
SUBSÍDIOS PARA UMA CRÍTICA FENOMENOLÓGICA AO FORMALISMO DA CIÊNCIA DOGMÁTICO-JURÍDICA

*Willis Santiago Guerra Filho**

A presente proposta de crítica, insere-se em um contexto de aplicação do método fenomenológico, desenvolvido por Edmund Husserl, ao estudo filosófico do Direito e, mais especificamente, ao âmbito da filosofia da ciência jurídica “em sentido estrito”, assim considerada o que se costuma denominar “Dogmática Jurídica”. O

* Professor Titular do Departamento de Filosofia da Universidade Estadual do Ceará (licenciado). Professor Titular da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor de Filosofia do Direito no Programa de Estudos Pós-Graduados (Mestrado e Doutorado) em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e da Universidade Candido Mendes (Mestrado). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), Especialista em Filosofia Dialética (UFC), Mestre em Direito (PUC-SP), Doutor em Ciência do Direito (Universidade de Bielefeld, Alemanha), Livre-Docente em Filosofia do Direito (UFC) e Pós-Doutorado em Filosofia (IFCS-UFRJ).

termo fenomenologia, etimologicamente, significa discurso, ciência ou estudo (logos) do fenômeno, sendo necessário que se compreenda o significado específico que Husserl atribui a esta noção, para saber em que se distingue a fenomenologia por ele proposta de outras referências a esta noção, como a que se encontra na Quarta Parte do Neues Organon (“Novo Organon”), de Lambert, intitulada *Phenomenologie, oder Lehre des Scheins* (“Fenomenologia ou Doutrina da Aparência”), de 1764. Heidegger, ao final da introdução do § 7º de “Ser e Tempo”, alude ao aparecimento do termo, que já constaria na “Escola de Christian Wolff”, ou seja, no âmbito da metafísica “pré-crítica”. Em Kant, o termo aparece, mas não em alguma de suas três “Críticas”, a saber, da razão pura, prática e da faculdade de julgar. O responsável pela distinção entre “nooúmenon”, ou “coisa em si”, e “phainómenon”, que são as coisas enquanto objetos do entendimento, irá se referir a uma “fenomenologia” na Quarta Parte de sua obra *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft* (Princípios Metafísicos da Ciência Natural), onde trata do movimento e da inércia tal como se relacionam com a representação, enquanto características gerais dos fenômenos. Com Hegel, em sua “Fenomenologia do Espírito”, de 1807, uma fenomenologia é alçada à condição de perspectiva filosófica geral, do modo como se desenvolve a consciência do e no mundo. Para E. Hartmann, na obra “Fenomenologia da Consciência Moral”, de 1869, a fenomenologia vai assumir um sentido de pesquisa de fatos psíquicos empiricamente estudados em suas relações, com uma investigação indutiva dos princípios gerais a que se pode remete-los. Tal sentido não deixa de guardar similitude com aquele que terá o termo “fenomenologia” no âmbito do fisicalismo de Mach e do neo-positivismo da Escola de Viena, já no século XX, sentido que será transmitido a Wittgenstein, em cujos escritos do período “intermediário”, entre o *Tractatus Logico-Philosophicus* e as “Investigações Filosóficas”, aparecerá o termo com frequência.

Husserl, por seu turno, irá partir de uma crítica aos limites impostos ao conhecimento pela filosofia de Descartes, Kant e Hegel, ao afirmar que o pensamento dos citados filósofos não era “rigoroso”, já que não consideravam devidamente em suas construções a subjetividade humana, focalizando apenas o objeto. Eles não se atinham ao fato de que as considerações acerca do objeto eram, elas mesmas, “construções mentais”. A subjetividade, enquanto consciência intencional, dirigida aos objetos, para Husserl, seria “a primeira verdade indubitável para se começar a pensar corretamente.” Daí ter ele defendido que, no processo de consideração da subjetividade humana, é necessário assumir uma “atitude fenomenológica”: já que o homem é um “ser no mundo” e, portanto, participante dele, deve assumir essa postura e se contrapor a uma “atitude natural”, que é aquela de ser “possuído pelo mundo”, desconfiando de toda e qualquer evidência ou obviedade, sejam aquelas do senso comum, sejam as das ciências, sendo essa a tarefa própria da filosofia.. Não existe, portanto, para a fenomenologia, uma relação pura do sujeito com o objeto, visto que a relação entre o sujeito e o objeto é sempre intencional: o objeto se torna tal a partir do olhar do sujeito, um olhar que, para além da existência contingente de objetos em particular, capta sua essência, o que necessariamente lhe constitui, donde se falar em *Wesenschau* - literalmente, “visão da essência” ou, no sentido fenomenológico, intuição. Daí que, para a Fenomenologia, o ser é um ser de relação. Dessa forma, para ela, tanto o ser quanto o mundo só existem na relação ser-mundo, não fazendo sentido, portanto, como ressalta Heidegger, no § 9 de *Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegriff*¹, entender-se o fenômeno estudado pela fenomenologia husserliana como uma aparência que oculta uma essência inteligível, pois esse fenômeno é caracterizado

