
RUDIMENTOS DE UMA FENOMENOLOGIA DAS REGRAS DE EXPERIÊNCIA NO DIREITO

André R. C. Fontes¹

Uma pergunta sobre o porquê das coisas que nos rodeiam, sua natureza, sua essência, seria uma simplória manifestação de nossa inata curiosidade. A admiração de uma criança por uma bússola e seu desejo de averiguar o mecanismo que move a agulha poderiam significar algo do seu despertar para o mundo que a circunda. Uma simples inquirição que concentra seu intelecto e permite desenvolver faculdades de sua mente na formulação de teorias sem fim oferecerá os primeiros contatos do entendimento humano para solucionar os enigmas com os quais se defrontará.

A força inicial da natureza nos conduz, invariavelmente, ao mundo exterior, porque dele nos servimos para nossa existência e sustento. Surgiu, portanto, no espírito humano, sempre desperto e progressivo, o perguntar-se sobre os objetos que formam o universo.

As fábulas mitológicas não satisfizeram, por certo, o talento dos

¹ Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

pensadores e, com isso, os escassos conhecimentos experimentais daquelas épocas remotas, nas quais se formaram as primeiras teorias, e se lançaram a formular opiniões e hipóteses que a um espírito ligeiro podem parecer infantis, mas que naqueles tempos representavam verdadeiras intuições dos problemas da ciência futura.

As coisas mudam. E se transformam umas em outras. Por exemplo: as matérias alimentícias incorporam-se aos organismos. Esses últimos se resolvem em substâncias minerais, como a madeira que se converte em fogo. Disso resultou a indagação de existir um substrato ou matéria universal sujeito a todas as mudanças. Enquanto refletimos sobre o mundo que nos rodeia, suscitamos a primeira questão filosófica: iniciemos, imaginariamente, uma visão dos objetos e fenômenos da natureza. Há minúsculas partículas e gigantescos sistemas estelares, organismos simples unicelulares e seres vivos altamente organizados. Os objetos se distinguem por seu tamanho, forma, cor, pela densidade e complexidade de sua estrutura, por sua composição e outra multidão de propriedades. A natureza apresenta uma extraordinária diversidade e tem qualidades das mais variadas. É possível, em meio a essa pluralidade, falar de algo de comum, que una todos os fenômenos do mundo?

A forma mais elementar do pensamento nos conduz à idéia de que a consciência é o reflexo do mundo exterior, e que é justo tão-somente considerar a realidade objetiva, sem introduzir nela qualquer elemento arbitrário que lhe imponha o próprio sujeito. Dessa forma, ao tomarmos conhecimento das coisas e dos fatos, primeiramente pelas suas qualidades aparentes, que são captadas pelos sentidos, estaríamos, sob a forma de imagens, percebendo um livro, uma mesa, uma cadeira, que espontaneamente são conservados na memória.

Não se pode levantar tanto a Filosofia até chegarmos a investigar da glória dos gregos antigos até a aparição da obra de Kant, quando

o sentido vulgar de objeto assume diversos pontos de vista. As possibilidades são várias, mas só analisaremos uma delas, aquela que venha a significar a seguinte indagação: *o que podemos conhecer?* E remetemos a razão kantiana ao centro do mundo, como Copérnico remetia o Sol ao Centro do sistema planetário – procedimento, aliás, qualificado de “Revolução Copernicana”.

Um conhecimento não é um simples ato de reflexão espelhado no cérebro humano, é um complexo processo de movimento do pensamento que vai da ignorância ao saber; do incompleto e impreciso ao conhecimento cada vez mais complexo e exato. Do mesmo modo que o mundo é infinito, o pensamento não tem limites; é também infinito.

