

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

HERMENÊUTICA JURÍDICA FENOMENOLÓGICA

Hélio de Negreiros Penteado Filho

DOUTORADO EM DIREITO

São Paulo
2021

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

HERMENÊUTICA JURÍDICA FENOMENOLÓGICA

Hélio de Negreiros Penteadó Filho

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, como exigência
parcial para obtenção do título de DOUTOR em Direito
sob orientação do Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho.

São Paulo

2021

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

HERMENÊUTICA JURÍDICA FENOMENOLÓGICA

Hélio de Negreiros Penteado Filho

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/ Faculdade de Direito, como exigência parcial para obtenção do título de DOUTOR em Direito sob orientação do Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho.

Banca Examinadora:

Professor Doutor Willis Santiago Guerra Filho
(orientador)

Professora Doutora Márcia Alvim (PUC/SP)

Professor Doutor Antônio Carlos Mattei (PUC/SP)

Professor Doutor Marcus Geandré Nakano Ramiro (UiCesumar)

Professor Doutor Joaquim Eduardo Pereira (FADISP)

Conforme exigência da Pró-reitora de Pós-Graduação, registro, neste ato, minha condição de aluno-bolsista junto ao **Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq)**, cumprindo com tal requisito.

Dedico essa tese, outro marco dos caminhos da nossa vida,
à Ana Lucia,
minha companheira de caminhos tantos – o amor da
minha vida - ao qual serei sempre atento, sempre e tanto.

De tudo ao meu amor serei atento
Antes, e com tal zelo, e sempre, e tanto
Que mesmo em face do maior encanto
Dele se encante mais meu pensamento.

Quero vivê-lo em cada vão momento
E em seu louvor hei de espalhar meu canto
E rir meu riso e derramar meu pranto
Ao seu pesar ou seu contentamento

E assim, quando mais tarde me procure
Quem sabe a morte, angústia de quem vive
Quem sabe a solidão, fim de quem ama

Eu possa me dizer do amor (que tive):
Que não seja imortal, posto que é chama
Mas que seja infinito enquanto dure.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Ishvara, aos Budhas a todos os deuses, os antigos e os modernos. Agradeço a meu pai Helio de quem herdei o nome, a ética, o amor pela vida, pelos estudos e paixão pela leitura, meu orientador mais severo e condescendente, à minha mãe Dalva, estrela que me guiou nos caminhos mais suaves e áridos. Agradeço ao meu tio Djalma pelas longas e pacientes discussões sobre justiça e os debates no sofá da “sala da justiça” junto com o “xerife” da família, a todos meus tios que da vida tanto sabiam: Ruy, Irineu, Nestor, tia Mayza Scatena que me mostraram a ética e a moral, o amor e a dignidade. Danke onkel Bruno König Júnior e tante Wally König que em suas paciências e bom humor infinitos inspiraram-me à vida justa, honesta e digna, e acenderam em mim a chama da academia e docência.

Agradeço à minha companheira de navegação pela vida, ajustando as nossas velas porque navegar é preciso - Ana Lúcia, muito obrigado por seu amor, respeito, dedicação, paciência e atenção, sem a qual nada disso teria acontecido.

Agradeço a meu orientador e amigo, professor Willis Santiago Guerra Filho pela sua paciência, condescendências e orientação no texto e na vida, meu professor no mestrado e no doutorado que me acolheu em suas aulas e sua vida lá em 2013 e iluminou com seu sábio candeieiro os caminhos de leituras e de interpretações de leituras de textos, de obras, de vida.

Meu muito obrigado ao Beto Reimão Machado que escancarou as portas da fenomenologia e me acolheu no instituto Dasein onde aprendo todo dia, a cada encontro, grupo, congresso, bate papo e cafezinhos.

Agradeço ao Professor Doutor Joaquim Eduardo Pereira e ao professor Osvaldo Viegaz pelas tardes de debates, pelas leituras e releituras de textos, e pela preciosa ajuda nas correções finais. Agradeço ainda ao meu amigo Ruy de Oliveira responsável pela secretaria da pós por sua infindável paciência, organização e ajuda nas inúmeras tarefas durante o curso.

Agradeço a todos meus professores e colegas de sala, não caberiam aqui todos os nomes e créditos pessoais, agradeço sempre a Swami Dayananda Saraswati, Gloria Arieira, Pedro Kupfer e Ângela Nardi, meus professores de vedanta e filosofia que tanto me ensinaram sobre liberdade e o Valor dos Valores, e a todos meus amigos e “myrtas” - companheiros de caminhada filosófica nessa vida, pois a educação sozinha não transforma a sociedade, mas sem ela, tampouco, a sociedade muda.

Meu muito obrigado a todos os alunos da graduação e da pós que muito me ensinaram nos debates em aula, agradeço a oportunidade de ser mediador no processo de aprendizagem e ensino onde nunca houve respostas impostas e sim estímulo à pesquisa e criatividade.

O espaço aqui é pequeno para tantos agradecimentos, para demonstrar meu carinho e minha gratidão a todos meus amigos sem os quais não seria possível essa tarefa pois entendo que nunca ninguém alcança nada sozinho, a todos meu muito obrigado!

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 - Parte I – Narrativas do Pensamento Jurídico	20
1.1 História do Pensamento Jurídico	20
1.1.1 Regras e Institutos Jurídicos	29
1.1.2 Lugar Comum de argumentação dos juristas	31
1.1.3 Consolidação do Direito moderno.....	36
1.2 Savigny: O Mundo Moderno Solicitando Novas Interpretações.....	37
1.2.1 Deuses Legisladores e as Sombras de Budha: Métodos, Fontes e Sistema.....	43
1.2.2 Lei como Comando Imperativo do Legislador: Hermenêuticas do Positivismo.....	49
1.2.3 Fontes do Direito, da Comunicação e da Interpretação.....	52
1.3 Hermenêutica Positivista dos Conceitos	72
1.3.1 Interpretação das Narrativas a partir do Pensamento Jurídico	86
1.3.2 Imperativismo e a Confusão Ontológico-Jurídica	101
1.3.3 Método da Escola Histórica do Direito e a Hermenêutica Histórica.....	106
2 - Parte II - Fenomenologia Jurídica	117
2.1 Epistemologia da Fenomenologia	118
2.1.1 Fenomenologia do pensamento jurídico – “com se dá o ente jurídico”	136
2.1.2 Necessidades de Novas Certezas Pós-Iluminismo: o Trans-Iluminismo	147
2.1.3 Intuição Categorical em Husserl	160
2.2 Filosofia fenomenológica Jurídica	176
2.2.1 Retorno às Coisas Mesmas	187
2.2.2 Certezas Essenciais em Descartes – Raciocínio, Lógica e Dedução.....	191
2.2.3 Representação Racional da Verdade e os Fenômenos: Clareza e Distinção	196
2.3 Subjetividade como consciência intencional dirigida	198
2.3.1 Fenomenologia dos Conceitos Jurídicos	200
2.3.2 Husserl e o Sentido Originário das Coisas Jurídicas	202
2.3.3 Logica Jurídica: de Descartes ou Husserl.....	204
Notas finais - Hermenêutica Jurídica Fenomenológica	206
Conceito Intuitivo de Direito: Essência da Interpretação e da Aplicação	232
REFERÊNCIAS.....	241

Resumo: O presente trabalho propões uma hermenêutica jurídica pelo método fenomenológico proposto por Edmund Husserl, a partir de um conceito intuitivo de direito como a busca pelo justo, para tanto, sob o vetor filosófico fenomenológico, remonta uma história crítica das hermenêuticas jurídicas desde a escola histórica do direito e seus desenvolvimentos até o rompimento da fenomenologia com a razão cartesiana do cogito para possibilitar o acesso a um novo horizonte de interpretações jurídicas dos entes.

Palavras-Chaves: hermenêutica, fenomenologia, direito, hermenêutica jurídica.

Abstract: The present work bring us a legal hermeneutics through the phenomenological method proposed by Edmund Husserl, from an intuitive concept of law as the search for the just and justice. For that, under the phenomenological philosophical vector, it traces back a critical history of legal hermeneutics from the historical school of law and its developments until the break of phenomenology with the Cartesian reason of the cogito to enable access to a new horizon of legal interpretations of entities.

Keywords: hermeneutics, phenomenology, law, legal hermeneutics.

INTRODUÇÃO

A Fenomenologia de Edmund Husserl, filosofia e método, será nosso guia para a descrição e análise dos conceitos desse “ente” do mundo que chamamos “Direito”, a partir da ontologia **do direito como instrumento do poder político**, e analisaremos antes o próprio conceito de existência das coisas, assim como das certezas e verdades que sustentam o pensamento jurídico tido como lógica jurídica e as suas interpretações do mundo. Trataremos desse mundo do direito, como um *constructo*, a partir da descrição das suas ocorrências na história, ou seja, do que não “é” mais, para podermos pensar em hipóteses futuras para o conhecimento jurídico, ou seja, do que não “é” ainda. Essa capacidade de unir esses dois momentos de não existência no tempo é característico da condição humana. Através da caracterização da chamada “Ciência do Direito” e da “Hermenêutica Jurídica” e da “Metodologia e lógica” Jurídicas limitadas a partir de pensamentos jurídicos e inseridas no seu devido tempo histórico, nossa proposta não se limitará apenas e tão somente às dinâmicas do justo ou do controle social e apaziguamento sociopolítico, buscamos também a descrição das ideologias e dos poderes que geram os saberes das épocas e, mais, elaboramos um conteúdo de observação e descrição das nossas próprias capacidades de compreender o horizonte histórico de possibilidades do pensamento jurídico, através dessa abordagem filosófica-fenomenológica da hermenêutica jurídica, em certo ponto crítica, na medida que não se limita a descrever e apontar as coisas como elas nos aparecem e, em certo outro ponto, metodológica de uma proposta hermenêutica fenomenológica do pensamento jurídico.

E aqui aflora nosso lugar comum de argumentação das coisas jurídicas, um “topos *juridicus*”, a partir da descrição das coisas como elas aparecem – a chamada redução eidética proposta por Husserl - para assim perceber e conhecer o fenômeno do direito identificando nesse caminho o que nosso autor pai da fenomenologia chama de “*preconceito da verdade e do mundo*” (pré-conceitos da realidade), e o que Luís Alberto Warat classifica como o “lugar comum de argumentação jurídica”, a fim de descobrir novas possibilidades de conteúdo e existências, na tentativa hercúlea de suspender nossa própria atitude natural como jurista em nosso lugar comum de argumentação da filosofia do direito para uma interpretação do direito.

Trataremos das dinâmicas filosóficas por meio de debate de ideias e de ideais que formaram os conceitos, da análise crítica e das possibilidades de caminhos, tarefa da filosofia, sabendo-se por si mesmo, apenas mais uma das possibilidades. E nada de novo até aqui – mais uma proposta das tantas de um “novo método” interpretativo do direito, dentre tantos métodos

outros como o dialético, o estruturalista, o empírico, o sistêmico, o hermenêutico, o positivista, o fenomenológico, o sociológico, o funcionalista, o antropológico, sem considerar ainda as combinações de todos estes e mais todos os que vierem a ser, senão pela proposta de analisar, como se formam os conceitos e a capacidade humana de perceber o direito – e seus conceitos - onde esse ente do mundo se encontra, como se forma o pensamento jurídico e, em especial, a capacidade de entendê-lo na medida em que ele acontece no real das coisas, como ele acontece, e quais as possibilidades desse acontecimento. Esse “nosso” método fenomenológico de Husserl, na crítica da razão cartesiana, aponta uma confusão entre lógica e a erroneamente denominada lógica jurídica que é uma das tantas hermenêuticas das teorias da argumentação e do convencimento, que se mostra tão cara na realidade dos discursos da Ciência do Direito.

Assim, para essa nova e antiga proposta, na tentativa de nos manter fiéis ao existencialismo husserliano e à fenomenologia do autor como método e filosofia, traremos a Fenomenologia como epistemologia das Ciências Humanas e por essa mediada o estudo da capacidade humana de entender e compreender as coisas do mundo - o saber e filosofia de Edmund Husserl- que pode ser entendida como uma *doutrina do acontecimento*, onde e na qual o que importa é partir da redução das coisas à elas mesmas, suspendendo nosso arcabouço de pré-compreensões, para chegar propriamente às essências, às “coisas mesmas”, e só depois usaremos e administraremos as teorias que estruturam e definem essas coisas tais como a Teoria da Norma e do ordenamento. Falamos aqui, então, de um “re-reconhecer” o pensamento do direito, zetética e dogmática, na medida em que a fenomenologia trata da presença na *performance*, no momento de se fazer e de existir do humano face ao direito no mundo que aí se apresenta, diferente de uma teoria que é uma crença justificada e traz uma hipótese a ser confirmada e, neste sentido, esse texto não poderia ser classificado como uma teoria fenomenológica, pois entendemos teoria como categoria do pensar metodológico do conhecimento, composta de explicações fundamentadas em hipóteses (pré-existentes, dadas anteriormente ao que aparece) para descrever coisas, eventos e comprovar ou não o hipotético inicial do caminho que usa uma das funções da mente, o raciocínio lógico racional dedutivo, científico cartesiano, para decidir sobre as verdades e certezas do mundo.

E aqui, já acrescentamos a “lógica intuitiva” uma categoria das formas de pensamento a partir *da intuição*¹ *categorial* descrita pela fenomenologia de Husserl, uma forma de percepção e conhecimento imediato da coisa. “Logicamente” toda teoria envolve hipóteses já testadas diversas vezes, envolve a identificação de fatos e leis naturais, repetição e probabilidades. E toda teoria é datada – pode ser uma explicação que se define como definitiva para determinada coisa em determinado tempo e pode vir a ser derrubada sempre e a qualquer momento, pois nunca é uma verdade absoluta. E estamos repletos de exemplos dessas derrogações de teorias como a da geração espontânea, da abiogênese formulada por Aristóteles², entre diversas outras como o formato da Terra, o centro do universo seu tamanho e expansão, o átomo, a menor coisa existente nesse mundo e da mesma forma e lógica, como hoje sabemos que explicar o surgimento de vida a partir de matéria inanimada não é válido, daqui a séculos, estudiosos poderão achar absurdo nossas “leis da gravidade” diante de novas descobertas científicas.

Uma teoria científica se constitui a partir de hipóteses testáveis, sempre havendo a possibilidade de que um novo fato destrua a visão da atualidade do conhecimento científico atual. Entendemos que *teorias científicas* jamais são provadas como absolutas, mas sim provadas como *válidas* naquele momento, para completar as necessidades de certezas humanas, vez que é impossível garantir que nunca será descoberto um novo fato que contradiga alguma de suas ideias daquele momento certas e válidas, a exemplo da física newtoniana e quântica. Da mesma forma, os modelos que contêm as hipóteses da teoria são justificadas à razão humana pela **função mental da lógica** e suas categorias³, demonstrada por fatos, comprovações ou argumentos de convencimento das verdades deduzidas, em uma retórica de convencimento própria, todavia, para a fenomenologia, hipóteses e crenças não se deixam justificar absolutamente. Toda teoria é sempre muito plausível ou razoável, mas nunca podemos dizer, fenomenologicamente, que isso é *certo porque é racional*, pois toda teoria é insuficiente para alcançar essa conclusão e, nesse passo, as portas se abrem para o domínio da funcionalidade e para *lidar com as coisas do mundo* que nos trazem a segurança da verdade dessas coisas e

¹ Intuição já trazida por Aristóteles com um dos graus de conhecimento, junto a sensação, percepção, imaginação, memória, raciocínio. Em Aristóteles o único mundo é o sensível e que também é o inteligível, diferente de Husserl onde o mundo é o conhecido.

² Que tem por base os seus estudos no Liceu a partir de ideias já aceitas como verdade por outros pensadores.

³ As categorias lógicas clássica dos gregos, da transcendental de Kant, da dialética Hegel, da psicologia empírica e todas as derivações antes e depois da virada linguística são várias.

nossas absolutas certezas de que as coisas são assim mesmo. A fenomenologia, nessa dinâmica, é uma forma de “realizar” (trazer à realidade o Ser, a nossa existência) conhecimento sem essa teoria das verdades e certezas pré-concebidas. Nossa interpretação do mundo não interpenetra a coisa que se apresenta a nós pois, no dia a dia, acabamos por saltar as primeiras fases da percepção humana e dos processos biológicos básicos da mente, partindo de pré-concepções instaladas pela memória em nossa mente e tomando isso como certo e verdadeiro. O que existe empiricamente para a fenomenologia só é quando cuidamos de suspender toda e qualquer interpretação dessa existência de maneira radical, o que significa reduzir o intérprete, despido de símbolos, ao acompanhamento da descrição dos índices e dos ícones, sem teses, sem *pré-disposições*, sem o *pré-conceito* das coisas, dirigidos apenas pela descrição daquilo ali presente, do fenômeno em si mesmo, sem supostos ou pressupostos e sim pelo que nos toca a partir da percepção imediata desse fenômeno analisado em nossa consciência. A partir da “*consciência-si*”⁴, transcendental, da performance (pois nada é absoluto) de existência nossa em relação ao fenômeno – as estáticas da existência – e, como toda performance, lança essa existência para fora, de uma forma radical de experienciar a verdade de nossas experiências, sempre marcadas pelo encontro imediato dos fenômenos, não medidos pela nossa carga de pré-conceitos e pré-saberes das coisas.

Essa essência da existência é um êxtase, tal qual o existir em Heidegger, que é ser para fora, para junto das coisas. Assim, descrever a experiência imediata e controlar a vontade de não produzir teorias e sim conteúdos fenomênicos, que se apresentam a nós e à nossa experiência única e propriamente dita, não se constitui exatamente uma tese. Junto a isso – e além do “isso” que descrevemos –, a hermenêutica – a arte da interpretação – nos traz que todos os fenômenos são atravessados por historicidade, tempos e espaços, e as teorias são constituídas pelos pré-conceitos da tradição, embutidos nos próprios fenômenos em si, como por exemplo a liberdade na Grécia Antiga, diferente da liberdade da tríade na França Revolucionária de 1789 e aquela entalhada em nossa Constituição Federal Brasileira de 1988, a constituição cidadã da

⁴ **Nota do Autor:** a consciência de si é a consciência reflexiva de onde o “Eu” se sabe consciente de si, ou seja, de quanto “sei que sou consciência” e, a partir dessa consciência, construo o mundo e elaboro as experiências e as interpretações. Por outro lado, **consciência-si** não é reflexiva, jogada para junto das coisas, onde a interpretação é deixar que as coisas falem, ela acontece simultaneamente além do binômio sujeito/objeto, como uma consciência prática, que vive os afetos humanos, as situações atemporais das necessidades humanas, não são só particulares de algum momento histórico, mas a todos eles, fundamental para a Filosofia do Direito.

dignidade da pessoa humana dos direitos humanos universais insculpidos pelo Pós-Segunda Grande Guerra.

