

FENOMENOLOGIA E DIREITO



HUSSERL

Volume 1, Número 1
Abril/Setembro 2008

CADERNOS DA ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL
DA 2ª REGIÃO - EMARF



Escola da
Magistratura
Regional Federal
da 2ª Região



*Escola da
Magistratura
Regional Federal
da 2ª Região*

**CADERNOS
DA ESCOLA DA
MAGISTRATURA REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região



*Escola da
Magistratura
Regional Federal
da 2ª Região*

FENOMENOLOGIA E DIREITO

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 1, Número 1
Abr./Set. 2008

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região : fenomenologia e direito / Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. – Vol. 1, n. 1 (abr./set. 2008). – Rio de Janeiro : TRF 2. Região, 2008 - v. ; 23cm

Semestral

ISSN 1982-8977

1. Direito. 2. Filosofia. 3. Filosofia Jurídica. I. Escola da Magistratura Regional Federal (2. Região)

CDU: 340.12

Diretoria da EMARF

Diretor-Geral

Desembargador Federal André Fontes

Diretor da Revista

Desembargador Federal Clélio Erthal

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretora de Relações Públicas

Desembargadora Federal Maria Helena Cisne

Diretora de Pesquisa

Desembargadora Federal Liliane Roriz

EQUIPE DA EMARF

Lenora de Beaurepaire Schwaitzer - Assessora Executiva

Carlos José dos Santos Delgado

Edith Alinda Balderrama Pinto

Leila Andrade de Souza

Liana Mara Xavier de Assis

Lucia Helena de Souza Fernandes

Maria de Fátima Esteves Bandeira de Mello

Reinaldo Teixeira de Medeiros Júnior

Expediente

Conselho Editorial

Aquiles Côrtes Guimarães - *Presidente*
Gilmar Ferreira Mendes - *Ministro do STF*
João Otávio de Noronha - *Ministro do STJ*
Alberto Nogueira
André Ricardo Cruz Fontes
Aylton Barbieri Durão
Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva
Fernando Augusto da Rocha Rodrigues
Gilvan Hansen
Guilherme Calmon Nogueira da Gama
Emanuel Carneiro Leão
Marcus Vinicius Machado
Maria Stella Faria de Amorim
Roberto Kant de Lima

Comissão editorial

Aquiles Côrtes Guimarães
Adriana Santos Imbrosio
Ana Claudia Torres da Silva Estrella
Eduardo Galvão de Andréa Ferreira
Marcia de Mendonça Machado Iglesias do Couto
Nathalie Barbosa de la Cadena

Editado por

Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região - EMARF

Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica

Leila Andrade de Souza

Foto da Capa

Edmund Husserl

Impressão

Tribunal Regional Federal da 2ª Região - SED/DIGRA

Tiragem

600 exemplares

Presidente:

Desembargador Federal CASTRO AGUIAR

Vice-Presidente:

Desembargador Federal FERNANDO MARQUES

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORRÊA

Membros:

Desembargador Federal PAULO FREITAS BARATA

Desembargadora Federal JULIETA LÍDIA LUNZ

Desembargadora Federal TANIA HEINE

Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA

Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS

Desembargador Federal CARREIRA ALVIM

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal ROGÉRIO CARVALHO

Desembargador Federal ANTÔNIO CRUZ NETTO

Desembargador Federal RICARDO REGUEIRA

Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFÁCIO COSTA

Desembargador Federal FRANCISCO PIZZOLANTE

Desembargador Federal BENEDITO GONÇALVES

Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ

Desembargador Federal SÉRGIO SCHWAITZER

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Desembargador Federal ANDRÉ FONTES

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Desembargador Federal ABEL GOMES

Desembargador Federal LUIZ ANTÔNIO SOARES

Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO

Desembargadora Federal LILIANE RORIZ

Juiz Federal Convocado MARCELO PEREIRA DA SILVA

Juiz Federal Convocado LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

Juiz Federal Convocado GUILHERME CALMON

Juiz Federal Convocado GUILHERME DIFENTHAELER

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	13
PARA UMA EIDÉTICA DO DIREITO	15
<i>Aquiles Côrtes Guimarães</i>	
ADOLF REINACH E A FENOMENOLOGIA DO <i>A PRIORI</i> NO DIREITO	33
<i>André R. C. Fontes</i>	
SUBSÍDIOS PARA UMA CRÍTICA FENOMENOLÓGICA AO FORMALISMO DA CIÊNCIA DOGMÁTICO-JURÍDICA	43
<i>Willis Santiago Guerra Filho</i>	
FENOMENOLOGIA E TEORIA FINAL DA AÇÃO.....	55
<i>Ronaldo Tanus Madeira</i>	
HUSSERL E A CRISE DA CIÊNCIA ONTEM E HOJE	69
<i>Sávio Laterce</i>	
O OBJETO DO DIREITO DO PONTO DE VISTA DA FENOMENOLOGIA	81
<i>Frederico Pensado</i>	

APRESENTAÇÃO

Os Cadernos da Escola de Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF pretendem ser um veículo de disseminação e debate dos temas mais relevantes suscitados na reflexão jurisprudencial contemporânea.

A orientação dominante serão as diretrizes gerais do método e da atitude fenomenológica husserliana, sem exclusão de quaisquer outras tendências que enriqueçam o esclarecimento de questões cruciais atinentes aos fundamentos da vida jurídica e histórico-social.

Estamos começando com um número dedicado a Fenomenologia e Direito, tema que só nestes últimos anos vem despertando a atenção dos juristas, graças aos esforços isolados de alguns estudiosos que vêm descobrindo a fertilidade do pensamento fenomenológico no campo das ciências do espírito em geral e, notadamente, na investigação jurisprudencial.

A nossa preocupação será com origens, raízes, princípios, essências e fundamentos que contribuam para nos revelar os sentidos da técnica e a finalidade da ação humana num mundo dominado pelo relativismo nihilista.

É indispensável reconhecer que a idéia desta publicação partiu do Desembargador André Fontes que acaba de doutorar-se em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro com uma alentada tese sobre a idéia de objeto em Husserl e Meinong.

A programação editorial destes Cadernos é da responsabilidade do Seminário de Filosofia Jurídica e Política do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFRJ, coordenado pelo Prof. Dr. Aquiles Côrtes Guimarães, em colaboração com a Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região - EMARF.

O Conselho Editorial

PARA UMA EIDÉTICA DO DIREITO

Aquiles Côrtes Guimarães - Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Filosofia da UFRJ, Coordenador do Seminário de Filosofia Jurídica e Política

A eidética é a ciência das essências, como fundamento das ciências de fatos. A eidética do Direito cuida do ser dos fenômenos jurídicos enquanto entes dispostos à mostraçãõ de sentidos ao ordenamento da existência humana. Isso implica suscitar a questão mais relevante das ciências jurídicas que diz respeito aos seus fundamentos e à estrutura de essências que constitui o seu universo.

Tenhamos claro em nossa mente que uma coisa é a ciência de fatos e outra coisa é a ciência de essências. Ciências de fatos são todas as ciências naturais e humanas que tomam o fato como uma positividade a ser explicada a partir das leis internas de sua manifestação. São as ciências de fatos as responsáveis pela tecnificação do mundo, pelo engendramento do “reino da técnica” que domina a civilização contemporânea. Partem estas ciências das positivities dos fatos, dos objetos que constituem a natureza, exercendo sobre eles a atividade perceptiva e conceptualizadora do espírito em busca do domínio. Dominar os fatos, dominar os

objetos da natureza é a tarefa primordial das ciências de fatos. Nelas não há lugar para especulações metafísicas e muito menos para interrogações sobre os sentidos dos objetos sobre os quais se assentam as suas atividades. O que importa é a manipulação dos fatos até às últimas conseqüências, em nome do progresso da humanidade. Essa. é a destinação da razão científica no entendimento comum das pessoas e dos próprios cientistas.

Todas as ciências empíricas são ciências de fatos. Mas todas elas tomam como suporte as ciências eidéticas ou de essências. A matemática é a ciência de essências sem a qual a física, como ciência dos fatos da natureza, não teria alcançado os avanços realizados desde o século XVII aos dias atuais. Foi a eidética da matemática pura que levou a física a se constituir como ciência rigorosa da natureza. A física, nas mãos de Aristóteles e de seus herdeiros, não conseguiu ir muito além das preocupações com as qualidades dos seres da natureza. Ela só atingiu o seu *status* de ciência rigorosa dos fatos do mundo a partir do projeto matemático gestado e desenvolvido nos séculos XVI e XVII com a interferência decisiva de Galileu (1566-1642) que concebia a natureza como a expressão da linguagem matemática. Assim ocorre com todas as demais ciências de fatos. O suposto de cada uma delas é a existência de uma eidética que as sustenta. Daí ter sido a fenomenologia acusada, nos primórdios da sua elaboração, de “platonismo realista”, frente à exigência de sustentação eidética para as ciências de fatos, o que Edmund Husserl deixou claro nas suas *Investigações lógicas* (1900/1901) e nas *Idéias para uma fenomenologia pura e uma filosofia fenomenológica* (1913), sem esquecermos da recorrente acusação de “idealista”.

A crítica fenomenológica ao psicologismo naturalista vigente na segunda metade do século XIX, no qual já tocamos ligeiramente, esclarece de maneira convincente a confusão que estabelecia entre uma ciência de fatos e as ciências eidéticas. Vejamos. A psicologia,

mergulhada no espírito do naturalismo, ou seja, na crença de que a natureza é a “unidade do ser no tempo e no espaço segundo leis exatas naturais”, avançava no sentido de fazer dos fatos psíquicos a fonte natural de justificação e fundamentação de todo conhecimento. Aí, o que será denunciado como grave equívoco é a confusão entre o processo causal das leis naturais e as regras do pensamento sobre essas leis. Ou seja, uma coisa são as leis causais que regem os fatos psíquicos e outra são as leis ideais do pensamento. Leis reais não são o mesmo que leis ideais. As leis reais de causalidade são inerentes à natureza enquanto que as leis ideais lógico-matemáticas são inerentes ao espírito. As leis causais que regem o mecanismo de uma máquina de calcular não são as leis da matemática, puramente ideais. Assim, o psicologismo toma como fundamento aquilo que não pode ser visto como tal: o fato psíquico. As leis lógicas e matemáticas não têm fundamento em nenhum fato e muito menos nos fatos psicológicos. Uma coisa é fundamento lógico e outra é fundamento real. Leis verdadeiras são aquelas que expressam um conhecimento por puros conceitos, tal qual ocorre na linguagem lógico – matemática, cuja validade universal é inquestionável. Mas essas leis ideais, a despeito da sua veracidade e validade universal, de nada adiantariam no processo do conhecimento dos fatos do mundo se não estivessem apenas a serviço da sua fundamentação. Por isso mesmo, a linguagem lógico-matemática não fala de nada, enquanto estrutura eidética do pensamento. Mas a explicação dos fatos, das coisas do mundo, seria inviável sem ela, abstraídos os “desvios teleológicos” a que deu ensejo na reconstrução tecnológica da natureza.

Os fatos estão aí, no mundo vivido, constituindo o conjunto de objetos materiais e ideais com os quais convivemos na nossa cotidianidade. Com o desenvolvimento do processo civilizatório, a explicação dos fatos do mundo transformou-se no fio condutor

da destinação histórica do homem e as ciências positivas têm exercido esse papel demiúrgico. A decifração dos fatos tornou-se a chave inevitável do processo de desocultamento da natureza do Universo. E esse desocultamento envolve não somente a atitude naturalista assumida pelas ciências em geral mas também – e fundamentalmente – a atitude transcendental constituidora (evidenciadora) dos fatos do mundo, sejam estes materiais, formais ou ideais. Todos esses fatos são transcendentais em relação à consciência transcendental, porque somente esta é detentora da aptidão suprema e última de evidenciação. Transcendente aqui significa todo o universo de objetos para os quais é dirigida a intencionalidade da consciência. Todo objeto “captado” (intuído) pela consciência é transcendente, como de resto transcendente é o mundo em relação à intencionalidade. Já transcendental é o modo (ou os modos) pelo qual a consciência se “destaca” dos objetos do mundo para recuperá-los na sua essência.

Assim, o mundo da factualidade é o mundo da experiência da consciência a partir da qual as evidências se mostram originariamente nos próprios objetos, como se as coisas falassem ao homem. É esse o mundo do qual se apoderaram as ciências dos fatos, lançando ao esquecimento o vivido primitivo como fonte originadora do conhecimento radical e autêntico. Essa crítica significa desautorizar as ciências, conforme já foi afirmado? De modo algum. O que fica desautorizado é o cientificismo que sempre pretendeu o nosso afastamento da experiência espontânea do mundo como se a única experiência válida fosse aquela legitimada pelas ciências positivas. Pois é essa experiência “primitiva” dos objetos do mundo, essa vivência originária das infinitas relações que descobrimos na tessitura do Universo que nos leva a indagar sobre outras maneiras possíveis de invenção científica que preservasse a própria espontaneidade da existência humana, sem

prescindir dos inúmeros benefícios advindos das realizações da técnica. A degradação da natureza é o resultado mais eloqüente do esquecimento do mundo em nome dos artificios reprodutivos que se desenvolvem em escala geométrica sem qualquer objetivo humano mais nobre, a não ser aqueles voltados para a preservação da vida e da saúde.

Mas voltemos à eidética do Direito. Já está claro que importa distinguir ciências eidéticas de ciências de fatos. Existe um campo de disciplinas eidéticas formais e um universo de disciplinas eidéticas materiais sobre o qual opera a intuição do vivido na concretude do seu manifestar-se. Ou seja, essências formais e essências materiais constituem reinos distintos, na medida em que as primeiras são elaboradas *a priori* no domínio da subjetividade (matemática e lógica), do *cogito*, e as segundas partem da objetividade do mundo natural. Por isso temos que manter presente a idéia fenomenológica da composição do mundo por “regiões ontológicas” que compreendem distintos objetos sobre os quais a intuição exerce a sua função radical de visada imediata. As “regiões ontológicas” correspondem à natureza dos objetos sobre os quais recai a intuição descritiva das essências. Os objetos reais pertencem à “região” da natureza, enquanto os objetos ideais pertencem à “região” do espírito. As disciplinas eidéticas materiais são aquelas que buscam descrever as estruturas fundamentais do objeto real dado a fim de explicitar o conteúdo que caracteriza o seu ser. Já as disciplinas eidéticas formais cuidam das estruturas fundamentais do objeto ideal dado, também buscando a caracterização do seu ser. Não interessa a existência dos objetos, mas o conjunto de significações que ele pode assumir; não interessa a existência do homem, mas o seu significado. Se o objeto da fenomenologia é o fenômeno, devo descrevê-lo tal qual se mostra, nas suas infinitas e complexas significações. Seja esse objeto ideal (lógico ou

imaginário), seja esse objeto formal *a priori* (matemático) ou o inteiro universo dos objetos materiais compreendidos no mundo físico. Daí, essências formais e essências materiais para designar, resumidamente, o objeto da intencionalidade intuitiva voltada para a descrição da estrutura significativa do mundo da vida. Repitamos, mais uma vez, que as denominadas ciências positivas designam como fatos aquilo que a fenomenologia designa como dados. Portanto, tudo o que pertence necessariamente ao dado, ao fenômeno, diz respeito ao campo das essências, dos sentidos, dos significados que assumem os objetos. Cada objeto postula a sua essência como referência absoluta.