A compreensão kantiana, a despeito de reconhecer que todo conhecimento parte da experiência, não aceita que tudo no conhecimento seja de origem empírica. As especificidades de sua apreciação mostram que a nossa sensibilidade para conhecer as coisas em geral é dotada de formas apriorísticas, e, portanto, parte da idéia de que esse conhecimento resultaria da conjugação de elementos *a priori* (as formas intrínsecas à sensibilidade) e *a posteriori* (os dados colhidos e ordenados pela sensação). Desse modo, por exemplo, a Matemática nos ofereceria apriorismos, como o próprio Direito, de fato nos oferece. Na história multissecular da Matemática, a função do zero, divulgada na Idade Média, por transmissão dos árabes ao Ocidente, aparece animada por uma necessidade que poderia ser classificada de inerente, assim como a configuração da autonomia da vontade, ou do caráter de fim em si mesmo da pessoa humana – verbalizações mais simples do conhecimento jurídico, aprioristicamente considerado.

Os acontecimentos e fatos da vida em sociedade nos legam o entendimento de que a *autonomia da vontade* e a *pessoa humana*

como um fim em si são conhecimentos universais e necessários, de modo que não são derivados da experiência. Não temos que buscar na experiência que somos senhores da nossa vontade (autonomia da vontade), ou que não precisamos dar um sentido a nossa vida, para que sejamos reconhecidos como pessoa humana (a pessoa humana, como um fim em si mesmo).

O caráter daquilo que poderíamos chamar de *fenômenos jurídicos* parte para alguns de conhecimentos que não dependem da experiência, e que são possíveis, tão-somente, pela natureza do sujeito pensante, e não o contrário. Dessa forma, reconhecemos que é o sujeito e não a experiência que dita a regra de que uma pessoa humana vale por si mesma, e que ela é senhora dos seus próprios interesses.

Os mais dogmáticos asseguram que essa concepção subjetiva que norteia a atividade jurídica, segundo a qual o sujeito construiria o objeto do seu conhecimento, independentemente da experiência, nos conduz à prática judicial na relação de como conhecemos os objetos em geral, o que constitui o meio mais poderoso de compreensão. E faríamos aqui a seguinte pergunta: *podemos assim conhecer?*

A chave para compreender algo do mundo que nos rodeia inicia-se por meio da função de nossa consciência. Ela não é um reflexo passivo da realidade exterior. O sentido e a razão suprema da consciência é a de forjar a ação humana, que nos permite nos distanciarmos de uma visão ingênua e propicia que as coisas se apresentem com suas numerosas diferenças e qualidades, ou seja, como simplesmente dados, fenômenos que aparecem diante de nossa consciência. A palavra fenômeno não significa que haja algo desconhecido por detrás do fenômeno. A suprema fonte legítima de todas as afirmações racionais é a visão, como uma consciência que se doa originalmente ao dado, a fim de conhecê-lo, a solução

mais simples na qual a consciência do sujeito tende a ser orientada imediatamente para o que está diante dela e, transcendentalmente, à sua própria realidade enquanto objeto de conhecimento.

A possibilidade de estabelecermos o conhecimento humano das coisas do Direito, em um conhecimento prático sensorial do mundo circundante, de perceber a integralidade de uma coisa ou de um fenômeno qualquer ultrapassa a idéia kantiana de que o homem pode legislar sobre a sensibilidade, sobre a imaginação, de modo a que tudo possa ser compreendido de modo *a priori*, sem que nossos órgãos dos sentidos fossem capazes de nos dar as impressões isoladas, próprias das coisas.

O conhecimento lastreado em um único eixo, o do sujeito, estaria mais propenso a afastar-se das coisas do que bem compreendê-las. E se pensássemos de forma dinâmica, como as variações da maré, a apreciação exclusiva do ângulo do sujeito que olha a lua e a concebe como queijo estaria muito mais difícil.

A lei comum em todos nós de que a maré sobe e desce, que a água do rio flui e a pororoca surge do encontro das águas do mar e do rio nos afasta da idéia de que esses exemplos são criações de um sujeito observador, e sim algo dado ao sujeito por uma conexão essencial. Ele descreverá a essência daquilo que lhe é dado, em um processamento gradual, que progredirá, de etapa em etapa, mediante a intuição intelectual da essência.