Assim, não necessariamente este texto tem a pretensão de existir como uma tese fenomenológica, pois se constituiria um paradoxo, mas também não se limita a fazer uso da lógica racional dedutiva e do método da lógica dialética hegeliana para formular soluções às situações mencionadas, ou mesmo exaurir a lista de problemas potenciais, já que não as alcançaremos. Nossa intenção é sucinta e, talvez, relevante: intuir, perceber, descrever e formular um importante problema de **coerência no pensamento jurídico** em relação às **teorias do direito sobre sua essência e sobre as propostas de aplicação das normas (da teorias da norma e do ordenamento) face às capacidades e possibilidades de interpretação das coisas jurídicas**. Além disso, e decorrentes dessa nossa proposta de uma filosofia jurídica fenomenológica para uma hermenêutica fenomenológica jurídica que atua sobre a teoria do conhecimento do direito e suas interpretações, pensamos ainda como ela pode ser desenvolvida para os problemas da didática no ensino jurídico do Direito, saber produto de poderes específicos e especiais em nossa história. E assim, retirando esses temas da discussão marginal, colocando-o em destaque como um problema intrínseco do pensamento jurídico, trazemos como necessário e urgente, nossa preocupação que se apresenta com a negligência da academia em estudar e valorizar uma filosofia brasileira e receber, sem filtros, apenas os modelos de existência da Europa colonizadora, talvez oportunamente tratada em outro texto, pois aqui seguimos o ritmo dos colonizados, nosso lugar de fala, e propomos as potencialidades do método fenomenológico no Direito, inaugurado pela fenomenologia do justo em Gerhart Husserl e da fenomenologia jurídica trazida também por vários autores como Aquiles Cortes Guimarães, Luís Alberto Warat e Willis Santiago Guerra Filho, para citar exemplos de inspirações desse texto e reconhecê-los como símbolos de uma resistência contra nossa atual carência de abordagens em profundidade pela Pedagogia dos “cursos superiores” e, em especial, da “graduação” em direito. Essa ciência dos saberes, de ensinar saberes e métodos cujo objetivo é a reflexão, ordenação, sistematização e crítica do processo educativo, bem como *toda e qualquer proposta pedagógica é sempre político-pedagógica, sempre resultado de forças de poderes* que criam saberes, sempre é política, portanto necessário que uma Pedagogia construtivista colaborativa defina claramente os meios pelos quais os docentes irão interagir com os discentes para atingir os objetivos de “aprender a aprender”, já que sem isso o ensino passa a se dedicar ao técnico e não ao estrutural, que resulta no fato comum de que um

“operador” do Direito pode passar informações relevantes sobre algumas das práticas processuais comuns no nosso país e se limitar, como muitos, à exegese gramatical do texto legal percebendo erroneamente o texto como Direito. Um mero operador sem que se tenha o mínimo de crítica sobre o papel que está cumprindo neste sistema social. Para trazer essa pedagogia jurídica das propedêuticas, identificamos a construção do pensamento jurídico e da hermenêutica jurídica como as formas possíveis de pensar o direito que passa necessariamente pelas cuidadosas mãos de um educador cuidadoso, um professor que ensine a pensar e criar, tarefa que vai além de transmitir “conhecimento” preparatórios da nossa rasa e ingênua era cientificista técnica.

Conhecer as capacidades de entender e compreender o fenômeno *jurídico*, a partir da consciência do *pensamento jurídico que o percebe*, ou seja, da intencionalidade jurídica da consciência do direito, e, talvez até mesmo, alcançar pelo método fenomenológico a *epokè*, a suspensão do Juízo em Husserl, que é o “pensar em suspensão” de todo o “pré-conhecimento”⁵ da coisa pensada. E aqui *pensar* como qualquer ato ou movimento da mente de perceber, entender ou conhecer algo, assim como o raciocínio, a memória, a observação, o cálculo, a descrição, a intuição, o sonho, entre tantos outros movimentos da mente que podem alcançar essa modalidade de ato mental. A necessária suspensão de nossos saberes jurídicos, já oxidados e enferrujados de *pré-supostos* em nossas caracterizações *do ato, fato ou negócio jurídico*, não trata de descrever e estudar a realidade que se apresenta a nós, as coisas do direito como elas são a partir da descrição das suas qualidades, sem as quais essas coisas do direito deixam de ser do direito, aquelas que necessariamente fazem das coisas, *coisas jurídicas*. Propomos, então, que sejam temporariamente suspensos os nossos conhecimentos científicos jurídicos, nossas crenças, nossas definições e categorizações, nossos pré-conhecimentos das teorias e princípios que nos colocam em um “*topoi jurídico*”, coisas essas sempre dentro de “caixinhas” e “arquivos” nos quais dividimos e compartimentamos tudo o que está diante de nós, como por exemplo esse próprio texto, esse amontoado de signos grafados que percebemos de cor preta sobre um plano branco, identificamos e conhecemos como “letras” e entendemos palavras que

⁵ Termo utilizado pelo autor Marcelo Lamy no contexto de metodologia da educação, mas que muito bem explica nossa proposta inicial de seguir o método fenomenológico de Edmund Husserl e suspender nosso pré-reflexivo, em especial nosso lógico-formal e intelecto racional para transcender essa forma de conhecer as coisas para uma descrição e intuição da coisa mesma que se apresenta em nossa frente no mundo. (Cf. LAMY, Marcelo. **Metodologia da Pesquisa: técnicas de investigação, argumentação e redação**. São Paulo: Matrioskaed, 2020).

se apresentam no nosso vernáculo português-brasileiro e compreendemos tratar-se de um “parágrafo” de uma parte de uma “tese de doutorado”, ou seja, um “texto acadêmico”.

Tratamos aqui de *re-reconhecer (epoké)* as coisas pelo que elas são e não pelo que elas estão acostumadas a serem chamadas a ser, eis a proposta da fenomenologia: suspender o devir a ser que passou a ser a essência da coisa em si, que as impedem de serem *re-reconhecidas* como são. E esse ser, essa existência, a todo momento é transformada pelo dinamismo do nosso mundo onde tudo muda o tempo todo, a coisa em si, o *ente* do mundo, pela forma e as condições de possibilidade de conhecermos essa coisa, o que chamaremos aqui de *horizonte de possibilidades* de perceber, reconhecer e entender as coisas do mundo. Esses horizontes são pessoais, subjetivos, assim como para alguns de nós a neve e o gelo dos polos da terra são gelo e neve, para um esquimó são dezenas de objetos completamente diferentes uns dos outros, com essências e funções diferentes onde o gelo de beber não é o gelo de construir iglus nem gelo de água dos cachorros, força motriz do trenó. São conhecimentos temporais também, já que cada tempo abre possibilidades diferentes e o tempo, não o do relógio, invenção nossa e que perpassou para nossa existência no mundo capitalista, mas sim o tempo Kairós e Cronos, sem os quais as coisas não existem no mundo, esse tempo que é essência de existência, sem a qual as coisas não são, permite as possibilidades dessa existência. Por isso faremos ao longo desse tempo dedicado a esta leitura, uma descrição histórica e historicista das formas de pensamento jurídico junto à nossa forma de descrever essa história.

Essa possibilidade de compreensão além da base positivista normativa é a dimensão em que **métodos de interpretação e de aquisição originária de conhecimentos jurídicos podem nos ajudar no caminho do justo, função e objetivo final de toda elaboração jurídica, essência da paz social, objeto dessa argumentação.** Nessa medida, face a problemas colocados para o pensamento jurídico pelo Estado, pelos poderes e pela busca pelo *justo*, na medida mesma em que o atuar jurídico tem como vetor e objetivo final o justo atualizado momento a momento. Aqui desenvolveremos *acoplamentos sistêmicos*⁶ de formas de conhecer o direito, a sociedade, os grupos e o humano, interpretar as teorias e práticas, assim como

⁶ Conceito fundamental da teoria de Niklas Luhmann que propôs novo paradigma na teoria dos sistemas sociais nos campos da sociologia, economia e direito entre outros. O acoplamento acontece entre sistemas, são as relações inter sistêmicas, um mecanismo para colocar em funcionamento seus próprios elementos e as estruturas de um outro sistema, sem, contudo, confundirem-se esses elementos uns com outros.

desenvolver a arte e técnica do pensamento jurídico, elemento da consciência do direito trazida pelo ser humano e suas forças e vetores resultantes.

1 - Parte I – Narrativas do Pensamento Jurídico

1.1 História do Pensamento Jurídico

Direito é uma “coisa” no mundo, um “fenômeno” do mundo, um “ente” com essência, propriedades, princípios, regras e características, criado pelo humano para lidar em “grupo de humanos” – em sociedade. Pode ser entendido como um dos mecanismos sociais destinado a neutralizar a contingência das ações individuais, permitindo que os componentes desse agrupamento humano – os modernos “sujeitos de direitos” – possam prever, com um mínimo de garantia e máximo de acerto, os comportamentos daqueles com quem convivem⁷. As origens do Direito estão em tempos remotos, na pré-história, na formação das primeiras tribos e sociedades que não tinham desenvolvido o domínio da escrita, fundamental para a história da civilização. Claro que, em função do surgimento da escrita, podemos facilmente confundir o significado do Direito vinculado à Lei escrita e usamos assim uma definição ampla de Direito – o conjunto de normas jurídicas vigentes em um país ou em uma dada localidade que não propriamente constituída em nosso sentido moderno de nação, como foram as Cidades-Estados da Antiguidade. Todavia os povos ágrafos, em tempo indeterminado, tanto os “humanos” da caverna da nossa Antropologia cristã que os data de 3.000 a.C., como os habitantes do Indostão (o subcontinente indiano), de mais de 7.000 antes da era cristã do ocidente europeu ou mesmo nossos “índios” brasileiros – nosso *povo original* – até a invasão de outros povos e, aqui, em especial, a de Pedro Álvares Cabral no final do século XV e mesmo hoje, nas tribos da floresta Amazônica que ainda não entraram em contato com o homem branco e nossa *branquitude* colonial europeia⁸, todos esses humanos “não escritos” apresentam características de unidade

⁷ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Estudos Jurídicos – Teoria do Direito, Direito Civil**. Fortaleza: Imprensa Oficial do Estado do Ceará, 1985, pp.10-11.

⁸ Cf. RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro – A Formação e o Sentido do Brasil**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2006.

de grupo com normas da tradição oral próprias. Essa pré-história do direito é um longo caminho de diferentes características “jurídicas”, não exatamente em evolução, em que esses povos ágrafos percorreram cujas características deixaram de existir com o tempo deles e, apesar de podermos supor, uma estrada bastante rica, percebemos a dificuldade anacrônica de falar e de entender aquele tempo e as possibilidades que se apresentavam pela falta da escrita. Não só pela impossibilidade existencial de ter vivido naquele tempo, mas ainda pela total não capacidade de entendimento daquele universo histórico, além do óbvio ululante fato de não termos acesso direto a outro tempo que não o nosso próprio.

Pensaremos como se dá a formação de conceitos de direito e dos conceitos que no Direito existem. A partir de um raciocínio lógico, da “lógica” formal jurídica por muito tempo a premissa oculta do ideal de justiça absoluta foi concebida como a origem, a fonte, divina, régia ou transcendental do direito, e nessa medida de origem natural ou racional, esse ente foi definido com a arte de determinar o bom, o bem, o justo e o equitativo – *ars boni et equi* – contida no *Digesto*, um dos tomos do *Corpus Iuris Civilis Romanii*. Segundo um pensamento amplamente divulgado em nosso meio, através do senso comum inclusive dos juristas em formação, o direito é um conjunto de conceitos enunciados nas normas (lato sensu) de um grande sistema – o sistema normativo. O mais significativo reconhecimento vê no **sistema normativo a ampla e exauriente dimensão jurídica no Brasil**, e isso se dá à mercê de textos de lei ou mesmo na ausência de qualquer disposição legislativa. Os direitos fundamentais sempre serão a medida ou o melhor exemplo da desnecessidade de previsão constitucional expressa para seu reconhecimento e aplicação prática, de onde parte a ideia ou as ideias de contrato, recibo, propriedade e de obrigação com imensos significados, e com um tipo de concepção integral que torna cada um, no seu constante movimento e desenvolvimento, um significado, um conteúdo que vai muito além do imóvel concreto cimentado legislativo. Eis aqui uma primeira noção ou reprodução substancial da essência de tudo que existe no Direito. Outra premissa suplementar nesse raciocínio é a de que sempre existe uma tradição atestada por um deus, um rei, um Estado que são autoridade de poder e delimitam um eixo binário de existências do justo e injusto.

A definição de conceito de Aristóteles de algo se faz através da determinação do gênero mais próximo, ou seja, a categoria mais próxima daquela coisa objeto da definição e a sua diferença específica que a torna peculiar dentro do gênero próximo e a identifica, a difere das outras coisas semelhantes dentro desse gênero. O homem, gênero próximo do animal, segundo

o estagirista, tem a peculiaridade de ser racional, portanto, o homem (ser humano) é um animal racional, um *zoon* (gênero próximo) *lógos* (razão) *errón* (é), talvez a definição mais conhecida do que é o ser humano. Fato é que essa razão que diferenciava o ser humano dos outros animais sem a faculdade da razão, começa a ser questionada, em especial no Século XIX por autores que entendiam que a razão não é fenômeno originário do animal humano, não se trata de uma qualidade inerente que o diferencia desde logo, ela se faz e é uma produção de outros fatores, portanto não pode ser diferencial próprio do humano pois produzida ao longo da vida, uma produção, segundo Marx dos interesses mobilizados na luta de classes do materialismo histórico e dialético, que abala o conceito tradicional de razão. Assim como a dimensão apolínea do humano, em Nietzsche, tem sua origem na dimensão dionisíaca do humano, ou seja, o humano é um oceano de paixões e a razão é um derivado desse oceano e brota de forma castrada, restrita, e lamentável da condição mais originária do humano. E em Freud o importante do humano não é possuir uma consciência, mas sim aquilo que determina no humano a estrutura que suporta a consciência e por sua vez a razão, e nesse sentido atua no sentido de uma meta psicologia não do além mas do fundamento do psicológico, do aparelho psicológico e suas instâncias sedes das forças inconscientes que determinam o modo de operar da consciência e da razão.

A razão que desde os gregos de outrora identificou o humano como tal, deixa de ser consenso nessa medida moderna do humano, deixa de ser qualidade própria ou peculiaridade humana. Na **formação fenomenológica do conceito**, a grande difusão histórica e progressiva não é premissa, sem a qual se torna inacessível uma pesquisa rigorosamente científica. De conformidade com a concepção fenomenológica, todo o processo cognitivo, no qual os antigos chegaram, são substituídos pela metodologia do dado e da consciência intencional. O tempo próprio de formação de um conceito tradicionalmente formulado é substituído na Fenomenologia pelo método de pôr entre parênteses, de modo a eliminar tudo o que não é essência, o que não é qualidade necessária sem a qual a coisa não se destaca do gênero mais próximo e não se identifica, tais como a existência e a opinião dos outros, e, desse modo, na ação consciente do sujeito estará a função criadora do mundo inteiro e diretora do seu movimento e desenvolvimento.

O conceito é então formado a partir de uma busca orientada que tem o próprio conceito como objetivo, como alvo, como intenção. Não interessa ao fenomenologia as variações subjetivas ou a atividade do sujeito, ainda que se trate de um jurista, um psicólogo, psicanalista, um físico mecânico ou quântico. A única tendência é aquela orientada totalmente

para o objetivo onde o “objeto” (alvo) da investigação, chamado de dado, é mostrado e a função da Fenomenologia é a de esclarecer esse dado. Assim, se o dado é o conceito, a Fenomenologia se encarregam de descrever, e até definir mesmo, esse dado, independente de ser uma realidade ou uma mera aparência, pois haja o que houver, a coisa estará aí, dada ao sujeito. E a ele incumbirá descrevê-la, fenomenologicamente, suspendendo as buscas históricas, estatísticas ou literárias, o fenômeno dado, que aparece diante da consciência, é o lavo do esclarecimento.

A melhor e mais pura fonte, e única legítima, de todas as afirmações é o que se exprimirá diante de nossa consciência que doa sentido a essa coisa, nossa consciência doadora original. O próprio processo tradicional formador do conceito poderá ser objeto da atitude do *fenomenólogo*, pois cada parte da formação de um conceito pode ser objeto, o objeto no qual se funda o saber do dado. é que cada objeto possui uma essência, que precisa ser captada diretamente. Esses objetos não devem ser apenas fatos contingenciais, mas, sim, conexões essenciais, seu caráter descritivo fará com que a essência seja descrita, ao ser processada em esclarecimento gradual, que progride de etapa em etapa, mediante a intuição intelectual da essência percebida imediatamente. O conhecimento de algo prescindir o preconceito do mundo, a noção previa, as vivências alheias, saber o que é uma cadeira, por exemplo, é tomá-la como um dado para compreendê-la e estar diante de uma cadeira não é, entretanto, determinante para conhecê-la, a não ser que o conhecimento seja o da presença da cadeira, o que também conduziria ao raciocínio de que poderia tal presença ser apenas um dado.

A Fenomenologia, a redução fenomenológica e a atitude fenomenológica resultam uma forma de conhecer autônoma e independente, a partir da percepção direta, imediata (sem mediação do preconceito do mundo) e do exercício de colocar em suspensão temporária nossos conhecimentos sobre a coisa. E isso não é lógica. A atitude fenomenológica se difere da lógica clássica assim como e da experiência empírica, pois a fenomenologia se propõe a conhecer os problemas todos, e aqui em especial, os jurídicos, sem se apresentar como uma corrente filosófico-jurídica.

Ao falarmos de conceitos em direito somos remetidos à dogmática jurídica que seguindo as leis das ciências da natureza, nas linhas da aproximação das ciências humanas que primeiro aparecerem como física social, a dogmática jurídica é o pensamento matemático do direito, a física do direito, que por definição não se dirige a fins políticos, sociais nem econômicos e se diz não influenciada por eles, mesmo que o direito positivo esteja mergulhado, na origem, desenvolvimento e aplicação, em um vetor axiológico e decisório do humano. A dogmática

entende, e se propõe a, ser uma ciência logico formal dedicada ao estudo exclusivo das normas legais. Assim, o texto legal é o dado imediato de onde parte o jurista em seu trabalho científico.

Entendemos então que a dogmática jurídica se integram, acoplam-se em um grande sistema axiomático, que atua sob a forma cartesiana metodológica do chamado “lógico-formal jurídico” de análise, síntese e silogismos que elabora esse sistema de conceitos, noções, princípios, aforismas, institutos e regras de interpretação na tentativa de ser completo e fechado. Conceitualização dos textos legais, dogmatização jurídica e a sistematização são as três principais etapas desse método dogmático cujo cume é a Teoria Geral do Direito. Orientada pelo formalismo o conteúdo do direito se confunde com a sua normatização e se identifica com a norma, tal qual em Kelsen e sua Teoria Pura. Assim a realidade jurídica advém da norma, é consequente da norma, categoria do conhecimento humano desvinculada da dinâmica existencial dos humanos, e não conectada ao objetivo de valoração e justificação, o que significa que a realidade jurídica não é significativa. Assim somente a norma, constituinte da realidade jurídica é significativa. Isso é a base do método dogmático de interpretação das leis, a hermenêutica dogmática. Entendemos que é impossível a dogmática jurídica ser essencialmente uma função científica já que o discurso jurídico essencialmente é argumentativo para persuasão e não racional logico demonstrativo como nas ciências naturais. Prova disso é que o jurista pode retoricamente modificar a significação jurídica de textos legais como requisitos para a própria vigência e legitimação desse texto.

Quando vivemos na atitude natural, somos inevitavelmente absorvidos por e preocupados com objetos e eventos mundanos, com o *quê* da experiência. Ao trazermos a fenomenologia e performarmos a epoché, ou seja, ao colocar entre parênteses nossa crença implícita na existência de um *mundo independente-da-mente*, podemos reorientar nossa atenção em direção ao *como* da experiência jurídica e, deste modo, revelando aspectos e dimensões das nossas vidas subjetivas que nós normalmente negligenciamos e ignoramos. Assim, não pensamos em uma *Jusfenomenologia* no sentido que nos trouxe Gerhart Husserl em *Fenomenologia do Direito* pois a Fenomenologia pode tomar os objetos especificamente jurídicos como um dado próprio e independente e assim reconhecer que há nesses objetos “essências” jurídicas próprias, função da *epokè*, que é a de suspender esse conhecimento para buscar a essência da essência. Dessa forma, não dispensa nem nega as outras formas de entendimento, apenas se posiciona como conhecimento direto, imediato pela intuição imediata fenomenológica que possibilita esse conhecimento. A Fenomenologia é forma primeira,

primeira, a meta originária de toda ciência, a *mathesis universalis* e por serem irreais as ideias no mundo prático, embora existam como entes do num mundo jurídico, precisam ser apreendidas e compreendidas, pois somente com a compreensão consciente algo se torna algo para o sujeito consciente. Em um mundo de horizontes, é a Fenomenologia que serve para entender o direcionamento da atividade do pensamento e penetrar no nosso entorno, no horizonte que nos circunda para capturar os conceitos, mediante a reflexão intuitiva da consciência.

