

---

# *PARA UMA TEORIA FENOMENOLÓGICA DO DIREITO - I*

---

*Aquiles Côrtes Guimarães\**

Uma teoria fenomenológica do Direito pressupõe a adesão à atitude fenomenológica na compreensão dos problemas jurídicos. Não se trata, portanto, de mais uma teoria do Direito a ser recolocada em circulação, mas da conversão do espírito a um outro modo de **ver** os fenômenos da vida das relações jurídicas. Neste sentido, o **ver** fenomenológico abrange não somente o Direito mas também todas as teorias até hoje formuladas sobre ele ao longo do processo civilizatório.

A fenomenologia é uma atitude e não um **método** propriamente dito. Como atitude, o pensar fenomenológico visa a descoberta dos sentidos e significados dos objetos, independente de todas as categorias explicativas. Como? Pela via da intuição e descrição das suas essências e suas conexões de sentidos. Isto não significa abandonar as categorias explicativas utilizadas pelas ciências positivas, mas suspender a sua vigência para atingir o objeto naquilo que ele **é**, como um complexo de sentidos.

---

\* Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado em Filosofia da UFRJ

Portanto, uma teoria fenomenológica do Direito não envolve a superação de qualquer teoria jurídica mas a re-leitura dos sentidos que elas imprimiram às instituições ordenadoras das relações intersubjetivas. Essa re-leitura, sim, implica a suspensão do nosso juízo sobre o seu caráter de validade e a percepção do objeto tal qual se manifesta à consciência como puro fenômeno – no caso, o fenômeno jurídico – desvestido de todas as categorias explicativas expostas sobre ele. Recomeçar tudo de novo, voltando à “coisa mesma” – fenômeno jurídico – tal qual se manifesta. A partir daí podemos falar de verdade jurídica, porque essa verdade está no objeto, naquilo que é e não nas teorias explicativas que idealizam o seu **ser** na multiplicidade de interpretações.

O **ver** fenomenológico não tem pressuposto. É o **ver** direto proporcionado pela intuição como “princípio dos princípios” que possibilita originariamente **ver** e descrever a estrutura de essências ou sentidos dos fenômenos. Intuir quer dizer estar dentro dos fenômenos, dentro dos objetos (do latim **intus**= dentro de). Esse estar dentro **de** significa a força genética da consciência doadora de sentidos aos objetos, descobrindo neles um potencial infinito de variações significativas. O objeto é mera referência dos seus sentidos e significados. São estes que definem o que ele **é**, o seu **ser** verdadeiro. Mas é bom desde logo deixar claro que o **ser** do Direito é o que vemos e intuimos no aparecer do fenômeno jurídico. A lei, o contrato, a lesão aos bens tutelados, a ofensa à honra, o homicídio e tantos outros fenômenos abrigados no mundo jurídico estão **aí**, aparecem, são visíveis e se mostram no campo das nossas vivências na temporalidade. É deles que deve tratar uma teoria fenomenológica do Direito e não de considerações desvinculadas dos propósitos de melhor compreender a concretude da vida jurídica. O **ser** do Direito não se oculta em lugar nenhum, estando presente tanto no lidar empírico da sua operacionalidade quanto nas formulações **a priori** que iluminam todas as nossas ações.

Quando Edmundo Husserl (1859-1938), o pai da fenomenologia, expõe o primeiro esboço do seu projeto de reconstrução da filosofia nas **Investigações lógicas** (1900/1901), estava levando em conta a necessidade de buscar **fundamentos** não somente para a filosofia, mas também para todos os saberes do domínio científico em geral, incluindo aí as então recentemente denominadas “ciências do espírito” ou da cultura, às quais pertence o Direito. O que pretende a fenomenologia é o encontro de fundamentos para o conhecimento revestido de necessidade lógica (irrefutabilidade) e validade universal que coloquem os saberes a salvo da corrosão do ceticismo e do relativismo.