Em geral, a nossa inclinação é no sentido de ver nos objetos apenas aquilo que nos interessa ou já foi exposto pelas ciências. Nem sempre estamos dispostos a ir além das significações empíricas das coisas, até mesmo em função da educação da nossa experiência em direção ao lidar com o mundo. Vivemos as múltiplas “ontologias regionais”, na multiplicidade dos objetos, e somos obrigados a distinguir a natureza de cada um deles para perceber o seu posto na articulação do mundo. Mas a nossa pré-disposição é no sentido de captar o imediatamente dado, na sua concretude ou idealidade, a partir das fórmulas empíricas que assimilamos como herança da nossa experiência histórica, sem atentarmos para a estrutura eidética que envolve todo o nosso vivido. Somos prisioneiros da brutalidade do objetivismo que nos impede de descortinar a amplitude infinita dos sentidos dos objetos que formam a tessitura do mundo.

O Direito é um objeto criado pela consciência humana destinado a garantir a obrigatoriedade da coexistência dos indivíduos enquanto fato inelutável e envolto nos mistérios da destinação dos seres vivos. Portanto, o objeto Direito pertence à “região ontológica” das criações do espírito, assinalando-se, primariamente, como objeto cultural, tendo em vista que cultura é

“intencionalidade objetivada”, na feliz expressão de Miguel Reale. Enquanto objeto, o Direito é um pólo de significações, a partir do qual é estruturada a ordem jurídica em toda a sua abrangência como esquema normativo da vida dos povos civilizados. Portanto, a eidética do Direito trata da descrição e análise das essências do objeto Direito. Poderíamos começar pela Ordem Jurídica como objeto supremo do Direito posto pelo homem. Os positivistas em geral acreditam que nada existe em matéria de Direito para além da Ordem Jurídica produzida para a efetiva garantia da convivência humana. Todo o Direito estaria refletido ou configurado na estrutura normativa positivada vigente e dotada de validade e eficácia operativa. Portanto, objeto primeiro do Direito é a Ordem Jurídica. Entretanto, já vimos que a Ordem Jurídica é uma idealização das relações dos indivíduos no sentido da garantia da convivência fora da “guerra de todos contra todos”. Por outro lado, é preciso deixar sempre claro que uma coisa é uma Ordem Jurídica como objeto do Direito e outra coisa é o Direito como objeto. Como objeto do Direito, a Ordem Jurídica pretende realizar a idéia de Direito com vistas ao ideal de Justiça. Temos aqui, portanto, dois enunciados fundamentais para a eidética do Direito: a idéia de Direito e o ideal de Justiça que devem ser analisados separadamente.

Quando falamos da Ordem Jurídica como objeto supremo do Direito estamos nos referindo a uma estrutura normativa realizada na temporalidade como instrumento de controle das ações dos indivíduos na dimensão das relações jurídicas. Sua pretensão é realizar o Direito. Mas, desde que concretizada na positividade normativa a idéia de Direito, é necessário intuir e descrever as essências de tudo aquilo que se manifesta como sua realização efetiva no interior da Ordem Jurídica. Ou seja, investigar a estrutura essencial do conjunto de normas ditadas pelo Estado à luz do Direito, enquanto objeto ideal, fruto da criação humana. Essa é a

função da eidética jurídica como atitude primordial a ser adotada no esclarecimento dos verdadeiros significados e sentidos daquilo que se manifesta com tanta familiaridade na nossa vida cotidiana e que nominamos milenarmente como Direito.

Já afirmamos que Direito é um objeto ideal posto pelo homem. Enquanto objeto, ele é um X de uma multiplicidade de sentidos e significações. Portanto, Direito é o conjunto de significações e sentidos que nele descobrimos como objeto. Por si só, o Direito seria um objeto vazio, como de resto todo e qualquer objeto que não fosse objeto de significações e sentidos seria vazio, apenas um X à espera de desocultamento. Assim, descrever as essências do Direito é tarefa de descoberta das estruturas ideais, universais e necessárias que envolvem esse objeto. Sabemos que a concreção do Direito se realiza na ordem normativa. Posta a Ordem Jurídica, esta passa a representar o fenômeno a partir do qual vamos intuir e descrever as essências do Direito enquanto objeto posto pelo homem pela via do Estado. Como objeto ideal, o Direito é apenas um pólo de significações e sentidos, mas concretizadas na norma estas significações e sentidos, ele assume a característica de fato a ser tratado pelas denominadas ciências jurídicas, enquanto ciências de fatos. Mas, conforme já vimos, as ciências eidéticas é que constituem a rigorosa cientificidade das ciências de fatos, razão pela qual a eidética jurídica tem como tarefa a busca de uma fundamentação radical para as ciências jurídicas. A partir da manifestação do Direito como fato, cumpre considerá-lo como fenômeno da vida social e histórica a demandar a descrição das suas essências no interior do vivido imediato que configura o mundo da vida.

Isso envolve uma nova atitude frente às seculares ciências jurídicas ou jurisprudenciais. A fenomenologia é um método de descrição e de evidenciação dos objetos a partir da percepção dos

seus sentidos e significados com vistas ao desocultamento do que existe de universal, imutável e irreduzível no ser do Direito. Portanto, o primeiro passo consiste em uma *epoché*, ou seja, a suspensão provisória da nossa crença na vigência da dogmática jurídica (lei, doutrina e jurisprudência), colocando tudo isso “entre parênteses”. Com essa atitude, o fenômeno jurídico se apresenta ele mesmo, “em carne e osso”, na expressão husserliana, sem qualquer pré-conceito ou pré-juízo. Interessa o Direito vivido na sua manifestação originária, pois só aí conseguimos evidenciar o seu significado como garantia da coexistência humana, já que a essência do homem é a sua existência e a coexistência integra essa essência de maneira indissolúvel. A *epoché* fenomenológica, a colocação do Direito “entre parênteses”, é uma atitude psicológica representada por um regresso à subjetividade, pois o que está posto como objeto de esclarecimento é a conexão entre o ser do fenômeno jurídico e o saber do fenômeno jurídico. A articulação fenômeno – subjetividade, enquanto problema fundamental enfrentado pela fenomenologia em geral, será vista na específica “região jurídica” como questão radical relacionada com o caráter de objetividade do Direito. Na minha vivência sensível, “primitiva”, com este objeto de minha propriedade, além da sua utilidade, percebo nele, intuitivamente, o invólucro jurídico que o reveste como garantia de tê-lo, usá-lo e dele dispor livremente. É essa vivência sensível dos objetos da tutela jurídica que nos mostra a condição radical de estar perante os fenômenos, frente ao manifestar-se das coisas, com todos os sentidos que as envolvem. O caráter de objetividade do Direito aí se apresenta no seu “estado originário”, como estado de coisas vivido pela consciência enquanto intencionalidade doadora de sentidos. Mas a objetividade do Direito será sempre objetividade para o sujeito humano, pois é na subjetividade, na consciência, no ego transcendental que a sua verdade aparece na manifestação absolutamente radical. Portanto, toda objetividade só pode ser

legitimada a partir da subjetividade, uma vez que o objeto será sempre aquele X que só adquire sentidos a partir da intencionalidade intuitiva da consciência. Nesta perspectiva poderíamos afirmar que todo Direito é subjetivo, posto que ele não existe fora do sujeito humano. É nessa interação da consciência com o mundo jurídico que acontece a verdade do Direito. A verdade é acontecimento no sujeito humano que o interliga necessariamente ao mundo vivido. Acontecimento caracterizado pela submissão ao tempo, decorrendo daí a sua historicidade, uma vez que todas as regras jurídicas criadas pelo homem estão condenadas ao perecimento na temporalidade, substituídas ou modificadas ao sabor dos infinitos novos sentidos descobertos pela intencionalidade intuitiva da consciência.

Todo Direito objetivo, ao se revelar ao sujeito, é objetivo para alguém, como de resto toda realidade será sempre realidade para alguém e não mera representação, segundo pensa o realismo ingênuo. Ao viver o fenômeno Direito na sua manifestação originária, não aparece à nossa consciência qualquer distinção entre a realidade sensível vivida e a sua representação no intelecto. Temos aqui e agora o vivido como fonte radicalmente verdadeira daquilo que nominamos Direito. Tudo o que temos a fazer como tarefa científica radical é descrever os modos pelos quais esse vivido se mostra à consciência. Mas descrever esses modos de aparecer não significa simplesmente ater-se às diversas perspectivas percebidas na vivência do objeto, pois essa atitude me daria apenas um retrato pormenorizado da mostraçãõ da minha experiência com a "circunstância" defrontada no universo das relações jurídicas. Pelo contrário, ao descrever os fenômenos caracterizados como jurídicos, o que devemos ter em vista é a abertura do campo de sentidos para a intencionalidade intuitiva da consciência, uma vez que é nesse campo infinito que encontraremos a estrutura essencial da

própria vida jurídica. Descrever os fenômenos será então descrever as essências e os sentidos daquilo que aparece na nossa vivência imediata como algo que nos obriga ou nos permite, na positividade necessária da denominada Ordem Jurídica. A simples posse de um objeto que nos pertence, na sua intuição sensível e vivencial, nos conduz a uma intuição categoria! da idéia jurídica de posse e propriedade produzida para integrar o reino normativo das garantias da coexistência. Neste sentido, temos um *a priori* material representado pelo objeto que já está aí antes da nossa experiência e um *a priori* formal representado pelas regras lógico-jurídicas que disciplinam posse e propriedade.

Por isso mesmo, a eidética do Direito terá sempre presente as três etapas fundamentais dos procedimentos fenomenológicos que assinalam mudanças radicais de direção no contexto da filosofia contemporânea: a atitude descritiva, a atitude transcendental e a atitude constitutiva, todas elas intimamente articuladas. A descrição das essências nos mostra o conjunto de significados “extraídos” dos objetos. Já vimos que o objeto é a síntese de significações que o descrevem. Essas significações são as essências que constituem o ser do objeto, pois elas nos mostram tudo o que existe de universal e necessário na sua definição, a partir da sua manifestação originária como fenômeno. Portanto, a atitude descritiva das essências corresponde ao momento nascente de uma interpretação radical dos objetos do mundo, tendo em vista o ponto de partida da coisa mesma imediatamente dada. A etapa transcendental corresponde ao momento articulado da evidência formal das categorias entrelaçadas no conjunto de significações ou essências intuídas na imediatidade da manifestação do mundo da vida. Aí, diríamos em linguagem kantiana, o que importa são os modos pelos quais nós conhecemos os objetos, ou seja, a maneira pela qual o mundo transcendente, exterior, é evidenciado no mundo interior, na

consciência transcendental. Os objetos do mundo exterior com os quais nos relacionamos diuturnamente na nossa vivência imediata são caracterizados pela contingência. Nada mais contingente do que a própria existência humana que aparece e desaparece ao sabor da duração da vida. O universo inteiro dos objetos materiais é contingente, submetido às circunstâncias inelutáveis da temporalidade e da historicidade. Mas o reino das essências que descrevemos dos fenômenos mais diversificados que caracterizam o seu aparecer é necessário. Não está sujeito a qualquer alteração. A essência é necessária, universal, imutável e intemporal. Fatos e atos jurídicos são contingentes, mas o Direito é necessário como síntese de significações ideais que alimentam a Ordem Jurídica, acima da trama normativa posta a serviço da garantia da obrigatoriedade da coexistência. A verdade e o fundamento só podem ser buscados naquilo que é necessário e não naquilo que é contingente. Verdade e fundamento não estão nos fatos, mas no conjunto de significações que eles ensejam.

Pois bem. A análise transcendental se encarrega da evidenciação das essências como significações e sentidos dos objetos ou fatos constitutivos do nosso vivido imediato. Se fenomenologia é “ciência do vivido”, o fundamento último dessa ciência está enraizado no plano transcendental da consciência pura, pois é aí o lugar de toda evidenciação possível. Essências são essências do mundo vivido na sua contingência e alterabilidade. Não é possível um conhecimento seguro daquilo que é contingente fora da estrutura das suas essências necessárias, universais e inalteráveis que revelam a própria idéia de cientificidade, no seu caráter de apoditicidade (demonstrabilidade) absoluta. As evidências apodíticas das essências se mostram com clareza na análise transcendental porque somente a consciência pura, enquanto intencionalidade voltada para si mesma, pode vivenciá-

las na pureza da sua evidência. A idéia de pena, no Direito, é uma categoria universal que permanece acima do Direito Penal e dos sistemas penais no mundo inteiro, abstraídas aqui todas as demais modalidades de pena que povoam as relações contratuais. A punição realiza a idéia, a essência pena que é um *a priori*, criado pelo homem para enfrentar o enigma do mal, frente à obrigatoriedade da coexistência. Por mais que variem as leis e os sistemas penais, a pena permanecerá como uma idéia *a priori*, uma essência universal e imutável, ainda que extintas um dia todas as punições. Assim, interessa à consciência transcendental a análise e evidenciação dos fenômenos vividos a partir da percepção das suas essências porque estas, nas suas infinitas variações (cada objeto comporta infinitos significados), são trazidas à consciência pura como evidências do ser dos fenômenos, do puro aparecer do vivido, ou seja, aquilo que é se mostra no vivido e é refletido na subjetividade transcendental, no ego transcendental, como instância última de evidenciação.

A última etapa do procedimento fenomenológico diz respeito à atitude constitutiva. O que é constituir? É, em última análise, evidenciar o mundo da nossa experiência “primitiva” no espaço do eu puro. O autêntico e originário eu em que transita a consciência é o eu puro como resíduo fenomenológico último, cuja vida depende radicalmente do indivíduo. O eu puro é vida constituinte do mundo. Como, a partir daí, evidenciar o mundo da nossa experiência? Eis a questão para a denominada fenomenologia da constituição, etapa decisiva de uma verdadeira teoria do conhecimento como filosofia primeira. O eu puro, finalmente, não é o “eu sou” abstrato do idealismo em geral, mas o “eu concreto”, o meu eu, na historicidade do seu acontecer temporal. Portanto, a atitude constitutiva envolve a concretude da nossa existência na tentativa de esclarecimento do mundo no chão do vivido e não na

abstração das idéias. A experiência constitutiva é a experiência da unidade de mundo vivenciada no ego puro. Se desejamos construir uma cidade num determinado espaço do nosso território, não é o bastante articular a descrição de todos os fenômenos percebidos naquela localidade com a fundamentação transcendental do projeto concebido *a priori* para o empreendimento. Também as especificidades empíricas de cada “arranjo” da cidade estarão presentes como fatores decisivos do êxito na busca das melhores instalações para o atendimento da população. Essa preocupação com os detalhes, com a compatibilização de cada peça na estrutura da cidade - centros de poder, escolas, hospitais etc - integra a planificação imaginada *a priori*, bem como as descrições dos fenômenos locais. Assim, a atitude constitutiva exerce o papel de integradora da experiência transcendental expressa na concepção do projeto da cidade com a realidade empírica relacionada com a melhor maneira de disposição de cada objeto de acordo com a finalidade proposta, com os fins a serem atingidos na sua funcionalidade. Em síntese, a cidade é uma totalidade de significações e concreções funcionais, cada uma delas destinada à melhor realização de sua finalidade. E a evidência dessa “melhor realização” será trazida pela atitude constitutiva do ego puro, do eu transcendental, na sua liberdade evidenciadora absoluta. É aí que se realiza a unidade da experiência da cidade, na sua vivência radical.

