
POR QUE RE-LER O DIREITO À LUZ DA FENOMENOLOGIA? I'

Marcia de M.M.I.do Couto²

Experienciar o direito, através de longos anos de administração da Justiça, permite-me, após o jubramento, agora como pesquisadora, aquilatar, com a rara isenção do distanciamento, as propaladas mazelas impingidas ao Poder Judiciário no Brasil, em especial o Trabalhista, minha esfera de atuação.

Razões de inquietação profissional, como o engessamento da máquina judiciária, a sobrecarga de trabalho dos Juizes, bem como dos servidores, além da expectativa de todos os segmentos envolvidos de que se chegue a processos de resultados, e a falta de resposta para questões mais basais, como o que são, verdadeiramente, direito, jurisdição e justo, levaram-me a suspender todo um saber

¹Texto 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.

²Doutora 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).

construído ao longo de minha vida funcional, para buscar na Filosofia um modo de re-pensar o que já fôra pensado.

Ao volver às suas raízes, concluí estar o cerne da questão na ausência de sentidos. Foi perdida no tempo a crença de que os representantes do Estado deveriam contribuir para a formação de uma cultura estribada em valores superiores e, em consequência, a respeitabilidade destes poderes junto ao povo.

Corrompida a racionalidade, restrita sua interpretação, marcado pelo objetivismo, o direito, sem sentido, foi mecanizado.

O que falta, se todo ser humano traz consigo o sentido de justiça e dele deriva a frustração acarretada pelo objetivismo e tecnicismo de nossos dias? Se conhecer em sentido lato nada mais é que um ato, um agir direcionado, um *eu penso* que, no acreditar, passo a passo constrói crenças definitivas, que ao longo do tempo são tornadas direitos, não se pode afastar o Direito, como ciência do espírito que é, da cultura.

Basta retirar o termo *judgar* dos tribunais, levá-lo ao mundo da vida, para enriquecê-lo.

O que pensa o homem ao julgar? Julgar ou crer, dotados de conteúdos que podem ser ou não ser, desta, ou daquela forma, podem se repetir, tornar-se crença modalizável, deslocar-se para um tornar possível, negar ou confirmar. Este julgar pode assumir a forma prática de um esforço judicativo que se dirige a uma verdade, a da certeza certa que, diante da dúvida imposta a um juízo de certeza, faz sobrepor motivos judicativos, os quais, baseados em fundamentos absolutamente certos, passam a compor sua própria fundamentação. Do convencimento de que a posição a adotar tem que ser esta, este juízo é transmitido por imposição da própria

tradição e passa a valer tanto para o indivíduo singular, quanto para a coletividade, se faz crença e se transforma em direito.

Volver ao Direito e ousar pensar na possibilidade de gestar mais que simples soluções para os problemas da ineficácia ou para a crise que envolve o Poder Judiciário no Brasil, exige mais, impele a busca do fundamento dos fundamentos em sua área e de um filosofar que se alinhe a uma *práxis* que conduza a um outro tipo de diretriz racional.

É preciso voltar na linha do tempo, acompanhar a trajetória do pensamento, encontrar o que move o homem, de modo a identificar um filosofar e um método que permitam dar a conhecer esses sentidos.

Isto conduz a uma necessidade de superação da finitude que, revelada pela dignidade humana, esteve presente de Homero a Nietzsche³. E, se do próprio conhecer derivam crenças, que se transformam em direitos, se é a dignidade humana a mover o homem durante todo tempo, tem o direito por fundamento dos fundamentos essa dignidade. Contudo, mesmo esta dignidade, diante dos descaminhos da ciência, bem cartografados por Heidegger⁴, resta, agora, subjugada a uma *vontade de poder*, atrelada a uma falsa liberdade e a um *amor fati* que não se sustenta diante do real, por ser o homem incapaz de amá-lo integralmente, sem qualquer objeção.

Frente a esta constatação, é preciso encontrar um outro *modo como* operar esse conhecimento, e é o humanismo pós-nitzscheano,

³ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. História da filosofia: antiguidade e idade média. V.1. : São Paulo: Paulus. 1990.

_____. História da filosofia: do romantismo até os nossos dias V.3. São Paulo: Paulus. 1991.

⁴ HEIDEGGER, Martin. Que é metafísica? Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Duas Cidades, 1969.

com limite na transcendência da imanência, quem se mostra capaz de abrir caminho para um pensamento independente e livre. Com raízes em Kant, este humanismo, se não em Husserl, alcança sua potência máxima em seus seguidores.