Qual era o estado geral dos saberes na segunda metade do século XIX – momento da formação de Edmundo Husserl? Em primeiro lugar, predominava o espírito do positivismo que abarcava todas as ciências, notadamente as da natureza como exemplares do avanço experimental tido como garantia única de novas descobertas. Esse experimentalismo contaminou todas as ciências daquela época, com uma incursão arrasadora na psicologia, cujos efeitos permanecem até hoje, com graves distorções na compreensão do comportamento humano. Era o espírito da positividade dos saberes que alimentava a idéia de progresso pela via do triunfo da técnica como eixo do futuro da humanidade. Nesse clima, a idéia de positividade dos fatos jurídicos também foi diretamente afetada. O Direito deveria ater-se à observação dos sistemas jurídicos estabelecidos nas leis positivas, decorrendo dessa atitude os postulados da denominada “escola da exegese”, de largar influência na época em torno da interpretação do Código de Napoleão. Citamos a tendência exegetica por ser aquela que mais próxima esteve do positivismo, mas também o historicismo, o sociologismo e outras orientações vigentes estavam comprometidas com a positividade dos **fatos científicos**, fossem eles históricos, sociológicos ou de qualquer outra natureza.

Nessa generalizada assimilação do espírito do positivismo, sob a mesma inspiração, se fortalece o psicologismo de índole cientificista com pretensões de fundamentar todo o conhecimento a partir das leis científicas da psiquê. O conhecimento se funda no fato psicológico, como **fato científico**. Como veremos, essa convicção será um dos focos mais importantes da reação de Husserl contra o relativismo do seu tempo. Em síntese, o que caracterizava a ambiência intelectual da segunda metade do século XIX, na qual é gestado o pensamento fenomenológico, era o **naturalismo**, o **cientificismo** e o **positivismo** como coroamento de toda a atividade do espírito. O naturalismo se fundava na crença de que a natureza é uma unidade no tempo e no espaço, ou seja, tudo é natureza explicável pelas ciências empíricas. O inexplicável é pura ilusão metafísica. Todo conhecimento distanciado da observação direta dos fenômenos da natureza deve ser descartado como “divagação cerebrina”, conforme expressão corrente nos círculos naturalistas. Por outro lado, o progresso das ciências da natureza redundou na difusão de um modo de conceber o mundo caracterizado pela crença exclusiva no poder triunfante das ciências. Era o **cientificismo** que se enraizava definitivamente no espírito ocidental, hoje conhecido e proclamado como **tecnicismo** que acabou por lançar uma cortina de opacidade sobre a vida do espírito. Por último, o **positivismo**, originado no grande projeto de Augusto Comte (1798-1857) de “organização científica da humanidade”, pode ser considerado a síntese das manifestações da inteligência da segunda metade do século XIX na perspectiva do naturalismo e do cientificismo, porque solidário e legitimador de toda idéia de positividade ali envolvida.

Esse era o ambiente no qual Husserl desenvolve a sua formação. Talvez por isso mesmo tenha sido atraído na juventude pelas certezas formais da linguagem matemática, em cuja disciplina realiza suas incursões universitárias até ao doutoramento e à

habilitação docente. Mas com uma extraordinária carga de leituras filosóficas e a freqüência às aulas de Franz Brentano (1838-1917), filósofo e psicólogo com o qual Husserl se desperta para a riqueza infinita da intencionalidade da consciência, começa o fundador da fenomenologia a colocar em questão os fundamentos da própria matemática, única ciência tida como produtora de verdades universais e irrefutáveis. As verdades ideais da matemática, embora demonstrativas, não dizem do mundo da vida, como de resto não falam de nada na sua vaziez puramente formal. Pelo contrário, as ciências dela decorrentes no processo de matematização da natureza só contribuíram para a idealização do mundo, encobrendo os seus verdadeiros sentidos.

A crítica fenomenológica ao psicologismo é também radical. Dentro do espírito geral do cientificismo dominante, o psicologismo se caracterizava pela tentativa de fundar todo conhecimento – inclusive a lógica e a matemática – nos fatos psicológicos, fatos naturais da psique. As leis psicológicas seriam os fundamentos das leis do conhecimento. Ora, afirma Husserl, estão confundindo leis reais dos fatos psicológicos com leis ideais do pensamento. A lógica e a matemática produzem leis ideais para o raciocínio lógico – matemático puramente formal, enquanto as leis psicológicas partem de uma base factual que as sustentam. Em síntese, as leis ideais do pensamento são autônomas, universais e necessárias, enquanto as leis reais dos fatos psicológicos são contingentes e, portanto, sujeitas à mutabilidade. Logo, não podem servir de fundamento para o conhecimento. O leitor que desejar aprofundar esta questão, basta ler os **Prolegômenos a uma lógica pura** de Edmundo Husserl.