No campo do Direito, temos a Ordem Jurídica conhecida *a priori* na instância transcendental pelas categorias lógico-jurídicas (categorias formais pertencentes ao universo das essências) que se concretizam no sistema normativo. Ou seja, da análise transcendental das categorias lógico-jurídicas à luz da vida social e histórica emerge a Ordem Jurídica posta pelo Estado-Legislador. O vivido social provoca o legislador a exercer a função normativa das relações jurídicas frente à obrigatoriedade da coexistência, mas para

isso ele terá que contar com a estrutura de essências que promanam da consciência na instância do entendimento e da razão que elaboram os conceitos jurídico-normativos. Assim, a Ordem Jurídica, embora tendo como referência o vivido social no conjunto das relações decorrentes das mais variadas manifestações de vontades carregadas de conseqüências obrigacionais, encontra a sua garantia lógico-estrutural na subjetividade transcendental constituinte. Ou seja, o projeto transcendental da normatividade jurídica é sempre uma concepção *a priori* que jamais atingirá a plenitude das vivências sociais por mais minucioso que se apresente na sua formulação idealizante. Daí a ilusão da completuda de qualquer ordenamento jurídico, tão almejada pelos positivistas em geral.

A atitude fenomenológica constitutiva buscará suprir as lacunas do sistema, apreendendo a melhor maneira de evidenciar aquilo que na singularidade integra a totalidade, no esforço permanente em demanda da paz, da segurança e da justiça. Não há nada escondido por trás de uma Ordem Jurídica que em princípio seja inatingível pela percepção, não havendo mais distinção entre ser e aparecer. O aparecer já é o ser nas suas múltiplas manifestações significativas traduzidas na descrição das suas essências, conforme já vimos. Ser é ser objeto, repitamos, seja esse objeto real ou ideal. Portanto, a fenomenologia constitutiva, como a etapa mais ampla do processo de evidenciação do mundo, buscará descortinar cada horizonte na teia infinita de sentidos da vida jurídica, indo muito além da positividade normativa posta para satisfazer as exigências da coexistência humana. A atitude constitutiva ou o processo de constituição é que nos conduz à redescoberta dos sentidos do mundo, pois estes se encontram nas infinitas aberturas dos horizontes de significados que são dispostos à nossa percepção. Permanecendo no nosso exemplo, diríamos que constituir a Ordem Jurídica é evidenciar a sua função na consciência

transcendental e prosseguir na atividade perceptiva que conduz à redescoberta infinita dos seus sentidos nos horizontes do mundo social. Também no mundo jurídico nenhuma percepção é absoluta, uma vez que os modos de percepção estão sempre descortinando horizontes de novos significados, na contingência dos fatos objetos da eficácia normativa. Daí a abertura do mundo à consciência e a abertura da consciência ao mundo, possibilitando a sua ilimitada redescoberta enquanto “imanência na transcendência”, na multiplicidade de sentidos nela acultados.

É a isso que nos leva a eidética do Direito. Vê-lo na sua manifestação imediata, no aparecer da sua positividade, como um objeto pleno de significados ou sentidos que não se esgotam na imediatez das técnicas interpretativas. O objeto Direito só existe como referência dos sentidos dele emanados. É no conjunto de sentidos e significados da norma posta pelo Estado como objeto do Direito que encontramos a diretriz da sua aplicação. Aí o que buscamos é a constituição do ser do Direito representado na norma a partir da estrutura de essências que mostra aquilo que ele é. Afirmam os positivistas que todo Direito está contido na lei, na regra, na norma, posto que Direito é puro dever-ser. Mas se esquecem do fato de que o universo jurídico é uma dimensão indissolúvel do mundo da vida – uma “região ontológica” do mundo social – que implica, originariamente, a vivência da consciência doadora de sentidos ao mundo enquanto totalidade de horizontes. Considerar o Direito como uma simples categoria lógica aplicável a quaisquer sistemas jurídicos com o pressuposto de validade universal significa reduzi-lo à mera funcionalidade e ignorar o vivido aqui e agora dos próprios sentidos da idéia de juridicidade. Fora da coexistência não existe Direito, uma vez que a sua manifestação só aparece no alvorecer dos conflitos conaturais à sociabilidade humana. Mas, ao mesmo tempo, o caráter ontológico que envolve o homem como

coexistência – ser pessoa humana é ser coexistência – situa-o na trama do mundo como obrigado a compartilhar dos seus utensílios. Daí a origem da idéia de Direito como chave de decifração e composição dos conflitos, frente ao egoísmo incurável dos homens.

O que pretende a fenomenologia ao abrir os caminhos para uma eidética do Direito, no sentido de ver originariamente o seu aparecer, só pode ser percebido pelos juristas que acreditam na possibilidade de um conhecimento puro e apodítico (demonstrativo) do Direito para além da “pureza” enunciativa do positivismo em geral. Esse conhecimento puro é o conhecimento de essências. Todo objeto é relativo à sua essência. Todo saber jurídico necessita de uma justificação. Essa justificação só se realiza com o apelo à essência como saber absoluto. É o que garante o conhecimento contra o relativismo dos fatos, uma vez que todo saber de fatos só encontra justificação absoluta no saber de essências. O ser do Direito é o “metron” supremo das práticas jurídicas. Por mais que o intérprete do Direito esteja envolvido com os fatos geradores das relações jurídicas, o seu papel fundamental é exercido na filtragem dos acontecimentos à luz de paradigmas constitutivos da essência do jurídico como fundamento último de decidir. No fundo, trata-se de um processo infinito de esclarecimento da essência da própria consciência como razão fundante do Direito, pois o que está em jogo é o significado, o valor e os fins da razão na constituição da autonomia do sujeito humano, na tarefa de recuperação da humanidade da enfermidade do nihilismo.

ADOLF REINACH E A FENOMENOLOGIA DO A PRIORI NO DIREITO

*André R. C. Fontes**

Todo o transcurso do Século XX foi marcado por uma corrente de pensamento, forjada no final do século anterior: a Fenomenologia. A Fenomenologia contribuiu para a ruptura do pensamento filosófico do Século XIX e deu relevante contribuição à construção da Filosofia contemporânea. O decisivo avanço no Século XXI mostra a exata significação de sua importância e alcance, que é revelada pela quantidade de autores e obras marcadas por seus traços e perspectivas fundamentais. Tão decisiva, mas igualmente tão complexa, ela reflete bem a personalidade vigorosa e obstinada de seu fundador e principal representante, Edmund Husserl.

Cinquenta anos transcorreram de contínuo labor entre os trabalhos iniciais de Husserl e as conclusões de sua teoria inovadora. Husserl expressou, ao dar formulação mais plena ao seu trabalho

* Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Professor na Universidade do Rio de Janeiro - Uni-Rio, Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo)

científico, sua confiança em haver estabelecido a Filosofia "como ciência rigorosa" e "disciplina independente", e classificou todas as precedentes como superficiais e imperfeitas, ou vagas e estéreis. No começo de sua carreira, ao contrário, atormentava Husserl a incerteza sobre a sua capacidade intelectual para atingir às suas ousadas aspirações, e, ainda, se a Filosofia poderia satisfazê-las. Mas, ao longo de sua vida dedicada aos estudos, percorreu caminhos variados, de renovação e aperfeiçoamento de suas próprias conclusões.

O pensamento de Husserl foi o caminho aberto para oferecer ao mundo um substitutivo ou uma alternativa ao pensamento reinante no século do liberalismo. Naqueles anos de renovação, havia certa insatisfação com relação à análise do conhecimento voltada apenas para a perspectiva do sujeito cognoscente. A Filosofia, que havia se dissociado da problemática do ser (da Idade Média e da Escolástica), deixara as linhas clássicas da Teoria do Ser e agora se voltava para o objeto. Foi uma época na qual se exprimia, de forma vigorosa, o Idealismo alemão, com o insulamento e a abstração do sujeito cognoscente.

Ao retomar a noção de *dado* e pregar o *retorno às essências*, tomou Edmund Husserl uma atitude realista, que abriu caminho para oferecer ao mundo um substitutivo ou uma alternativa à Epistemologia da época. O *dado*, sobre o qual se funda a doutrina de Husserl, entretanto, não seria aquele objeto da realidade, sensível e experimental, proclamado pelos positivistas e empiristas ingleses; mas, sim, a idéia de que cada objeto sensível e individual possui essência própria, que somente poderia ser alcançada por uma forma pura de consciência.

A Fenomenologia foi reconhecida como uma filosofia e um método, como bem destacado por Heidegger, no § 7º de "Ser e

Tempo". Como manifestação filosófica, buscou determinar o conteúdo inteligível ideal dos fenômenos, captado em visão imediata, o que representa retorno às próprias coisas. E como método, a Fenomenologia propõe-se a estabelecer fundamentos seguros para todas as ciências desprovidas de qualquer pressuposição, afastando-se da dedução e do empirismo, com o propósito de elucidar o que é dado.

As repercussões desses estudos nas Ciências Jurídicas podem ser constatadas ao longo do curso de exposição dos trabalhos de Husserl e, basicamente, resumiram-se no deslocamento da *razão* e de suas abstrações para o *dado*, de maneira que a cognição deixava a *razão abstrata* e passava à noção daquilo que se queria compreender, sejam as leis mesmas, a Constituição ou os negócios jurídicos em geral.

Dentre os mais notáveis estudiosos da Fenomenologia, destacou-se Reinach, jurista e filósofo, que, envolvido com as teses realistas de Husserl, adotou a concepção fenomenológica do conhecimento à exegese dos textos jurídicos. Partiu, então, da idéia do *a priori* para reconhecer, nos textos, verdadeiras realidades nas figuras jurídicas tratadas apenas como meras idéias ou conceitos legais. Formulou sua teoria, na conhecida obra "Os fundamentos apriorísticos do direito civil". O trabalho encontrou ampla acolhida em um primeiro momento e sobreviveu à prematura morte de seu autor, na Primeira Guerra Mundial.

Edmund Husserl, entretanto, aperfeiçoou seus estudos e intensificou suas conclusões por caminhos mais transcendentais e cada vez menos realistas. Trata-se de um período de renovações profissionais, porque Husserl, ao assumir a cadeira de Professor de Filosofia em uma nova Universidade, a de Göttingen, fez revisões de sua teoria, tornando-a cada vez menos realista. Isso ocorreu em

1913, após o lançamento de uma das mais conhecidas de suas obras, a "Idéias". Essa fase é conhecida em sua vida acadêmica, porque não é acompanhada por vários dos seus então discípulos originários da Universidade de Munique, dentre os quais Edith Stein, Daubert e o próprio Reinach, que rejeitaram a Fenomenologia Transcendental e mantiveram a corrente realista.

O desdobramento das idéias dissidentes de Reinach não se limitou à mera repetição ou descrição da sua filosofia, mas forjou conclusões e pensamentos autônomos de destacados filósofos do Direito, especialmente dedicados a trabalhos de corte fenomenológico, dentre os quais Wilhelm Schapp e Alexander Koyré. Tiveram lugar, igualmente, os estudos de Reinach entre os filósofos da linguagem, por conta da *Teoria dos atos lingüísticos* de John Austin, e, mais recentemente, de seu discípulo John Searle, em trabalhos de Filosofia da Mente.

O conhecimento da essência para Husserl é direto, sem inferências, sem deduções, sem conceitos prévios, a partir de um dado qualquer. Conhecer um objeto é realizar a intuição de sua essência, ou *intuição eidética*, porque o universal como essência é denominado por Husserl de *eidós*. Como todo fenômeno supõe uma essência (necessária); independente dos fatos, as essências se apresentam invariavelmente de modo ideal e apriorístico.

Husserl divergiu da teoria em vigor na sua época: o Kantismo. O *a priori* kantiano era um sistema de categorias concebidas como funções subjetivas e como formas vazias, de modo a criar um sistema limitado, subjetivo, funcional e formal. Kant admitia a intuição sensível; Husserl, por sua vez, asseverava que, além da intuição sensível, existe a intuição das essências, ou intuição eidética, em que os objetos ideais, as essências, o *a priori* se apresentam de modo imediato e não como proposições universais e necessárias,

que resultariam de uma síntese entre a matéria das intuições sensíveis e as formas do intelecto humano.

O pensamento de Husserl destoava igualmente dos neokantianos, especialmente da Escola de Marburgo, a chamada Escola Logicista, que tem como representante principal e fundador Hermann Cohen. Para Cohen seria fundamental retomar o conceito kantiano de revolução copernicana e atribuir ao *a priori* condição de fundamento da objetividade da ciência. Desse modo sustentou, em crítica ao Positivismo, que a ciência moderna não se constituiu como um amontoado de fatos observados, mas pela unificação de fatos sob leis, hipóteses e teorias. De maneira que, a hipótese, a teoria é o *a priori*, o conhecimento puro, e não algo subjetivo e arbitrário, como sustentado na concepção positivista, na qual o objetivo é o fato, a sensação, o *a posteriori*.

A crítica ao Psicologismo de Brentano, na qual se baseava a teoria de Husserl, era incompatível com concepção físico-psíquica do *a priori* defendida por estudiosos do kantismo, como J. F. Fries. Essa concepção evidenciava, em primeiro lugar, o valor fundamental do conhecimento que o sujeito tem de si mesmo, como sujeito da atividade interior. O produto primário dessa atividade é a representação, que constitui a base do nosso conhecimento, sem, entretanto, representar todo o conhecimento sobre determinado tema.

Não eram, de igual modo, compatíveis com o pensamento de Husserl a concepção do fisiologista Hermann Helmholtz, que via no Kantismo uma filosofia aberta à ciência e tendia a interpretar o *a priori* kantiano como nossa estrutura físico-psíquica, e a teoria de Friedrich Albert Lange, na qual interpreta o *a priori* como nossa organização psíquica e encontra na filosofia kantiana uma teoria que permite superar o materialismo, sem desembocar em concepções metafísicas e sem menosprezar as conclusões da ciência.

Reinach concentrou-se em dois atos considerados tipicamente jurídicos, constitutivos de vínculo obrigatório, atos de promessa e atos de obediência, respectivamente base do contrato, eixo do Direito Privado, e da hierarquia, pedra angular de todo o Direito Público. São eles dois atos puros, que a consciência colhe intuitivamente, independente da experiência. A essência do primeiro consiste em suscitar, de um lado, uma obrigação e, de outro, uma pretensão; a essência do segundo consiste no direito de comandar, por parte do superior, e no dever de cumprir a ordem, por parte do inferior.

Não se propôs Reinach a construir um novo sistema de Direito Natural, não procura fixar critérios para a reavaliação do Direito Positivo, nem indicar-lhe os ideais. Não indaga as causas dos preceitos jurídicos, nem procura elaborar uma Teoria Geral do Direito. Os conceitos jurídicos têm para Reinach uma essência objetiva, independente de todo o Direito e anterior a ele. São apriorísticos, gerais e necessários.

Os fundamentos apriorísticos traçados por Reinach são realidades como os números, as árvores e as casas. E essa realidade independe do fato dos homens a perceberem ou não. Enfim, seria independente do Direito Positivo a que serve. Em verdade, o Direito Positivo descobriria o conceito jurídico e não o produziria. Em outras palavras, o conceito jurídico é uma realidade que está fora do Direito Positivo, como os números possuem uma realidade independente da Matemática. Nós absorvemos a essência das formações jurídicas, nós percebemos que elas se impõem de forma estritamente legítima. Essa validade retorna a todas as formações do mesmo gênero.