Sedutora, a fenomenologia husserliana mostra-se poderoso auxiliar à dicção do bom direito, na medida em que se apresenta mais próxima da preciosa lição de Miguel Reale ao ser questionado sobre que diretriz tomar diante de um caso, aparentemente, não suportado pelo direito posto, qual seja, pensar o que sobre ele pensaria o homem comum. Ao devolver todas as questões ao mundo da vida, este filosofar mostra-se uma teoria capaz de justificar os diversos modos de pensar um mesmo fato em direito, a partir da quarta face do cubo, que, sempre oculta e disponível, assemelha-se à verdade dos fatos, a qual, idêntica, pode ser vista sob mais de um prisma num mesmo julgamento colegiado.

É preciso melhor compreender este pensar, de modo a mesclar crítica a uma fusão desta ciência primeira ao direito no Brasil.

A fenomenologia encontra-se bipartida entre *corrente do pensamento*, onde dá a conhecer seus sentidos e leis, e, *método*, este, a mostrar o modo como operá-la por atitudes, a partir das reduções eidética e transcendental.

Torna-se imperativo seguir Husserl em sua trajetória desde a formação do seu pensamento na primeira edição das *Investigações Lógicas*⁵, sua fase da psicologia descritiva, até a *Crise da Humanidade Européia*⁶, onde denuncia a crise que assola a humanidade européia,

⁵ HUSSERL, Edmund. Investigações lógicas. primeiro volume: prolegômenos à lógica pura. Trad. Diogo Ferrer. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2005

⁶ _____. A crise das ciências européias e a fenomenologia transcendental: Uma introdução à filosofia fenomenológica. Trad. Diogo Falcão Ferrer. Braga: Phainomenon e Centro de Filosofia da

para imprimir à filosofia o dever de renovação de uma cultura, sem obliterar ter sido a obra, *Filosofia da aritmética*, berço do conceito de constituição, e, assim, enquadrada como pré-fenomenológica.

Seu pensamento evolui, contém viragens, sem perder a coesão. Matemático, lógico e com conhecimentos em psicologia, Husserl criou uma teoria pura, rigorosa sem ser exata, e o método da prova irrefutável. Contrariou o tradicional dualismo homem-objeto e tomou como palavra de ordem o voltar às coisas mesmas, com a conotação de dado, ou aquilo que cada qual tem diante da consciência. Estabeleceu para a filosofia lugar de ciência das ciências e, ao considerar possuírem todas, mesmo as fáticas, uma essência permanente, atribuiu à fenomenologia caráter de ciência eidética que, fundada em conexões essenciais, atrelaria todas as demais à lógica fenomenológica.

Na segunda fase, a idealista, transição que se deu em *Idéias*, destinou à fenomenologia o papel de elucidar a essência do conhecimento e a pretensão de validade de tal essência. Estavam edificadas os pilares de sua fenomenologia: as essências e a verdade intuitiva imanente, o *eu percebo*.

Munido desses elementos, rumou para o conhecimento do fenômeno puro, tal como intuído pode se dar. A análise passou a ser apriorística, a estar ligada aos princípios que regem a objetividade científica. Sem teorizar ou matematizar, o que fez foi comparar, distinguir, entrelaçar, separar ou por em relação estados de coisas genéricos para, a partir do puro ver, fazer aflorar princípios e conceitos fundamentais, todos fundados numa clarificação reflexiva. Isto envolve pensar por fundamentos. Elementar neste pensar é

Universidade de Lisboa, 2008

⁷ _____ . *Philosophie de l'arithmétique*. Trad. Jacques English. Paris: PUF, 1992.

⁸ _____ . A idéia da Fenomenologia (introdução a Fragmentos da Fenomenologia e da Crítica da Razão). Trad. Artur Morão. Porto: Edições 70 Ltda, (s.d.).

racionalizar menos e conectar-se a um visar transcendente, com conotação de ligado ao que está fora de minha consciência. Isto levou Husserl à consciência do tempo, a mostrar como se dá na consciência a constituição da objetualidade, onde as coisas formadas no pensamento, em essência, se mostram como verdadeiramente são. Atribuiu ao termo constituir o trazer à intelecção o que de essencial traz o fenômeno que, composto pelos momentos que o integram, assume uma forma neste dar-se.