Por sobre todas essas críticas radicais empreendidas contra as tendências do pensamento da sua época está uma oposição fundamental ao **objetivismo** que caracteriza as ciências positivas em geral e que será tomado por Husserl como um dos focos capitais

da sua crítica aos fundamentos do conhecimento científico. Todo o objetivismo fala do objeto com uma linguagem idealizante de hipóteses, como se a objetividade tivesse que se adaptar aos seus ditames e não fosse simplesmente um **dado** que se manifesta à consciência intencional como abertura infinita de significados e sentidos. Foi esse objetivismo que alimentou o psicologismo na tentativa de **naturalizar** a própria consciência, ensaiando até mesmo a mensuração dos estados da sua manifestação. Desta forma, usando a linguagem de Augusto Comte, a filosofia estaria reduzida ao papel de coordenação dos fatos científicos, nada mais lhe restando além da adesão ao objetivismo cientificista.

Edmundo Husserl vai se insurgir contra tudo isso, não combatendo o progresso das ciências cuja relevância ele jamais negou, mas colocando em questão os fundamentos nos quais elas se estruturam em relação aos objetos e ao mundo de que falam. No lugar de nos dizer o que é o mundo, as ciências se desviaram da sua finalidade e nos legaram um mundo idealizado, encobrindo os verdadeiros sentidos do **mundo da vida**. Este conceito de mundo da vida (Lebenswelt) acompanha todas as reflexões de Husserl, a partir do momento em que propõe o “retorno às coisas mesmas” como tarefa essencial do pensamento. Retorno que significa o encontro da consciência intencional com o mundo, despojada de todos os pré-conceitos e de todas as categorias explicativas com as quais as ciências o idealizam.

Aqui já podemos começar a delinear os traços fundamentais de uma teoria fenomenológica do Direito, a partir deste esboço dos propósitos que orientaram a elaboração do pensamento fenomenológico.

Pelo visto sumariamente, a fenomenologia se insurge, basicamente, contra o positivismo e contra o empirismo em geral

que reduziram o papel da atividade cognoscitiva do mundo à explicitação das leis que regem os **fatos científicos**. O fato científico é afirmado como o único objeto das ciências e a própria filosofia não teria outra função além daquela de coordenação dos resultados das descobertas levadas a efeito pelas ciências.

Começemos por distinguir **fato** de **significação**. Fato é tudo o que acontece no mundo. Já foi dito que o mundo é a totalidade dos fatos. Nessa totalidade estão todos aqueles referidos ao Direito e que, por isso mesmo, são denominados de fatos jurídicos. Somos permanentemente surpreendidos pelos fatos, pelos acontecimentos, e com eles somos obrigados a lidar na dinâmica da vida histórica-social e na nossa cotidianidade. Mas os fatos, por si mesmos, são meros acontecimentos sem nenhuma significação. Quando dizemos na linguagem processual comum que é necessário “investigar os fatos”, o que se pretende é atribuir significados a eles para a sua adequação a uma pretensão jurídica. Entre o fato e o significado existe um vazio a ser preenchido, correspondente à ausência de sentidos a serem descobertos pela intencionalidade intuitiva da consciência. Os fatos enquanto **dados** imediatamente à intuição, são referências de sentidos e significados que a intuição apreende como **essências**. São os **motivos** da investigação e não o objeto propriamente dito, uma vez que o interesse da intuição recai sobre os modos pelos quais eles se manifestam à consciência na vivência dos seus sentidos. O que importa no dado (fato) é a **essência**, o que é o objeto como um fato, um dado, objeto como fenômeno, como aparecer, como manifestar-se à consciência intencional. A essência é aquilo que caracteriza a **invariância** do objeto; é a idéia universal e necessária sem a qual não temos a evidência da compreensão daquilo de que falamos. Tomemos como exemplo a **cor**. Quando dizemos que o papel é branco estamos percebendo nele a essência da brancura. O objeto papel contém a essência **cor**. A cor só tem existência na