Existe, então, relativamente às formações jurídicas, as proposições apriorísticas, que se impõem, que são suscetíveis de serem formuladas com rigor. Elas são evidentes, independentes

de toda consciência e do conteúdo do que importa no Direito Positivo. O conjunto de proposições apriorísticas e sintéticas constituem a Ciência Jurídica pura, análoga à Matemática pura e às ciências naturais puras.

Reinach, para basear suas premissas, estuda notadamente a pretensão, a obrigação e a promessa, assim como a aplicação que se faz dessas noções na propriedade e na representação. A análise da relação que existe, de uma parte, entre a teoria apriorística do Direito e o Direito Positivo - relação ou conceito de fim recebe um papel preponderante - de outra parte, pode-se fazer entre a teoria apriorística do Direito e o Direito Natural, que reivindica também uma independência completa.

As construções fenomenológicas de Reinach não se compreendem positivamente como do Direito de formação jurídica, na sua coordenação; elas tendem a atingir cada formação jurídica em si, sem se preocupar com os meios do mundo de uma positividade qualquer. São estrangeiras de uma teoria geral, que repousa sobre uma base empírica, se bem que podem, em certa medida, fazer compreender *a priori* a possibilidade de uma tal teoria. Podem, enfim, fundar uma ciência que, do seu próprio ponto de vista, servirá de Teoria dos princípios fundamentais: ela será o mais alto e último degrau da teoria geral do direito.

Reinach apresenta algumas atitudes paradoxais, com respeito ao Direito Positivo. Ele afirma que algumas contradições podem existir entre a Teoria apriorística e o Direito Positivo. As disposições normativas podem afastar-se das leis do ser. Nem mesmo parecem divergentes e não podem ser invocadas contra a validade dessas últimas, pois que elas são as relações apriorísticas que tornam as disposições normativas possíveis e compreensíveis. Em outros termos, se compreendemos bem, quando o Direito Positivo se afasta

das construções apriorísticas, é ele que não tem razão. Ao se afastar essa concepção teórica de um dado essencialmente prático, perde-se todo alcance e não é mais do que um vão jogo de imaginação.

A obra de Reinach reporta-se ao Direito Privado, de modo especial ao Direito Civil. Mas as premissas do seu trabalho não destoam de conclusões assinaladas por estudiosos de outros ramos do Direito. Desde os estudos constitucionais até os mais variados estudos sobre as leis ordinárias, sempre se entendeu que a elaboração de textos normativos estaria subordinada às exigências lógicas, ou, mais propriamente ontológicas, que se pretende sejam superiores ao próprio direito que se quer ver positivado. No exercício do poder constituinte originário, o mais importante dos poderes normativos, também se considera a existência de condições *sine qua non*, sem as quais nenhuma constituição será reconhecida e aceita. A idéia de que haverá um nome oficial para o novo país, ou suas formas de Estado e de governo são bons exemplos disso. No Direito Penal, existe hoje um consenso de que não é qualquer conduta que merece reprovação, de maneira que a tipicidade está limitada a formas apriorísticas de cunho pré-normativo.

A partir desse ponto de vista, torna-se compreensível aquela concepção do Direito Positivo, que hoje podemos considerar como geral. Não existem, de fato, *leis jurídicas* em si válidas de modo extratemporal, no sentido do exemplo matemático. Certamente, é possível obter conceitos gerais que fundamentarão um código ou uma constituição, nas suas determinações particulares. E no frontispício de seu estudo, é possível dizer que também esses conceitos fundamentais poderão ser substituídos por outros, em época sucessiva. Essas assertivas oferecem, entretanto, outros ângulos de consideração, pois se é possível propor novas linhas fundamentais para a evolução do Direito, é de se concluir que tais proposições de política legislativa valerão somente até suscitarem

as considerações históricas, nas quais elas se fundam. É necessário que o Direito traga o seu conteúdo sempre potencialmente mutável.

A obra de Reinach buscou as *legalidades jurídicas puras*, que, com pleno sentido, existem independentes da natureza, independentes do conhecimento humano, independentes da organização humana e, sobretudo, independentes do desenvolvimento efetivo do mundo. Por meio do estudo da propriedade, da posse, da representação, do penhor, de institutos de Direito Privado, Reinach procurou captar e colher, intuitivamente, as essências de cada um desses institutos, com validade objetiva *a priori*, independentemente do que dispõe o Direito Positivo e de suas conseqüências, sejam elas boas ou más.

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 freqüência.

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 solipscismo, 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.

FENOMENOLOGIA E TEORIA FINAL DA AÇÃO

Ronaldo Tanus Madeira - Advogado Criminalista

O sistema jurídico penal moderno de base finalista tem uma nítida e notória influência do pensamento fenomenológico. E, essa dimensão fenomenológica da teoria final da ação é confirmada pelo próprio Welzel que, no prólogo da 4ª edição de sua Obra, O Novo Sistema Jurídico Penal, ao refutar as críticas daqueles que interpretavam o seu sistema sob a ótica de relação de dependência com o sistema filosófico de Nicolai Hartmann, afirma que as sugestões para a formulação da teoria da ação final procederam de autores que escreveram sobre os fundamentos da psicologia do pensamento e dos fenomenólogos, principalmente, P. F. Linke e Alexander Pfander, entre outros. Tudo isso porque, os referidos autores entre a década de 20 e 30 do século XX elaboraram trabalhos que promoveram uma ruptura, uma cisão, uma crítica à antiga psicologia causal-mecânica, de elementos e associações, priorizando um modo ou uma forma de realização da conduta humana que não era causal-mecânica, mas de “intencionalidade dos fins”.

Em razão do que, a causalidade externa dentro da perspectiva da teoria da ação final é a realização de uma vontade humana vidente que se externa movida pela intencionalidade, em direção a fins predeterminados. Graças ao pensamento fenomenológico o curso não-causal, não-mecânico de certos atos anímicos, os atos de pensamento, passaram a ser patrimônio cultural comum de toda vertente do conhecimento entre os anos 20 e 30 do século passado.

A fenomenologia foi tão significativa no pensamento de Welzel que, até 1935 em todos os seus trabalhos o termo usado ou expressão que usava era a intencionalidade dos fins, vindo, somente, a partir da data acima a substituir intencionalidade por finalidade, ressaltando, entretanto, que a intencionalidade dos fins, termo de origem fenomenológica, continuava sendo a base fundamental de toda finalidade.

Em razão do que, Welzel concebeu o dolo como finalidade da ação típica, pura realização da vontade, separada da consciência da ilicitude, componente central do conceito de culpabilidade na nova doutrina jurídico-penal. O dolo como finalidade típica ou finalidade da ação típica pertence ao tipo subjetivo, ao lado dos demais elementos subjetivos configuradores do injusto da ação. O dolo sem a consciência da ilicitude ou consciência da antijuridicidade é intencionalidade de fins da ação típica e realização dessa ação.

O conceito de culpabilidade considera como fator central ou característica fundamental a consciência da ilicitude do fato. E, a reprovabilidade do agente só será possível se o mesmo formou ou constitui sua vontade contra o direito, podendo tê-la formado de acordo com a norma, ou seja, a reprovabilidade pela formação defeituosa da vontade do agente alcança o autor por ter-se decidido em realizar o fato com consciência de sua contrariedade ao direito.

Essa consideração do dolo como intencionalidade dos fins ou finalidade tipificada, pura vontade de realização da ação típica, de teor inteiramente fenomenológico, separado o dolo da consciência da antijuridicidade do fato, fez com que, na nova doutrina jurídico penal se distinguisse entre erro de tipo e erro de proibição, em substituição da teoria do erro da ação causal que se referia a erro de fato e erro de direito. Essa nova consideração da teoria do erro, em distinta forma, em erro de tipo e erro de proibição, respectivamente, foi adotado em nosso Código Penal, a partir da Reforma de 84, nos artigos 20 §10 e 21 parágrafo único do CP. O erro de tipo exclui o dolo, com ele a relevância penal da conduta, porque sem dolo não se realiza o tipo. Esse erro sobre os elementos objetivos do tipo ou sobre o fato típico diz respeito à intencionalidade final da ação. É erro sobre o componente intelectual do dolo. Trata-se de um conhecimento equivocado sobre a finalidade da conduta na realização do fato típico. O erro é a dimensão contrária do dolo, de natureza diferente do dolo incidindo sobre os componentes essenciais do tipo injusto objetivo, sejam descritivos ou normativos. O erro sobre o fato típico retira do agente a representação mental da realização final dos elementos descritivos ou normativos do tipo de injusto. O dolo exige uma finalidade que falta na representação mental do agente que age com erro de tipo invencível ou inevitável. Esse erro inevitável exclui a relevância típica penal da conduta, pois, uma conduta sem dolo, não realiza o tipo de injusto. Se o erro de tipo pudesse ser evitado pelo agente se observasse melhor o dever objetivo de cuidado ou empregado os cuidados objetivos exigíveis, exclui-se o dolo da ação típica, respondendo o agente por fato ou responsabilidade culposa, segunda parte do art. 20 e art. 18, parágrafo único, ambos do CP.

Mas, é no erro de proibição, decorrente da separação do dolo da consciência da ilicitude do fato é que Welzel introduz o critério de erro de proibição inevitável e erro de proibição evitável. Só na

hipótese de um erro inevitável de proibição é que desaparece por completo a reprovabilidade da culpabilidade. Se o erro for evitável a culpabilidade não desaparece, a reprovabilidade continua com caráter bem reduzido ou debilitado. O grau de reprovabilidade no erro evitável de proibição é critério que deve ser apreciado pelo Julgador. O erro sobre a ilicitude do fato incide sobre a proibição jurídico-penal do fato. Prescreve o art. 21 do CP, na primeira parte, sobre o desconhecimento formal da letra da lei, hipótese em que não aproveita o agente. Na segunda parte do art. 21 do CP cuida de erro de proibição em que o agente realiza o fato típico, sem a consciência de sua proibição. Atua o agente sem a compreensão da ilicitude do fato. Um outro lado da consciência do injusto. Acredita que atua conforme o direito. O parágrafo único do art. 21 descreve em que circunstâncias o erro de proibição dever ser considerado evitável.

Dentro desse pensamento, a participação, indução, instigação e cumplicidade implicam na existência de um fato final principal, um fato típico intencional dos fins, um fato típico doloso. Welzel ainda sob a influência do pensamento fenomenológico, distingue entre autor e executor, considerando autor o que possui a domínio final do fato, em concurso de agentes. Na hipótese do delito culposos, autor é todo aquele que contribui para a produção do resultado que não, correspondente ao dever objetivo de cuidado. E a finalidade, intencionalidade dos fins que distingue o autor do partícipe, pois, o partícipe não possui o dolo pertencente ao autor, a finalidade, o domínio do processo causal externo, a relação de senhor do processo causal externo. O partícipe colabora, contribui, com uma conduta acidental, secundária junto a conduta principal e final do autor. Essa teoria final objetiva ou teoria do domínio final do fato assinala o autor, como todo aquele que tem o domínio final do resultado típico produzido. Em razão desse domínio final do

fato, o partícipe concorre para realização do fato final típico, sem o domínio final do autor. O que Welzel quer mostrar é que o autor é quem domina um processo causal essencial a realização do fato típico final, sem, necessariamente ser o executor desse fato. A contribuição do autor para a realização do tipo ou de empreitada delitiva é uma contribuição essencial. A figura do co-autor é aquele agente que concorre para o fato com domínio final do mesmo. Co-autor é co-domínio final do fato, há uma divisão de atribuições fundamentais para a realização do plano delitivo. Dai emerge certos conceitos, tais como o de autor intelectual do fato que, sem executar o mesmo, sem realizar o fato de modo direto, através de sua vontade final possui o domínio de todo processo causal externo, possui o domínio completo ou total da conduta típica realizada. O autor direto ou imediato é o autor executor do fato típico. É a autoria imediata, direta, em que o agente pratica o fato pessoalmente. Já o autor mediato ou indireto se serve de uma terceira pessoa que atua sob coação moral irresistível ou algumas hipóteses de obediência hierárquica ou daqueles que, como os doentes mentais ou menor atuam como objeto ou instrumento da vontade final do autor. O Prof. Nilo Batista, em sua Obra, Concurso de Agentes, 2ª edição, Lúmen Júris Editora, pág. 129, conceitua a autoria mediata: *“Dá-se autoria mediata quando, na realização de um delito, o autor se vale de um terceiro que atua como instrumento. O fundamento da autoria mediata reside, como não poderia deixar de ser, no domínio do fato, sob a forma especial de domínio da vontade”*.

Em razão da superação do mecanicismo-causal pelo pensamento da intencionalidade dos fins, isto é, o pensamento fenomenológico de que certos atos anímicos, atos do pensamento possuem um curso e uma peregrinação não-causal, mas final e videntes do fim, a conduta humana em sua estrutura fundamental passa a ser exercício de atividade final, ação como um

acontecimento final e não puramente externo e causal. Daí decorre, também, a idéia do homem como ser responsável, pois, a estrutura final da ação humana não poderia ser percebida, nem a conduta final poderia ser considerada com algo especificamente humano, se não partisse de uma determinada concepção de homem, como aberto ao mundo, como consciência capaz de reger-se pelos princípios de sentido e valor. O conceito de ação humana como unidade de sentido final-causal está interligada, entrelaçada a uma perspectiva fenomenológica do universo. Daí que a finalidade ou a intencionalidade dos fins, baseia-se no fato de que, seja o homem capaz, graças a seu saber causal, de prevê; dentro de certos limites, as possíveis conseqüências de sua conduta, dominar a ação em razão de um fim proposto, designar-lhe fim diverso do pretendido, com conhecimento dos efeitos concomitantes da realização final da conduta. Quando Welzel afirma que a finalidade é vidente e a causalidade é cega, nada mais faz, do que afirma' um principio fenomenológico essencial que é, a intencionalidade dos fins.

O pensamento fenomenológico da década dos anos 20 do século passado, ao lado do pensamento ontológico ajudou a superar a influência de correntes mecanicistas das ciências naturais dos fins do século XIX e inícios do século XX. Até então, o Direito Penal de Beling e Liszt cindia a ação humana em duas vertentes. De um lado, a ação como processo causal externo, objetivo, e, de outro o conteúdo da vontade, meramente subjetivo que pertencia a culpabilidade. De acordo com essa concepção, a ação é concebida como mero processo causal externo desencadeado por um processo voluntário ou uma enervação dos músculos, sendo que, o conteúdo da vontade, sua finalidade, isto é, o que o autor quis, era um problema da culpabilidade e não da ação. O dolo como um problema da culpabilidade sempre foi defendido por Radbruch e Mezger.

A função constitutiva da consciência e da vontade, como componentes da ação, definição de Welzel sob a influência do pensamento fenomenológico, era desconsiderado pelas correntes naturalistas e mecanicistas que dominaram a dogmática penal nos inícios do século XX. Esse sistema desconsiderava a função fundamental e constitutiva da vontade, como fator de intencionalidade, de finalidade, de direcionalidade da conduta, considerando a ação como mero processo causal externo, desencadeado por um ato voluntário, isto é, mero processo causal externo que se processa com ausência de coação, o que configura a voluntariedade ou por uma enervação muscular. O conteúdo fenomenológico na teoria da ação final, transforma a ação humana em um componente, onde a vontade atua como fator de determinação e condutor da ação. A cisão entre vontade e ação ou conteúdo da vontade (finalidade ou intencionalidade dos fins) e ação, produzida pelo causalismo entre outros enfrentamentos teóricos nos deparamos com a figura da tentativa, tendo em vista que a tentativa não é um mero suceder causal externo, mas uma ação final conduzida pela vontade que aponta o resultado típico previamente eleito. Um disparo que passa próximo à frente de alguém, se não nos ativermos a vontade da ação, a finalidade da ação, o conteúdo da vontade que anima a conduta, não poderemos precisar se trata de uma tentativa de homicídio, uma bala perdida, uma fatalidade ou um crime de tiro em lugar público.