Se um fato é único e de conhecimento possível de todos, mesmo sem testemunhá-lo, o descobrimento do Brasil, eis um fato notório. Os fatores sócio-culturais que informam o juiz não se tornam relevantes porque ou ele sabe, ou deveria saber. O Brasil participou dos dois grandes conflitos mundiais. Não vivenciamos os acontecimentos, mas reconhecemos sua existência.

Se algo é notório, mas não é propriamente um ou vários fatos, mas uma verdadeira proposição, como, por exemplo, nascermos, vivermos e morrermos, não estaremos a falar de uma hipótese concebida pelo sujeito, a partir de uma construção puramente intelectual, mas é um conhecimento captado sobre o mundo material que se traduz em uma verdadeira afirmação, uma afirmação comum e provável. Essas regras gerais, como as três fases da vida, capturadas pela experiência e das quais o juiz não pode afastar-se, são as *regras* ou *máximas de experiência*.

A observação de casos semelhantes nos conduz à proposição de que todo homem é mortal. Essa premissa obedece aos atributos de generalidade e abstração que encontramos em um juízo normativo, ou melhor, como atributos da norma jurídica. É particularmente própria de uma atividade jurisdicional a resolução de questões de fato. A negação de um fato é uma defesa direta, que opera como força motriz mais comum para justificar a resistência de uma pretensão que qualifica uma lide. A primeira condição para que tais fatos negados escapem a uma formulação clara do juiz é que não assumam, particularmente, o caráter de uma regra de experiência.

Se uma afirmada vítima de um acidente caiu no rio e foi levada pela correnteza, é possível que esse rio seja marcado por fortes corredeiras (fato notório), e que, uma vez nas suas águas, o sujeito venha a ser tragado por elas (máxima de experiência). Nós que conhecemos o mundo com a ajuda dos nossos sentidos, a vista, a audição, o tato, buscaremos no depoimento das testemunhas as informações precisas de como se deu a queda da suposta vítima. Não necessitaremos, no entanto, desse canal de conhecimento dos fatos para sabermos que o rio citado e suas corredeiras fariam o restante dos acontecimentos.

Pode-se imaginar o caos que significaria para a vida se as sensações e percepções das pessoas não refletissem justamente

as propriedades dos objetos do mundo exterior, das coisas mesmas. O juiz não pode olvidar que cada objeto sensível e individual possui uma essência. E que todos os fatos se baseiam em ciências de essências, que devem ser descritas pelo sujeito juiz, em um tipo de exercício que sabidamente não é fácil. Se o juiz, entretanto, toma algo como dado e o submete a um regime de isolamento, de parênteses, de modo a prescindir de todas as opiniões alheias, e investir na coisa mesma; se o juiz se vale dessa eliminação preparatória, na qual não interessam outras opiniões, e investe na coisa mesma, de modo a alcançar sua essência pura, concluirá que as corredeiras podem matar, sem que outra e qualquer premissa se adiante em seus pensamentos.

Essa contemplação do objeto não lhe dará ainda o conhecimento do caso e das formas para solucioná-lo, mas será o ponto de partida para a compreensão de como deve olhar todos os demais acontecimentos: se a suposta vítima teria ou não se atirado ao rio, por sua própria vontade. E para estabelecer tudo mais, interpretar comportamentos, compará-los, confrontá-los, e tudo mais que envolve um conflito, há de recorrer a esse pensamento de essência, e expressar as ligações com a realidade do caso. Essa distinção do essencial é, pois, a maneira mais adequada de não nos envolvermos num típico caso de solução kantiana. E se vemos os intérpretes e os julgadores cometerem essas confusões, pela penetração na realidade a partir de suas próprias elucubrações, não será difícil imiscuírem-se em uma visão falsa do mundo, uma visão do mundo na qual o juiz fala para si qual é a sua realidade, ao invés de tomar puramente o que lhe é correlato, pondo de lado todas as outras fontes de informação. Mas, isso não é possível sem a minuciosa e prévia descrição fenomenológica do fenômeno de conhecimento jurídico e da regra de experiência.