¹ *Prolegômenos à História do Conceito de Tempo*, Seminário do Verão de 1925, Gesamtausgabe, vol. XX.

pelo encontro mesmo entre uma consciência com o que para ela se revela do mundo, enquanto doadora de sentido e, logo, dá consistência de objeto a essas “revelações”.

Em seu último grande esforço filosófico, dedicado ao estudo do que denominou “Crise das Ciências - ou da própria “Humanidade” - européias”, Husserl enfatiza o papel do “mundo da vida” (Lebenswelt), enquanto conceito que se tem do mundo antes dele se tornar um campo de investigação da ciência moderna. É a esse conceito que, ao final de sua longa e profícua trajetória de pensamento, Husserl vai recorrer para nos dar acesso ao campo mais próprio da filosofia, a saber, a subjetividade transcendental, onde se assentam as condições de validação de todo conhecimento, inclusive aquele de ordem matemática, lógica e, em geral, científica. Isso não deixa de ser desconcertante, porque esta Lebenswelt é o campo em que predominam as opiniões comumente compartilhadas, a doxa, e, logo, o campo propício ao desenvolvimento de saberes de corte dogmático. É certo que nunca houve da parte de Husserl uma postura depreciativa quanto ao que, no § 26 das “Ideen” (“Idéias para uma Fenomenologia Pura e uma Filosofia Fenomenológica”), denomina de “ciências da atitude dogmática”, assim considerando a todas as ciências, por se entregarem, sem maiores considerações críticas ou epistemológicas, à investigação de seu objeto, enquanto à “atitude especificamente filosófica” caberia a investigação dos pressupostos, validade e condições de possibilidade do conhecimento produzido “despreocupadamente” pelas ciências do primeiro tipo, as ciências “tout court”.

Daí se poder afirmar que não teria mudado, com o passar do tempo, o sentido do projeto fundacionista original da filosofia husserliana, enquanto filosofia que não apenas se dá os próprios fundamentos, como também permite que se fundamente todas as

ciências positivas, assim consideradas, sobretudo, aquelas naturais. Tal projeto é inseparável do intuicionismo adotado por Husserl, já em seus primórdios como matemático, sob a influência de seu professor, Weierstrass, e de Lej Brouwer, sendo direcionado exclusivamente aos conceitos das ciências, exposto nos estudos de filosofia da aritmética e de lógica, tanto nas “Investigações Lógicas” como em “Ideen”, especialmente no terceiro livro (“Ideen III”, in *Husserliana*, vol. V). O referido projeto se desdobra em duas etapas, sendo a primeira negativa, de crítica ao simbolismo e à transformação alienante das ciências em mera técnica, e a segunda, positiva, por voltada à clarificação dos conceitos dessas ciências, a fim de fundamentá-las devidamente, sendo essa a tarefa a ser cumprida por Husserl com o recurso ao conceito de *Lebenswelt*, na década de 1930. Aqui vale recordar a doutrina husserliana do conceito, elaborada desde o período da filosofia da aritmética, sob a influência de seu mestre em filosofia, Franz Brentano.

O conceito é uma representação que intenciona o seu objeto. Intencionar, por seu turno, é tender, por meio de conteúdos dados à consciência, a outros conteúdos que não são dados, para acessá-los de maneira compreensiva, ao utilizar, para designar objetos, conteúdos dados que remetem a conteúdos não-dados - permitindo, assim, que nos reportemos a objetos que não nos são efetivamente dados, por meio de signos, derivados de símbolos, que são conceitos impróprios, os quais decorrem dos conceitos próprios, originários da intuição de objetos, cujas marcas distintivas, parciais, estão contidas nos conceitos deste último tipo, “conceitos mesmo”. Pela operação reiterada com os signos e “signos de signos”, ad nauseam, é que se constrói o simbolismo, apartado das evidências da intuição sensível.