Para a teoria final da ação o conteúdo do querer, da vontade, isto é, a intencionalidade dos fins ou a finalidade é componente essencial e integrante da conduta. Elemento constitutivo da ação. Ora, se o conteúdo da vontade, a finalidade é parte integrante ou constitutiva da ação na tentativa, por que, não sê-lo no crime consumado. Ora, se a ação conduzida por uma vontade é conduzida por uma vontade final na tentativa, porque, quando produz o

resultado querido, deixa de pertencer à ação? Assim, tanto no crime tentado, como no crime consumado a resolução delitiva da vontade pertence à ação, ao tipo subjetivo, e, não à culpabilidade. Sem o que, não se pode afirmar o significado ético social de uma conduta, não se pode apontar o desvalor de uma ação, pois, é na finalidade, conteúdo da vontade de anima a ação que encontramos o fundamento para o conceito de injusto pessoal. A referência final a um determinado resultado pretendido pelo agente, como fim da ação, ou efeito concomitante da mesma, é possível desvalorar no tipo a ação proibida de matar, subtrair coisa alheia, obter vantagem ilícita. Sem o conteúdo determinado da vontade de ação, essas valorações se tomam impossíveis.

Nos delitos dolosos, o dolo, que é intencionalidade de fins tipificada ou finalidade tipificada, vontade final se dirige para a realização das circunstâncias objetivas ou fáticas de um tipo legal de crime. O dolo como elemento da ação é parte integrante da ação típica, sua dimensão ou componente subjetivo compoendo junto aos elementos externos, junto ao tipo objetivo, uma unidade final causal. A teoria causal da ação, rompe essa unidade de sentido final causal, desconsidera a existência do tipo subjetivo, bem como, não atesta a existência de elementos subjetivos do tipo ao lado do dolo, como as intenções ou animus e tendências que transcendente a vontade de realização. No furto, subtração da coisa alheia móvel, para si ou para outrem, sem o dolo no tipo, não poderia haver o animus de assenhoreamento definitivo da coisa móvel e alheia, configurado na expressão para si ou para outrem. Em razão do que o tipo de injusto não pode ser um mero processo causal externo, isto é, somente desvalor do resultado, lesão do bem jurídico, mas o fato harmonicamente integrado por elementos objetivos e subjetivos, dolo e elementos especiais, ao lado do dolo. Só assim, torna-se compreensível os elementos subjetivos do injusto e o conceito de injusto pessoal e final de autor.

Quanto aos delitos culposos em que o causalismo supunha que lhe era um campo familiar, a teoria da ação final demonstra que a parte essencial do fato culposo, não está no resultado, mas no desvalor da ação. Uma ação defeituosa final que deixa de observar o dever objetivo de cuidado. Assim, nos delitos culposos o resultado produzido, não é produzido finalisticamente, até porque, como afirmamos, esse resultado que não é produzido finalisticamente, embora toda ação seja exercício de atividade final, o resultado, por outro lado, não é o único, nem o mais importante elemento do injusto. Tudo isso porque, uma ação adequada ao dever objetivo de cuidado se produzir um resultado típico, esse resultado típico produzido, não é suficiente para a configuração do injusto penal do fato típico culposo. O elemento essencial do injusto dos delitos culposos, como observa Welzel não consiste no resultado causado, mas na forma de execução defeituosa da ação final empreendida. Com o desvalor da ação fica complementado o injusto material dos delitos culposos.

Com a notável e profunda monografia de Armin Kaufmann sobre a dogmática dos delitos omissivos se completa o arcabouço de um sistema penal de base finalista e com notória influência da fenomenologia e que, a partir dos anos 30 do século XX até hoje não foi superado.

Quanto à questão sobre as valorações no Direito Penal, a partir de uma concepção de ação humana como finalidade ou intencionalidade dos fins, fica cômodo ao legislador ou ao ordenamento jurídico determina por si mesmo quais elementos finais que quer desvalorar, e, de conseqüência, lhes vincular como conseqüência jurídica a cominação de uma pena. O legislador deve se vincular a esses elementos ontológicos, mas, esses elementos ontológicos existem antes e independentemente da desvalorização, razão porque, não podem ser modificados pelo sujeito que

desvalor. A configuração de uma ação no tipo, ação como exercício de atividade final, a torna desvalorada juridicamente e proibida de realização. Daí porque, a ação humana conduzida pela vontade, que é finalidade, configura-se como elemento material individual que serve de base e fundamento para todo juízo de valoração negativa ou de desvalor da ação. Os tipos nada mais são que as descrições conceituais e lingüísticas desses elementos ontológicos materiais que individualizam o injusto típico. O conteúdo das definições típicas, isto é, as finalidades desvaloradas pertencem à esfera ôntica, são elementos previamente dados que, se antepõe aos juízos negativos de valorações. Essa vinculação ao ser das coisas, a natureza final da ação, sua estrutura lógico objetiva, é um método que constitui aspecto essencial da teoria da ação final.

Daí decorre que a direção final de uma ação se realize, primeiro, como ato de pensamento, ato de consciência, intencionalidade dos fins. Sem a intencionalidade ou antecipação mental do fim, não há ação, mas mero processo externo de fundo causal e mecanicista. Só através da finalidade da ação ou do conteúdo da vontade, com base em um domínio do processo causal externo ou de um saber causal, a conduta é dirigida na produção de um resultado típico em que o autor tem pleno domínio da realização desse fim, bem como, o de evitar ou aceitar os efeitos concomitantes ou colaterais, isto é, podendo ou não, esses efeitos serem abarcados pela vontade de ação.

A conduta como finalidade ou intencionalidade dos fins, com os estudos de Welzel passa a ser considerada como componente genérico comum ou caráter geral comum para todas as formas que os tipos adotam individualizar a matéria de proibição. O legislador ao desvalorar uma conduta passa a individualizá-la em um tipo legal de crime, vinculado ao conteúdo da vontade que anima essa conduta, isto é, a finalidade. Não há, para o finalismo, conceitos

distintos entre uma conduta ontológica e uma conduta penal. A conduta é algo real e não criação do legislador. A função do legislador está em proibir uma conduta final que viole os bens jurídicos fundamentais a existência e coexistência sociais. Assim tanto as condutas dolosas, como as culposas, bem como, as formas típicas ativa e omissiva, isto , as principais classificações estruturais dos tipos devem respeitar o ser real da conduta humana, isto é, intencionalidade dos fins ou finalidade. Nos tipos dolosos o legislador proíbe condutas em razão de seu fim. O agente põe em marcha um processo causal externo que realiza um resultado típico, através de uma conduta final. A causalidade é desencadeada em direção a um fim típico, como por exemplo, um crime de dano, morte de um homem, um incêndio.

Nos tipos culposos a conduta humana não deixa de ser final, mas, a ação não é proibida em razão do fim que normalmente é lícito, mas a proibição decorre da forma defeituosa da execução dessa conduta final que deixa de observar o dever objetivo de cuidado. Com isso não quer dizer que o tipo não proíba uma conduta que não seja final. O que ocorre que a conduta é proibida não em razão do fim, mas em razão da inobservância do dever objetivo de cuidado que resulta violado quando, podendo o agente prevê que a causalidade posta em movimento vai afetar um bem jurídico alheio, não prevê essa lesividade, ou, quando prevendo, acredita sinceramente que ela não ocorrerá.

Na classificação estrutural entre tipos ativos e omissivos, também, não se torna necessário abrir mão do conceito final de conduta, pois, nos tipos ativos o legislador descrevem as condutas proibidas, como no estupro que significa constranger mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça. Nos tipos omissivos o legislador descreve a conduta devida restando, pois, proibida, desvalorada, toda conduta que não coincida com a devida.

Tanto na tipicidade ativa, como na tipicidade omissiva a conduta é final. No tipo ativo o legislador proíbe uma conduta final ao descrevê-la. No tipo omissivo, o legislador proíbe uma conduta final em comparação com a conduta devida. Se o agente realiza outra conduta que não a devida preenche os requisitos do tipo omissivo.

Como afirmamos acima, na década de 20 do século passado foi patrimônio cultural comum decorrente dos trabalhos dos fenomenólogos e dos psicólogos dos atos do pensamento, a constatação da realização de certos atos anímicos, atos de pensamento, intencionalidade dos fins cuja realização não atendia a um curso causal mecânico, mas final. Esses trabalhos cuidavam, precisamente, do curso não causal de certos atos humanos. Daí que facilitou a afirmação que o tipo penal não poderia ser um mero processo causal externo contendo uma ação sem uma vontade final. A partir desses trabalhos, aproveitados por Welzel a partir de 1931, o tipo passou a conter o conteúdo da vontade que conduz a ação, a intencionalidade dos fins do agente, a relação psicológica entre a conduta e o fim típico realizado. O injusto deixa de ser puramente um processo externo causal, para se tornar um processo final-causal vidente, e, um ato contrário ao direito ao julgador deve caber atentar para o conteúdo da vontade que anima a ação. Passou a ser incoerente julgar um ato como contrário ao direito sem atentar para o conteúdo da vontade que conduz a ação. Essa relação psicológica entre o agente e o fato até Welzel pertencia a culpabilidade que, sendo puro juízo de reprovabilidade, não poderia mais conter essa relação. O dolo e a culpa passam a ser estruturas típicas diferentes e independentes, enquanto a culpabilidade, juízo puro de reprovabilidade. Enfim, as características fundamentais do finalismo, tais como, conduta entendida como unidade final causal ou exercício de atividade final, tipicidade como proibição de realização de uma conduta dolosa ou culposa, antijuridicidade como contrariedade

entre a conduta dolosa ou culposa e a ordem jurídica como um todo harmônico e a culpabilidade como reprovabilidade, pode ter sofrido influências de outras tendências do pensamento, como o aristotelismo e dos estudiosos da psicologia dos atos do pensamento, mas, acima de tudo, possui uma estrita coincidência com os paradigmas gerais do pensamento fenomenológico.

HUSSERL E A CRISE DA CIÊNCIA ONTEM E HOJE

Sávio Laterce - Mestre e Doutorando em Filosofia pela UFRJ

Uma das grandezas da filosofia é a sua atemporalidade. Conceitos pertencem e não pertencem a uma época. Eles dão conta de problemas próprios de um momento histórico, mas podem renascer transformados milênios depois de terem sido originalmente inventados. Não há dúvida, por exemplo, que a noção de Acaso de Epicuro inspirou Darwin, que a Idéia de Platão ajudou a compor a teoria estética de Schopenhauer ou que a lista de Categorias de Aristóteles ressurgiu reduzida em número nas reflexões de Kant. Essa é a força do pensamento que vai além dos seus autores, o que nos faz acreditar que esses homens raros são extemporâneos, visionários, gigantes intelectuais que apontam flechas para o futuro.

É isso que nos assegura que, diante de desafios contemporâneos cruciais na fronteira movediça da ética e da ciência, Husserl possa ser um pensador urgente, pois anteviu há 70 anos

problemas nos quais estamos mergulhados hoje até o nosso último cromossomo. Ele apontou literalmente que a razão técnica, orgulhosa construção do Ocidente civilizado, pode servir a experiências sádicas, derramamentos de sangue e carnificinas humanas. O aumento do poder de fogo das armas e o uso bélico da velocidade que levou a 14 milhões de mortos na Primeira Guerra foi a demonstração disso. Mas se pensarmos em nossos dias, com a dimensão microfísica, velocíssima e altamente destrutiva que os meios computacionais deram aos conflitos contemporâneos, uso iniciado de maneira emblemática na Guerra do Golfo em 1990, podemos colocar a possibilidade de genocídio na ordem dos bilhões de pessoas. Se na Primeira Guerra a melhor expressão é barbárie, que novo nome daríamos agora, se é que ainda haverá alguém para dar um novo nome?

Em uma das suas últimas conferências, em 1935, *A crise da humanidade européia e a filosofia transcendental*, Husserl percebeu de modo embrionário um perigo que hoje é gritante: o descompasso entre as invenções técnicas da ciência e a reflexão sobre as finalidades dessas invenções. E já anunciava um dilema absolutamente contemporâneo: é possível fazer e não cogitamos para quê fazer. A percepção desse problema só pode se dar no ambiente filosófico, pois a ciência natural mantém suas preocupações na esfera da pura investigação e domínio quantificador da natureza. Esse é o papel que ela desenvolve com plena competência, o que significa que as conseqüências da sua atuação não entrariam em jogo dentro da própria reflexão científica. Esse enfoque crítico caberia à filosofia, mas esta deslumbrada com os avanços técnicos, não o realizava. Instalou-se o estopim da crise. Um dos resultados disso foi o posicionamento da metafísica como serviçal do naturalismo, o que redundou em uma contínua perda de referência ética e humanista nas elaborações científicas.

Paralelamente a isso, foram visíveis os progressos materiais espetaculares produzidos pela modernidade, desde os grandes físicos dos séculos XVI e XVII, como Kepler, Galileu e Newton. Em escala cada vez mais acelerada de aprimoramento técnico, somos nós hoje os herdeiros atônitos dessa tradição.

Tecnicismo e humanismo poderiam não ser inimigos mortais, mas tornaram-se. O que colocava a humanidade europeia em conflito consigo mesma era a confusão de método e metas entre as ciências da natureza e as do espírito. Tudo isso gerou males que nos atingem diretamente. O sucesso estrondoso no que diz respeito ao domínio exclusivo do plano físico trouxe repercussões maléficas até no meio natural. O posicionamento de Descartes do homem como senhor da natureza foi cumprido com tal plenitude e sede dominadora, e conseqüentemente devastadora, que desde meados do século XX foi preciso começar a pensar em preservação ecológica. A questão é que a contaminação, além de ambiental, também atinge o espírito. A prosperidade inegável que foi produzida nos laboratórios é um farol que obscurece nossa visão, se não estivermos atentos, para os problemas vitais para nós. O resultado, como diz Husserl, *“se desviaria com indiferença de questões que para uma humanidade autêntica são as questões decisivas”*. Essa conferência, que é prenúncio e fonte de inspiração para a sua obra terminal, *A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental*, tem ares de um basta. O que ele está dizendo (como Bergson também disse de modo diferente) é que é hora de algum filósofo voltar seus esforços para refletir sobre as distintas missões da filosofia e da ciência natural e, com isso, redefinir em relação a cada uma, para o bem da humanidade, o seu lugar específico de atuação.

