

---

# *POR QUE RE-LER O DIREITO À LUZ DA FENOMENOLOGIA III*

---

*Marcia de M.M.I.do Couto<sup>2</sup>*

Já anunciada a importância de uma re-leitura fenomenológica do direito na revista anterior, compete-me esclarecer o real sentido da proposta – trazer com ela a necessária economicidade ao direito.

Não lhes peço que se afastem do que trazem em sua bagagem jurídica, mas que deem sobre ela um outro olhar, um olhar voltado para o mundo da vida, seu lugar de origem. Esta é uma viagem de volta à prova irrefutável, uma viagem que, ao tomar o método fenomenológico como fio condutor, pretende levá-los à supressão de atos processuais inúteis e à redução maciça dos recursos protelatórios.

Ouso afirmar ter Husserl trazido às mãos dos operadores do direito um dos mais eficazes instrumentos de conexão entre a economicidade processual e a segurança jurídica, o método

---

<sup>1</sup> Texto extraído da Tese defendida em 2011, junto ao IFCS-PPGF, da UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ, sob o título DIREITO DE ESSÊNCIAS: uma releitura dos atos jurisdicionais à luz da Fenomenologia, sob a orientação do Professor Doutor AQUILES CÔRTEZ GUIMARÃES e co-orientação do Professor Doutor FERNANDO AUGUSTO DA ROCHA RODRIGUES.

<sup>2</sup> Doutora em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro-UFRJ e Juíza Titular aposentada, lotada no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (Santa Catarina).

fenomenológico. Capaz de trazer à luz o real da prova, este método, ao suspender tudo o que não respeite à essência do fato jurídico em julgamento, ou seja, aquilo que o afaste de sua natureza jurídica, o expõe em «carne e osso».

Contudo, esta é apenas uma idéia a ser trabalhada a muitas mãos.

Como já lhes foi dito no capítulo introdutório, o alinhamento entre fenomenologia e direito exige um mínimo de sensibilidade e abertura a uma percepção penetrante, ou filosófica, só estas capazes de dar passagem à essência do fato e da norma.

Não vejo como trabalhar o direito sem ter conhecimento da verdadeira essência de cada instituto, sem ter a exata noção da natureza jurídica da norma, ou seja, sem atentar para sua razão de existir. Isto, a meu ver, subsume-se a uma via de mão dupla, na medida em que o operador do direito se vê obrigado a ir ao fato para produzir a norma e ir à norma para enquadrar o fato. Importante para esta análise é, pois, voltar à fonte, ao mundo da vida, na busca da matéria prima desta usina de produção que é o direito, no que se propõe a reger relações jurídicas que neste mundo se deram. Não vejo como dissociar o direito natural do positivado.

Dar-lhes-ei um exemplo de forma a tornar mais clara a idéia.

Antes, porém, volto à distinção que estabeleci entre as tarefas do legislador e aquela desenvolvida pelo juiz, de modo a estabelecer o primeiro link com a nossa conversa anterior, na medida em que pretendo lhes dar o passo-a-passo do caminho que segui.

Complementares, as funções de Estado, legislativa e judiciária, têm características próprias, servindo a fenomenologia para clarificar seus pontos de congruência e de distanciação. É que estes marcos são estabelecidos pelas essências das metas a cumprir. Assim, se

ao legislador compete triar e pontuar quais comportamentos sociais estão a exigir regramento, ao juiz compete iluminar esta norma, trazer aos contendores através do fato posto em julgamento em que o ato praticado feriu o comportamento desejado pela sociedade como todo e qual dos atores sociais o fez.

Assim, estabelecer a diferença entre experienciar e experimentar pode ser o ponto de partida. Hoje, a norma se impõe crua, fruto de dados probabilísticos. O avanço proposto é uma análise fenomenológica, ou essencial, de seu conteúdo desde o nascedouro. Ler o direito, fenomenologicamente, passa a ser associá-lo ao fenômeno social, ao mundo da vida, ou seja, deixar de lado a eiva probablística, a experimentação, tão a gosto das ciências positivas, para trazê-lo de volta ao real social, àquele que tem por objetivo garantir dignidade humana, o respeito do homem pelo homem, via experenciação.