Analisadas fenomenologicamente as essências das instituições servirão, aprioristicamente, para unicamente possibilitarem o conhecimento crítico dos demais objetos. **Cada conceito delimitado é um *a priori*, que integra a estrutura fundamental do pensamento jurídico do Direito. E esse conhecimento apriorístico sempre suspenso a cada momento, não acumulado de significados, significará a amplitude do campo de atuação fenomenológica do Direito e possibilitará a mais fecunda pesquisa no esclarecimento do dado.** Cada progresso alcançado, com um conceito fenomenologicamente testado, integra o “mecanismo” do sistema conquistado do conhecimento do Direito. Mesmo que não compreendamos todas as implicações da Fenomenologia ao Direito, e do método fenomenológico como forma geral de conhecimento de todas as Ciências, uma coisa é certa: o extenso campo do *a priori* que cada conceito, cada ente pode significar e produzir, torna fecundo e prolífero o conhecimento do Direito. E é dessa maneira que os institutos jurídicos são colocados à disposição de todos pela função “apriorística” que exercem nos negócios e nas relações pactuadas em um processo de hermenêutica jurídica fenomenológica.

O Positivismo, a partir de Comte, marcou época com a afirmação do abandono de uma ciência baseada no que passou a ser conceituado como mito, fantasia e imaginação, para lutar pela observação e pela nova objetividade científica dos fatos. Mas, tal como os adeptos do Empirismo, e do Realismo, confundem os positivistas o “ver” em geral com o “ver” algo meramente sensível e experimental, e não compreendem que cada objeto sensível possui, antes de tudo, uma essência, e essa essência, como a essência em geral das coisas, pode ser capturada imediatamente sem mesmo que a coisa exista empiricamente ao alcance dos sentidos. Eis a compreensão fenomenológica do átomo dos quarks e do quântico que são fenomenologicamente compreendidos, sem necessidade, ou melhor, sem possibilidade de ser visto ou mesmo tocado em sua unidade. Muitas das mais ricas obras de juristas, foram elaboradas com riqueza de conteúdo, que prescindiu a experiência de cada um dos institutos

jurídicos comentados. E, a rigor, todo conhecimento contemporâneo de algo não depende diretamente da experiência, da auto-experiência ou da observação empírica. Assim escrevemos sobre crime, sem a necessidade de praticá-lo, ou descrevemos o divórcio e separação judicial sem ter experimentado o fim do matrimônio ou mesmo ter o autor se casado. Na solução de problemas jurídicos, a concepção de ideias, ou melhor, de conceitos, tem uma especial importância e acentuamos a ideia de que o conceito não é outra coisa senão uma circunstância igualmente incontestável, que já foi assinalada, de que o conceito jurídico está incluído nas dimensões do Direito desde o seu aparecimento, em tempos pretéritos indeterminados e mesmo agora, pois é ele – o conceito – que formula a significação de unidade de ligação do humano com o a natureza, com a técnica, a arte e com a sociedade. Mas o mundo circundante dos conceitos depende da sua formulação, da formulação do conceito. E essa tarefa converteu-se na fonte clássica do conhecimento do Direito, e a multidão de conhecimento aplicada e aproveitada é o mais legítimo resultado da tomada de algo como um dado, como um fenômeno, tal como nos traz a Fenomenologia.

Em algum momento de suas existências, esses povos sem escrita sentiram a necessidade humana de regularizar o seu convívio em sociedade. A pré-história, então, entendemos hoje, tinha por “fontes do direito” os costumes, os precedentes, os provérbios e a decisão do chefe. Podemos chamar de direito aquilo que já foi a expressão dos costumes consolidados em tribos e sociedades que existiam em um tempo de locais e territórios pequenos e isolados e que, em comum, possuem uma mesma cultura e ancestralidade na qual os tradicionais valores eram de caráter absoluto e inquestionável, em que uma hoje entendível regra moral se constituía como verdadeira fonte do direito. Nesse tempo, o correto, o verdadeiro e o justo era os determinados pelos costumes, intocáveis, que se apresentavam como normas imutáveis de uma tradição sagrada, sacralidade essa que impede o seu questionamento (o hoje dogma) e, nessa medida, não possibilita o surgimento de uma mente reflexiva, contextualizada e histórica, capaz de perceber que somente existem valores criados pelo próprio ser humano em dada época sob certas condições que lhe são possíveis.

Esses valores, então, “acontecem” no mundo das pessoas, no sentido de que aparecem, surgem e podemos mesmo dizer que são “desenhados” nos hábitos de grupamentos humanos

do ser político⁹, resultado de processos culturais que ocorrem na convivência humana e decorrem dela. Nessas sociedades os valores não são percebidos como *culturais*, mas sim como *naturais*, no sentido de que há um justo e um correto natural e a sua validade independe da cultura e que, por isso, tampouco pode ser alterada por meio de decisões políticas. Já no ambiente das *pólis*, os núcleos sociais de formação política humana da era Antiga, “aconteceu” outro entendimento, aquele das normas decorrentes a partir do ambiente dos *costumes* que se apresentavam possíveis naquele ambiente. Na matriz *noética*¹⁰ de nossa civilização, a Grécia Antiga, onde e quando surgiram os estudos dos fenômenos subjetivos da mente humana e da consciência através do estudo da Razão nas dinâmicas pré-socráticas e socráticas, já se encontra expressa a ideia de que o Direito é algo que deve se revestir de uma utilidade (*synpheron*¹¹), para os indivíduos reunidos em comunidade, em cujo bem-estar ele tem a sua *última ratio*. Assim também, no campo da política como forma de convivência humana, onde o Direito consuetudinário expressa sua própria tradição cultural, sem a necessidade de justificação para sua imposição, pois impensável questionar as validades das obrigações que desde sempre assim o foram, ou seja, onde uma imposição de norma não é questão de decisão nem tampouco execução da decisão, mas sim de imposição heterógena dada como certa. O desenvolvimento da modernidade e de seus sujeitos de direitos muda gradualmente essa percepção normativa no sentido e direção de unificação de um poder geral. Assim, passo a passo, as normas legisladas e legitimadas pelo próprio sistema de criação e execução, passaram a excluir de forma cada vez mais eficaz os costumes locais que lhe eram contrários, auto ajustando o sistema.

Essas **formas e o pensamento jurídico** organizam nosso modo de ser no mundo, organizam os agrupamentos humanos, desde tempos imemoriais e em hábitos culturais de grupos arcaicos como atestado nas primeiras formas de escrita da Mesopotâmia, no Código de

⁹ *Zoon Politikon*: animal político é a condição humana utilizada pelo filósofo grego Aristóteles de Estagira (384 a.C – 322 a.C), para descrever a natureza do hoje ser humano – um animal racional que fala e pensa (*zoon logikon*) –, em sua interação necessária na cidade-Estado (*pólis*). Esse ser político já teve existência definida como simples ser mortal, ser da polis, ser social, ser com o dom divino da razão, ser de desejos, ser de potências, entre outras buscas de uma essência original da existência humana.

¹⁰ Aqui, que se define pelo uso da Razão, racional, caracterizado pela atividade intelectual, pelo uso do intelecto. O que nos remete a nossa filosofia fenomenológica, referente à noese, ao ato de conhecer ou de pensar alguma coisa, proposta na fenomenologia de Edmund Husserl.

¹¹ Junto a, levar com, direito útil ao convívio – no ensinamento de Willis Santiago Guerra Filho in GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Notas Para Uma Teoria Hermenêutico-Jurídica*. UNOPAR CIENTÍFICA: CIÊNCIAS JURÍDICAS E EMPRESARIAIS, v. 7, 2006, p. 23-29.

Manu¹², o Código de Hamurabi e depois, na Roma Antiga, tido como primeiro *Códex* Ocidental, o de Justiniano – não são uma constante, nem ao menos uma consequência daquelas primeiras formas “jurídicas” das verdades daqueles tempos arcaicos. Muito menos do justo, do certo, do legal ou das consequências do ilegal e, sempre com a vênia dos anacronismos gramaticais e jurídicos, posicionamos um nascimento do pensamento jurídico no “Direito da Era Arcaica”. São e sempre serão **consequência das formas de verdades que o momento histórico cultural social produzem em cada um de nós**. Parafraseando Nietzsche¹³, podemos entender mesmo que dentro dos incontáveis universos possíveis, em um dos inúmeros sistemas solares, um planeta deu origem a animais inteligentes que inventaram o *conhecimento* e eis o instante da maior mentira e da suprema arrogância da história universal. Tempo e espaço pré-existem ao conhecimento e são essências da existência da coisa. Por isso, o direito *foi inventado em certo ponto no tempo* e, nas bases iluministas da Idade das Luzes, foi trazido como resultado da Razão humana de forma científica, com método próprio, objeto específico e demonstrações regulares de causas e efeitos jurídicos prováveis. Entendemos que o **pensamento jurídico não tem origem (*ursprung*), mas sim tem sua invenção (*erfindung*)¹⁴**, apesar das teorias das fontes de Savigny colocá-lo na origem no espírito do povo alemão. Para melhor entendermos esse pensamento qualificado por nós como sem início, mas com essência, trataremos dele pelo método fenomenológico de Husserl nos questionamentos da existência das coisas categorizadas como saberes jurídicos.

Assim, por motivos metodológicos, damos um salto no tempo histórico até a Europa antiga onde se deu a passagem do direito costumeiro para o legislado como fruto de processo de centralização longo e gradual dos poderes, campo de possibilidades e de biopoderes em

¹² O Código de Manu é parte de uma coleção de livros bramânicos, enfeixados em quatro compêndios: o Mahabharata, o Ramayana, os Puranas e as Leis Escritas de Manu. Inscrito em sânscrito, constitui-se na legislação do mundo indiano, do sânscrito (मनुस्मृति), "*manuh Smriti*", redigido entre os séculos III a.C. e II d.C. em forma poética, a partir de uma genealogia própria, as regras no Código de Manu são expostas em versos. Cada regra consta de dois versos cuja métrica (mantra), teria sido elaborada eremita chamado Valmiki, em torno do ano 5000 a.C. Existem estudos indicando que originalmente o Código era composto por mais de cem mil dísticos (grupo de dois versos) e que, através de manipulações e cortes feitos em épocas diferentes, tenham sido reduzidas para tornar menos cansativa a leitura integral do texto; nas edições hoje conhecidas constam 2 685 dísticos distribuídos em doze livros.

¹³ Verdade em Nietzsche não é algo que existe e que deve ser encontrada, descoberta, desvelada, mas sim algo que se há de criar e que dá o nome a um processo do interior da nossa maneira de pensar. Verdade, essa palavra, não designa necessariamente uma oposição ao erro, mas, sim, nos casos mais fundamentais, somente uma posição de diferentes erros na medida em que todo conhecimento humano para Nietzsche é ou experiência ou matemática e o critério da verdade está no incremento do sentimento de poder..

¹⁴ Considerando-se "*erfindung*" como invenção e "*ursprung*" como origem, descoberta.

construção, em que foram moldados os Estados modernos posteriormente. Esse processo remonta talvez ao Século XIII, marcado por uma série de transformações sociais e políticas que determinaram a decadência do feudalismo na Europa ocidental e um paulatino fortalecimento do poder do Estado, acompanhado por uma crescente centralização do poder político nas mãos dos monarcas e do poder econômico nas mãos da burguesia. E toda forma de organização social humana é composta por e submetida a regras que chamaremos aqui de um **fenômeno jurídico** e a filosofia jurídica, tratada aqui como disciplina autônoma e vetor metodológico desse texto, guarda um olhar ao controle intersubjetivo de assertivas científicas sobre esse fenômeno jurídico, atestando o debate, bem como o fazemos com a origem própria da Teoria Geral do Direito (*Allgemeine Rechtslehre*) que pode ter seu nascimento definido no tempo ao final do Século XIX na fase tardia da Escola Histórica do direito fundada por Gustav von Hugo (1769-1884), escola cujo maior expoente foi Savigny¹⁵.

1.1.1 Regras e Institutos Jurídicos

Em meados do Século XIX, a contrapartida francesa dos **pandecistas da Alemanha** foi a denominada **Escola da Exegese** da Europa pós-iluminista, na esteira da razão e das luzes emanadas sobre todas as coisas através das ciências, que traziam as verdades incontestáveis, cada qual com suas particularidades de suas correntes hermenêuticas, que somadas à Escola Analítica na Inglaterra cujo defensor maior foi John Austin (1790-1859), podem ser descritas como as **principais escolas positivistas de interpretação do fenômeno jurídico**. A escola da Exegese focou seus estudos no Código Napoleônico e não no *Corpus Iuris Civilis*. Chaïm Perelman¹⁶ e Julien Bonnecase, dividem a **Escola da Exegese em três fases** desde o início e a definição das suas características elementares, seu auge quando foram publicadas as principais

¹⁵ Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) foi um dos mais respeitados e influentes juristas alemães do século XIX. Maior nome da Escola Histórica do Direito, seu pensamento teve grande influência no Direito alemão, bem como no Direito dos países de tradição romano-germânica, especialmente no Direito civil. Savigny é responsável pela criação e pelo desenvolvimento do conceito de relação jurídica e de diversos conceitos relacionados, como o de fato jurídico, tendo seu método histórico influenciado, entre outros movimentos, a jurisprudência dos conceitos. Na política alemã, Savigny foi Ministro da Justiça entre 28 de fevereiro de 1842 e 30 de março de 1848, tendo renunciado devido à revolução.

¹⁶ Chaïm Perelman foi um filósofo do Direito que viveu e ensinou durante a maior parte de sua vida na Bélgica, um dos mais importantes teóricos da Retórica no século XX. Sua obra principal é o *Traité de l'argumentation - la nouvelle rhétorique* ("Tratado da argumentação - a nova retórica"), de 1958, escrito em conjunto com Lucie Olbrechts-Tyteca. Outro livro muito importante do autor, principalmente no meio universitário é o intitulado "Lógica Jurídica".

obras dessa corrente hermenêutica e uma última fase do ano de 1880 até os últimos anos do Século XIX, quando ocorreu o declínio da Escola da Exegese e a **ascensão do novo jus naturalismo**.

A **escola de Savigny** (escola histórica do direito) que se coloca em oposição as escolas filosóficas do jus naturalismo em uma hermenêutica jurídica de cunho historicista, vai gerar no pandectismo alemão a hermenêutica positivista normativa de essência estrutural formalista, sendo primeiro uma “ciência histórica”¹⁷, mas que funda uma “ciência filosófica de interpretação”, em que ambas devem se unificar, pois a ciência do direito para esse autor, deve ser a um tempo histórica e filosófica. Contudo, a grande questão é que “filosófico” para Savigny tem o significado do nosso atual “sistemático” e enfatiza que todo sistema conduz à filosofia, já que conduz a uma unidade, a um ideal, em que ela se baseia, que nessa escola de pensamento desconsidera o *jus naturalismo*. Savigny entende que não é necessária a filosofia da época como conhecimento prévio para as ciências e acaba por trazer sua ideologia como uma Filosofia do Direito. A elaboração histórica que toma o sistema no seu todo e o pensa como algo progressivo, o pensa como “história do sistema” da Ciência do Direito em seu conjunto e os nexos internos são responsáveis por suprimir as lacunas da lei, pois um, todo perfeito, como as interpretações por analogia, um dos dogmas da hermenêutica jurídica moderna, que parte da teoria que fundamenta o sistema de interpretação também de um todo único, indivisível, perfeito, onipresente e onipotente. O “espírito do povo”, fonte primária do direito para esse expoente da escola histórica, ou seja, a convicção jurídica de um povo, não ocorre pela dedução Lógica, mas sim a partir de um sentimento de justiça, da intuição que percebe o justo, resultado das possibilidades culturais e políticas da sociedade. Não são as regras jurídicas que determinam os institutos jurídicos, mas antes os institutos são a essência da formulação das normas. O que acontece é **que as regras jurídicas não são deduzidas**¹⁸ e sim artificialmente extraídas da intuição geral das coisas e se transvestem de *institutos* jurídicos e, segundo Savigny, em um nexos orgânico próprio, sendo que é na **intuição do instituto jurídico** que as regras encontram o seu último fundamento. Ou seja, as regras não podem se compreender por si só, senão pela

¹⁷ Curso de Inverno de 1802-1803, apontamentos de Jakob Grimm, publicados em 1951 em Primeiros escritos de Wesengerg que originou a obra de Savigny Sistema do Direito Romano Atual, e a crítica ao pandectismo alemão na obra Sobre a Vocação do Nosso tempo para a legislação e a Ciência do Direito. (Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2019).

¹⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl von. De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho. Buenos Aires: Atalaya, 1975.

intuição humana dirigida ao instituto jurídico: assim, uma intuição do instituto jurídico é a fonte de todo o direito que norteia o legislador a formular a lei, o intérprete ao interpretá-la e o juiz ao aplicá-la, criá-la e sentenciar sobre ela o pedido do autor da ação.

Essa *intuição* do instituto jurídico transita para a forma abstrata da norma jurídica pela intuição descrita por Husserl em seu Método Fenomenológico, uma “intuição fenomenológica” que é a percepção imediata da coisa, do fenômeno, nesse caso jurídico, a partir da intencionalidade do ato mental operada pela consciência, esse fluxo de vivências em direção à coisa observada que é a síntese atualizada correlata desse ato mental, seja ele de percepção, de conhecimento, entendimento ou julgamento da coisa. No nosso caso, esse correlato sintético é a norma jurídica, a partir da categorização e entendimento de instituto jurídico intencionado pela consciência a partir de um ato mental intencionalmente jurídico. Assim, o *instituto jurídico* se apresenta como decorrência do que usualmente chamamos de Lógica jurídica. Todavia, intuição da coisa não é raciocínio lógico que já categoriza o fenômeno como instituto jurídico de uma ciência do direito formadora de conceitos em um sistema positivista normativista inclusivo. A intuição não é conclusão lógica, é percepção imediata e conhecimento mediato do fenômeno, não se limitando em molduras racionalistas kelsenianas a partir do *cogito* cartesiano, sendo substrato de existência das coisas e seus sentidos a partir da intencionalidade da consciência, a partir da própria existência do Ser do eu. Esse nexos orgânico que Savigny desenvolveu é a intuição que foi depois aprimorada por Niklas Luhmann, Losagno, Claus-William Canaris, Joachim Hruschka, Detlef Leenen, Jünger Prölss, Miguel Reale Júnior, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, dentre outros.

1.1.2 Lugar Comum de argumentação dos juristas

O lugar comum de argumentação do **pensamento jurídico**¹⁹, parte do pensamento da Ciência Jurídica (Jurisprudência), ambos originados na consciência que conhece as coisas do mundo, são as formas mentais que “pensamos” para construir e elaborar nossos métodos de pensamento jurídico, os quais trazem à tona o fenômeno jurídico desse pensamento e, aí inseridas, todas as dinâmicas da antropologia e sociologia jurídicas, em direção a uma das

¹⁹ A partir do entendimento de Luz Alberto Warat detalhado que será mais adiante abordado e aplicado à fenomenologia pretendida.

gnosologias jurídicas possíveis a partir do fenômeno jurídico do *homo juridicus*²⁰. Essa proposta do entendimento do *humano jurídico* é absolutamente peculiar, já que esse entendimento do humano molda os projetos de vida das práticas jurídicas, ontológicas e epistemológicas que existem desde a invenção do direito e em certo momento são modificados pelo conhecimento do humano moderno, cartesiano, inserido no contexto histórico de um Contrato Social de convivência (viver com) junto a outros seres humanos, submetidos a Poderes assim constituídos que geram saberes por eles determinados, o viver em polis, a política.