É nesse sentido que um outro modelo de ciência que governe a reflexão e as atitudes dos homens no plano exterior tem que ser

buscado. Será preciso que ela supere o mero naturalismo. É necessário para um futuro melhor para o homem que ela atinja o plano da consciência, que em Husserl é equivalente à intencionalidade. Para isso será fundamental colocar entre parênteses tudo que os meios científicos produziram e produzem, como também tudo aquilo que ganhou o perigoso estatuto de verdade científica. Temos que lembrar como a expressão “*comprovadamente científico*” virou um ícone de respeitabilidade que ainda se mantém no presente, sendo inclusive usada repetidamente da maneira mais espúria por certos setores da publicidade e do marketing. Para produzir essa suspensão das certezas, a *epoché*, Husserl recorre aos céticos gregos do século IR a.C., que, por sinal, também inspiraram o idealismo subjetivo (o eu como única sede de conhecimento verdadeiro) de Descartes. Só que o ceticismo de Husserl, divergente do de Descartes, não coloca a existência do mundo em questão, mas o posicionamento que tomamos como sujeitos em relação a esta existência, o seu sentido ou não-sentido.

Toda a cientificidade que concebemos como natural precisa ser desnaturalizada. Só assim começaríamos a pensar, pois os dados exteriores e contingentes nos chegam com a aparência de pacotes fechados. Necessitam ser abertos e o que promove a sua abertura é a crítica. Para isso é fundamental estabelecer uma distância do que se concebe agora sem lançar sobre esses conceitos nenhuma, mas apenas neutralidade. Este é meio de que disporíamos para nos reorientar exclusivamente para as vivências, procurando ver como aquilo que vemos teria se mostrado a nós originalmente. Isso significaria recuperar o primeiro olhar, o *phainomenon* no sentido grego, ir às coisas mesmas. Não é por outro motivo que a filosofia seria a mais rigorosa das ciências. Só deste modo podemos dar um valor diferenciado a uma ação, instituição ou objeto, de acordo com

a ligação mais íntima ou mais distante que estes teriam com o que Husserl chama de Mundo da Vida, *Lebenswelt*, que ele conceitua como o conjunto estrutural da experiência imediata e ao mesmo tempo o fundamento originário do sentido. Em relação às ciências objetivas, o *Lebenswelt* é o pré-científico, a própria raiz das evidências lógico-matemáticas. Está ligado a sujeitos e não a objetos, aliás ele faz com que esses sujeitos sejam capazes de dar significação a esses objetos. Fazer parte ou não do *Lebenswelt* faz algo ser vivo ou morto. A mistura da filosofia com as ciências de caráter quantificador retiraram a sua vitalidade, a sua vivacidade, a sua relação mais íntima com o Mundo da Vida. É isso que é preciso recuperar.

No retorno historicista de Husserl a filosofias anteriores, colocado em prática a partir de 1920, ele conclui que a dimensão humanista que os gregos praticavam em todas as áreas de conhecimento foi perdida pela tendência fisicalista, objetivista e fabricadora de especialistas dos modernos. Essas características passaram a compor o paradigma de toda e qualquer pesquisa científica. É como se a humanidade européia tivesse se esquecido de si mesma. O objetivismo da ciência gerou duas críticas: o apagamento do sujeito e do seu mundo vital e a perda da dimensão ética, pois para além das concretizações materializadas existem a atividade e a criatividade intencional da subjetividade. Uma combinação entre história e espiritualidade, ou seja, memória, nos ajudaria a elaborar certas constatações. Por exemplo, a de uma crise da razão, ou melhor, de uma certa razão que produz objetos, dados e fatos, mas que deixou de se preocupar com a repercussão dessas produções. Ao nos depararmos com a questão genética contemporânea, percebemos claramente um fortíssimo componente de vaidade entre os cientistas, como está claro na questão de quem consegue mais rapidamente realizar a clonagem humana, interessando mais a descoberta em si do que as

ressonâncias sociais, políticas e comportamentais provenientes dela. Em um planeta ocupado por mais de seis bilhões de humanos, com tantos deles vivendo em condições subumanas, qual pode ser o interesse de gerar novos humanos? Esse é o tipo de pergunta que não vemos ser levantada, pois o que interessa, ainda à maneira do naturalismo moderno, é apresentar o novo, seja lá qual for o uso que será feito dessa novidade, como se existisse de antemão uma carga positiva já embutida na própria palavra. Isso para não dizer, que na nossa atualidade, o que surge com o slogan de novo tem, na imensa maioria dos casos, um interesse muito direto em virar objeto de consumo.

A conjuntura histórica da elaboração das teses sobre a crise da ciência anunciava na sensibilidade aguçada do filósofo um porvir ainda mais assustador do que o genocídio da Primeira Guerra, o maior de que se tinha notícia na história da humanidade até então. Em meados dos anos 30, Hitler já ocupava o poder há dois anos e o que fica claro é como a falência dos modelos políticos liberais conduzia a totalitarismos, à esquerda, com o stalinismo e à direita, com o nazi-fascismo. No exemplo da Alemanha foi estabelecida uma união perversa do capitalismo com as pretensões nazistas. Temos que lembrar que Hitler foi extremamente bem-sucedido em termos econômicos enquanto se manteve no poder, o que inclusive lhe deu respaldo popular para levar a cabo seus projetos megalômanos de dominação do mundo inteiro. Temos aí um momento privilegiado da união da lógica da mercadoria com o avanço técnico incensado pela modernidade científica. É como se o capitalismo e o tecnicismo combinados tivessem como resultado possível uma perversidade de proporções nazistas. Ou seja, o anti-humanismo exercido em escala colossal. Curiosamente, como um sinal dos tempos, vemos em 1935 um Husserl doente em uma Europa também doente. Ele usa os fatos contemporâneos para

colocar em xeque as suposições de verdade e também o que o raciocínio simbólico é capaz de produzir. As perguntas de Husserl vão à base. Pode-se falar de evolução e progresso, a partir dos problemas cotidianos que não cessam de acontecer e se fazer visíveis? Essas idéias, consagradas no século XIX, respectivamente por Spencer e Hegel, diziam que o que vem depois, com o passar do tempo, com a história, é necessariamente melhor do que o que vem antes. Os eventos históricos por si só já afirmavam o aspecto ingênuo dessas idéias, ou seja, seu afastamento gigantesco das experiências, do dado imediato. Que caminhar sempre em frente é esse que leva a desrazão e ao extermínio de massas populacionais?

Podemos dizer que a crítica de Husserl à ciência, ou melhor, a uma certa ciência de caráter estritamente objetivista e mecânico começou bem antes desse período entre guerras. Mais precisamente, no momento de definir a filosofia como ciência necessariamente (apodicticamente) rigorosa. Em fins do século XIX, Husserl remava contra a corrente, pois havia um predomínio positivista no ambiente majoritário do pensamento. O que se pode chamar de psicologismo estava em voga, acreditando que uma área como a teoria do conhecimento lhe pertencia. Essa linha de raciocínio partia do pressuposto que tudo, inclusive o que diz respeito à vida, poderia ser reduzido ao físico ou ao fisiológico, em suma, ao presente, ao que está posto (*positum*). O berço dessas idéias está ligado ao mecanicismo e ao matematismo modernos, que nos remetem a Galileu. De acordo com ele, todo objeto é redutível à menor parte material e na medida em que se conhece esse ínfimo, por mera soma desses termos minúsculos, atômicos, chegamos ao todo. Para desvendar o mundo, que é cifrado, é necessário apenas conhecer profundamente as fórmulas matemáticas. Essas o explicam por completo. O reflexo desse modo

de pensar no campo psicológico é a redução da consciência às funções cerebrais e a do conhecimento à ação dos objetos exteriores sobre os mecanismos nervosos.

Essa tendência, que Husserl também nomeou como naturalista, produzia segundo ele uma mistura enganosa entre o físico e o psíquico, entre a coisa e o fenômeno. É necessário fazer a distinção: a coisa é a pura materialidade dada, já o fenômeno para ele diz respeito à consciência, envolve um sujeito, um fluxo temporal de vivências, uma memória que intenciona e fornece significado às coisas exteriores. Por isso, para Husserl é preciso haver uma reformulação da idéia de ciência, que para ser autêntica tem que se concentrar em uma filosofia fenomenológica, que não diz respeito a fatos e corpos, mas avalia, a partir de conceitos alheios à pura sensibilidade, ou seja, transcendentais e a priori, esses fatos e corpos. Esse universo que Kant considerava inalcançável, Husserl entende como o único rumo digno para o futuro da filosofia, ciência que tem como papel dirigir as outras. Ela é a única ciência que se autofundamenta, pois fornece os fundamentos às outras ciências, sejam puras, como a matemática, ou empíricas, como a psicologia. É a partir do método fenomenológico que será possível alcançar verdades, modelos universais para a ação. As coisas ao passarem pela consciência deixam de ser só coisas para ganharem sentido, valor. Em suma, são intencionalidades. Diferentemente de Descartes, que exerceu, quanto à superioridade do sujeito sobre o objeto, uma forte influência no método de Husserl, consciência não é substância, mas uma condição a priori de possibilidade de conhecimento que se efetiva em percepções, imaginação, especulação, vontade, paixão, todas essas ações subjetivas que visam algo. É um meio, uma passagem, não uma finalidade de caráter essencialista.

Husserl quer revigorar o que a ciência dos puros fatos queria exterminar: a vida íntima, o tempo do espírito, o aspecto humano

envolvido no conhecimento e nos resultados produzidos por esse conhecimento. É indo ao encontro do que há de mais fundamental, o que dá base ao pensamento ocidental, que ele promove uma viagem de retomo à Grécia Clássica. Sua procura é pela linhagem originária da filosofia nas ilhas egéias no século VI a.C., surgiu um modo de olhar o mundo externo que foi e continua sendo fonte primária de inspiração para qualquer sistema filosófico que venha a eclodir no Ocidente. Sendo o pilar fundador da filosofia a questão da intervenção crítica contra a ingenuidade da tradição ou do empirismo cotidiano, ela se constituiu como algo revolucionário e grego e, ao mesmo tempo, como berçário da nossa maneira de existir e pensar. Até onde se sabe, em nenhum período anterior da história a discussão de idéias e a sua livre expressão eram praticadas com tanto vigor e disseminação entre os homens quanto na Grécia Clássica. Quando Husserl constata que a Europa está enferma, chega à conclusão que ela sofre de amnésia, cegueira e preconceito, pois ele percebe que as idealizações geométricas naturalistas ganharam o estatuto de objetividades, supostas verdades em si. É essa septicemia contraída que toma a volta aos gregos o único remédio possível para restaurar o absolutamente saudável nascimento espiritual do continente. Só assim a cura será efetivada.

Mas o que houve entre os gregos de tão original? Só a partir da irrupção da filosofia, por exemplo, é possível pensar soluções desinteressadas e válidas universalmente no campo do conhecimento, pois só ela tem um interesse puro pelo saber, algo que transcende a aplicação prática e transforma o seu praticante em contemplados do mundo. Para isso ficar claro, temos que lembrar o uso que se fazia da matemática antes e depois da Grécia. Se os egípcios a usaram, pelo que se sabe Tales e Pitágoras perambularam por lá e beberam em suas fontes numéricas, foi sempre com um fim concreto, materializável. É no nascimento da filosofia que se

localiza um uso da matemática que visa desvendar os segredos do Cosmos, nossas dúvidas permanentes quanto às nossas origens. Uma pergunta como *De onde viemos?* parece ter sido feita por toda sociedade humana que passou por este planeta, pois parece ser próprio do homem buscar no passado, em uma causa originária, a explicação para o que se vive hoje.

O que é singular no caso grego é a resposta, pois as primeiras filosofias serão tentativas humanas de desvendar os mistérios no interior deste nosso mundo, material e imaterial ao mesmo tempo. Para esses pensadores, a preocupação pela primeira vez não se dirige apenas ao que vemos objetivamente, mas, de modo mais profundo, ao mundo circundante, a *physis*, que gerou o que vemos. Não é por outro motivo que cada filósofo desses primeiros tempos vai propor um princípio originário formador de todas as coisas visíveis, uma *arqué*. O que está presente nesses pensamentos nascentes nem sempre é o número, mas em todos os casos é a noção de justa medida e proporção que o homem deve transportar para a sua vida. Um exemplo claro disso no pensamento grego está presente no conceito de saber equilibrado aplicado às ações cotidianas, a temperança ou, em grego, *sophrosune*. Assim, além do uso cósmico inédito, a matemática ainda veio a servir como um meio de aprendizado, *paidéia* para uma vida correta, para uma conduta moral irretocável como cidadão. É preciso lembrar que as próprias Idéias platônicas tem formas geométricas. Saber a ciência dos números e das proporções é, portanto, pré-requisito para se dedicar à metafísica de Platão. Não é por acaso que a frase que ilustra o portal da Academia é: "só entra aqui quem souber geometria". É curioso notar que o próprio Husserl fez por si mesmo o caminho de discípulo platônico 24 séculos depois, pois destacou-se primeiramente como matemático e lógico antes de se dedicar de modo integral à filosofia.

A orientação de busca do universal tão própria da Grécia foi outra grande perda do modo de ser moderno que nos atinge diretamente. Esse modelo de investigação adotado pelas ciências naturais modernas seguiu o caminho contrário, o da especialização técnica. O que vivemos atualmente é uma corrupção ainda maior da cultura grega e também uma ponta extrema dessa tendência: a ultraespecialização. O que ouvimos regularmente hoje em dia é, por exemplo, um biólogo afirmar que sabe tudo sobre o cromossomo 43, mas que não seja perguntado a ele qualquer aspecto do 44, pois sobre este ele não sabe nada. Essa hiperdivisão em áreas de saber foi mais uma ilusão, entre tantas, iniciada pelos modernos, mas que atingiu e atinge a filosofia e todas as outras áreas da atividade humana de modo cada vez mais rápido e disseminado. O exemplo que vem dos grandes pensadores desde os gregos é o antípoda desse raciocínio. Não há como esquartejar o saber, pois ele só é distinto por hábitos contraídos, vícios sedimentados que tem funções didáticas ou acadêmicas na superfície, mas principalmente políticas ao fundo. Não existe nada mais impensável do que dizer para Aristóteles que ele deveria se dedicar à ética e esquecer a cosmologia ou que Kant deveria escolher entre a metafísica e a estética. Para pensar de modo consistente o mundo contemporâneo, ou seja, refletir sobre o casamento das produções da tecnociência com o capitalismo pós-industrial, um movimento necessário é sair dessa divisão insensata, pois todas as dimensões da nossa vivência estão envolvidas: a científica e a econômica obviamente, mas também a política, a social, a jurídica, a moral etc.

E o que mais Husserl e a fenomenologia teriam a nos dizer nesse mundo atual do capital virtualizado? Ele pensava na superação das culturas locais a partir da investigação da essência integral do humano. Mas o que se passou com a globalização econômica foi uma decomposição da cultura local em nome de uma

desumanização, de um desvinculo das relações sociais e um privilégio do aparente, do midiático. A idéia que se faz de alguém atualmente é claramente composta pelos artigos que as pessoas não só consomem, mas principalmente exibem. Somos classificados por bancos de dados de empresas a partir de nossas compras. Existir ou não existir, estar incluído ou excluído, depende diretamente da nossa atuação mais ou menos competente como consumidores. É o princípio de identidade pós-moderno: diga o que consumes que te direi quem és. O reino da quantificação moderna chegou hoje em uma espécie de linha terminal. Mas tal como Husserl nunca se rendeu a qualquer tipo de pessimismo, vendo sempre uma real possibilidade de saída para a humanidade a partir da crítica radical realizada pela fenomenologia, é preciso que nós busquemos nossas próprias soluções. Como aponta o grande comentador de Husserl, Marc Richir, a análise fenomenológica nos deixa aptos e fortalecidos para questionar o mascaramento da realidade, as apercepções simbólicas e os não-sentidos para usar o léxico husserliano, produzido pelos maiores produtores de “verdades” de nossa época: os meios de comunicação de massa. Nunca precisamos tanto da filosofia. É ela que produz novos conceitos que nascem a partir de problemas que singularmente se constituem em cada momento histórico. Sendo assim, deve-se buscar permanentemente o que é fundamental para dar sentido à existência humana. É a partir disso que acreditamos que Husserl tenha dito algo atemporal. A via que temos que seguir em nossa crise científica do século XXI é cética, mas também ativa, não deve jamais ser ingênua, mas também não pode correr o risco de ser bloqueadora de movimentos. Pois o negativismo extremo, o beco sem saída pode não passar, seguindo o raciocínio do próprio Husserl, de mais uma ilusão imaginativa.