Para tanto, basta que nos voltemos para uma construção e aplicação do direito idealizada para nós mesmos. Re-ler o direito fenomenologicamente implica em afastar-se de sentimentalidades para imprimir-lhe a clareza trazida pela racionalidade prática. O direito há que exprimir anseios comuns de dada sociedade, seja através da norma ou das decisões judiciais, pois só assim tornar-se-á expressão de um bem comum enraizado e, assim, tornar-se-á eficaz. Pretendo demonstrar inexistir lei como letra morta ou decisão inexecuível desde que nelas haja embutida a certeza exigida pelo convencimento racional. É preciso, entretanto, valer-se da ética material dos valores para alcançar este fim. Fazer ciência em direito exige o que podemos chamar de alargamento desta ciência, senão vejamos:

Estes ensinamentos busquei nas obras de Scheller e em Husserl.

Sheller cuidou da ética material dos valores, para criticar o saber de dominação como única variável para a construção de uma hierarquia de valores e usou a fenomenologia como suporte.

Husserl, frente à provisoriade das verdades científicas, existentes enquanto úteis, partiu em busca de uma verdade filosófica que estivesse para além das circunstâncias do mundo real, ou do mundo artificial gerado nas ciências. Impelido por esta reflexão crítica, dedicou-se ao estudo de um método que resgatasse para a filosofia seu lugar de origem, para, deste modo, e através de um conhecimento seguro, devolver à humanidade a fé na razão.

Por acreditar que o retorno às coisas mesmas permite aos cientistas uma melhor compreensão das ciências, extraio, de modo antropofágico, dos estudos husserlianos sobre as vivências, estados de consciência, objetos ideais e, deste fenômeno que é estar consciente de algo, o que há de primordial no método fenomenológico para aplicá-lo ao direito, de modo a melhor me valer da motivação que lhe serviu de base.

Faço disto um desafio.

Proponho como supostos: 1. ser a consciência da dignidade humana a interpretação reveladora do respeito à integridade do valor da pessoa; 2. ser o *justo* a relação de equilíbrio entre *liberdade* e *responsabilidade* e 3. ser o *direito* a descrição do que é intuído como *dever-ser* para as relações interpessoais. Este direito, revelado pela consciência intencional, faz-se encontro entre o *sujeito* (cidadão, legislador, aplicador do direito: juiz e jurisdicionado) e *objeto* (relações, bens existentes no mundo da vida), para dar a conhecer o seu verdadeiro *ser*, o fenômeno jurídico, ele mesmo.

Por reconhecer indissociáveis *consciência-mundo*, proponho a observação e descrição prévia dos fenômenos jurídicos, e para tanto os decanto-os de outros conhecimentos. Parto, exemplificativamente, em busca da origem de um de seus institutos, de modo a balizar meu entendimento. A escolha é aleatória, tanto poderia ter recaído num instituto de direito material, quanto numa norma procedimental,

já que a rigor são complementares, e serve a primeira de suporte à segunda, sem fugir a um mesmo fundamento.

Como vínculo a proposta intimamente à busca de fundamentos, e como seu intuito é comprovar a viabilidade da aplicação da fenomenologia ao direito pelo crivo do emprego prático, submeto, de plano, um de seus pontos chave ao exame desta filosofia, que, enquanto ciência de rigor, apontar-nos-á para a importância, ou não, da positivação em direito, como expressão de juridicidade.

Tomo por hipótese ser o *direito natural* a instigação instintiva da própria dignidade humana constituída pela consciência intencional e ser o *direito positivado* reflexo desta exigência, na medida em que deve ser um conjunto de regras reguladoras, que, lastreadas no mundo das relações, se fazem expressão do real, do mundo da vida.

É preciso, contudo, confirmar se a norma lhe serve de garante. Faz-se necessário, como na matemática, fazer a prova real. Para isto, tomo como suposto siga o juiz o processo inverso e verifique se esta norma, feita vontade do Estado, ao estabelecer limites à liberdade e impor responsabilidade aos membros da sociedade que representa, a partir de dados coletados na vida social, mostra-se, ou não, expressão deste valor, que dela é o último fundamento.

Subordino esta hipótese ao estudo de um caso. Parto da exposição do trabalhador a perigo, para, através deste fenômeno, explicar o mecanismo da positivação em direito. Começo por pressupor a inexistência de uma norma posta que garanta ao trabalhador sua integridade física.

Existem neste caso um bem maior tutelado naturalmente (ou, originalmente, expressão que particularmente prefiro) a vida humana, que traz embutida a consciência de sua dignidade, fundamento dos fundamentos em direito, e um contrato. Este contrato abriga uma relação de trabalho, onde dois seres humanos,

livres, pactuam uma relação de emprego onde um disponibiliza ao outro, espontaneamente, mediante subordinação e contra salário, sua força física. Para além desta relação, que seria um vínculo normal de emprego, neste caso, há um *plus*. Esta relação traz em seu bojo uma sujeição da integridade física do trabalhador a um risco. O empregador é responsável pelo risco do negócio e o empregado livre para aceitar, ou não, a condição imposta para a realização do trabalho. Assim, disponho de outro elemento, a liberdade contraposta à responsabilidade.