E é nesse universo simbólico em que se constitui a ciência, sendo o simbolismo o que possibilita tanto o seu acesso a verdades,

superando limites de nossa compreensão finita, como também sua perigosa alienação na técnica, que a descaracteriza enquanto forma de conhecimento propriamente dita, assentado em fundamentos e justificativas de seu sentido e finalidade. Assim, tem-se que, na própria aritmética, mesmo que o cálculo produza resultados verdadeiros, não se pode confundir tais resultados com o conhecimento aritmético. Tal divórcio entre cálculo e conhecimento decorre da estrutura interna do primeiro, que enseja o seu desenvolvimento pelo mecanismo da reiteração das representações por signos, representações impróprias, que foram originalmente intencionais, quando nela algo já dado reenvia a algo não dado, reenvio esse que terá sua natureza alterada pela reiteração recursiva, ao ponto de gerar uma simbolização que não é representação de nada a não ser dela mesma, e ainda assim serve de base para ulteriores operações - à medida que se passa a simbolizações em níveis de abstrações cada vez mais elevados, vai-se perdendo algo dos objetos a que se referem os conceitos, até perdê-los completamente em símbolos, que são "signos de signos".

Os signos utilizados nos cálculos matemáticos são desse último tipo, enquanto signos exteriores, destacados de qualquer substrato conceitual, operadores com os quais se produzem verdades, mas não conhecimento - ao menos no sentido de Erkenntnis -, o que vale tanto para a matemática como para toda forma de "conhecimento", de ciência, que a empregue como instrumento de produção de saber, instrumental esse que nos permite operar cálculos sem retornar às intuições originárias sobre as quais se assentam. Passa-se, então, a inventar sempre novos procedimentos simbólicos, cuja racionalidade pressupõe o valor cognitivo dos símbolos empregados, por meio de uma técnica que se torna cada vez mais perfeita, quanto mais é privada de toda evidência compreensiva. É assim que as ciências se tornam uma

espécie de “fábrica de proposições”, cada vez mais precisas e úteis, onde se trabalha como operário ou técnico de produção, produzindo cada vez mais informações, sem uma compreensão íntima do que se está fazendo, graças ao aperfeiçoamento de uma racionalidade meramente técnica.

E se isso é assim no campo das ciências naturais, mais grave ainda nos parece a situação no campo dos estudos jurídicos, onde nem sequer se costuma levantar a pretensão de fazer um trabalho científico, ostentando os profissionais dessa área, com um certo orgulho, a etiqueta de “operadores jurídicos”, sem se dar conta do modo objetivante como concebem o Direito, tal como se fora uma máquina com a qual se opera, quando, se assim o fora, seriam eles as peças dessa engrenagem produtora de um pseudo-saber, de caráter disciplinador.

Para Husserl, não há nessa produção de saber conteúdo cognitivo algum, pois conhecimento, para ele, é evidência, verdade, criadas a partir da intuição, inteira e completamente entendida, o que se perde ao ser rompido o elo com o domínio dos objetos sobre o qual deveríamos ser informados. Com isso, não se pergunta como as múltiplas validades pré-lógicas estão fundadas e são fundamentadas em relação às verdades lógico-teóricas. O real primeiro é a intuição subjetiva e relativa da vida pré-científica - a doxa, que é tida assim, como enganosa, para a vida científica, mas não para aquela pré-científica, em que é um bom campo de verificação, donde se dever valorizar o direito originário dessas evidências, antes desprezadas. Daí, pode-se buscar a conexão essencial entre as ciências (naturais) e o mundo pré-científico, com suas evidências originárias, quando também aquelas ciências são formações humanas, que habitam em unidade concreta no “mundo da vida”. Disso decorre a necessidade das ciências e da lógica perderem sua autonomia, ao serem reconduzidas a esta

Lebenswelt, reportando a episteme à doxa e à subjetividade transcendental, onde se pode captar as estruturas desse nosso mundo, determináveis pelo fenomenólogo, uma vez determinada as condições de possibilidade do conhecimento - donde a "transcendentalidade" do sujeito.