O OBJETO DO DIREITO DO PONTO DE VISTA DA FENOMENOLOGIA EGOLÓGICA

Federico Pensado

Uma das afirmações de maior predicamento entre os filósofos e juristas de todas as épocas é certamente aquela que entende a Ciência Dogmática do Direito como uma ciência normativa. No entanto esta simples afirmação se presta já a uma dupla aproximação.

A ciência do direito é normativa porque fornece ou porque conhece normas?.

Entre aqueles que entenderam que o direito fornece normas, e que estas seriam regras de comportamento temos certamente a Savigny, que no início do século XIX, depois da revolução francesa, retoma esta acepção do Direito que vinha desde a Antigüidade. Mediante esta ontologização em favor do direito positivo, Savigny cancelou as pretensões científicas da escola de Direito Natural, e solicitou especial atenção para a existência de uma experiência jurídica, na qual repousaria a última palavra sobre a verdade ou o

erro daquilo que os juristas pensam. Esta circunstancia coloca a Savigny como o fundador da ciência dogmática jurídica, já que toda investigação o tem tomado como ponto de partida válido e levado sua orientação a uma longa expansão sem abandonar aquela atitude fundamental. E nem mesmo a teoria egológica com sua aproximação fenomenológica ao objeto do direito - que é o tema que aqui abordaremos em detalhe -, deixa de ser um projeto que em forma rigorosamente ontológica busca radicar mais fundo essa positividade essencial do direito.

Mais tarde, no entanto, junto à grande obra da crítica epistemológica que teve lugar no final do século XIX, se consolida a opinião de que a ciência do direito é tal porque conhece normas, e não porque as fornece. Esta atitude contemplativa da ciência, que se considerava neutra a respeito dos objetos que investigava, e que esses não formavam parte dela mesma, entenderá que o que se fornece são conhecimentos, e aquilo que se conhece são as normas, como entes suscetíveis de ser pensados mas não intuídos. E essa seria a postura racionalista frente ao denominado fato da lei no qual o positivismo radicava a experiência jurídica. Esta linha (pelo menos no âmbito alemão) foi consumada primeiramente por Jhering e mais tarde por Windscheid. No caso de Jhering sua significação fundamental consistiu, nas palavras de Cossio, "*em que as suas investigações sobre a construção jurídica ensinavam que todas as figuras jurídicas empíricas poderiam se reduzir a construções jurídicas, e assim qualquer tramo da experiência jurídica pode ser levado a teorização*"¹.

Diferente trajetória seguiram as idéias jurídicas na França, que pelas influências empiristas do naturalismo enciclopédico, mantém essa linha desde Comte a Durkheim. E onde desde os primeiros comentários ao Código Napoleão, se ressaltava "*o fato da lei*".

¹ COSSIO, Carlos. *El Derecho en el derecho judicial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959.

A investigação girava aqui em torno da intenção do legislador, que concebe o direito como uma ciência de realidades. Sendo este o desenvolvimento da chamada escola exegetica.

Junto a eles, os estudos de inspiração sociológica também minaram as bases do positivismo. E pelas frestas dos instrumentos conceptuais o direito aparecia agora como um fenómeno social de vivente realidade, experiência que não conseguia a sua representação adequada em nenhuma das teorias racionalistas, empiristas, e inclusive do historicismo casuístico aplicado pelo *Common Law*.

Surgiram nesse momento inúmeras teorias, desde Philipp Heck em 1886 e sua Jurisprudência de Interesses, passando por Saleilles, que em 1892 introduz a noção de temporalidade histórica e evolução social, e atravessa o século com Geny, Duguit e Hauriou. Em 1914 Geny já reclamava de uma previa investigação filosófica do direito, tomando apoio de Bergson, para resolver o problema fundamental.

Leon Duguit, por sua vez, pretendia fazer da ciência jurídica uma disciplina sociológica. Daí que entendera que *“não se opõem direito e equidade. A norma repousa sempre na necessidade social e no sentimento de equidade existente. Uma regra que não é conforme à equidade não é regra jurídica. Uma regra legal pode não ser conforme a equidade, mas tampouco é regra jurídica”*². Como mais um exemplo poderíamos citar a Hauriou, cujo aporte, dominado pela idéia de instituição, reclamava a preponderância pelo vivente e real, e assim consignava que *“as instituições representam no Direito, como na historia, a categoria da duração, da continuidade e do real; a operação de sua fundação constitui o fundamento jurídico da sociedade e do estado”*³.

² DUGUIT. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Boccard, 1927.

³ HAURIOU. *La Teoria de la Institución y de la Fundación*. La Plata: Surto, 1947.

Estas tentativas de sociologização da ciência do direito, as quais poderia inclusive somar-se às teorias do direito revolucionário que apresentaram os juristas soviéticos (Stuchka, Pashukanis, Golunskii y Strogovich), mostraram às claras que a sociologia proveu por algum tempo um aparato científico ‘posticho’ da ciência do direito, mas que contribuiu igualmente para a crise de fundamentos da ciência jurídica, pois evidenciaram igualmente a falta de autenticidade desse contato que se acreditava ter tomado com a experiência jurídica, já que a sociologia jamais podia prover ao campo jurídico as suas verdadeiras bases. Com diferentes soluções, entanto se privilegie o fato ou a norma, revelando a cisão fundamental do debate, se fortalece em diante a idéia de que só partindo do mesmo direito se daria solução a crise de fundamentos da teoria jurídica. Esta questão, entre fato e norma, que ocupava o centro da cena por volta de 1940; e em alguns casos como em Alf Ross, quem analisou profundamente o tema⁴, tinha se considerado uma antinomia irresolúvel, e entendia que os melhores exponentes de uma e outra tendência eram, Jérôme Frank e Hans Kelsen.

Coube a Kelsen, como herdeiro do racionalismo alemão repensar filosoficamente a ciência do direito sobre a base neokantiana de Marburgo, de que o método gnosiológico é criador do seu objeto de conhecimento. Consumando a idéia de Austin de que o objeto da ciência do direito não é o direito positivo, senão a sua projeção formal na esfera do pensamento abstrato”, Kelsen retirava assim do direito todo conteúdo empírico, ficando apenas com suas formas vazias. Destacando principalmente a acertada cópula do dever ser como o verdadeiro sentido do conhecimento conceptual do direito.

⁴ ROSS, Alf. *Towards a realistic Jurisprudence*. Copenhagen: Munksgaard, 1946.

Frank, pelo contrario, sem maiores preocupações filosóficas, afirmava o direito como um fato, para colocar no centro das suas investigações ao direito no momento de sua aplicação. E considerou que para ter um autêntico contato com a experiência jurídica, devemos atender para a decisão judicial. Segundo Frank, a experiência jurídica em todo o seu rigor está no fato da sentença judicial. De onde surge a personalidade do juiz como a fonte central na qual projetou a sua investigação.

Da tentativa por resolver esta circunstancia surgiriam outras tantas teorias ecléticas, ou híbridas, nenhuma das quais tinha conseguido, ate a aparição da egologia, brindar a representação da experiência jurídica como um desdobramento dado a partir de um único ponto de vista. No entanto, desde 1914, Radbruch, que pensava este mesmo problema segundo a orientação de Dilthey e o transfondo de Rickert e Lask, vinha chamando a atenção acerca de que o direito é cultura. Reforçada pela filosofia dos valores de Max Scheler (que re-inseriu certos tópicos do direito natural) a simples idéia de que o direito era cultura tomava corpo e ganhava seus adeptos, e encontraria na formulação egológica de Carlos Cossio um dos seus maiores exponentes, quando, nessa altura do debate jusfilosófico, a teoria egológica fez a sua aparição em 1941.

“A verdade filosófica de que o direito era um objeto cultural, resultava, assim, uma verdade bloqueada para a tarefa científica que cumprem os juristas. Lograr o seu desbloqueio tem sido a labor da Teoria Egológica; quer dizer, ter feito uma verdade dos juristas a verdade dos filósofos de que o Direito é cultura, no sentido de que esta verdade tem se tornado diretamente fecunda dentro do trabalho normativo que cumprem os primeiros. O mesmo pode-se expressar dizendo que agora não somente se saberá que o Direito é cultura, senão que ademais tem se remodelado a ciência

*Dogmática, na sua estrutura e na sua técnica, como uma ciência cultural*⁵.

O fracasso de tantas tentativas para erigir esta ciência Cossio atribui à construção de pontos de partida arbitrários. Esta “*doença teórica*” advertida por Dilthey e Husserl, não tem sido o caminho seguido pela egologia que em todo momento saiu ao encontro do dato jurídico, a fim de trabalhar com descrições. Nisso radica a orientação da idéia husserliana de que toda ciência empírica tem como base uma ciência eidética (de essências).

E ao entender que a cultura é aquilo que faz o homem, não apenas na sua produção mas também no fazer mesmo como atividade humana, conforme a valorações, é que se pode desenrolar uma fenomenologia da cultura, ou como diz Cossio: “*uma fenomenologia existencial da cultura, enquanto que o homem plenário está no centro mesmo do dado que se trata de apreender*”.

O OBJETO DO DIREITO

Para situar-nos em busca de que tipo de objeto possa ser o direito, o jurista argentino Carlos Cossio recorreu à teoria dos objetos desenvolvida por Edmund Husserl. Nela se define ao objeto em geral, como algo, qualquer coisa que seja, que possa ser colocada como sujeito lógico num juízo, (ex.: um triângulo, uma árvore, uma sentença, uma pintura).

Não obstante, esses objetos não podem ser colocados num comum denominador (pois com isso reincidiríamos num error científico do século XIX), e segundo veremos, seguindo a clara

⁵ COSSIO, Carlos. *Teoría de la verdad Jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1954.

distinção de Husserl, encontramos quatro famílias de objetos, a saber: ideais, naturais, culturais e metafísicos.

Os objetos ideais, ou também irrealis, ou melhor, sem existência, são aqueles objetos de disciplinas tais como a Matemática e a Lógica. Objetos que não estão na experiência e são neutros ao valor. Diferente do que acontece com o segundo grupo: os objetos naturais, de cujo nome já se desprende sua existência efetiva e o fato de que estejam na experiência, já que temos contato com eles mediante nossos sentidos. Mas como os anteriores carecem de valor. As predicções adjetivas que poderemos dar-lhes não agregam conhecimento enquanto objetos das ciências naturais.

O terceiro grupo, composto pelos objetos culturais, seria o de aquelas coisas que realiza o homem atuando segundo estimativas, sua existência é indubitável, estão na experiência e carregam em forma intrínseca, uma determinada classe de valoração. Por último, Husserl tem distinguido aos objetos metafísicos, dos quais nos diz que não tem existência nem experiência, porém se eles mantenham a característica de ser valiosos ou desvaliosos.

A heterogeneidade dos objetos revela a impossibilidade de conhecê-los mediante um método único, se mantemos a premissa de que o conhecimento depende justamente de uma adequação do método ao objeto. E se o objeto precede, ou melhor dito prefigura seu método correspondente, também temos que averiguar qual será o ato de consciência científica, quer dizer, o ato cognoscitivo que suporte a constituição daquele método de conhecimento. Assim, do grupo de objetos ideais o método próprio é o racional-dedutivo.

A partir de uma verdade enunciada pelos axiomas, ou princípios lógicos (identidade, não contradição, terceiro excluído, como os

principais) se deduz uma outra. Do princípio geral, se extrai uma verdade mas localizada, individual e circunscrita.

Já em referência ao método que desenvolvem as ciências da natureza, sua análise revela o emprego de um método empírico-indutivo. Entanto empírico é o fundado na experiência, a indução se eleva desde os fatos particulares rumo a um princípio geral (ao contrário, embora não totalmente oposto ao dedutivo), é ir do concreto ao abstrato, chegando à enunciação de conceitos com qualidade de verdades de fato. O ato cognoscitivo é a explicação, a decomposição em partes simples por análise, e a consideração necessária de efeitos e causas.

Nos objetos culturais, que são os que nos interessam, as características de realidade, como ter existência, e estar na experiência, portanto ser no tempo, e o ser valiosos são os traços que os definem. Os primeiros elementos não traem maior discrepância, entanto que a valoração: em que consiste?. Cossio exemplificava este ponto com a contemplação de uma escultura (a Vênus de Milo, geralmente), na qual entendia que a materialidade do mármore era ao ter sido trabalhada *“a expressão de uma intenção objetivante”*, neste caso em termos estéticos. Afirmando assim a existência de um sentido. O mármore, como substrato desse sentido, e a existência do sentido mesmo que se dá na consciência de alguém. De donde se desprende que *“os juízos de valor não são independentes do sujeito que os enuncia”*. O ato gnosiológico de consciência é a compreensão. Entendendo primeiramente esta compreensão como o ver com a inteligência um sentido, e colocando-o ao mesmo tempo em que se o vê. *“No conhecimento por compreensão, o sujeito está, digamos, tomando partido no problema; em certo sentido está dentro do dato que quer conhecer, tem tomado ali dentro uma posição e se joga o papel que lhe toca realizar”*⁶.

⁶ COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959.

E a diferença da explicação, onde o conhecimento deve remontar-se às causas, na compreensão uma vez que tem se passado de um elemento para o outro se retrocede para o primeiro e logo se regressa ao segundo indefinidamente, movimento circular que dá lugar à dialética, que em rigor quer significar a união em sínteses que realiza o espírito de duas coisas heterogêneas (ambas reais: substrato e sentido) que põem em função uma mútua implicação.

Esta descrição das ontologias regionais proporcionada por Husserl, como analítica do objeto, foi tomada pela egologia a fim de definir o Direito como um objeto cultural, para assim poder iniciar desde este ponto de partida o desenvolvimento de sua investigação.

DESCRIÇÃO DO SER DO DIREITO ATRAVÉS DO MÉTODO FENOMENOLÓGICO

A primeira indagação que impõe a egologia para o campo jurídico é portanto a que pergunta sobre o ser específico do Direito. E já desde este primeiro passo a teoria egológica percorreu um caminho próprio. Contrariando a doutrina tradicional que considerou desde sempre as normas como o objeto de estudo dos juristas, Cossio encontrou na “conduta humana em interferência intersubjetiva” o objeto mesmo do direito.

Sem hesitações, a egologia sustenta que “a conduta mesma é o direito”, e que esta mesma é concebida como liberdade metafísica fenomenalizada no mundo. Esta rotunda afirmação, considerada num primeiro momento um escândalo acadêmico, mostrou porem que este ponto de partida era efetivamente a base última da experiência jurídica. Ao trocar os eixos seriam agora as normas as que se movem em torno a conduta.