Podemos mesmo falar aqui de uma introdução ao pensamento do Direito e à Ciência da Interpretação Jurídica, assim entendida, a partir de uma origem na Escola Histórica do pensamento jurídico do Século XIX europeu e dos novos horizontes que se apresentaram e, em espiral do tempo, mais especificamente, a partir da chamada Lógica Jurídica e suas Metodologias não só da aplicação dos conceitos, mas das capacidades e limites do conhecimento humano em sua criação – o estudo jurídico e do ensino jurídico. Se, por um lado, é tarefa da dogmática jurídica a elaboração do sistema de normas e ordenamento jurídico, é tarefa da crítica filosófica, como método de percepção e conhecimento dessa seara dogmática jurídica, estudar e apreender o *homo juridicus*²¹, base da sociedade jurídica moderna, que inventa e reinventa a norma e o justo.

Questão a ser aqui tratada ainda é **corolário de uma origem da capacidade de entender e interpretar os fenômenos, em especial, o jurídico**, das suas certezas e verdades, dentro dos atos do pensamento jurídico que visam as coisas jurídicas, antes e além do sentido lato e estrito da estrutura da norma jurídica. Caminhamos na elaboração de juízos concretos a partir das regras e princípios jurídicos e, antes dessa concretude, observamos os **juízos abstratos como os da interpretação e compreensão dessas regras** – tarefa da **hermenêutica jurídica que transcende** a orientação do jurista moderno que se faz pela lei, alcance, limites e lacunas. Existe uma forma e estrutura do pensamento jurídico, que implica nas capacidades e limites de conhecer a realidade jurídica das essências, o local por excelência em que se dá a aplicação do direito sob a forma de métodos, todos eles derivados modernamente do que

²⁰ SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus*. Ensaio sobre a função antropológica do direito.- São Paulo: WMF. Martins Fontes, 2007. pp 15/35

²¹ Expressão de Alain Supiot do *ser humano como um animal metafísico* que como ser biológico está no mundo, antes de tudo, por seus sentidos e traz a formação do ser através dos fundamentos jurídicos da pessoa humana, o que chamamos aqui de ontologia jurídica de um “*homo juridicus*”.

convencionamos chamar de lógica formal, originada na clássica aristotélica do *Organon*, para relacionar o pensamento humano com a verdade e as certezas das coisas. Essa mesma metodologia, que na dinâmica jurídica científica cartesiana, deve informar e demonstrar como as coisas jurídicas, ou melhor, como os *assuntos jurídicos alcançam os juízos verdadeiros* (juízos justos e os juízos corretos), ou ao menos defensáveis, são na verdade resultado de uma lógica argumentativa da retórica do convencimento como é a sentença judicial. Assim, lógica jurídica não é técnica²², nem psicologismo, tão pouco se confunde com a sociologia ou antropologia jurídicas, apesar de todos esses sistemas acoplarem-se e irritarem-se mutuamente. A *Lógica* da lógica jurídica e o método lógico adaptado para o argumentativo jurídico pelos poderes de dizer as verdades jurídicas, é a vasta reflexão dos processos de conhecimentos das coisas jurídicas e suas argumentações, sempre a partir dos fenômenos jurídicos percebidos pelo humano, tanto pelos *experts* como pelos leigos, pois é do direito que surge o Pacto Social, as teorias contratualistas de Estado e se acoplam ao sistema do direito e sistemas outros, como o social e o político, que sempre acontecem no tempo, através da **comunicação humana, essência desses sistemas**. Direito é criação humana que só existe no mundo como ente se percebido pelo humano, não é parte das coisas das ciências naturais, é produto da linguagem humana²³, com o objetivo de descobrir a verdade e emitir juízos juridicamente fundados nesse sistema. Propomos um processo de conhecimento fenomenológico a essas coisas jurídicas.

Ao longo do tempo, algumas das divergências das abordagens conhecidas como historicista e imperativista²⁴ da Escola da Exegese construíram mundos jurídicos diversos. O historicismo, que filosoficamente podemos ligar a Hegel, insiste no fato de que o **sujeito da história não é o indivíduo**, os humanos que vivenciam o fenômeno jurídico, mas é o próprio “Espírito Objetivo” que acontece no tempo histórico e essa visão também se coadunava com o romantismo da época, com sua sacralização de um passado mítico e sua recusa do projeto modernizante do iluminismo, tido como abstrato e artificial. Contrapondo-se ao universalismo iluminista e aos valores gerais e abstratos que o inspiram, o romantismo

²² ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

²³ Aqui nos alinhamos e concordamos com a proposta do professor Henrique Garbellini Carnio. (Cf. CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e Antropologia – Reflexões Sobre a Origem do Direito a partir de Kelsen e Nietzsche**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013).

²⁴ A classificação imperativista na linha de pesquisa e pensamento de COSTA, Alexandre araujo, COSTA, Alexandre Araujo. Introdução à Hermeneutica Filosófica. <http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-filosofica/>.

propunha uma **relição do homem com as suas próprias raízes, de volta o natural**. No direito, essa tendência se mostrava na percepção de que a validade de uma ordem normativa não está na sua vinculação a valores pretensamente universais, mas em sua adequação aos valores pertencentes a uma cultura determinada, natural desse povo, e sua essência estava na sociedade. Esse historicismo anti-iluminista, típico do início do Século XIX, adquiriu especial evidência com o desenvolvimento da escola histórica de Gustav Hugo, que redirecionou os esforços dos juristas germânicos para o estudo dos textos romanos e dos direitos consuetudinários²⁵. Como já dissemos, o principal representante dessa corrente foi Friedrich Carl von Savigny, que desde sua grande obra da juventude (“A Metodologia Jurídica”, de 1802), tentou equacionar o respeito ao direito positivo com as necessidades históricas e sistemáticas na criação da moderna ciência do direito. Por obra e por meio da Escola Histórica, a teoria alemã ergueu-se contra a concepção naturalista do direito que lhe buscava suprimir toda relevância e ofereceu como resposta um **imenso desprezo pela lei como fonte e resposta única**, a tal ponto que o código prussiano passou a ser quase ignorado enquanto fonte do direito, embora ele tenha vigorado durante praticamente todo o Século XIX²⁶. Esse desprezo era tão grande que, após Savigny ocupar em 1810 a primeira cadeira de direito civil na Prússia, este lecionou até 1819 Direito Romano e não o código prussiano vigente²⁷. E mesmo a partir dessa data, quando começou a lecionar sobre o código, o fazia sem ter em conta os pressupostos da própria lei e oferecia normalmente uma *interpretação romanizada*, uma hermenêutica romana atualizada para o Código Alemão.

A Escola Histórica nasce de um grupo de pensadores alemães, influenciados pelo romantismo²⁸, que questionam fundamentos da Escola da Exegese e criticam fortemente o movimento codificista francês, em especial frente ao Código Civil de Napoleão de 1804, uma vez que **negam que o direito positivo derive de um direito natural abstrato e racional**, negando também que a lei estatal represente verdadeiramente a vontade popular e seja a

²⁵ HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia**. Lisboa: Europa América, 1997, pp. 179 e ss.

²⁶ Cf. WIEAKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 380.

²⁷ Cf. WIEAKER, Franz. **Ob. Cit.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 380.

²⁸ O Romantismo alemão surge como resistência ao movimento Iluminista francês, criticando o modo excessivamente racionalista e materialista de conceber o homem e o mundo que gera reduções positivistas. Assim, seus motes eram o combate ao excessivo racionalismo e submissão ao método, que são características da filosofia analítica que procura regras universais fixas e atemporais e a fé na onipotência do método científico.

manifestação do direito como queria o movimento da Exegese. “Aí” mesmo, nesse “momento” do tempo, “nasce”, no sentido de que se abre a possibilidade de perceber uma nova interpretação da realidade jurídica – a Escola Histórica –, o conjunto de pensadores alemães que questionam fundamentos da Escola da Exegese primeiro negam que o direito positivo derive de um direito natural abstrato e racional, depois também negam que a lei estatal represente verdadeiramente a vontade popular; e por último entendem que ela seja a manifestação do direito. Assim o direito seria uma criação popular e espontânea, intuitiva, derivado de práticas costumeiras prolongadas pelo uso no tempo. As práticas costumeiras expressariam o espírito do povo, cabendo ao jurista descobrir o direito investigando, a história concreta e não a razão abstrata ou as leis. Os Códigos, conforme o modelo francês, ficariam muito mais rígidos e imutáveis, não acompanhando nesse engessamento as transformações reais do direito, sempre comportamentais. Dessa criação popular e espontânea, deriva o direito de práticas costumeiras que expressam o espírito do povo, cabendo ao jurista descobrir o direito, desvelar ao longo da investigação da história concreta e não a razão abstrata das leis.

Para Savigny, a palavra **direito significa tanto a “dinâmica individual” como a “geral”, a saber, a natureza do direito é um “poder individual” e, também, “direito subjetivo”**, bem como, por outro lado, é, ao mesmo tempo, um direito em sentido objetivo, um Direito Geral, impessoal e abstrato; essa dinâmica de Direito geral é composto por institutos, por várias relações e normas, dos quais derivam os direitos no sentido subjetivo e individual, ou seja, os direitos subjetivos vêm ao mundo depois e em decorrência, em consequência dos direitos objetivos, que é a tese do **jus positivismo teórico**. Nessa linha, Savigny entende que o titular de um direito subjetivo só o é, além da aparência do direito e das possibilidades, a partir da sua concretização pelo direito objetivo, que é a decisão de um Juiz declarar a existência (pré-existência) desse direito subjetivo e constitui o direito do sujeito²⁹. Savigny entende que os dados do real trazem para o campo da investigação uma significação a ele (real) externa e assume a origem do fenômeno jurídico nos textos compilados por Justiniano.

O conteúdo das leis seria, então, o resultado da percepção e do conhecimento intuitivo do legislador desses institutos jurídicos pré-existentes, cujas normas são impostas na formulação da autoridade do Estado. Seria uma regra do direito semelhante na forma àquela de

²⁹ AVONZO, Franca de Marini: Diritto romano e diritto privato: lecture de Von Savigny – Toriino: Giappicchelli, 1995. (rever se é o verdinho da d giapichelli _ AVONZO, Franca de Marini: Diritto romano e diritto privato: lecture de Von Savigny – Toriino: Giappicchelli, 1995).

John Austin, mas o fundamento de Savigny traz em seu sistema hídrico das fontes do direito, em **um nível profundo**, os fundamentos próprios do Direito a partir dos institutos jurídicos e suas correlatas normas jurídicas, isto é, traz o núcleo, a verdadeira matéria jurídica da qual derivam as normas jurídicas por abstração daquelas fontes originais romanas estudadas. Em **um nível menos profundo**, já na dimensão dos institutos e bem próximos a eles, estão os institutos jurídicos, cuja origem histórica é a *institutas* romanas no sentido histórico de dupla conexão de Savigny. Em um nível menos profundo ainda, estão os **costumes e quase na superfície desse sistema híbrido das fontes** está a legislação que fornece a expressão às formas jurídicas. Todos esses componentes interligados em um sistema orgânico, em uma organicidade do direito que lhe confere não só a característica como a essência, como também a sua natureza orgânica.

1.1.3 *Consolidação do Direito moderno*

Essa retomada dos antigos textos romanos no Século XIX se consolida como a origem do direito moderno através da atualização feita por Savigny³⁰, o *cappo scuola* da escola histórica do direito, que desencadeou a proposta da ciência do direito. Não tratou Savigny simplesmente de recuperar o *espírito romano* como o de uma civilização distante, **mas as verdades atemporais que o espírito romano teria sido capaz de perceber e enunciar. O desafio dessa hermenêutica jurídica moderna, diversamente da exegese, dos glosadores e da filológica**, é a de fazer “falar” os textos esquecidos, na esperança de que, a partir deles, talvez se pudesse descobrir a verdade atemporal que foi esquecida e proibida durante a Idade Média, em vez de uma verdade deturpada pela tradição medieval³¹. Nesse processo, o **dogma fundamental**, a hipótese da qual Savigny parte, é o de que, **por trás da multiplicidade de textos, existe uma unidade de significação, que pode ser descoberta a partir de uma análise (atemporal) minuciosa do Corpus Iuris Civilis**. Tal processo de sistematização ocupou várias gerações de juristas, iniciando-se do Século XIII e completando suas últimas etapas, ainda, nos dias atuais. Assim, o que movia o estudioso e elaborador da ciência do direito nesses moldes, não é uma perspectiva histórica diacrônica, mas uma **visão sincrônica que buscava unificar o sentido**

³⁰ Friedrich Carl von Savigny maior expoente da escola histórica do direito foi um dos mais respeitados e influentes juristas alemães do século XIX, seu pensamento teve grande influência no Direito alemão, bem como no Direito dos países de tradição romano-germânica, especialmente no Direito civil.

³¹ SAVIGNY, Friedrich Carl von. De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho. Buenos Aires: Atalaya, 1975 p38 a 42 e 70.

de um texto fragmentário, o que implicou uma visão hermenêutica centrada no próprio texto.

Desta forma, por mais que a **escola histórica tenha se oposto à codificação do direito**, ela não o fez por negar valor ao sistema, à sistematicidade, mas por **negar valor ao projeto de sistematizar o próprio direito positivo à luz dos valores liberais** e isso não significa que o direito deixa de ser um sistema, apesar de ele se revelar na forma fragmentária de um conjunto de elementos aparentemente heterogêneos. E aqui cabe uma **analogia entre o direito e a gramática**: o papel do jurista é revelar o sistema do direito, assim como o papel do gramático é revelar o sistema da língua. E o direito histórico não se revela nos códigos e nas leis, pois estes elementos normativos precisam ser compreendidos como parte de uma tradição jurídica em um horizonte de possibilidades que os conforma. De tal modo, a unidade do sistema jurídico não podia ser encontrada na própria lei, mas nos elementos que a formam, ou seja, nos conceitos jurídicos estratificados em uma determinada tradição e, dessa forma, a descrição sistemática do direito é elaborada pelos próprios juristas, fonte secundária do direito para Savigny, a partir de uma análise do direito positivo como um todo. E, como a tradição jurídica germânica, basicamente consuetudinária e romanística, buscou construir um sistema de conhecimento, Savigny operou uma sistematização dos conceitos presentes em sua tradição, o que representa uma espécie de autoconhecimento, na medida em que os estudiosos investigaram a sua própria cultura e sistematizam os seus conceitos, gerando a corrente que veio a ser conhecida como “Jurisprudência dos Conceitos”, escola que primeiramente tentou infundir no direito uma perspectiva propriamente científica, tendo em vista que a objetividade do conhecimento científico não está baseada na homogeneidade dos fatos com que ela trabalha, mas na sistematicidade dos modelos teóricos elaborados para conferir unidade à diversidade.

1.2 Savigny: O Mundo Moderno Solicitando Novas Interpretações

Savigny, ao resgatar o “Novo Direito Civil Romano Alemão”, em sua *re-interpretação* histórica do direito, que trazemos aqui como uma hermenêutica jurídica histórica, parte do que entendeu ser a fonte original do direito – o *Corpus Iuris Civilis Romanii* –, de uma época,

tempos, culturas e subjetivações diferentes³² e, ao atualizá-lo, estrutura um novo direito, uma nova organização jurídica e uma nova Teoria da Origem – as fontes próprias do direito. Essa Teoria das Fontes, de um direito vivenciado como o “espírito do povo”, entende que a função do cientista não é conhecer a multiplicidade multiforme dos fatos empíricos, mas conhecer as regularidades que se pode perceber por trás deles, ou melhor, não é conhecer as coisas todas, mas as leis de sua organização, suas regularidades – no sentido de conhecer a estrutura que está por trás das aparências, chegando à essência do mundo pelo prisma jurídico. Essa forma pretendeu conhecer o direito civil – seus conceitos, suas regularidades, suas interações – e não apenas o Código Civil – que é uma expressão historicamente determinada do direito civil, uma associação específica e contingente entre as muitas possíveis – transpondo a realidade pura da codificação para se concentrar no instituto propriamente dito, que independe de sua localização no código. O cientista do direito trabalha com abstrações, conhece melhor as estruturas que os objetos, o que implica um certo predomínio da teoria com relação à prática. É certo que essa ciência pode ser avessa à filosofia, às bases epistemológicas do seu próprio conhecimento, mas isso não o afasta da abstração do discurso teórico, na medida em que **o cientista é profundamente vinculado à teoria que dá sustentação à sua prática**. Ele sabe que, sem conceitos determinados e sem o auxílio do método científico, a realidade somente é capaz de se mostrar como uma série de fragmentos sem sentido, pois parte do pressuposto que o método científico é o único caminho válido para as certezas e a verdade das coisas.

E, se é possível haver um conhecimento jurídico válido, ele deve ser um conhecimento de base científica, que vai além do mero tecnicismo, além do mero conhecimento das leis e seja capaz de identificar as estruturas que estão por trás do próprio direito positivo moderno, as essências desse ente direito e suas dinâmicas. Igualmente, se há um modo adequado de conhecer o próprio direito, que hoje é basicamente entendido a partir da hipótese positivista normativa, somente pode ser a formulação de uma prática teórica que ultrapasse a descrição minuciosa do objeto (finalidade da escola da exegese) e seja capaz de explicar o próprio objeto, suas conexões internas, suas regularidades, suas ligações com o mundo. **Esse esforço de pensar cientificamente o direito foi inaugurado por Savigny**, especialmente na vontade de sistema que inspira todas as fases do seu pensamento e que é uma das principais características

³² Entre os anos 500 até 1500 da era Cristã, ou seja, entre a queda do Império Romano do Ocidente e a queda do Império Romano do Oriente, período compreendido como a Idade Média. (Cf. SOLON, Ari Marcelo. **Hermenêutica Jurídica Radical**. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 37).

do pensamento moderno. No Século XIX, essa busca de sistematicidade conduziu o direito moderno por duas grandes vertentes: de um lado, **o iluminismo modernizador**, a era da razão, que buscou sistematizar o próprio direito positivo, inspirando assim os movimentos de codificação, como a perspectiva do direito francês, em que a modernização e racionalização das próprias normas gerou um saber técnico que se concentrava **apenas na aplicação prática de um direito positivo** cuja sistematicidade era pressuposta pelos seus operadores e, doutro lado, a vertente relevante **do historicismo germânico**, que se opunha ao racionalismo iluminista, por meio da afirmação do primado da tradição, que Savigny pensou junto aos Irmãos Grimm³³, que o aproxima de certos valores pré-modernos, especialmente de um **jus naturalismo** que afirma a historicidade como um critério de legitimidade.

Além de ser uma bibliografia jurídica que se transformou nos primeiros passos de uma ciência jurídica da história, definiu o novo sistema jurídico a partir de um historicismo das normas jurídicas da Roma Antiga, resultando em uma única dimensão da continuidade daquele direito feito para os romanos antigos, na época, o *direito romano vivo*, em Savigny e hoje, fora do seu tempo, um direito que sofre em organizar e normatizar a ordem social moderna, já que os práticos negam a dinâmica das relações do humano com a razão (*ratio*) do direito. Eis o desafio de sempre, que perdura ao longo das escolas subsequentes, essa epistemologia jurídica inaugurada com Savigny, a partir do método da ciência cartesiana moderna, é uma organização que estrutura o conhecimento jurídico a partir do conhecimento do direito, origens, organização, mas não de aplicação do direito que serve para trazer na prática do povo a sabedoria jurídica do justo e desenvolver as sociedades. Nesse sentido a filosofia da Escola Histórica não se afasta tanto dos pós-glosadores, pois a escola histórica e a própria jurisprudência dos conceitos não tratavam de soluções jurídicas e suas aplicações desarticuladas com a sociedade da época, partiam sim da realidade dos tempos, da interpretação da norma e dos jurisprudencistas adequando as origens à realidade germânica do seu tempo, mesmo que a Escola Histórica tenha negado e afastado a hermenêutica dos pós-glosadores para uma hermenêutica da prática e criativa da adaptação dos conceitos romanos clássicos com a verdade e o justo.