Por ser este filosofar um meio de deixar de teorizar para compreender e fazer compreender, resta confirmado apresentar-se fundamental a qualquer produção e, em especial, para o direito. Distinguir experienciar de experimentar é o diferencial trazido pela fenomenologia ao direito, naquilo que permite seja lido a partir do fenômeno social, do mundo da vida e, não, a partir de caracteres probabilísticos, como se tem feito através de uma leitura orientada pelas ciências positivas. Auxiliar o cultor do direito a saber lidar com a questão dos aparecimentos, num mundo de aparências, é mais uma das contribuições de Husserl, que, a par disto, trouxe, para o universo restrito do julgar, os termos presença e ausência, partes e todo e unidade na multiplicidade, de tão grande valia para a tomada de decisões judiciais.

Todavia, sua aplicação, por envolver um método, está afeta às reduções *eidética* e *transcendental*. Implementá-lo, com o fito de interligá-lo ao direito, não é tão simples. Leva a outras reflexões, até por ser o direito uma ciência do espírito, que tem nos valores a essência última no plano da ação, e implicar o ato de julgar em distinguir valor de sentimentalidade.

É preciso ir além de Husserl, para buscar complemento na

ética. Dentro de padrões estritamente fenomenológicos, foi Scheler⁹ a propor uma ética material dos valores, capaz de estabelecer esta intercomplementaridade, a dar ao termo fundamental, em direito, seu real sentido. Através de suas lições, é possível apreender não apenas em que consiste o direito, mas em que se baseia o próprio julgar e o que se julga.

Sem que devolver o direito ao mundo da vida, ou ampará-lo numa ética material, objective desqualificar o que dele se conhece, seja através de sua doutrina ou de sua regulamentação, até por guardarem em si preciosas lições, encerra a proposta, tão-somente, o desejo de re-significá-lo, ou seja, ao substituir a execução ingênua pela reflexão, abrihantá-lo, na esteira do precioso ensinamento de Miguel Reale, que, conducente à fenomenologia, o introduz na visão alargada de ciência, na medida em que é visto em essência.

O simples mudar o foco, o simples partir deste modelo de análise, leva a concluir ser o *direito* uma construção humana intencionada para a cristalização de regras impostas ao homem pelo simples estar no mundo; *jurisdição*, o intuído como *dever-ser* para as relações interpessoais, que, ao ser revelado pela consciência intencional, se faz encontro entre o *sujeito* (cidadão, legislador, aplicador do direito, juiz e jurisdicionado) e *objeto* (relações, bens existentes no mundo da vida), dando a conhecer o seu verdadeiro *ser*, o fenômeno jurídico, ele mesmo, enquanto valor; e ser o *justo* a exata medida entre liberdade e responsabilidade. Quanto ao julgar, nestes padrões, deixa de ser um simples silogismo entre causas de pedir próxima e remota, para ser visto como um trazer à luz as essências do fato e da

⁹ SCHELER, Max. O formalismo na ética e a ética material dos valores. Trad. Hilário Rodriguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948.

norma, ou seja, a natureza jurídica do instituto refletida no valor que abriga a pretensão e a resposta, subsumindo-se em perceber e descrever o que move o sujeito que pede, o que motiva aquele de quem é reclamado esse direito e a sociedade, dirigindo-se, portanto, às intenções.

Sim, ler o direito ou julgar à luz da fenomenologia é simples assim, pois, ao devolver todas as questões ao mundo da vida, o que fez Husserl foi ferramentar o homem para a solução de toda e qualquer questão, vez que, diante do insofismável, do que é visto em carne e osso, não existem dúvidas, mas certezas, deitando por terra qualquer argumento contrário. Levada a proposta ao Direito, vai além, ao permitir-lhe seja conferida a almejada eficácia, devolvendo-lhe a celeridade, já que, inevitavelmente, contribui para a redução de recursos.

Amplo, este filosofar torna possível ao juiz vocacionado a uma, autodeterminar-se, do ponto de vista prático, reaver a crença perdida; a duas, estabelecer pontos de congruência entre direito positivado e direito natural, entre direito formal e material; a três, ter presente a diferença entre as funções legislativa e judiciária de Estado, além de trazer à tona outra apercepção: o *modo como* o direito é constituído enquanto positividade, teoria, e ciência, e o *modo como* é constituído pelo juiz.