O giro epistemológico que propõe a egologia consistiria assim em aceitar as normas somente na sua construção formal como a significação que faz menção à conduta, na qual reside o sentido mesmo do direito visto como uma das modalidades da coexistência. “O direito está de corpo presente e em corpo inteiro na conduta”, com esse novo enfoque, Cossio ontologiza o mundo jurídico.

Assim a conduta humana em interferência intersubjetiva é o dado primeiro e constitui o fio condutor que ilumina toda a teoria egológica, e a sua aplicação é a referência constante desde os primeiros passos ate os problemas mais complexos suscita esta teoria jurídica.

A CONDUTA COMO OBJETO CULTURAL EGOLÓGICO

Mas sendo que os objetos culturais eles mesmos também são demasiado variados e heterogêneos como para admitir uma única ciência no sentido rigoroso, devemos prosseguir a analítica específica da conduta humana. Desta forma a conduta (ao igual que o direito todo no seu conjunto, como gênero supremo ao que pertence) seria, nos atendo agora a classificação neo-kantiana da escola de Baden, um objeto cultural que por residir nas ações mesmas dos sujeitos é de tipo egológico; e não mundana, como acontece quando seu depositário, ou seja, seu substrato é algum objeto da natureza. Cossio tem ilustrado uma e outra vez esta circunstancia com o exemplo do marco, aquela pedra que é um troço da natureza, mas que o homem utiliza para assinalar a divisória de propriedades contíguas. Com este simples exemplo mostra-se que a singularidade do objeto cultural mundana consiste em ser a unidade de um substrato material e um sentido espiritual.

A diferencia deste, o direito como objeto cultural será do tipo egológico, entanto tem na conduta humana seu substrato que é

inseparável de um ego atuante, e sobre o qual se formulará o conhecimento do jurista para compreender seu sentido.

A distinção entre objetos culturais mundanas e egológicas, existe pelo menos desde Dilthey e Freyer, mas foi recém com Cossio quando se entenderá ao mesmo direito como objeto cultural egológico. Algo que resultou possível pelo novo enfoque com que a teoria egológica descobre o seu objeto, ao fundamentá-lo existencialmente na vida humana vivente. Diferente acontecia com outros autores que embora se remetessem às “formas de vida”, aos “sistemas culturais”, ou à “organização externa da sociedade”, em todos os casos se coisificava o direito como vida humana objetivada, ou mundana.

Baseado nestes elementos, a teoria egológica empreendeu a tarefa de reconstruir a Ciência Dogmática como uma ciência cultural. E que como filosofia jurídica desborda inclusive para o campo da ciência e a técnica.

A INTUIÇÃO DO DIREITO

Pelo desenvolvimento exposto, mediante o qual determinamos ao direito como objeto cultural, como região ôntica suprema a qual pertence, e dentro desta lhe atribuir o caráter de egológica por residir o seu substrato na conduta de um ego como ego, quem sabe não se tenha demonstrado mais do que a intenção culturalista do projeto egológico.

Mas apoiados novamente nos estudos de Husserl daremos a exposição integral que autoriza a ter a conduta como objeto específico do ser do direito, e qual é a relação que mantém com as normas, as quais geralmente têm retido uma supremacia arrastando

o direito para uma ciência conceptual afastada da realidade mas viva. Assim, num esforçado trabalho de Husserl⁷ sobre a expressão e a significação se distinguem quatro elementos:

1. O signo sensível ou expressão no seu aspecto físico;
2. A significação, o conceito ou o expressado, ou seja o sentido de aquela expressão;
3. O objeto do qual se faz menção na significação;
4. O fato ou o percebido na intuição sensível.

Estas investigações de Husserl foram aproveitadas no seu momento pelo racionalismo dominante de Fritz Schreier, que transportou estas idéias para o campo do direito com a finalidade de dar-lhe fundamentação. Segundo este autor no direito somente existiriam os primeiros três elementos: signo, significação e objeto, mas não haveria intuição sensível com a qual se convertia à ciência do direito numa ciência de objetos ideais, agrupando-os desta forma: O texto legal, como signo, a significação como aquilo que era expresso nesse texto, e a norma como o objeto mencionado pela significação.

Para a teoria egológica essa adequação é um erro, onde a norma usurpa um lugar que não lhe corresponde. Segundo a teoria egológica a norma não é o objeto, e sim a significação ou conceito expressado no texto. Este faz menção de um objeto, que não é outro que a conduta humana na sua interferência intersubjetiva; e da qual sim se tem uma intuição sensível, já que esta conduta é um fato perceptível. Segundo o esquema cossiano o signo corresponde ao texto, a significação ou o expressado é a norma, e o objeto mencionado por ela é a conduta, que como fato restitui a sua intuição sensível respectiva.

⁷ HUSSERL, Edmund. *Investigaciones lógicas. Primera investigación.*

Nas palavras de Cossio:

“a norma (condicionada pelas categorias conceptuais ou essências formais do conhecimento jurídico) tem a representação da conduta com seus essências materiais ou categorias do obrar, que são inseparáveis da conduta mesma e entre as quais a categoria da interferência intersubjetiva é a que define onticamente o campo genérico do direito”⁸.

E por sua vez, sendo direito conduta, este não pode jamais reproduzir um código moral, pois a norma já não é um modelo para a conduta, senão uma significação dela mesma E é a própria conduta a que tem um sentido estimativo. Ela mesma é um ato estimativo surgido a partir da liberdade.

“A norma, diz Cossio, em si, só é uma significação conceptual (um conceito); uma significação do axiológico, mas não é uma significação ela mesma axiológica que, como um modelo, se oferecesse a conduta informe para que esta adira ou se dirija ao modelo para adquirir o seu valor. O valor está, ab initio, na conduta; e todos os valores jurídicos, desde a ordem ate a justiça, são valores de conduta e não valores de conceitos”⁹.

A MESMIDADE DA CONDUTA

Cabe ainda determinar o que entendemos por ‘uma’ conduta, ou seja clarificar aonde radica precisamente essa mesmidade a qual nos referimos. A egologia sustenta neste ponto que a mesmidade da conduta em liberdade está dada no pensamento que se tem dela mesma “*que como ideário programático integra sua prontidão*

⁸ COSSIO, Carlos. *La teoria egológica y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

⁹ COSSIO, Carlos. *La teoria egológica y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

*para algo e para seu contrario, mostrando que por sua integração a conduta se vive como um dever ser existencial e não como um ser*¹⁰.

Por inspiração diretamente heideggeriana - e indireta de Ortega y Gasset - a egologia retoma o tema do programa vital da pessoa, enquanto alternativa mais própria, tomada nas suas projeções.

“Este nexos entre programa vital da pessoa e a projeção da vida em total sobre si mesma como compreensão originária, permitirá entender que a verdade do pensamento de si mesma com que a conduta se integra, não depende tanto da crença programática pessoal e subjetiva, quanto da autenticidade de aquela versão.”¹¹.

Desta forma enquadra a egologia o fenômeno da conduta no seu ‘vir a ser’, cuja antecipação - forjada em certa medida desde seu próprio futuro - como parte constitutiva da vida queda traduzida num “dever ser existencial”. Com a expressão do dever ser existencial a egologia descreve o fato da liberdade metafísica fenomenalizada, noção que Cossio preferia ao consagrado “poder ser” heideggeriano, porque mediante ela começa a delinear-se a aproximação entre ser e valor toda vez que nos referimos ao ser do homem.

E onde o ôntico ‘estar sendo no mundo’, quer significar o passo ontológico de ‘estar devendo no mundo’, de onde Cossio extrairá ao mesmo tempo um fundamento metafísico da justiça, a partir da evidencia egológica de que *“uma conduta sem valor ontologicamente não pode ser”*, entanto aquilo que opticamente é optar ou decidir-se por isto ou aquilo revela seu núcleo ontológico no valorar e no preferir. Não é possível predicar valores na espontaneidade e sem direção, senão adstritos a um projeto vital concreto de um ser no mundo.

¹⁰ COSSIO, Carlos. *La teoria egológica y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

¹¹ COSSIO, Carlos. *La teoria egológica y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

Com estas análises Cossio buscava dar racionalidade dos fundamentos jurídicos, se bem que percorre uma senda afastada do racionalismo. Na sua fidelidade aos desenvolvimentos fenomenológicos a tese egológica aproxima-se ao programa de Husserl, se recordamos que este afirmava ser um verdadeiro positivista. O projeto egológico de Cossio, não era senão que estes desenvolvimentos, já validados pelo pensamento filosófico, entrassem no campo do direito, para comover os fundamentos da Ciência Dogmática jurídica a fim de replanejá-los e poder lograr uma nova apresentação conceptual do direito positivo. Assim a egologia aspira implantar a concepção do direito como ciência cultural, com todas as conseqüências que possam derivar deste fato a respeito da técnica jurídica. Em mãos de Cossio, a egologia deixa de ser uma exploração transcendental da consciência pura, como era em Husserl, e junto às análises de Heidegger adverte que a conduta se integra com o pensamento de se mesma e que a consciência pode explorar-se entanto consciência atuante. Levado ao campo do direito, estes elementos são as bases com as quais Cossio sustentará que o pensamento que a conduta tem de si mesma é um pensamento normativo, e desta forma a norma integra o objeto do qual faz menção.

Vemos assim que o problema dos valores, é abordado como axiologia jurídica empírica e integra a Ciência do direito. Neste sentido a egologia não somente reconhece o horizonte histórico desta disciplina, mas também restaura a antiga tradição grega de que o Direito é sempre justiça (que vem a coroar um plexo de valores), e se a esta investigação haveremos de chamá-la metafísica, nos referimos aqui a uma justiça positiva, longe a qualquer fundamentação de direito natural (se bem que um debate desta natureza permanece com novos argumentos hoje em dia).

A COMPREENSÃO

Dentro do mundo dos objetos culturais, a egologia é adstrita à tradição que desde Dilthey e Rickert assinala a compreensão como o ato gnosiológico próprio e distintivo das ciências humanas. E no campo jurídico nos descobre um método empírico-dialético específico como atualizados dessa compreensão. Empírico, entanto ao igual que os objetos naturais ou culturais tem uma existência real e estão na experiência, ou seja: eles têm *empirie*. E dialético porque, como vimos, sua estrutura dual de substrato e sentido outorga sempre um *plus* na aquisição de sentido, que faz a mesma compreensão.

Este fundamento da epistemologia da compreensão leva consigo a idéia de que o humano se revela ao homem de um modo simples e íntimo. Numa apreensão translúcida que o homem tem de suas obras e ações como criações do espírito, que Dilthey baseava num reviver (*aufleben*), de onde Cossio tomará a idéia de conhecimento de protagonista para descrever as atuações do juiz, e não de mero espectador. Se ser um objeto cultural é ser um sentido, seu conhecimento é adquirido como um todo simples e aberto, carente de escalonamentos ou etapas, mas sim com um aumento contínuo de conhecimento.

Aprofundando, os elementos deste particular objeto cultural nos conduzem para uma doble intuição, a captação sensível do ôntico, a natureza do ente; a conduta humana, (bem que naturalizada pois a sua essência já é ôntico-ontológica) consta de dois componentes que se dão compenetrados, um físico que é a atividade tempo-espacial do corpo e outro psíquico que como exercício da vontade contem intelecto e emocionalidade, na medida que projeta a própria consciência, embora a captação sensível somente lhe outorgará a sua visão desde fora, porem como a característica ôntica do homem é ser ontológico, segundo

Heidegger, a fim de conhecê-lo por dentro iremos requerer agora de uma intuição emocional do sentido que revela sua faz ontológica. Ao final, a vivência direta de uma cultura se exerce num saber ainda sem reflexão. Os sentidos da conduta são imanentes à conduta e às intuições sensível e emocional se sobrepõem como se fossem as duas caras de uma mesma moeda.

E do trânsito dialético de um para o outro, cujo movimento circular Cossio chamava de diálogo espiritual, permite a verdadeira compreensão - que aparece aqui com todo o peso que a hermenêutica outorga a esta palavra - a fim de desentranhar o sentido íntimo da conduta, captada na sua mesmidade no *fieri* da liberdade metafísica expressada nela. Portanto se insiste em que na egologia não se faz axiologia, senão mediante uma fundamentação ontológica. Esta ontologia jurídica sobre o ser do direito, que abarca toda a conduta, esclarece desde sua raiz que o direito é um modo de ser do homem na coexistência. E não uma forma de vida mas a vida mesma sob um dos seus aspectos irrecusáveis.

E sendo o homem o único ser ôntico-ontológico, e a manifestação de sua liberdade pode ser captada desde fora como um dever ser existencial, não é de estranhar que os valores implícitos nela tenham sido caracterizados internamente ademais por sua interioridade como um dever ser axiológico (aquilo que deve ser em razão de seu valor intrínseco). E ao considerará liberdade como fundamento, os valores que surgem nela, imanentes ao direito, são categorias ontológicas de futuridade, e constituem o sentido da conduta como objeto. Esta relação esclarece o porque a investigação ontológica do ser jurídico conduz diretamente ao problema dos valores jurídicos.

INTERFERÊNCIA INTERSUBJETIVA

A idéia de interferência intersubjetiva nasceu a partir de Giorgio Del Vecchio, embora ele não projetasse esta afirmação no plano fenomenológico onde a colocou a egologia a fim de fazê-la mais fecunda. No seu momento, Del Vecchio considerou que a conduta humana pode ser considerada de duas maneiras: subjetiva e intersubjetivamente. A primeira se dá quando a conduta interfere no próprio sujeito, respeito de um fazer e sua possível omissão. Neste caso a conduta não sai do plano existencial e estaríamos na esfera moral.

A segunda forma de conduta se dá interferindo com as ações possíveis de outros sujeitos, sendo estas as que interessam ao conhecimento jurídico. Embora a intersubjetividade não se esgota na clássica relação de alteridade circunscrita ao agente e o destinatário, que se bem vincula ambas não as considera como fusão.

Segundo a egologia, a intersubjetividade é uma autêntica alteridade jurídica que se refere ao comportamento em si mesmo como um fazer compartilhado, um nós. Quando o ato de alguma pessoa, enquanto está impedido ou permitido por outra, coloca a estas como partícipes de uma única conduta compartilhada.

É bom aclarar que a egologia considera que tanto a Moral quanto o Direito são duas espécies de igual hierarquia, e igualmente originárias dentro do campo ético da conduta. Não há portanto nenhuma relação de subordinação. Pelo contrario ambas são independentes e a apreensão de uma não exclui a outra, podendo dar-se inclusive uma qualificação contrária em cada esfera por separado.

Dito isto a egologia somente se interessará pela conduta em interferência intersubjetiva, daí que para definir onticamente o

direito, a egologia tome a conduta humana pelo seu aspecto de impedibilidade, seja o permitido ou o próprio impedimento.

Mediante a intersubjetividade, o direito revela a sua dimensão co-existencial e se define como fenômeno social. E se neste sentido o direito como uma das expressões da cultura é social, possui este sentido num modo ainda mais profundo e exclusivo por ser ele quem corporifica a co-existencialidade referida ao obrar humano considerado em si mesmo.

O tema da intersubjetividade tem sido desenvolvido também na Quinta Meditação Cartesiana de Husserl, que dando saída a um possível solipsismo descreve a experiência de apercepção por empatia, e funda (Leibniz mediante) inter-monadologicamente junto aos outros “*egos transcendentais*” a objetividade, na qual dizia encontrar-se (como referimos anteriormente) a última *ratio* de Ocidente. Com este último enfoque a egologia considera a intersubjetividade como fundamento da objetividade.