O alinhamento da escola histórica com o romantismo filosófico da época de Savigny, sua fé nas repostas que essa corrente filosófica apresentava e, mais, sua segurança nessa forma

³³ Jacob Ludwig Karl Grimm (1785-1863) e Wilhelm Karl Grimm (1786-1859), famosos acadêmicos e escritórios do Século XIX que se dedicaram não somente às fábulas, como igualmente contribuíram de forma significativa com a língua alemã.

de pensamento e nesses valores, nessa ideologia, onde a partir do “espírito do povo” (fonte original e primária) “emerge” o Direito, ou seja, é a essência no sentido de centro, do cerne, o coração pulsante do próprio romantismo, que acaba por trazer a visão mais histórica do direito que propriamente jurídico científico³⁴. Desenvolveu suas ideias sobre a ciência do direito e, junto a Jacob Grimm e seus contos da tradição local e usos e costumes do povo alemão, entendeu sua essência no espírito romântico da época, em um idealismo objetivo pós-kantiano³⁵, a tese da escola histórica a partir da hipótese de essência do direito. Eis aqui o caminho do gradual afastamento da hermenêutica jurídica romântica-filosófica da Escola Histórica do jus formalismo extremo das pandectas que gerou o direito positivo, Escola Histórica essa onde as normas válidas, como conteúdo do direito, dependem de uma validade diante do romanticismo do passado remoto, o que de certa forma contradiz em si mesma a lógica estrutural de aplicação da norma trazida pelos próprios glosadores e pós-glosadores, a saber, a adequação da criação da norma as necessidades atuais e não apenas a sua melhor interpretação. **Confundir a metodologia criada por Savigny ao conceito da jurisprudência dos conceitos de Puchta**, seria afastar do conteúdo jurídico e da observação prática do *jurisprudente*, todos os fatos da vida e sua decorrente hermenêutica. Talvez o fato de a jurisprudência dos conceitos exigir-se, a si mesma, sempre a observação das novas relações jurídicas que nascem e se atualizam a todo momento e lhe davam uma dinâmica hermenêutica e assim, talvez, afaste o rótulo de “mero e rígido formalismo distante da prática jurídica”³⁶. Nesse item, nos unimos ao pensamento do autor de “Hermenêutica Jurídica Radical”, Ari Marcelo Solon, quando também entendemos que, além de historicista, ou mero historiador do direito, Savigny foi historicista das fontes textuais do direito romano, trazendo uma teoria da interpretação (hermenêutica) não só inovadora como base de interpretação, mas mais ainda, onde a ciência do direito (hermenêutica jurídica) é ao mesmo tempo uma ciência histórica como *método de interpretação inicial e uma ciência filosófica*³⁷.

³⁴ Desde sua estadia na cidade de Jena e sua convivência com amigo e professor Schelling desenvolveu suas ideias sobre a ciência do direito, e junto a Jacob Grimm e seus contos da tradição local e usos e costumes do povo alemão, formaram no espírito romântico da época, um idealismo objetivo pós-kantiano nas palavras de Ari Marcelo Solon. (Cf. SOLON, Ari Marcelo. **Ob. Cit.** São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 43).

³⁵ Cf. SOLON, Ari Marcelo. **Ob. Cit.** São Paulo: Marcial Pons, 2017, pp. 43-5.

³⁶ SOLON, Ari Marcelo. **Ob. Cit.** São Paulo: Marcial Pons, 2017, pp. 43-5.

³⁷ SOLON, Ari Marcelo, ob. cit, nota 29. No original: AVONZO, Franca de Marini: Diritto romano e diritto privato: letture de Von Savigny – Toriino: Giappicchelli, 1995. (rever se é o verdinho da d giappicchelli_ AVONZO, Franca de Marini: Diritto romano e diritto privato: letture de Von Savigny – Toriino: Giappicchelli, 1995).

Neste sentido e para nosso tema, o que se apresentava a Savigny, dentro daquele seu horizonte histórico de possibilidades, foi uma nova Roma para os alemães de um outro tempo, que se formou como um *Justinianismo*, um novo *Códex*, que o próprio *cappo scuola* da Escola Histórica tinha consciência dos limites, ao delimitar sua teoria da interpretação como a reconstrução de um pensamento, exatamente como fazemos aqui, em nosso outro horizonte histórico de outras possibilidades, reconstruindo anacronicamente, a história do direito. Para uma hermenêutica da decisão judicial em busca do justo, da ação estatal como poder de mando para satisfazer a justiça individual que ela mesma impõe e determina, a hermenêutica de Savigny realiza só em parte a transposição que as suas fontes geraram – e esse caudaloso rio de águas turvas – que é o direito e mando pelo Estado Juiz, hoje como paradigma positivista à solução do caso concreto, necessita da hermenêutica do julgador e a teoria da compreensão do direito que estão em margens opostas. **Considerar a interpretação do direito como interpretação das normas jurídicas é um erro, o direito não está nessas margens, o direito não emana delas nem dos Poderes do Estado Juiz, o Direito não se submete à lei, e esse é um erro ontológico nascido no imperativismo francês da Era Napoleônica.**

Percebemos um erro ontológico do Imperativismo, pois como vemos, o Código Civil Napoleônico (1804), buscava unificar e positivar o Direito como ferramenta de controle social e político. Esse *Codificismo* e toda a “onda” da codificação posterior, surgiu como fruto do Iluminismo e do cartesianismo e, atualmente, é comum pensar diretamente o Direito como codificado e esquecemos as tradições orais, todavia a codificação não se estende a todo o Mundo, como nos exemplos dos países Anglo-Saxões, onde se aplica a “*common law*”. Os dois códigos mais importantes para evolução desse sistema, que originou o nome codificação, foram o erroneamente denominado “Código” de Justiniano, já que se tratava, na verdade, de um apanhado de leis esparsas não sistematizadas – algo parecido com as consolidações de leis que surgiram no Brasil no Século XIX, ainda no Período Imperial –, apenas recolhidas em um mesmo bloco de anotações cujo conjunto formou o *Corpus Iuris Civilis* e o Código de Napoleão, que entendemos como a vertente do codificismo ocidental mais próximo no direito do Século XIX³⁸.

³⁸ Norberto Bobbio diferencia essas duas codificações, afirmando que apenas o de Napoleão é um Código propriamente dito, ou seja, “um corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas”. Segundo Bobbio, o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano é uma compilação de leis prévias e não exatamente um Código como o direito contemporâneo entende.

Durante a Revolução Francesa (1789-1799), alguns juízes se eximiam de julgar quando a lei era omissa, pois havia um estímulo máximo à separação dos poderes, muito influenciado pela filosofia política de Charles de Montesquieu. Buscando evitar essa situação, o Art. 4º, do Código Civil Francês, impunha ao juiz decidir no silêncio, na obscuridade ou insuficiência da lei. Apesar de obrigar o juiz a proferir sua sentença, ele deveria encontrar a solução para a omissão, a obscuridade ou a insuficiência da lei dentro da própria lei, em um julgamento que não feria o princípio da separação dos poderes, já que ao magistrado, apesar de não lhe ser conferido poder de produzir o Direito e de apenas aplicá-lo de acordo com o que estava predefinido no Código, se via na obrigação de criação legislativa no silêncio da lei. Falamos aqui de uma **“hermenêutica supridora das lacunas legais”**, posto que diante do princípio da onipotência do legislador havia também o apego à interpretação literal da lei sem distorcer a verdadeira vontade do legislador, em que a lei era certa e não havia espaço para interpretações feitas pelo juiz. Para esses *Codicistas*, o ordenamento era perfeito, bastando-se em si mesmo, não havendo lacunas de Direito nem antinomias (dogma da completude) e todas as soluções se encontravam no próprio Código, uma vez que o ordenamento (ou sistema) era considerado fechado e deveria achar soluções e justificativas dentro de si mesmo (autonomia). Norberto Bobbio denomina a forma aguda desse fenômeno de “fetichismo da lei”³⁹, dessa forma, havia uma tendência a ater-se escrupulosamente aos códigos. Segundo uma máxima dos exegetas: *“Dura lex, sed lex”*, onde o bom magistrado humilha sua razão diante da razão da lei.

Seguimos o entendimento de Bobbio que diferencia essas duas codificações, afirmando que apenas o de Napoleão é um Código propriamente dito, ou seja, um corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas, enquanto que o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano é uma compilação de leis prévias e não exatamente um código⁴⁰ e lembra do fato de que durante a Revolução Francesa, alguns juízes se eximiam de julgar quando a lei era omissa, pois havia um estímulo máximo à separação dos poderes. **Justus Thibaut, “o jurista da codificação”**, influenciado pelas ideias legislativas da Revolução Francesa e pelas codificações napoleônicas e, em especial, o Código Civil Francês de 1804, publicou o ensaio *“Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Recht für Deutschland”*⁴¹, onde defendia a elaboração e adoção também de um **Código Civil Alemão formal**, escrito, para toda a nação

³⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições da Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

⁴⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. **Ob. Cit.** São Paulo: Ícone, 1995, p. 64.

⁴¹ Em tradução livre: Sobre a Necessidade de um Direito Civil Geral para a Alemanha”.

alemã, entendendo por urgente e necessária **a importância política da codificação única para os territórios de língua alemã** como sistema de poder político claro, gerando um sistema de poderes únicos e de saberes novos, ainda que seguindo preceitos da escola da exegese.

Savigny, ao seu passo, reagiu de forma veemente a esse ensaio, publicando o texto *“Da vocação da nossa época para a legislação e a jurisprudência”* (*“Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”*), defendendo que o Direito **não seria um produto da simples razão, mas antes das crenças comuns de um povo que é sua fonte primária e que depois chamaria de “espírito do povo”**, além da manifestação histórica e cultural desse povo e, partindo dessa premissa, negou com todas as suas forças a codificação do direito civil defendida por Anton Friedrich Justus Thibaut e deu um novo impulso à crítica do jus naturalismo iluminista com poderes e saberes diversos daqueles da codificação, momento no qual podemos considerar como o nascimento dos saberes da Ciência do Direito inserido na modernidade.

1.2.1 Deuses Legisladores e as Sombras de Budha⁴²: Métodos, Fontes e Sistema

Esse fenômeno **da autoridade quase divina do legislador⁴³** evidencia que algumas das formas de pensar são tão enraizadas que viciam nossa visão de mundo, limitam nosso entendimento e compreensão das coisas, dos entes, e muitos dos que tentam combatê-las terminam por repeti-las, ainda que inadvertidamente, pois acabam por seguir o mesmo caminho do Oráculo de Delfos que procurava desvendar as vontades dos deuses, do teólogo que buscava o direito canônico na vontade de deus, dos teóricos absolutistas que buscavam no direito maquiavélico a vontade do rei e dos contratualistas que buscam a vontade do povo pela formação do contrato com o Estado. E esse erro perdura até hoje, a saber: todas as teorias de cunho eminentemente imperativista, onde o Direito é visto como uma ordem do soberano ao

⁴² Referência a Nietzsche e a necessidade humana de certezas e validade da existência em uma promessa metafísica de um céu que justifica a existência, condutas e certezas humanas no texto: “§ 108 – Novas lutas – Depois que Buda morreu, sua sombra ainda foi mostrada numa caverna durante séculos – uma sombra imensa e terrível. Deus está morto; mas, tal como são os homens, durante séculos ainda haverá cavernas em que sua sombra será mostrada. – Quanto a nós – nós teremos que vencer também a sua sombra”. (NIETZSCHE, Friedrich. **A Gaia Ciência**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2012, § 108).

⁴³ E sobre este aspecto afirmou Carl Schmitt (1888-1985), em sua salutar obra “Teologia Política”: “a ‘onipotência’ do legislador moderno, sobre a qual se ouve em todo manual de Direito público, não provém da teologia somente de forma linguística. Mas, também, nos detalhes da argumentação surgem reminiscências teológicas”. (SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006, p. 37).

súdito e voluntarista porque o direito é também visto como fruto da vontade do todo poderoso soberano, submete a sociedade a regras originadas do Imperador, seja ele divino, rei, conduzido ou eleito. Nessa forma de resistência, nos idos da revolução de 1789, os revolucionários franceses, buscando romper com o antigo regime, após a queda da Bastilha, **apenas deslocaram o soberano de lugar**, decapitando o rei e o substituindo pelo **legislador** – “**o rei está morto, viva o legislador**” –, mais uma das sombras de Buda que perduram, todavia, mantendo todo o restante da estrutura, de forma que, se o direito positivo antigo era fruto da vontade do rei, uma espécie de inércia conceitual ou lacuna na teoria, a teoria moderna comete o mesmo equívoco **de trocar apenas o titular da vontade**, terminando por identificar o **direito positivo com a vontade dos legisladores**. Essa entendemos ser uma “*Hermenêutica Positivista*” resultado de saberes da Teoria Positivista e é assim considerada na medida em que não utiliza o direito natural como um conceito jurídico relevante para a operação do direito. Teoria que não trouxe inovações conceituais importantes com relação ao jus racionalismo setecentista que articulava em uma mesma teoria o direito natural e o direito positivo, partindo da ideia de que o primeiro era descoberto pela razão e segundo criado pela vontade dos homens e, nessa medida, esse jus racionalismo possuía então uma concepção voluntarística do direito positivo, já que fruto das escolhas políticas de uma autoridade devidamente constituída, válida e justa⁴⁴, evidenciando a verdade jurídica. Com isso, **embora o que denominamos aqui de imperativismo tenha recusado o direito natural** como um conceito dogmaticamente relevante, que permanecia como base ideológica de sustentação do poder, em especial na vertente contratualista do jus naturalismo, ele **manteve a perspectiva voluntarística tradicional que via no direito positivo o resultado de uma vontade** e sempre a vontade como força de alguém sobre outro alguém, de modo que, da vontade de forças, nascem poderes e os seus saberes. Neste sentido, esse não é um engano inocente, mas um mito que desempenha uma função biopolítica muito relevante, a saber: **fortalecer a concentração de poderes nas mãos dos legisladores, justificando ideologicamente a ordem política burguesa instituída com a Revolução Francesa e que é consequência da nova função de poderes da política oriundas das revoluções liberais originárias do Século XVII.**

⁴⁴ Cf. COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: Diálogos Entre a Hermenêutica Filosófica e a Hermenêutica Jurídica**. Tese de Doutorado em Direito. Brasília: Universidade de Brasília (UnB), 2008.

Assim, na França, o **processo de codificação gerou a ilusão de que era possível entender o direito fora da história**, fora do horizonte histórico de possibilidades que se apresenta a todo momento na existência dos seres humanos, isto porque as leis francesas eram suficientemente claras e deveriam ser entendidas por si mesmas e, se o sentido da letra da lei era evidente, qualquer referência histórica era não só dispensável como problemático em casos especialmente sensíveis, a partir da revelação da vontade das pessoas que elaboraram a lei. Porém, essa **continuidade da teoria imperativista do direito**, que identifica o sentido da lei com a intenção do legislador porque entende a norma como uma ordem dada pelo governante, é incompatível com uma consciência histórica plenamente desenvolvida, pois, como a origem do direito está nas próprias condições históricas que regeram a sua criação e não na vontade eventual dos parlamentares, não faz sentido manter a intenção legislativa como critério hermenêutico fundamental.

Desta forma, enquanto a **Escola da Exegese, anterior à escola Histórica**, buscava o sentido da lei na **gramaticalidade e na intenção dos legisladores**, para uma corrente que possuía uma consciência histórica minimamente desenvolvida, as bases para a compreensão do direito devem ser encontradas **fora da legislação propriamente dita**. Surge então a questão: como identificar o espírito do povo, especialmente em questões sobre as quais não há costumes estabelecidos e não há padrões consolidados de valoração? Para responder, mais uma vez trazemos o paralelo com a gramática, semântica e linguística⁴⁵. Se um linguista busca descobrir o modo correto de construir uma oração, não será em um passeio pelas praças públicas que ele conseguirá resolver as suas dúvidas, já que, por mais que a língua seja um produto do espírito do povo, não é na utilização popular que a língua realiza todas as suas potencialidades construtivas. Embora seja a efetiva vivência popular que cria a língua, as pessoas raramente têm consciência das regras intuitivas que organizam a experiência linguística e normalmente não utilizam todos os recursos linguísticos possíveis. Portanto, não é no uso popular, mas no literário, que um teórico pode estudar a língua em todo o seu vigor, isto porque somente nesse âmbito a linguagem é explorada conscientemente por pessoas que sabem extrair da língua todas as suas possibilidades sintáticas e semânticas.

⁴⁵ Luis Alberto Warat em *O Direito e Sua Linguagem* pensa na linguagem como objeto teórico e nos traz a noção de ciência como fundamento epistemológico para as verdades postas, descreve a concepção de ciência em Saussure assim como fazemos aqui com Savigny.

Essa Escola dos Pandectistas da Alemanha corresponde, até certo ponto e de certo modo, à Escola da Exegese da França, em especial no que se refere ao primado da norma legal e às técnicas de sua interpretação. Na inexistência de um Código Civil Alemão, os juristas mostraram-se menos "legalistas", dando **mais atenção aos usos e costumes e aceitando uma interpretação mais elástica do texto legal**. A influência dos pandectistas não se limitou ao Estado Alemão, repercutindo em diversos países, notadamente na Europa Meridional, Hungria e Grécia, sendo que aqui no Brasil, influenciou diretamente a obra de **Eduardo Espínola**⁴⁶, civilista brasileiro. Os pandectistas debruçaram-se sobre a elaboração de um saber jurídico fundado na formulação de conceitos organizados de maneira sistemática, criando e organizando um sistema de conceitos jurídicos e assim foram codificando esses conceitos e a busca por uma hermenêutica de estrutura conceitual e sistemática levou-os à ideia de elaborar uma “Parte Geral” desses textos codificados, baseada na distinção entre conceitos gerais e conceitos especiais. Com essa possibilidade de agrupamento dos conceitos gerais em uma parte específica de todo o sistema seria mais viável expor e explicar conceitualmente os demais. A decisão de adotar uma parte geral em nossos códigos demonstra certa influência da pandectista no processo codificatório, escola que tentava alcançar a organização perfeita e exaustiva do regramento jurídico. Seu principal objetivo consistia, justamente, em distinguir, de forma nítida, as regras gerais das específicas, sendo as gerais mais abstratas e organizadoras e definidoras de procedimentos e de normatização, assim se fizeram todos os outros Códigos em sua parte geral, que representam a determinação das regras aplicáveis em face de um determinado caso, assim como a compreensão teórica de um determinado instituto e essa integração entre conceitos gerais e especiais aplicáveis são as categorias romanas da antiga *instituta*.