Impõe-se a previsão legal, já que valores não que ser preservados em nome da sociedade como um todo. Afinal, toda a sociedade é responsável pela assistência social, artigo 204, cc com o 195<sup>3</sup> da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>3</sup> **Art. 204 CF-** As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no Art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

**I** - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

**II** - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

**Parágrafo único.** É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: (Acrescentado pela EC-000.042-2003)

**I** - despesas com pessoal e encargos sociais; [...]

**Art. 195.** A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

**I** - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Alterado pela EC-000.020-1998)

**a)** a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

**b)** a receita ou o faturamento;

**c)** o lucro;

**II** - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o Art. 201; (Alterado pela EC-000.020-1998);

**III** - sobre a receita de concursos de prognósticos;

**IV** - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Alterado pela EC-000.042-2003).

**§ 1º** - As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.

**§ 2º** - A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

Deste modo, como questão social, este fato chega ao poder competente, o Legislativo. Seguidos os trâmites legais, passa o fato, adquirido sentido e tornado fenômeno, submetido ao processo legislativo, a jurídico, por corresponder à norma positivada. Os artigos 7º XXIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 193 da Consolidação das Leis do Trabalho, Lei 7369 de 20.9.85, IN MTE/SIT 491 de 12.01.2005, NR – 16, a partir da edição destas leis, disciplinam a matéria. O Tribunal Superior do Trabalho dá inteligência a estas normas através dos Enunciados de Súmulas números 70, 191, 364, SDI – 1258. Nasce um direito subjetivo, estruturalmente agora expresso: por um *sujeito de direito*, aquele que pode reivindicá-lo, tirando dele as vantagens conferidas por lei; por um *objeto*, a coisa sobre a qual recai o direito; pela *relação jurídica*, laço a que se submetem os envolvidos por força de lei, e a *proteção-coação*.

A compreensão deste mecanismo é facilitada pela fenomenologia husserliana. Afastada a já aludida dicotomia estrutural entre as coisas do mundo, da consciência, do espírito e do saber, o que brota do mundo da vida na análise do ato ou fato, ou do fenômeno social, do *objeto*, é aquela instigação original, natural, que, tornada norma, fundada em dado valor, serve à mostraçãõ do ser do fenômeno que representa.

Editada a norma, aplicá-la e conseqüentemente interpretá-la está a exigir de quem o faz siga o processo inverso. É preciso que o aplicador a devolva ao mundo da vida, de modo a buscar sua essência e o conseqüente fundamento.

Faz-se imperativo ir ao encontro do que têm o fenômeno jurídico e a norma de coincidente, o valor que os sustenta, de modo a reconhecer sua verdadeira natureza jurídica, o que realmente lhe atribui jurisdição.<sup>4</sup>

Volto ao exemplo para melhor esclarecer esta posição. Confirmo,

---

§ 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

4§ º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no Art. 154, I.[...]

<sup>4</sup> GUIMARÃES, 2010.

ao observar e descrever esse fenômeno jurídico e essa norma, serem ambos fruto de um só fundamento, a consciência da dignidade humana, que, desdobrada na expressão do que muitos chamam em “direito natural” de defesa do homem enquanto homem, revela-se na integridade física, para compreender bens e valores.

Revelado a si mesmo, este fenômeno precisa mostrar-se tanto pela via direta quanto pela inversa, como já disse, à semelhança da prova real nas operações matemáticas, onde subtraio para chegar à soma ou multiplico para alcançar o dividendo. Em direito, isto se faz por intermédio da interpretação reveladora, como *consciência de ...*, ou seja, consciência de duas vias, uma que permite ir do fenômeno à norma e outra, que dá lugar para que ele retorne através dela quando do preenchimento do ato ou fato sob exame.

Neste caso, o risco, como condição imposta ou admitida por contrato, encontra-se subordinado a acontecimento futuro e incerto. Esta condição traz embutida uma obrigação que se resolve sem adimplemento. Condição aleatória, como nos seguros, somente uma das partes assume os riscos pela outra, pagando o empregador ao empregado, mês a mês, valor correspondente a uma apólice de seguro, remédio jurídico imposto pela norma àquele que expõe a vida do outro a risco iminente. Delineia-se a natureza jurídica do instituto, no exemplo, *indenizatória* e, com ela, seus desdobramentos.