A subjetividade transcendental, por seu turno, como bem demonstra Alexandre Fradique Morujão,² vai pôr o mundo "entre parênteses", por meio da redução fenomenológico-transcendental, depurando, assim, desse mundo (natural) o eu, que é seu correlato intencional, visto que "(N)o sentido fenomenológico só há mundo para mim e só há eu na correlação mundana intencional" (ob. loc. ult. cit., p. 115). Isso porque o fenômeno, para a fenomenologia husserliana, conforme assinalado ao princípio, é esse "correlato real ou possível de determinados modos de doação intencionais" (id. ib., p. 116), modo esses que são modos de doação do mundo - o qual, parafraseando a passagem bíblica, se precisa inicialmente perder para depois recuperá-lo. Escapando do mundo pela epoché, seguida da redução, o eu, agora (mais) livre, pode atribuir-lhe sentido, o que já exige que ele saia do solipsismo, de seu estado de mônada, abrindo-se para o "nós" ou pluralidade de "eus" que há em si, em cada um de nós, como indica Husserl em *Erste Philosophie*³. Por essa via, a reflexão fenomenológica, tal como atestam trabalhos ainda inéditos de Husserl⁴, chega a uma "totalidade absoluta das mônadas", denominada "personalidade total", há referência a "personalidades de ordens superiores" - com sentido crescentemente transcendental e, assim, absoluto -,⁵ fundamento mais íntimo do eu transcendental, que é também um

² Em "Sobre a fenomenologia husserliana", in: "Subjectividade e História", Lisboa, 1969.

³ *Filosofia Primeira*, 1923/1924, 2a. parte, Husserliana, vol. VIII, 1959, p. 173, passim.

⁴ P. ex., o "Manuscrito" EIII 4, 1930, p. 62, referido por Morujão, ob. cit., p. 135

⁵ Em *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie*, Husserliana, vol. VI, § 55, pp. 191/192, linhas 39/01

“eu”, só que de um tipo todo especial, por ser o próprio Deus, “intuível reflexivamente como uma ultra-realidade, supra-verdade e ultra em si”.⁶ Não é de estranhar que tenham havido muitas conversões nos círculos de discípulos de Husserl - o qual se consagrou também ao cristianismo -, com destaque para sua assistente em Freiburg, Edith Stein, que se tornou freira carmelita e foi martirizada em Auschwitz, vindo a ser canonizada em 2003 pelo Papa João Paulo II, ele próprio um cultor da fenomenologia, discípulo de seu conterrâneo e importante fenomenólogo, aluno direto de Husserl, Roman Ingarden.

Quanto à aplicação da fenomenologia ao estudo do direito, um dos pioneiros nesse campo foi o próprio filho de Husserl, Gerhart, cujos trabalhos, de conteúdo fortemente personalista e existencial, foram reunidos sob o título de um deles, *Recht und Zeit* (“Direito e Tempo”). Esta linha de investigação fenomenológico-existencial do direito será perseguida em obras posteriores como a do alemão Werner Maihofer, “Direito e Ser. Prolegômenos a uma ontologia jurídica” (1954) e a do holandês William A. Lujpen, “Fenomenologia do Direito Natural” (1965). Destino semelhante ao do filho e Husserl, Gerhart, prematuramente falecido nos campos de batalha da Primeira Guerra Mundial, colheu também aquele que foi o primeiro a estender a pesquisa fenomenológica ao campo do direito positivo, Adolf Reinach, com seu trabalho “Fundamentos Apriorísticos do Direito Civil” (1913). Aí não se trata de estabelecer, ao modo kantiano, condições de possibilidade do conhecimento de todo e qualquer Direito, mas sim as estruturas essenciais, no sentido fenomenológico, constitutivas de matérias e figuras jurídicas, que podem se dar de maneira bem diferente ao serem atualizadas no direito positivo. Este autor vem merecendo uma renovada atenção, a partir de congresso internacional realizado

⁶ Husserl, apud Morujão, ob. loc. ult. cit.

sobre sua obra, em 1983, estabelecendo possibilidades de contato entre seu pensamento e aquele de autores contemporâneos da tradição analítica em filosofia - normalmente tida como antagonista àquela dita "continental", por ser o continente europeu a região de maior influência da fenomenologia -, como John Searle. Tal perspectiva se encontra mais amplamente desenvolvida em autores de trabalhos já de 1997, na Itália, como Antonio Incampo e Paolo Di Lucia. Uma direção diversa daquela iniciada por Reinach, dita formal, em fenomenologia jurídica, é adotada por autor, igualmente pioneiro, que foi o vienense Fritz Schreier, em sua obra "Conceitos e Formas Fundamentais do Direito. Esboço de uma Teoria Formal do Direito e do Estado sobre base fenomenológica" (1924), onde, apesar da crítica fenomenológica ao dualismo kantiano, se tem uma teoria que, paradoxalmente, termina coincidindo em grandes linhas com aquela do chefe da Escola de Viena, o neokantiano Hans Kelsen, a exemplo do que ocorrerá nos trabalhos de um outro discípulo deste e de Husserl, Felix Kaufmann. Posteriormente, Paul Amselek, em *Méthode phénoménologique et Théorie du Droit* (1964), propugnará explicitamente ser Kelsen e sua Teoria Pura de se considerar um precursor da fenomenologia jurídica, o que será repellido pelo próprio Kelsen, em longa resenha crítica da obra.