Os mitos da imparcialidade, neutralidade e, em especial, da completude, não acompanham e não se sustentam na dinâmica social, limitam a visão do intérprete e do legislador e hoje consideramos tais mitos como cada vez mais ultrapassados. Tanto o juiz aplicador da lei e da ordem social, quanto o legislador que define o que é lei e a ordem, reconhecem a existência de lacunas no ordenamento, utilizando, para isso, hermeneuticamente,

⁴⁶ Eduardo Espínola (1875-1968) foi um advogado, escritor, magistrado, professor e jurista brasileiro, formado em Ciências Sociais pela Faculdade de Direito do Recife e em Direito pela Faculdade de Direito da Bahia, pertenceu à turma de bacharéis de 1895. Foi ainda promotor de justiça, juiz substituto e, já em 1902, por concurso, ocupou a cadeira de Ciências do Direito na Faculdade de Recife. Pelos seus méritos de jurista, foi nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal, por decreto de 6 de maio de 1931, do presidente da República e foi presidente do Supremo Tribunal Federal no quinquênio 1940 a 1945.

o princípio de freios e contrapesos, que busca harmonizar os três “poderes” e a interpretação principiológica⁴⁷. Atualmente, a interpretação gramatical é considerada uma das mais falhas, exatamente por não levar em consideração fatores essenciais em uma sociedade dinâmica e o intérprete deve operar lucidamente de forma a considerar os valores sociais, compreendendo que a lei e os códigos não são um fim em si mesmos, mas um meio para concretizar um objetivo, que pode ser o Estado Democrático de Direito, criando novas formas de poder e novos saberes e, ainda assim, contribuindo para a desmistificação desses mitos que outrora estavam ínsitos à prática judiciária e doutrinária, o que acontece passo a passo.

As inconsistências teóricas e limitações da **Escola da Exegese** poderiam permanecer em um plano secundário desde que as decisões tomadas pelo Estado fossem socialmente percebidas como legítimas, onde legitimidade significa autoridade. Todavia, aconteceram profundas mudanças sociais do final do Século XVIII, através da Revolução Francesa e seu evento primevo, a Queda as Bastilha, trazendo a emergência de novos poderes, fazendo com que esses princípios entrassem em choque, já que muitas das decisões tomadas com base nos Códigos não eram mais adequadas aos novos saberes e ao sentimento social de justiça nascente, de modo que o culto à letra da lei perdia a sua força e a longevidade da Escola da Exegese correspondeu ao tempo em que foi socialmente aceitável uma aplicação gramatical estrita dos Códigos elaborados no início do Século XIX. **O começo do fim da Exegese** teve como um dos motivos a introdução, no ensino universitário francês, de matérias que ultrapassavam a descrição técnica do direito civil e acentuavam as relações entre o direito e a sociedade. O estudo de disciplinas tais como direito público, economia política e história do direito terminou por quebrar o monopólio do pensamento civilista – aquele atrelado e aferrado ao direito civil – e começaram a aproximar os estudos jurídicos dos estudos científicos sobre a sociedade da física social, da química social e da futura psicanálise, que promoveram uma renovação do pensamento dominante e fizeram com que, no início do Século XX, a Escola da Exegese perdesse sua posição hegemônica. As novas formas de poderes e saberes introduzidas pela diversas fases da Revolução Industrial, sendo a primeira ainda no Século XVIII, se tornaram

⁴⁷ Inclusive encontrando-se desta forma na antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que traz: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. (BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Fonte: Planalto.).

tão grandes que o direito codificado começou a ser percebido como obsoleto, cedendo gradualmente espaço a concepções hermeneuticamente mais flexíveis, notadamente para algumas linhas do positivismo sociológico ou para as perspectivas germânicas caracterizadas pelo primado de uma concepção “cientificante” e pela elaboração de uma Teoria Geral do Direito adequada aos novos tempos. As críticas à exegese e à essa escola foram vastas e entre os autores destacaram-se François Gény, Rudolf von Jhering e Eugen Ehrlich. Em geral, as críticas se fundamentavam em torno do fetichismo da lei e da forma literal como se interpretava o Direito.

Os Códigos tornam-se rígidos e imutáveis, alheios às dinâmicas sociais e não acompanham as transformações reais do humano jurídico do direito, não acompanham as mudanças comportamentais do povo. Por meio da Escola Histórica, a teoria alemã ergueu-se contra a concepção naturalista e legalista, em especial a codificação francesa, que lhe buscava suprimir toda relevância, vem que entendia que o direito era uma ciência na qual se deveria elaborar histórica e filosoficamente. Todavia, a filosofia, para Savigny, não significava subordinar-se às noções filosóficas de justiça nem se ater ao jus naturalismo dominante daquele século, **mas simplesmente que a ciência jurídica deveria ser elaborada de forma sistemática, por meio de conceitos organizados, constituindo um campo de conhecimentos com unidade e organicidade**, já que falava de uma ciência jurídica exclusivamente histórica, a partir do paradigma do direito romano, reinventando Roma a partir da história conhecida e, anacronicamente, adaptando às suas fontes secundárias, em uma Teoria jurídica do modernismo alemão, sem dúvidas gerou um historicismo, mas, ao mesmo tempo, um conservadorismo que se reflete em sua hermenêutica histórica. Entendia que o conhecimento do direito não poderia reduzir-se a uma mera exposição fragmentária do sentido das normas, mas deveria ser capaz de organizar sistematicamente todos os conceitos jurídicos, construindo assim seu próprio método (científico) a partir de três fontes – a romana tradicional, os usos e costumes do povo alemão e o intérprete –, o que deixa de lado as normas válidas como conteúdo do direito⁴⁸ e se dedica ao novo direito romano recém “re-interpretado”. A importância era tal das fontes do Direito Romano que adquiriu papel tão preponderante na mentalidade dos juristas, que passou a valer

⁴⁸ Ari Marcelo Solon nos traz que algumas regras continuavam a valer e citamos as ordens jurídicas reais, municipais, nobiliárquicas, corporativas, mas não continham em si a essência das fontes, o que, para esse autor, explica o “abismo entre teoria e prática da doutrina supostamente reacionária da escola do Direito. (SOLON, Ari Marcelo. **Ob. Cit.** São Paulo: Marcial Pons, 2017, pp. 42 e ss).

não apenas como direito subsidiário, mas também como “direito-modelo”, baseado nos valores mais permanentes e gerais da **razão humana**, dotado, por isso, de uma força expansiva que o tornava aplicável a todas as situações não previstas nos direitos particulares e, ao mesmo tempo, o tornava um critério para julgar a razoabilidade das soluções jurídicas nestes contidos em uma hermenêutica própria a partir desse elemento histórico.

1.2.2 *Lei como Comando Imperativo do Legislador: Hermenêuticas do Positivismo*

Dentro da **nova ordem do discurso** de então, desse novo sistema de saber determinado pelo sistema de poder de decisão, constituiu-se uma nova hermenêutica, uma **hermenêutica imperativista**⁴⁹, dado que ela percebia a lei como *um comando imperativo* dado pelo legislador aos cidadãos para manutenção da ordem e obtenção da paz. Assim, por mais que a valorização dos textos legais conferisse a essa hermenêutica um caráter predominantemente literalista, sua vinculação à literalidade da lei não se dava por uma sacralização da autoridade do texto, diferente do que acontecia entre os glosadores e teólogos, mas por um **respeito quase místico da autoridade do legislador**, que se **expressava por meio do texto**. Neste sentido, Henri Capitant⁵⁰, jurista da época⁵¹, afirmava que a lei era obra consciente e refletida do homem, sendo resultado das deliberações dos legisladores e, portanto, apresentando-se como expressão do pensamento comum daqueles que a editaram. Dessa forma, “para determinar qual é o sentido da regra contida na fórmula legal, é preciso descobrir o que quiseram dizer os seus autores”⁵². Portanto, a interpretação não poderia ser coisa diversa da reconstrução do pensamento legislativo contido na lei, no que a hermenêutica jurídica da época se aproximava dos cânones hermenêuticos das outras disciplinas, especialmente das concepções

⁴⁹ Cf. COSTA, Alexandre. *Hermenêutica Jurídica: Crise do Jusracionalismo*. In: **Textos Jurídicos Acadêmicos**. Editora Arcos. Disponível em: <<https://novo.arcos.org.br/hermeneutica-juridica/#2crisedojusracionalismo>>.

⁵⁰ Cf. COSTA, Alexandre. *Hermenêutica Jurídica: Crise do Jusracionalismo*. In: **Textos Jurídicos Acadêmicos**. Editora Arcos. Disponível em: <<https://novo.arcos.org.br/hermeneutica-juridica/#2crisedojusracionalismo>>.

⁵¹ Foi professor de direito em Grenoble e Paris (1908), sua influência teve grande efeito na educação jurídica francesa, incluindo *Introdução à l'étude du droit civil* (1898), *Cours élémentaire de droit civil* (1914-16 com Ambroise Colin), *Questions de droit civil* (1933) e *Grands arrêts de la jurisprudence civile* (1934). Capitant perseguia um ideal de unidade da educação jurídica, jurisprudência e legislação, onservador declarado, se opôs à inovação legal, que ele viu como geralmente ameaçadora para um propósito da lei - a preservação da liberdade individual. Ele foi co-fundador do Instituto de Direito Comparado de Paris em 1931. Convencido de que a lei francesa representava o mais alto grau de cultura jurídica, o Capitant fundou a *Association des juristes de langue française* em 1935, que foi renomeada após sua morte para *Association Henri Capitant pour la Culture Juridique Française* e, em seguida, para *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*.

⁵² COSTA, Alexandre. *Hermenêutica Jurídica: Crise do Jusracionalismo*. In: **Textos Jurídicos Acadêmicos**. Editora Arcos. Disponível em: <<https://novo.arcos.org.br/hermeneutica-juridica/#2crisedojusracionalismo>>.

de Schleiermacher⁵³, que sustentava a preponderância hermenêutica do autor e de sua intenção. Por isso, buscar na interpretação outro objetivo, independente de qual seja, significaria substituir o sentido correto da lei por um sentido subjetivo do intérprete, pelos seus próprios interesses e valores, o que seria um completo absurdo.

Como, e qual o nosso limite em conhecer e reconhecer os chamados direitos naturais dentro dos fenômenos jurídico-sociais é nossa questão a ser respondida pela interpretação da coisa ao que ela é ela mesma no então atual horizonte de possibilidades. Sempre o natural terá a variação da capacidade humana de perceber, entender, compreender e se conduzir conforme o que se apresente a cada tempo o que faz da “natureza” um valor de existência de algo, a certeza de que a natureza existe, de *per si* e, partir daí, conferir a ela um “valor positivo do bom”, do organizado, do iluminado pela razão humana cartesiana, do sistema correto de ser no mundo e por consequência o respeito à essa métrica de existir “bem”, independente da vontade humana. Isso nos leva a uma natureza essencialmente boa, justa *per si*, e assim e nessa medida deve ser respeitada por todos. Falamos então de um juízo de valor grego respeitador do caos organizado e “bom” onde tudo que acontece naturalmente é também bom, eficaz, útil e necessário. Esse modelo de pensamento é exatamente a forma de pensar a origem do Direito Natural em Bobbio⁵⁴ que entendeu o direito natural como bom, universal e imutável e, como consequência, as regras trazidas por esse direito natural, geram os comportamentos bom em si mesmos, bons por essência, pois naturais.

Desta forma, o direito posto, o direito convencional, expressado pela hermenêutica do direito de cunho positivismo normativo, só é justo na medida quem que traz a essência “boa” do direito natural e somente será válido, vinculante e justo, na medida em que se coadune com o Ordenamento, ou seja, subsumido na lei natural das coisas de onde surgem as regras justas

⁵³ Friedrich Schleiermacher, teólogo e filósofo, contemporâneo de Fichte, F. Schelling, F. Krause e F. Hegel, participante do círculo dos românticos, foi pregador da Corte e professor de Teologia e Filosofia na Universidade de Berlim. As obras de notoriedade como "Discursos sobre Religião" (1799) e "Monólogos" (1800), antecederam a "Doutrina da fé", sobre teologia dogmática protestante, traduziu os diálogos de Platão e tudo isso o fez precursor da Hermenêutica. Dilthey dividiu em quatro períodos essa atividade literária: a juventude (manuscritos), período da intuição (1796-1802), época crítica (1802-1806), período sistemático (1806-1834). **Ao contrário de Hegel, Schleiermacher não subordina a religião à Filosofia**, pois o *sentimento*, como unidade originária de pensamento e querer, não é abolido pelo pensamento. Entendia que a religião é a relação, religação do homem com o Todo, onde a metafísica diz respeito ao pensamento que se vincula à Totalidade, ao passo que a ética diz respeito ao agir em relação à Totalidade – as simples ações vistas como "deveres" deduzidos da natureza do homem em relação com o universo.

⁵⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

explicitadas na lei. Nessa linha, o saber jurídico se apresenta em duas dimensões⁵⁵, a primeira o das **regras objetivas e universais** das condutas humanas livres e conscientes, boas, justas e válidas e a segunda das **formas que o intelecto jurídico científico determina o modo de conhecimentos destas regras**, reveladas pela razão humana que tem como tarefa principal, organizá-las em categorias e ordená-las de forma a compor um sistema de leis para a sociedade.

A partir daqui encontramos na gênese dos atos do pensamento relativo de mundo, e assim também do mundo jurídico, o fenômeno do pensamento dicotômico da existência humana onde o jurídico-humano se move pela vontade de verdade e do outro lado, o do justo, que, se entendidos como essência do natural, **criam um eixo binário existencial que podemos entender como instância de significação da realidade**. Ora, desde os Gregos Antigos onde Platão identifica como “real” o mundo das ideias, gera um eixo de existência binário, dicotômico, onde o mundo real do bem que sustenta e informa todas as coisas é o mundo das virtudes, onde está o Sol de Platão, o plano do mundo verdadeiro, que sustenta todo o devir, toda transitoriedade e multiplicidade, plano absoluto de per si, e todo o resto é relativo. Isso faz do nosso mundo secundário, nosso plano, o relativo em relação a esse absoluto, é o das relações transitórias a partir de uma dicotomia do suprassensível versus o sensível, inteligível verso o sensível, essência em contraposição da aparência, a eternidade e ilimitado em contra posição ao temporal e limitado, o ser desse mundo ideal versus o devir do nosso plano. Nessa linha de categorias de existências o plano do real de Platão, das ideias, do absoluto confere sentido, existência e limites ao plano das ações, do relativo, do devir, que cria esse eixo fixo absoluto em torno do qual tudo aparece e se apresenta às nossas formas de ver o mundo.

Assim em Aristóteles, a natureza enquanto razão, como forma de viver em meio à racionalidade nesse plano de imanência do logos, razão ou conhecimento, que nos modernos do Século XVII resolveu-se em jusnaturalismo, a partir de Hugo Grócio que separa do rei político a natureza de sua filiação divina, do plano do Absoluto. Com esse questionamento da autoridade divina essencial e eterna que a teologia conferia ao monarca o eixo de manutenção e validação da ética e moral desaba e surge a fundamentação racional cartesiana do vínculo político já no final da Idade Média. E voltamos a legitimação por um estado anterior ao posto pela organização dos homens políticos para validá-la através e por meio do natural, da natureza das coisas, da essência do estado de natureza onde vigora o direito natural e o assim acontece

⁵⁵ Cf. LAFER, Celso. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1991.

na humanidade o chamado pacto social. Nesse contrato as formas individuais de consciência entregam a uma forma geral, impessoal, parte do direito natural de liberdade em troca do poder de organização do estado civil, que se obriga a respeitar os direitos naturais dessas consciências e organiza a vida entre todos através de uma legis positivada e pelos atos da *longa manus* desse ser impessoal e protetor de todos: o Estado moderno. Essa razão então assume a posição do Sol, e do Cristo, e gera esse eixo de dois planos da existência: o racional que confere sentido ao irracional, ao emocional, ao devir, e a todo o resto abaixo dessa dicotomia do novo deus, essência, absoluto: razão.

A pretensão exata da filosofia do direito, considerada tarefa secundária se não insensata para Bobbio, Guido Fassó, Kelsen, Herbert Hart, Alf Ross entre outros atesta a necessidade de trocar as lentes do preciosismo microscópico para a arte do macro entendimento, sem com isso exaurir ou limitar enfoques variados, como por exemplo esse nossa reflexão filosófica não apenas sobre o direito positivo, imperialista, mas antes sobre o pensamento jurídico a partir de um método fenomenológico, uma leitura fenomenológica do pensamento das coisas jurídicas que se apresentam ao ser jurídico que as percebe como jurídicas, um momento anterior da filosofia do direito positivo, uma filosofia cujo método é a fenomenologia para entender o justo antes de trazer os procedimentos e teorias da norma e do ordenamento, essenciais à aplicação do direito mas que se perdem na técnica ao tentar trazer o justo na decisão do juiz. E aqui vem bem a calhar a ideia de senso comum dos juristas de Luís Alberto Warat resumida por Lênio Streck em recente artigo⁵⁶ que explica que referido senso comum dos juristas com suas certezas, obviedades, racionalidades, certezas e verdades são resultado de um esforço retórico ideológico na medida em que “se constitui em um espaço simbólico de retaliações discursivas”.

1.2.3 Fontes do Direito, da Comunicação e da Interpretação

A Escola Histórica do Direito traz o direito, que assim como a língua, existe primordialmente como uma vivência social a partir de um poder político, que se expressa

⁵⁶ Artigo. Lênio Streck. Senso comum teórico dos juristas. Disponível em <https://estadodaarte.estadao.com.br/senso-comum-teorico-lls/> e do mesmo autor Contra o senso comum teórico, um estímulo ao pensamento crítico, disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-nov-06/diario-classe-senso-comum-teorico-estimulo-pensamento-critico>

por meio de usos costumeiros, que surgem “espontaneamente”⁵⁷ na sociedade e que, nessa medida, representam de maneira imediata o espírito do povo (*Volksgeist*) que a criou e demonstra em seus costumes. Embora a construção de uma legislação seja uma necessidade da vida moderna, a partir da cultura assentada das ideias do positivismo normativo, as leis deveriam ter por base os valores do povo e representar uma espécie de sistematização dos costumes, pois, caso contrário, passariam a ser artificiais e ilegítimas. Fato é que nem sempre os parlamentos observam essa diretriz fundamental e que muitas vezes editam normas extremamente distanciadas do “espírito do povo” que deveriam representar, levando à inversão dos valores do povo, quando os valores da lei passam a gerenciar a sociedade de forma imperativista como se origem do direito fossem. Como adverte Carlos Maximiliano⁵⁸, se fôssemos buscar a intenção efetiva do legislador, descobriríamos que ele quase sempre trabalha em um horizonte estreito e com base em um conjunto de fatos muito limitados pelo tempo, pelo espaço e pela sua própria existência. Além disso, apesar de a linguagem geral, impessoal e abstrata, as leis normalmente têm por fundamento um abuso recente e os seus prolores não suspeitavam, como nunca poderão, de todas as consequências que poderiam ser deduzidas das suas prescrições⁵⁹. Portanto, quando surge a questão “ao se encontrar frente a dúvidas interpretativas, deve o intérprete elevar sobre o próprio espírito do povo a vontade limitada do legislador?”, temo que essa sempre será a questão do justo no direito. Embora o legislador seja teoricamente o representante do povo, as leis somente são legítimas quando essa representação não for meramente teórica e a formulação das leis refletirem efetivamente os valores dominantes em uma cultura. Exemplos brasileiros disso são os elementos normativos do tipo penal, em que até pouco tempo o valor de uma mulher honesta definia o abuso sexual permitido por lei, assim como as atuais modelagens de união entre duas pessoas, antes crime de pederastia, hoje liberdade humana. A própria fronteira entre culpa consciente ou inconsciente e a observação do cuidado objetivo necessário do agente, a má-fé, a ética, o que anima o agente, claramente não se reduz a um dispositivo legal congelado num tempo passado que não mais existe, não é mais.

Seguir a teoria imperativista nos traz o absurdo de fazer prevalecer a vontade do legislador sobre o próprio espírito do povo que é fundamento da sua autoridade, cria um abismo

⁵⁷ Par Deleuze e Guatari são vetores resultantes de forças de poderes.

⁵⁸ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. São Paulo: Revista Forense, 1999, p. 12.