Para tanto, é preciso retomar as conexões essenciais entre racionalidade, vida e direito. É preciso fazer pela essência do homem o que foi feito na matemática pela natureza, estruturá-lo a partir da racionalidade prática, para tanto bastando imprimir à norma clareza intelectual, justificar racionalmente o conhecimento de modo a torná-lo um bem comum enraizado, por fruto de pensamentos sóbrios.

Faz-se necessário trazer à tona as conexões entre atos e motivações, entre o valor e querer retamente, explicitar o que seja agir racional ou irracionalmente. É preciso re-ler a Ciência do Direito e ver possível sejam as decisões judiciais a primeira pedra a ser lançada.

Ver o juiz capaz de contribuir para a renovação não apenas do direito, mas servir de força propulsora para um devir social mais próximo do pleno, implica em rever conceitos e melhor compreender a postura dos positivistas da contemporaneidade, em especial Ronald Dworkin¹⁰, quando toma o direito como *construção judicial*, lastreada em princípios e precedentes, até por comungar com os fenomenólogos o mesmo anseio, qual seja, significar o *direito*, divergindo, apenas, no que atribuem, estes últimos, à função jurisdicional o poder-dever de *constituir* o direito *in casu* a partir das leis lógicas fenomenológicas.

Requer tal empreita, contudo, um esforço extraordinário, pois implica em afastar a sofística política, que serve à construção da cultura voltada a uma sociedade marcada pela objetividade. Exige vocação; empenho e parcialidade cultivada, com a conotação de formação específica. Reclama conhecer a própria construção do direito, desde a sua razão de existir, exige refazer sua trajetória desde a origem, obriga a volta ao mundo da vida.

Torna-se imperativo estabelecer a distinção entre os termos *constituição confirmatória* e *constituição iluminatória* em direito. Saber estar a primeira, *constituição por confirmação*, ligada ao simples normar, dirigindo-se aos fatos da existência, para regrá-los, e ser, a segunda, *constituição por iluminação*, fonte doadora

¹⁰ DWORGIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

de sentidos do direito posto, verdadeira expressão de um direito vivo, que, mostrado a partir das essências de seus institutos, traz diretrizes para a ação, perceber que remete à Alegoria da Caverna de Platão (República, livro VII), por materializar metaforicamente a tarefa do juiz fenomenólogo. Este juiz, agente da razão, desvela o direito posto, trazendo-lhe sentido e clareza. Para ele, fundamentar significa trazer nitidez à essência do fato e da norma; tornar perceptível a razão última do decidir, do próprio *ser* do instituto, além de apontar o método para realizá-lo. Corresponde a julgar por fundamentos, a alinhar-se a uma visão de ciência alargada do direito.

Isto torna possível operar o direito sob outro prisma. O que se pretende, num primeiro momento, é mostrá-lo, mesmo positivado, fruto de um sentimento natural, de apercepções naturais, que advêm do valor da pessoa, da dignidade humana. O principal objetivo é sensibilizar àquele que opera o direito para ser esta dignidade, constituída em nível de consciência, a sustentar o mundo das relações entre o homem singular e a comunidade, a dar forma à liberdade e responsabilidade. Somente compreender encontrar-se toda a humanidade submetida a um sistema de valores, que, autênticos, absolutos e atemporais, lhe servem de imperativo categórico, somente ver que esta humanidade desdobrada dá origem às sociedades e a Estados soberanos, permite justificar venham os valores, em segundo nível, a seu tempo, e para cada sociedade, a se estabelecer em escalas, conforme seu desenvolvimento e cultura. Só este saber permite abstrair estar a oxigenação do direito na própria vida em sociedade e nos valores que a sustentam, e que, como força, dentro de um campo de força, somos todos responsáveis pela efetivação do bom

direito, pois quedar frente à inacessibilidade do ideal ético, ou admitir seja o problema com a justiça insolúvel, equivale a negar à razão a possibilidade de traçar diretrizes ao agir humano.¹¹

¹¹ HUSSERL, Edmund. Europa: crise e renovação: artigos para a revista *Kaizo* a crise da humanidade européia e a filosofia. Trad. Pedro M. S. Alves e Carlos Aurélio Morujão. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2006.