extensão, nos objetos. Qualquer cor é uma essência que se manifesta nos objetos com as características de invariância, universalidade e necessidade. Os objetos coloridos se desfazem na temporalidade por serem contingentes, mas a essência cor permanece na sua a-historicidade e na sua a-temporalidade. O mesmo pode-se afirmar do **som**. A essência da música é o som, ainda que este seja substituído pelo “barulho”, como acontece hoje em setores da denominada “música popular”. Música é combinação harmoniosa de sons. Os instrumentos musicais e as orquestras podem ser os mais variados, mas a música permanece a mesma. São exemplos citados pelo próprio filósofo Edmund Husserl para esclarecer o caráter de universalidade e de permanência da essência como critério invariável no conhecimento dos objetos do mundo. Importante deixar claro que o critério de descrição das essências como método da fenomenologia parte fundamentalmente do mundo sensível, dos objetos intuídos, onde já estão configuradas as essências a serem descritas. Longe do platonismo que concebe um mundo das idéias autônomo como arquétipo dos objetos do mundo sensível, a fenomenologia parte do suposto de que é necessário um retorno ao vivido do mundo sensível, das “coisas mesmas em carne e osso”, na expressão husserliana. As essências não são abstrações desvinculadas dos seus objetos, mas referidas a eles como expressão dos seus significados e sentidos que constituem o seu **ser**. Todo conhecimento evidente (verdadeiro) dos objetos do mundo, deve partir da intuição como “princípio primeiro” na atitude de apreensão e descrição das suas essências. A verdade dos objetos, dos fatos, será evidenciada nas conexões de essências percebidas nos seus modos de ser e não nos conceitos artificiais constituídos pelas ciências a partir das leis ideais do pensamento lógico-matemático. A subsunção dos fatos aos conceitos emitidos pela razão representa uma violação ou agressão aos seus significados, uma vez que cada fato, cada objeto

compreende um complexo de sentidos inapreensíveis pela via conceptual. Os fatos são fenômenos **puros** que se mostram à consciência como intencionalidade. A legalidade das estruturas ideais do pensamento não é a mesma existente nos fatos. Estes devem ser considerados tais como se manifestam na sua pureza, desvestidos de todos os pré-conceitos. É nesse estado de pureza que vamos perceber o que eles são, pela via da intuição e descrição das suas essências.

Eis o que importa, preliminarmente, na construção de uma teoria fenomenológica do Direito: tomar os objetos, os fatos, os fenômenos jurídicos tais quais se manifestam na sua pureza, com a intenção de intuir e descrever as suas essências a fim de evidenciar a motivação pela qual é atribuído a eles o caráter jurídico, a juridicidade. Todo Direito tem suas raízes nos fatos, isto é, nos **dados** da vida social e histórica. Os conceitos a priori do Direito que fermentaram largamente a imaginação neokantiana são, em grande parte, responsáveis pela idealização dos fatos da vida jurídica, tendo como suporte o papel originário da razão legisladora advindo de Kant. É necessário ter em vista que a razão legisladora ordena os sistemas jurídicos, o mundo do dever-ser, a partir das estruturas lógicas do pensamento e não dos **fatos** aos quais é atribuído o caráter jurídico. Os fatos são observados e aprisionados na armadura dos conceitos normativos sem a luz dos seus verdadeiros sentidos e significados, resultando na prática do injusto na seqüência da imputação coercitiva.

Mas como conciliar os sentidos e significados dos fenômenos jurídicos com a necessária positividade dos sistemas jurídicos destinada à manutenção da vigência do Direito? Dir-se-ia que esta questão se resolve na atividade hermenêutica voltada fundamentalmente para o problema nuclear da **aplicação**. Entretanto, não podemos confundir hermenêutica filosófica com

hermenêutica jurídica, embora seja aquela imprescindível à compreensão dos fenômenos jurídicos na estrutura significativa das suas conexões de essências. A hermenêutica é um modo de saber entranhado na ação e dela dependem os resultados do justo e do injusto na experiência cotidiana e na tecitura das relações normativas. Os fenômenos jurídicos, enquanto **fatos**, são postos à percepção como **dados** de significados e sentidos, tais quais se manifestam. Nesse aparecer do fenômeno à intencionalidade da consciência temos o momento desencadeador da intuição das suas essências de modo **originário**, perante o **fato**, “em carne e osso”, sem nenhum conceito previamente elaborado sobre ele.