⁵⁹ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. **Ob. Cit.** São Paulo: Revista Forense, 1999, p. 26.

entre eles e, ao acentuarem que o direito é fruto da vontade dos Governantes, novos deuses, mais uma sombra de Budha, significa repetir o dogma da sacra vontade, uma emanção da vontade de Deus, como afirmava o *jusnaturalismo teológico*, ou da razão humana como sustentava o *jus racionalismo oitocentista*, expressão da necessidade de certezas e verdades absolutas. As teses imperativistas desempenham um fundamental papel na dissolução da validade e legitimidade dos conceitos *jus naturalistas* que dominavam a teoria jurídica até o fim do Século XVIII e, embora tenham destruído o que entendiam erroneamente como mistificações *jus naturalistas*, esse imperativismo acabou por criar uma *mística*, uma nova sombra de Budha, fundada na autoridade quase divina do legislador e na reverência dogmática às palavras da lei, credo que rezamos até hoje.

O primeiro grande marco do modo contemporâneo de elaborar normas jurídicas do Código Civil Francês, de 1804, nos revela como o desenvolvimento de novos padrões da legalidade colaborou para o surgimento da nossa mentalidade positivista. Quando a Revolução de 1789 irrompeu na França, as leis ainda não haviam sido sistematizadas na forma de códigos, de forma que o direito se encontrava, em grande medida, esparso em costumes locais e leis extravagantes. Essa configuração jurídica, que o senso moderno tende a perceber como atrasada e precária, era típica de um momento em que os Estados não tinham pretensão de regular minuciosamente todas as relações sociais⁶⁰. Mesmo que os regimes absolutistas tenham ampliado a relevância da legislação, dentro deles ainda prevalecia a pluralidade de fontes que marcou o direito medieval. Assim, a organização absolutista do Estado implicava um projeto de hegemonia das leis que eram vistas como superiores às outras fontes do direito positivo, mas não de um monopólio do direito legislado.

Essa situação muda com o despotismo, e nossa história mostra que, através das monarquias, adentramos no processo de modernização pregado pelas Luzes da Razão do

⁶⁰ Sobre o tema, mostra-se de enorme relevância a contribuição do historiador inglês, Eric Hobsbawm, em precípua análise do período e daqueles que o integravam: “O burguês liberal clássico de 1789 (e o liberal de 1789-1848) não era um democrata mas sim um devoto do constitucionalismo, um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e um governo de contribuintes e proprietários. Oficialmente esse regime expressaria não apenas seus interesses de classe, mas também a vontade geral do ‘povo’, que era por sua vez (uma significativa identificação) ‘a nação francesa’. O rei não era mais Luís, pela Graça de Deus, Rei de França e Navarra, mas Luís, pela Graça de Deus e do direito constitucional do Estado, Rei dos franceses. ‘A fonte de toda a soberania’, dizia a Declaração, ‘reside essencialmente na nação’. E a nação, conforme disse o Abade Sieyès, não reconhecia na terra qualquer direito acima do seu próprio e não aceitava qualquer lei ou autoridade que não a sua – nem a da humanidade como um todo, nem a de outras nações”. (HOBBSAWM, Eric. **A Revolução Francesa**. São Paulo: Editora Paz & Terra, 2003, p. 91).

Iluminismo, cujo exemplo paradigmático do período foi a lei portuguesa promulgada em 1769, a chamada Lei da Boa Razão, ainda dentro das questões próprias da revolução pombalina, cujo texto legal é aquele que melhor caracteriza as ideias do Marquês de Pombal, tendo alterado todo sistema de fontes do direito português à luz do então despotismo esclarecido da coroa, impondo a todos os juízes a observação estrita das leis editadas⁶¹. Naquele momento, os poderes vigentes eram as Ordenações Filipinas, de 1603, cujo livro III, título LXIV, determinava minuciosamente a **hierarquia das fontes de direito**, estabelecendo que os casos que não fossem pela própria ordenação deveriam ser julgados com base nas leis, na jurisprudência das cortes ou no direito consuetudinário local. Na hipótese de essas três fontes serem omissas, o caso deveria ser julgado com base no Direito Romano, se a questão envolvesse *pecado*, de acordo com o direito canônico. Porém, se o *Corpus Iuris Civilis* não determinasse uma solução precisa para o caso, deveria ele ser julgado com base nas glosas. E, por fim, se os juízes não encontrassem em nenhuma dessas fontes subsídios adequados para o julgamento, a questão deveria ser remetida ao próprio Rei, para que ele a decidisse. A *Lei da Boa Razão* veio modificar esse sistema de fontes do direito, através **do fortalecimento da autoridade da lei**, a exclusão do direito canônico superando a tradição cristã medieval, a contenção do direito consuetudinário e, de forma peculiar, a limitação ao uso do direito romano, cuja aplicação pelos juízes chegava a funcionar como um limite à própria autoridade real. Tanto era assim que o historiador português António Hespanha afirma que “em relação à doutrina, a lei não era apenas um fenômeno minoritário, era também um fenômeno subordinado”⁶².

A *Lei da Boa Razão* foi desta forma batizada pelo fato de que, embora as Ordenações Filipinas determinassem obedecer ao Direito Romano apenas na medida em que ele era fundado na boa razão e com esse vetor iluminista, em vez de insistir na tendência medieval de sacralização do direito romano, os iluministas do final do Século XVIII acentuavam a incompatibilidade da Europa moderna com os costumes particulares dos romanos, como superstições próprias e inteiramente alheias da secularidade cristã, que depois deles se seguiram. Neste sentido, especial atenção o fato de que foram vedadas as referências às glosas de alguns comentadores sob o argumento de que esses autores “foram destituídos”:

⁶¹ HESPANHA, António Manuel Botelho. Pluralismo Jurídico e Direito Democrático. Prospectivas do direito no século XXI _ Coimbra: edições Almedinas, 2109

⁶² Idem.

[...] não só de instrução da História Romana, sem a qual não podiam bem entender os textos que fizeram os assuntos dos seus vastos escritos, e não só do conhecimento da Filologia, e da boa latinidade, em que foram concebidos os referidos textos; mas também das fundamentais regras do Direito Natural, e Divino, que deviam reger o espírito das Leis, sobre que escreveram.⁶³

Os Estados tentavam estabelecer a lei como fonte de maior hierarquia e a referência jurídica primária para o exercício da jurisdição, e com a vitória das revoluções burguesas aconteceu uma radicalização desse projeto, dentro do espírito de *reductio ad unum* da modernidade, desencadeando o que o historiador português António Hespanha classifica de “projeto de redução do pluralismo”⁶⁴: a tentativa de reduzir todo o direito social ao direito do Estado e todo o direito estatal à lei, em um caminho positivista normativo. Mas já não bastava garantir a soberania do Estado e a preponderância da lei, mas era preciso conquistar o monopólio da legislação estatal sobre o direito. Desta maneira, para além do direito estatal, eram apenas admissíveis discretas referências ao direito natural, mas não aos direitos canônico e romanístico, pois configuravam heranças feudais, das trevas, incompatíveis com o iluminismo. Além disso, mesmo que ainda se admitisse a aplicação do direito consuetudinário, a multiplicação das leis reduziu os costumes a uma fonte supletiva de pouca importância prática. **O projeto iluminista não se resumia a unificar o direito sob a bandeira do Estado, mas envolvia a criação de um novo direito, adequado ao projeto de organização social moderna, vinculado ao projeto político do iluminismo, que já se manifestava no despotismo esclarecido, mas cuja maior expressão foi o Estado de Direito fundado em princípios liberais a partir da moderna construção do Contrato Social.** Além disso, com a ascensão da burguesia ao poder e ganhou espaço a garantia da segurança jurídica almejada pelos ideais liberais, especialmente ligados à garantia de que os contratos devem ser cumpridos e de que a intervenção estatal nos negócios privados deveria limitar-se ao estabelecimento das regras gerais claras e homogêneas. Dentro desse espírito de unificação e de racionalização, houve **um movimento de sistematização do direito na forma de códigos.**

⁶³ COSTA, Alexandre. *Hermenêutica Jurídica: Crise do Jusracionalismo*. In: **Textos Jurídicos Acadêmicos**. Editora Arcos. Disponível em: <<https://novo.arcos.org.br/hermeneutica-juridica/#2crisedojusracionalismo>>.

⁶⁴ Passim Hespanha, *Justiça e litigiosidade*, op.cit. capítulo I.

O processo de codificação foi uma demanda originada do jus racionalismo iluminista, que defendia a elaboração de um direito positivo organizado e completo, que cristalizasse na forma de lei o direito natural. Essa foi a inspiração dos primeiros códigos, feitos ainda durante os regimes de despotismo esclarecido e fundados nas obras dos grandes jus racionalistas, como Christian Wolff. Na Prússia, por exemplo⁶⁵, após uma gestação de algumas décadas, entrou em vigor em 1794 o *Allgemeines Landrecht* (direito territorial geral), um código construído a partir do modelo jus naturalista de Pufendorf e Wolff e que englobava tanto o direito público como o privado. Essa codificação representava a “versão prussiana do absolutismo esclarecido tardio”⁶⁶ e, unindo o racionalismo naturalista ao centralismo absolutista, pretendeu reduzir toda atividade jurídica à aplicação direta e literal da lei. A supressão do papel da doutrina e da jurisprudência chegou a tal ponto que foi editado um decreto proibindo a interpretação através de precedentes, de **comentários ou de especiosidades eruditas** e foi determinado que quaisquer dúvidas deveriam ser submetidas a uma **comissão legislativa** para que ela as resolvesse por meio de uma interpretação autêntica, uma *hermenêutica original do conteúdo*.

Uma **concepção jurídica igualmente naturalista e sua hermenêutica**, embora inspirada pelos princípios liberais da Revolução Francesa, foi a inspiração dos primeiros projetos franceses de codificação, porém, com a ascensão ao poder de Napoleão Bonaparte, o jusnaturalismo revolucionário foi preterido em favor de uma mentalidade pragmática, distanciada da perspectiva abstrata e universal do racionalismo do Século XVIII e ligada à ideia de que as leis devem ser adaptadas ao caráter, aos hábitos, à situação do povo para o qual elas são feitas, pois são feitas pelos homens e não o contrário – os homens não são feitos pelas leis. Essas afirmações, atribuídas ao redator do *Code Napoléon*, nos mostram que a fonte de inspiração filosófica dos próprios elaboradores do Código não foi um *jus racionalismo* que pretendia consolidar o direito natural na forma de direito positivo. Não obstante, **os codificadores tinham um horizonte histórico de existência jus naturalista e a codificação francesa não apenas inaugurou a forma moderna de se construir o direito, ligada ao monopólio estatal do poder político, como também fixou uma série de conteúdos normativos adequados ao ideário liberal que estava na base da organização**

⁶⁵ COSTA, Alexandre Araújo. Introdução ao direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

⁶⁶ Idem supra, disponível em : <https://www.arcos.org.br/livros/introducao-ao-direito/>

dos Estados de Direito. Com a ascensão da burguesia, consolidada por volta de 1800, o liberalismo passou a compor o núcleo dos valores que orientavam a organização dos Estados ocidentais, que pregavam valores de igualdade e liberdade e defendiam noções como a de que era preciso um governo de leis e não de homens e de que o poder do estado era limitado pelos direitos naturais dos indivíduos.

Com a publicação do Código de Napoleão e a codificação de outras partes do direito francês durante a década que se seguiu, foi criada uma outra realidade jurídica, mais adequada ao contexto econômico e social da época, bem como ao racionalismo dominante no contexto filosófico. O direito, que antes deveria ser buscado nos costumes de cada região ou no direito romano, foi unificado em cada país por meio de uma legislação organizada em códigos que deveriam regular exaustivamente as relações sociais. *Assim, o movimento de codificação significou uma espécie de concretização dos ideais jus naturalistas de sistematização, mas também marcou o início da derrocada do naturalismo jurídico*, pois foi estimulada a mentalidade de que segundo a qual os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete que não tem por missão fazer o direito, que já está feito. Nesse mundo dos códigos modernos não há mais incertezas e o direito está escrito em textos autênticos, completos e perfeitos.

Savigny entendia que **a apreensão conveniente de um instituto, na qualidade de um todo de sentido**, somente era possível pela **intuição**, confinando o pensamento conceitual (de conceber o conceito, conceptual) em uma apreensão de regras jurídicas necessariamente abstratas, ideais, seguindo a maneira própria da lógica formal e, neste sentido, prepara e sinaliza o caminho para a Jurisprudência dos Conceitos, a **ciência formalista do direito** de Puchta. O caminho de Savigny da ideia de um sistema que se aglutinou em uma ciência jurídica, a combinação do método histórico e sistemático, consubstanciou uma herança da doutrina do Direito Natural. Esse pensamento possuía como vetor a filosofia do idealismo alemão da construção do mundo a partir de um único ponto origem, de uma única essência, um princípio último transcendental, ou seja, apreender o mundo de modo reflexivo, talvez recorrendo-se a Hegel, em que o verdadeiro é o todo, o movimento do concreto sobre si mesmo, superando as dicotomias. A física arquetônica da Razão constrói o próprio Estado e as complexas relações de moralidade e legalidade desse Estado. E aqui esse sistema não é ferramenta de interpretação do mundo, nem *física mental* de clareza e facilidade de domínio dos entes do mundo, mas a única forma possível de uma mente racional lógica apreender as coisas do mundo, a única

maneira possível do espírito cognoscente se assegurar da verdade e das certezas das coisas, das certezas existenciais do *Ser* cartesiano.

Georg Friedrich Puchta, integrante da Escola Histórica do direito, a partir das ideias de sistemas ali fecundadas, trouxe à tona os sistemas como lógicos em sua pirâmide principiológica que organizaram sua Jurisprudência Formal dos Conceitos, a partir das Fontes do direito de Savigny, desenvolvendo um método conceitual formal sem perceber que a lógica formal não se aplica à doutrina do direito, mas sim a lógica analítica, uma lógica argumentativa. Sua proposta era de que as proposições jurídicas de um povo, as instituições jurídicas, umas em relação às outras, estão em uma dimensão própria, em um nexu orgânico que se deduz do espírito do povo na medida que esta unidade da fonte do direito se estende e abarca tudo e todos. Diferente dos institutos jurídicos, entende que as proposições formam essa rede do todo jurídico, um nexu lógico de raciocínio dedutivo entre os conceitos jurídicos dela deduzidos, entendendo que é missão da ciência do direito reconhecer as proposições jurídicas nesse nexu sistêmico de condicionantes e condicionados que somente se tornam claros a partir desta dedução lógica-jurídica que seu sistema proporciona. Eis aqui a pirâmide dos conceitos de Puchta, a genealogia dos conceitos, sistema construído segundo a lógica formal, em que o conhecimento sistemático ocorre pela dedução e pela indução de cada conceito, a partir dos termos médios de suas proposições.

Em seu exemplo paradigmático do instituto jurídico da “servidão de passagem”, que é um direito subjetivo reconhecido que traz um poder de exercer vontades sobre o objeto “passagem”, é também o poder sobre a coisa alheia que cederá a passagem, um direito real, embora subjetivo, sobre coisa alheia, ao mesmo tempo que delimita uma sujeição dessa coisa alheia a esse direito-poder de passagem e sujeita, nessa proporção e parte, o direito do outro, do uso da coisa pelo outro. Assim, “servidão de passagem” passa a ser gênero dos direitos de uso sobre as coisas. Nessa medida, cada conceito superior autoriza afirmações dedutivas como essa do exemplo, na qual o direito subjetivo trata de um poder sobre a coisa. E, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valerá para ele, necessariamente, todas as afirmações que cabem a esse conceito superior. O que nos leva ao topo dessa pirâmide onde o conceito supremo valida e dele se deduzem todos os outros pelo seu conteúdo. A questão para fechar essa conta é, como muito debatido, o que então validaria esse conceito supremo. Hans Kelsen teoriza a norma fundamental, um conceito que possui a essência de todos os enunciados derivados e dele inferidos, senão a lógica dedutiva passa a ser uma lógica circular, um *Ouroboros*, a serpente

que come o próprio rabo que pode simbolizar a autopoiese, mas não identifica a validação do sistema escalonado de normas da lógica formal jurídica de Puchta que parte de um conceito do *a priori* jusfilosófico, tal qual a liberdade em Kant nas éticas fundamentais do idealismo alemão. Em outras palavras, o conceito fundamental, vértice dessa pirâmide lógico-dedutiva-indutiva do qual depende todo o sistema construído é dado, *a priori*, pela filosofia do direito. Todo o sistema legitima não só o escalonamento, mas o próprio conceito proposto pelo legislador é legitimado pelo conceito de sistema, diferente do positivismo normativista que encontra na norma a explicitação da sua fundamentação. Puchta não se atém ao conceito científico cartesiano de ciência, muito menos ao conceito positivista de ciência, mas parte de um material empírico experimental que é o conteúdo da lei positiva, captado intuitivamente.

Parece-nos que a **Escola da Ciência do Direito dos Interesses** entende que a função da atividade judicial é possibilitar a satisfação das necessidades humanas de uma comunidade jurídica, ou seja, a intenção da Jurisprudência dos Conceitos, que se volta para o exame particular da decisão judicial dos casos concretos, é a satisfação das necessidades humanas da vida social, prazeres, seguranças, desejos e aspirações. São esses que chamamos aqui de interesses e a sua Jurisprudência se caracteriza pela preocupação de nunca perder de vista esse escopo nas várias operações a que tem de proceder e na elaboração dos conceitos, interpretação e aplicação da lei.

A primeira fase conceitual de Rudolf von Jhering, concebida a partir do “Espírito do Direito Romano”⁶⁷ apoia a essência jurídica da escola dos conceitos formal de Puchta, mas já iniciava no fundador da Jurisprudência dos Interesses o abandono das categorias éticas da filosofia idealista alemã, sendo este o início do fim da sua orientação para o pensamento das ciências da natureza, saindo do pensamento lógico formal para uma própria sociologia do direito, raiz da ciência do direito com base nos Interesses. Trazendo a função sistemática do direito, diferente da histórica e a interpretativa da sua escola de origem, Jhering desconstrói cada um dos institutos jurídicos e as conseqüentes proposições jurídicas em seus elementos chamados de “lógicos”, de modo que essa decomposição fomenta a possibilidade de, além de simplificar os conceitos, o próprio direito por si mesmo, em um crescer de dentro, combinar elementos novos e criar novos conceitos e proposições jurídicas. É nessa medida que Jhering

⁶⁷ Cf. JHERING, Rudolf von. **O Espírito do Direito Romano: Nas Diversas Fases de seu Desenvolvimento (Vol. I)**. Rio de Janeiro: Alba Editora, 1943.

chama de *acasalamento de conceitos* que geram novas proposições, pensamos também na cópula dos sistemas em Niklas Luhmann e a *autopoiese* própria dos sistemas, dos *inputs*, *outputs* e *feedbacks*, que dão origem a novos elementos⁶⁸. Diferente de Puchta, que parte de um conceito fundamental prévio ao Direito Positivo, Jhering compara a dogmática com a química e a ciência do direito, que passa a ser a “química jurídica”, tratando da sublimação dos conceitos e regras como matéria prima dada. Em sua ideia de abandonar a forma prática e imperativa imediata, propõe entender a ciência como um corpo jurídico, que são os conceitos fundamentais simples obtidos pela análise lógica e por abstração, conceitos que possuem certas qualidades e aptos a produzir efeitos. Todavia, essa lógica usada pelo autor e essa abstração podem ser entendidas como a intuição fenomenológica, um perceber direto, imediato dessa coisa jurídica chamada “conceitos jurídicos fundamentais” integrantes do sistema jurídico-químico de Jhering. Assim, a consequência jurídica nada mais é que a consequência lógica de certas afirmações nesse sistema das quais não resultam nem sua validade nem a obrigatoriedade dos correspondentes comandos, pois esses conceitos apenas possuem um valor de afirmação teórica e não de comandos normativos. No texto “*No Céu dos Conceitos Normativos*”, temos talvez o que atesta a mudança de pensamento de Jhering, cujo conteúdo é sua própria caricatura do momento anterior da criação jurídica pelos conceitos não utilizáveis no campo da prática. Já em “*O Fim do Direito*”, o autor passa dos conceitos à uma pragmática no sentido de que não há nenhuma proposição jurídica que não seja voltada a um fim específico, fins pensados pelo criador do direito, perseguindo esses fins pela imposição do direito, ou seja, pelo legislador. Esse legislador deve ser entendido não como uma pessoa comum, mas como um representante de uma “comum vontade”, a vontade da sociedade, que é uma cooperação para fins comuns, essência de toda sociedade, conforme ensina esse tardio Jhering.