Algo semelhante ocorre em contribuições sul-americanas, como aquelas dos argentinos Carlos Cossio e integrantes de sua escola, da Teoria Ecológica do Direito, ou, mesmo, curiosamente, no pensamento daquele que seria seu opositor, político e científico, fundador da importante Escola Analítica Argentina, Ambrósio Gioja. No Brasil, algo semelhante se verifica, com a recepção da fenomenologia pelo culturalismo de Miguel Reale, em São Paulo, e também pelo logicismo semiótico de Lourival Vilanova, em Recife. Já o uruguaio Juan Llambías de Azevedo, com seu opúsculo *Eidética y Aporética del Derecho*, de 1940, realiza esforço dotado de

originalidade, donde ter sido brindado com justa divulgação de seu trabalho, já em 1948, no volume *Latin-American Legal Philosophy*, publicado em Harvard. Sob a influência não apenas de Husserl, mas também de Nicolai Hartmann, R. Ingarden e A. Reinach, como ressalta sua discípula Esther Aginsky de Iribarne, Llambías procura captar a essência (eidos) do direito no modo como ele se dá no direito objetivo e coletivo, havendo, segundo ele, aquele direito que se dá objetiva e solitariamente, em sua singularidade, como preferimos referir a esse fundamental e ainda pouco explorado aspecto do fenômeno jurídico. A definição essencial do direito como objeto coletivo a que chega a investigação de Llambías é a seguinte: “Sistema bilateral e retributivo de disposições posta pelo homem para regular a conduta social de um círculo de pessoas e como meio de realizar os valores da comunidade”. Como objeto solitário, o tema da investigação eidética é o que nos afeta individual e pessoalmente como sendo direito, concentrando-se o autor no estudo do que denomina “disposição jurídica”, entendida como conceito superador daquela conhecida dicotomia kelseniana entre norma jurídica (*Rechtsnorm*) e proposição normativa (*Rechtssatz*). Conjugando os dois aspectos fundamentais do direito, nosso A. vai iniciar a parte de sua obra dedicada à aporética, enquanto investigação de problemas apresentados pelo direito positivo, tido como mediação entre os valores da comunidade e a conduta humana, com a seguinte definição: “O direito é um sistema de disposições a serviço dos valores da comunidade”, postulando uma relação de meio e fim entre direito e valores, que entendemos deva ser buscada tendo como diretriz um princípio de proporcionalidade. Tal relação, contudo, é encarada por Llambías como um problema, e do tipo aporético, ou seja, “sem saída”, bastando que se considere ser a justiça um desses valores, com toda a variedade de concepções que há a respeito, para que se perceba o que ele denomina “aporía de justificação”. O A. conclui descortinando um complexo de

aporias, por trás do que “se abre um mundo de princípios, de valores”, uma pluralidade de valores individuais e comunitários, entre os quais haveria de ser determinada a autonomia de uma esfera jurídica. Nesse ponto, em que conclui seu trabalho, referindo que “não podemos dizer ‘aqui termina’, mas sim ‘aqui começa a filosofia do direito’”, efetivamente, nos vemos confrontado com o tema da atualidade nesse nosso campo de estudos, algo que vem demonstrado, por exemplo, pelos esforços hercúleos de autores contemporâneos, e com propostas concorrentes, como são Jürgen Habermas e Niklas Luhmann, ambos reconhecidamente influenciados pela fenomenologia.

O que aventamos, então, especificamente, com a presente proposta de estudo crítico do Direito, é que se examine mais detidamente a projeção, no âmbito da ciência dogmático-jurídico, especialmente naquele modelo, ainda predominante, de corte positivista e formalista, da crítica intuicionista feita pelo “último Husserl” ao modo como se lhe apresentava o quadro das ciências e da cultura ocidentais, no período de entreguerras, do século XX, sendo neste mesmo período em que se digladiavam diferentes concepções do direito e da ciência adequada a seu estudo, tendo como epicentro a proposta de Hans Kelsen. É nesses debates que se forjam posições características, no panorama atual da teoria epistemológico-jurídica, em que se apresenta como bastante promissora uma retomada da perspectiva fenomenológica, reforçada por uma aproximação aos estudos da tradição analítica, que também sai revigorada com esta aproximação.