Não terei jamais a evidência do que seja o muro erguido em determinado local violando o direito de terceiros se me ativer apenas aos conceitos expressos nos mapas, nas descrições e nas certidões expedidas pelas instituições competentes. Aliás, o muro pode perfeitamente existir na ordem da pura idealidade conceptual, da mesma forma como a geometria pura só existe na cabeça dos geômetras. A “coisa mesma” – o muro – está lá em algum lugar para o qual me apontam os conceitos. O que é aquele fato, aquele objeto, aquele **dado**, será percebido na vivência imediata da intencionalidade intuitiva da consciência. Aí terei os seus vários modos de manifestar-se enquanto muro, com os traços e silhuetas que o identificam como tal. Essa percepção vai evidenciar o que é, a essência do dado, ou seja, a estrutura de **invariâncias** sem as quais aquele objeto não seria aquilo que dizemos que ele é – um muro. As essências ou invariâncias são as idéias universais que extraímos dos objetos como caracterização do seu ser. Vemos neles tudo aquilo que corresponde aos significados ideais dos objetos na sua universalidade e não na singularidade, tendo em vista que as essências são universais e necessárias e os objetos são particulares e contingentes. O muro pode desaparecer a qualquer momento pela contingência a que está submetido na

temporalidade, mas os sentidos e significados nele intuídos e descritos são imutáveis, a-temporais e eternos como conhecimento verdadeiro e apodítico (irrefutável) daquele objeto. A partir daí podemos evidenciar o caráter jurídico a ele atribuído na circunstância em que foi construído, no conjunto das relações fáticas nas quais ele se encontra como objeto, como fato, como **dado** originante de significados e sentidos, produzindo conseqüências no campo da positividade normativa.

Aí estaria o núcleo de uma teoria fenomenológica do Direito, fundada na **evidência** dos fenômenos jurídicos e não mais na sua idealização. Uma teoria não somente justificativa do conhecimento jurídico mas que estaria a serviço da própria ciência do Direito como instrumento de reconstrução radical desse saber eivado de controvérsias inúteis que seriam esclarecidas no exercício aprofundado de “retorno às coisas mesmas”. O problema crucial a ser superado diz respeito à articulação dos significados e sentidos dos fenômenos jurídicos com a ordem da positividade. Sabemos que nenhum sistema ou ordenamento jurídico sobrevive sem o suporte da positividade que garante a efetividade da **segurança jurídica** e o ideal da **realização da justiça** que constituem a meta essencial do Direito. Se os fenômenos jurídicos devem ser evidenciados na sua originária manifestação como **dados** à intuição descritiva das suas essências, é necessário indagar sobre os modos pelos quais essas essências ou significados serão elevados à positividade dos conceitos normativos. A crítica fenomenológica é formulada contra toda tradição idealizante dos sistemas jurídicos, conforme já vimos, e a favor de uma nova atitude que recupere os fundamentos do Direito a partir do seu próprio **vivido**, como um conjunto de significados. Mas como estabelecer os elos eficazes entre a universalidade dos fenômenos jurídicos evidenciada nas suas essências e significados e a singularidade dos indivíduos que constituem a teia das relações jurídicas? O que de mais imediato

---

podemos e devemos buscar é o encontro dos verdadeiros sentidos dos fenômenos expressos nas conexões de essências com a estrutura normativa que os regula, com a finalidade de evidenciar no plano cognitivo e na ação tudo aquilo que se manifesta como contingente na temporalidade. Os fenômenos jurídicos são temporais e contingentes e as essências são intemporais, inalteráveis e necessárias e, por isso mesmo, jamais deixarão de ser a referência do conhecimento daqueles fenômenos, ainda que todos eles desaparecessem.

É a partir dessa nova compreensão do **ser** do Direito que se inicia a tarefa da hermenêutica como única atividade capaz de elevar ao plano do normatizado aquilo que verdadeiramente é como objeto do sistema normativo. Assim, a norma **posta** seria apenas a referência necessária do conjunto de significados oriundos dos fenômenos jurídicos. Daí pode-se perceber a relevância do papel da hermenêutica na elaboração de uma teoria fenomenológica do Direito, desde que o diálogo interpretativo e compreensivo parta da “região do Direito” para reafirmá-la como lugar essencial de realização da justiça possível.