Suposto da constituição do direito *in casu*, o desvelamento da natureza jurídica do instituto a aplicar é fundamental à produção da sentença e ao reenvio da norma à sociedade. Isto, em última análise, constitui a aferição de sua eficácia em bases fenomenológicas.

Resta, assim, confirmada a hipótese pela fenomenologia, que, nesta sua mobilidade de *consciência de ...*, permitiu fosse exposta não apenas a essência do fato, mas descortinado o *modo como* este fato se transforma em fato jurídico. Dizer o direito a partir do conhecimento de sentidos passa a ser disto simples consequência.

Esta produção, voltada para o que Husserl chamou de sentido último do fenômeno, ou sua essência primordial, se faz expressão do bom direito, na medida em que lhe serve de estofa tanto para o normar, quanto para o teorizar ou para o interpretar.

E disto faço prova através do exemplo dado. A norma, ao atribuir *natureza indenizatória* ao instituto, o que faz em última análise é impor ao empregador atue sobre a causa, já que o valor pecuniário final, na prática, lhe traz prejuízo. A não integração ao salário é das providências legais a mais profilática. O valor recebido, por irrisório, afasta a acomodação do empregado, para dar passagem à busca do resgate do bem maior. Assim, o que a norma traz embutido é a *consciência de...*, preservar a vida em sua integridade, a natureza essencial de um conteúdo de valor, que há de produzir o alinhamento de todos os segmentos envolvidos para fazer cessar o risco. Empregado, empregador, responsáveis pela tutela dos direitos do trabalhador, Ministério Público, Ministério do Trabalho e Emprego e aplicadores da lei são instados a voltar-se para o bem tutelado. Sistêmico, o direito não abriga distorções. Simples, as consequências jurídicas, neste caso, reclamam à vida, à saúde do trabalhador.

Com isto, quero demonstrar que tão-somente a partir da manifestação do fenômeno, da realidade fática feita sentido é possível chegar à essência do fato e da norma. Intenciono provar que a constituição da norma, seja ela confirmatória (legislativa) ou iluminadora (judicial), se dá a partir da apreensão da invariança deste fenômeno e de suas conexões, que, descritos, tecem a mostração do *ser* da norma, enquanto expressão de um valor, ou unidade significativa ideal.

A análise semântica, por insatisfatória, não leva ao fim colimado. Impõe-se deixar que a norma, seja ela de natureza material ou processual, se mostre à consciência na vivência de seus sentidos. Para isto, proponho como critério seja feita uma análise da natureza essencial do conteúdo de valor desta norma jurídica. Tal procedimento, todavia, está a exigir do intérprete ou

---

do aplicador abertura à intuição emocional. Só esta intuição pura, ao servir de fio condutor à percepção do valor puro, decantado de sentimentalidades, facultar-lhe-á uma melhor direção da observação.

Ao caminhar com a norma desde a sua construção até a aplicação, é possível compreender a importância da consciência intencional constituinte na formação deste processo. Decorrente de vividos intencionais, consciência de algo, *in casu* fato, que, repetido no mundo da vida, passa a lei a referir-se intencionalmente a este algo, sob pena de fazer-se letra morta à falta de eficácia.

No fazer-se expressão de vivências intencionais reside a importância da posituação do direito. É preciso deixar claro que este vivido não se trata de um vivido qualquer, mas de vividos em pura essência, de ter o olhar voltado para o que antes passara despercebido, pois “na própria essência do vivido não está contido apenas que ele é consciência, mas também do que é consciência, em que sentido determinado ela o é. [...] Por vividos em sentido mais amplo entendemos tudo aquilo que é encontrável no fluxo dos vividos, [...] em momentos reais deste fluxo e em suas partes concretas.” (HUSSLERL: 2006, p.89, 90).

Sob esta ótica, não existe norma sem um fenômeno e um valor determinado que a precedam. Vou além e afirmo depender qualquer produção em direito desta sustentação. Pensar a norma, a doutrina, interpretar ou elaborar peças como petições, pareceres ou decisões exige, necessariamente: voltar às estruturas de identidade numa multiplicidade, presença e ausência, partes e todos, reconhecer sentidos, voltar ao fenômeno que lhes deu causa, reencontrar o valor que os funda.

Este é, a meu ver, o tributo devido pelo jurista a Husserl. Essa possibilidade de perceber a constituição do direito a partir do mundo da vida, o poder minimizar a objetificação hoje embutida em todas as ciências, o obter a certeza e oxigenação pretendidas, tendo por ferramenta o universo em essências.