriedade da coexistência**. Valor é dever ser. Não haveria coexistência pacífica e a humanidade seria levada a

uma “guerra de todos contra todos”, na linguagem hobbesiana, fora da atmosfera axiológica. O acordo em relação a todas as atitudes humanas de convivência pressupõe, portanto, a universalidade dos valores, uma vez que toda aceitação recíproca transcende a sua particularidade. Na conduta diária agimos educadamente porque agir desta maneira é refletir um valor universal. Ou seja, os denominados valores particulares ou mesmo singulares são articulações com valores universais transcendentais como possibilidades atingíveis pela via da intuição. São referências simultâneas (a temporalidade está sempre presente) do particular ao universal e do universal ao particular.

É assim que a **juridicidade**, como valor universal e transcendental, é a referência da justiça como **possibilidade**, tendo a estrutura normativa como solo das conexões de essências que abrem os caminhos dessa aspiração. Nesta perspectiva poderíamos afirmar que o Direito é uma possibilidade que, na sua vigência comum, sempre se afirmou a partir de uma idealização do homem e da sociedade e não da referência na facticidade do **mundo vida**, onde o dever ser se manifesta na sua cotidianidade. Mas afirmar o Direito como possibilidade de alcançar a justiça como meta última e **ratio essendi** da sua presença exige inovar a garantia do percurso para evitar a desarticulação das conexões axiológico-normativas do sistema no qual exercitamos as possibilidades. São possibilidades garantidas. A própria existência humana é mera possibilidade garantida. Daí a invenção de todos os instrumentos de segurança, a começar pela do Estado, já que a vulnerabilidade pertence à estrutura ontológica da natureza.