Eis a tentativa de superar a sua própria escola anterior (conceitos), contudo, partindo ainda de **um positivismo normativo consolidado pela hermenêutica histórica**, por mais que entendesse esse deslocamento do eixo do problema do legislador como pessoa para a sociedade como verdadeira autora, em uma autoria coletiva normativa, permanecendo no problema inicial. Seguindo essa trilha aberta por Jhering nessa nova concepção em que as normas jurídicas seriam a resposta social aos conflitos de interesses, nos deparamos com uma nova dúplici relação entre interesses e normas, a saber: por um lado, as normas eram produtos dos

⁶⁸ Cf. LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.

interesses sociais e, por outro, elas tinham como objetivo regular os choques existentes entre os vários interesses sociais conflitantes. Com isso, os interesses devem ser vistos tanto como causas quanto como objetos das normas. Esse duplice aspecto conduz o pensamento jurídico a duas operações que se coordenam, num primeiro momento, para investigar historicamente os interesses que levaram à produção de uma determinada regra jurídica, pois a interpretação dessa norma deverá sempre levar em consideração que o seu objetivo era satisfazer os interesses que a determinaram. Porém, além de causas, os interesses também são objetos de valoração por parte das normas, já que elas ordenam os interesses conflitantes, na tentativa de promover certos valores socialmente relevantes, em um sistema positivista normativo com inclusões axiológicas das mais variadas vertentes.

Neste sentido, a **Hermenêutica dos Interesses entende** que a finalidade das normas é garantir os interesses que ela mesma, esse ser idealizado da norma perfeita, entendeu mais valiosas e, portanto, a interpretação não se limita à **reconstrução histórica dos interesses causais**, devendo por isso promover a realização prática do equilíbrio de interesses que a norma visa a garantir, o que exige um pensamento teleológico, não aristotélico, em que somente o estudo dos fins, propósitos, objetivos ou finalidades da própria norma seria possível. Como a sociedade é uma – e não “está em uma” – constante transformação, uma pesquisa histórica que se limite a identificar os interesses originais, no tempo passado, que motivaram a criação de uma norma que vigora no tempo presente, pode levar a soluções que não mais satisfazem os valores que a própria norma visava a garantir, ou seja, na medida em que a forma de garantir juridicamente um interesse é modificada no tempo, é necessário o exercício do jurista de corrigir e atualizar as ideias apuradas historicamente. Ao fazer isso, esse jurista reelabora constantemente os conteúdos dessas defasadas normas, com o objetivo de adequá-las às novas realidades sociais. Desta forma, evidente que essa corrente não defende propriamente uma investigação sociológica autônoma, contudo, se mostra clara a inclusão de elementos sociológicos na hermenêutica jurídica histórica que possa servir como base para que se ofereça proteção adequada aos interesses ideais que a própria norma visava a proteger.

Segundo a **Jurisprudência dos Interesses** o juiz, ao julgar, não deve considerar os interesses específicos na compleição total da norma em sua existência real, mas buscar aquelas notas desses interesses que são utilizadas no ordenamento jurídico para o caso. Diferentemente do movimento do direito livre, que prega uma análise do direito espontaneamente criado pela

sociedade, do “direito achado na rua”⁶⁹, a hermenêutica dos Interesses tem suas preocupações sociológicas agregadas a uma forte dimensão legalista, a partir daquele positivismo normativo histórico. Por isso, podemos dizer que toda decisão deve ser interpretada como uma delimitação de interesses opostos e como uma estimativa desses interesses, obtida por meio de julgamentos e ideias de valor, valores esses não do Juiz, muito menos da sociedade em geral, mas sim os valores contidos na própria lei, um normativismo finalista que afasta os próprios interesses sociais e propõe uma hermenêutica a partir de mais uma teoria dogmática interpretativa que se propõe levar em consideração os interesses sociais. Essa ponderação proposta pela jurisprudência dos interesses de acordo com critérios de avaliação explícita ou implicitamente contidos na lei tem como solução a Teoria da Proporcionalidade para trabalhar dentro dos limites legalistas do Estado Constitucional de Direito, pois, embora nem sempre se decida com base na letra fria – e finalista – da lei, ao menos se respeita a avaliação dos interesses legalmente estabelecidos e, a partir dela, parte para um construtivismo de outro tipo, não o da dedução lógica-jurídica conceitual típica da pandectista alemã, mas aquele da análise das valorações legais e de sua extensão a casos não previstos, admitindo a lacuna e superando essa ausência de previsibilidade através da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Toda essa valoração possível através da proporcionalidade deve ser entendida dentro de um aspecto mais amplo e oriundo dos horrores da Segunda Grande Guerra Mundial (1939-1945)⁷⁰, na qual a total desumanização do homem pelo próprio humano pressupôs a necessidade de se criar não somente uma possibilidade de “freios e contrapesos” – concepção esta que foi, a bem da verdade, enterrada em sua essência pelos regimes totalitários do Século XX –, mas sim de forma outra na qual a valoração tivesse por mais precípuo o próprio ser humano inserido em sua conjuntura de vida cotidiana, na qual concordamos plenamente com as diretrizes do Professor Willis Santiago Guerra Filho, que desta forma sintetiza:

⁶⁹ Dentre os quais podemos citar, mas não sendo o único, os estudos do sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, realizados após análise da realidade da favela do Jacarezinho, no Rio de Janeiro, sendo esta sua tese de doutoramento defendida na Universidade de Yale (EUA), em 1973. (Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Direito dos Oprimidos**. São Paulo: Editora Cortez, 2013).

⁷⁰ Sobre este aspecto, podemos ponderar da seguinte maneira: “A acolhida extremamente favorável e a aplicação generalizada que tem merecido o princípio da proporcionalidade podem ser entendidas como resultado de um ambiente preparado pelas discussões jus-filosóficas de após a II Grande Guerra na Alemanha. Os horrores do regime nacional-socialista, praticados geralmente em obediência a determinações legais, levou a que se pusesse em evidência a dimensão valorativa do Direito, bem como a que se buscasse em outras fontes que não apenas aquela legislativa, os critérios para sua correta aplicação”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RCS Editora, 2017, p. 105).

O traço distintivo entre regras e princípios, por último referido, aponta para uma característica desses que é de se destacar: sua relatividade. Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa — digamos, Individual — termina por infringir uma outra — por exemplo, coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um 'princípio de proporcionalidade' para que se possa respeitar normas, como os princípios, tendentes a colidir, quando se opera concretamente com o Direito.⁷¹

É, com isso, a possibilidade de se considerar as pautas valorativas do direito inseridas numa sistemática premente da humanização, ou melhor dizendo, da re-humanização, quando surge a necessidade mais do que premente de se ressuscitar e colocar o ser humano em evidência depois de tantos abusos e absurdos cometidos com os campos de concentração e o genocídio próprio dos regimes totalitários, mas não exclusivos desses, já que mesmo as democracias ocidentais possuem em sua forma de existência a prevalência de medidas de exceção justificadoras de si. Neste contexto, a proporcionalidade sugere a possibilidade de atravessar as discrepâncias desta exceção e coincidir com a fórmula do direito e, mais enfaticamente, dos direitos humanos por excelência.

O elemento constante na descrição do pensamento jurídico de Savigny, ao cuidar da teoria da essência do direito, não trata sobre a relatividade de toda construção jurídica, muito menos da necessidade de que os julgadores tratassem de adaptar o sentido das normas à realidade histórica de seu tempo, muito pelo contrário, tratava da **afirmação de historicidade como “fonte” do próprio Direito**, como um elemento de busca de uma interpretação objetiva racional metodológica, mas historicamente determinada no momento histórico, de duplo sentido, como vimos, em que a norma foi elaborada. Em uma redução avaliativa podemos pensar que essa forma de historicismo não é uma forma atualizadora ou prospectiva, mas **retrospectiva e conservadora**, que ligava o direito às raízes históricas de sua criação, na qual as fontes do direito como as bases do direito geral, de onde Savigny extrai sua origem nos institutos jurídicos, gera saberes novos a partir dessas abstrações e, ancorados em um

⁷¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *O princípio constitucional da proporcionalidade*. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Campinas/SP, n. 20, pp. 85-89, jul./set. 2002. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/109032/2002_guerra_filho_willis_principio_constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

conservadorismo que dificilmente se atualiza ou se apresenta em outro horizonte histórico, o que, de certa forma, impedia as tentativas de adaptar as soluções jurídicas às condições históricas do momento da aplicação do direito. Esse caráter conservador das ideias historicistas da ciência do direito, na escola histórica, que dessa forma era retrospectiva, vinha de encontro às inovações trazidas pela Revolução Francesa e pelo Código Civil Francês de Napoleão.

A partir desse horizonte, o “*cappo scuola*” da Escola Histórica, inseriu o **elemento histórico** na qualidade da **hermenêutica jurídica** como uma forma de garantir que a interpretação deveria observar as condições históricas do momento da elaboração da lei, pois toda lei é fruto de determinadas circunstâncias históricas, não para afirmar que determinada lei deveria ser interpretada de forma a adaptar-se aos **valores históricos** do momento em que fosse aplicada. Trata-se, com isso, de uma **utilização conservadora do elemento histórico, na medida em que vincula o sentido da lei ao momento de sua elaboração** e que, portanto, opõe-se a um suposto projeto modernizador do positivismo inclusivo moderno. Esse tipo de historicismo não conduz ao positivismo, isto porque ele é tão *jus naturalista* quanto as ideias a que se opõe ao utilizar a hegemonia política como critério de legitimidade, de modo que esse raciocínio conduz à conclusão conservadora (estática) de qualificar como ilegítimas as tentativas de mudança social inspiradas pelo iluminismo. Desta concepção herdamos a ideia de que *o direito não resulta das escolhas legislativas, mas que é fruto da vontade de um povo*, sua fonte primária é o espírito do povo, revelada em sua própria história e que, por isso, ele não pode ser encontrado em uma razão abstrata, universal e impessoal. Assim, embora o **historicismo** se oponha ao *jus racionalismo*, *ele não é propriamente positivista*, na medida em que afirma ser natural a validade dos ordenamentos historicamente construídos. Para essa corrente, *o equívoco jus racionalista foi “inventar” sistemas abstratos como se fossem reais, enquanto isso o equívoco do iluminismo foi acreditar que seus valores podiam ser universalizados por serem racionais*. Contra essas tendências operadas pelo uso do raciocínio logico-dedutivo da lógica formal, lógicas dedutivas, que buscavam deduzir o direito correto de um padrão ideal e as soluções corretas de uma aplicação técnica da lei, o historicismo apresentou um pensamento também lógico-racional, todavia, indutivo, partindo do particular acontecido e não de uma forma ideal, o que aproximou o seu discurso dos padrões de cientificidade. Desta maneira, a escola histórica negava por suas fontes não a necessidade do sistema, mas sim “rios e mares” das elaborações indutivas de um sistema conceitual, não tendo

trilhado os caminhos de se especializar apenas na dedução das soluções corretas a partir das normas postas.

Por mais que *a escola histórica tenha se oposto à codificação do direito, ela não o fez por negar valor ao sistema, à sistematicidade, mas por negar valor ao projeto de sistematizar o próprio direito positivo à luz dos valores liberais* e isso não significa que o direito deixa de ser um sistema, apesar de ele se revelar na forma fragmentária de um conjunto de elementos aparentemente heterogêneos. E por isso é tão importante a comparação do direito com a gramática: o papel do jurista é revelar o sistema do direito, da mesma forma que o papel do gramático é revelar o sistema da língua. *E o direito histórico não se revela nos códigos e nas leis*, já que estes elementos normativos precisam ser compreendidos como parte de uma tradição jurídica em um horizonte de possibilidades que os conformam desde sempre. Com estes postulados, temos que a unidade do sistema jurídico não podia ser encontrada na própria lei, o que faz da Escola Histórica, por definição, como sendo “não-positivista”, mas sim pautada nos elementos que a formam, ou seja, nos conceitos jurídicos estratificados em uma determinada tradição, na qual a descrição sistemática do direito é elaborada pelos próprios juristas – fonte secundária do direito para Savigny –, a partir de uma análise do direito positivo como um todo. E, como a tradição jurídica germânica não era e nunca foi “legalista”, baseada basicamente no conceito consuetudinário e romanístico, o que a afasta da categoria de positivista-normativa, foi a partir do estudo dessas fontes que os estudiosos germânicos buscaram construir um sistema de conhecimentos próprios ao seu signo. Seguindo esses passos, a cultura germânica experimentou uma sistematização dos conceitos presentes em sua tradição, um processo de autoconhecimento da sua própria cultura e sistematizam os seus conceitos⁷², gerando a corrente que veio a ser conhecida como “*Jurisprudência dos Conceitos*”. Essa foi a escola que primeiramente tentou infundir no direito uma perspectiva propriamente científica, tendo em vista que a objetividade do conhecimento científico não está baseada na homogeneidade dos fatos com que ela trabalha, mas na sistematicidade dos modelos teóricos elaborados para conferir unidade à diversidade.

Dessa concepção herdamos a ideia de que o direito não resulta das escolhas legislativas, mas que é **fruto da vontade de um povo**, sua fonte primária é o “espírito do povo”, revelada

⁷² Cf. COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: Diálogos Entre a Hermenêutica Filosófica e a Hermenêutica Jurídica**. Tese de Doutorado em Direito. Brasília: Universidade de Brasília (UnB), 2008.

em sua própria história e, que por isso, ele não pode ser encontrado em uma razão abstrata, universal e impessoal. Assim, embora o historicismo se oponha ao jus racionalismo, ele não é propriamente positivista, na medida em que afirma ser natural a validade dos ordenamentos historicamente construídos. Para essa corrente, o equívoco jus racionalista foi inventar sistemas abstratos como se fossem reais e o equívoco do iluminismo foi acreditar que seus valores podiam ser universalizados por serem racionais. Contra essas tendências operadas pelo uso do raciocínio logico-dedutivo da lógica formal, que buscavam deduzir o direito correto de um padrão ideal e as soluções corretas de uma aplicação técnica da lei, o historicismo apresentou um pensamento lógico-racional, todavia indutivo, partindo do particular acontecido ao geral, não de uma forma ideal e pré-concebida para o especial, o que aproximou o seu discurso dos padrões de cientificidade. Desta forma, é correto afirmar que a Escola Histórica negava por suas fontes não a necessidade do sistema e que os fluxos dos “rios e mares” das elaborações indutivas de um sistema conceitual não trilhou os caminhos de especializar-se apenas na dedução das soluções corretas a partir das normas postas, como fez o positivismo normativo.

Na fase tardia da Escola Histórica é inaugurado o **movimento pandectista**, nome em referência às *Pandecta*, também denominada *Digesto*, uma das partes do *Códex* do Direito Romano⁷³ organizado por Justiniano em Constantinopla – e este, talvez, seja a decorrência de sua sobrevivência nos estudos pormenorizados por Jhering na Alemanha, posto que, caso precedido no Império Romano do Ocidente, cuja queda ocorreu no Século X, certamente hoje estaria perdido, tendo sobrevivido por um século no Império Romano do Oriente. A referência a esse “Código” surge por diversos doutrinadores considerados como estudiosos romanos,

⁷³ O “*Codex*” ou “Código”, foi a primeira parte do *Corpus Iuris Civilis Romanii*, elaborado em 529 da Era Cristã, três anos após a ascensão de Justiniano. O direito romano já havia elaborado três códigos anteriores, mais rudimentares (o Gregoriano, o Hermogeniano e o Teodosiano, este em 438, quase um século antes da codificação de Justiniano), tendo Justiniano constituído uma comissão de “juristas”, presidida por Triboniano, o mais famoso jurista do Império Romano do Oriente, assessorado por Teófilo, ambos mestres da Universidade de Constantinopla, para organizar a compilação das leis em um *Códex* único para todo o Império Romano. Alguns anos após a edição do *Códex*, uma nova compilação de escritos, baseada na doutrina, recebeu o nome de *Digesto*, nome oriundo do verbo latino “*digerere*” (dispor ordenadamente) e o de *Pandecta*, nome este de origem grega, com o significado de “conter tudo”, pois se tratava de uma obra muito vasta, constituída de 50 livros, que se dividiram de acordo com as especialidades do direito da época, em nove partes, algumas escritas em latim e algumas em grego, a saber: 1. Parte Geral - 2. Direitos Reais - 3. Obrigações - 4. Direitos Pessoais - 5. Direito das Sucessões - 6. Direito Processual - 7. Obrigações Especiais - 8. Direito Penal - 9. Direito Público. Tratava-se, como entendemos hoje, de um só código que abarcava todo o direito conhecido, fazendo d’o “*Digesto*” ou “*Pandecta*”, a obra original, um verdadeiro tratado de direito, embora seguindo a ordem semelhante ao do Código.

destacando-se Bernard Windscheid e Rudolf von Jhering⁷⁴, uma corrente de pensamento que surgiu na Alemanha do Século XIX, que retira seu nome da *Pandecta*, ou *Digesto*, que foi a vasta compilação romana das leis e costumes de outras épocas, mais especificamente da época romana clássica e que buscava integração do Direito Romano, modificado pelo Direito Canônico – e, portanto, já na afluência da Idade Média –, às leis imperiais alemãs e ao Direito consuetudinário local. Possuía um cunho primordialmente **formalista normativista**, considerava que o costume jurídico encontra sua força cogente se não única, principalmente por meio da vontade do legislador, base do Direito Positivo. Sua principal contribuição para nosso tema hermenêutico foi o emprego conjunto da sistematização e da teorização da “experiência jurídica”, em que essa sistematização demonstrava a localização do instituto em análise no ordenamento jurídico⁷⁵ e essa teorização era o que dava validade e fundamento às assertivas feitas. Desta forma, em sua hermenêutica, o pandectismo alemão claramente repelia as teorias jus naturalistas, assim como qualquer noção absoluta ou abstrata da ideia do direito, o considerando-o como um corpo de normas positivadas a serem estabelecidas com base no sistema iluminista “científico” do então novo direito romano. Isso apresenta pontos de identidade com a escola francesa da exegese, desenvolvida na mesma época. Todavia, ao passo que os juristas franceses tomavam como ponto de partida a lei positiva, positivada e consubstanciada, naquele horizonte de codificação, nos códigos promulgados por Napoleão, os pandectistas, face à inexistência na Alemanha de uma legislação semelhante, procuravam, inspirando-se e atualizando os estudos romanísticos da Escola Histórica do direito, construir um sistema dogmático de normas, usando como modelo as instituições romanas atualizadas, independente do anacronismo cometido.

A hermenêutica do pensamento pandectista também buscava a **integração do Direito, assim como no *Digesto* Romano procuravam ambas harmonizar a integração dos conceitos jurídicos a partir de um** cunho primordialmente normativista, considerando que o costume jurídico encontra sua força cogente por meio da vontade do legislador, plasmada no direito positivo que passa a se mostrar como um imperativo jurídico e social. Talvez a principal contribuição dos pandectistas tenha sido o emprego **conjunto da sistematização e da teorização da “experiência jurídica”**, sendo que a primeira demonstrava a localização do

⁷⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Temas Fundamentais da Teoria do Direito. Introdução: Da Teoria Geral do Direito às Teorias do Direito.

⁷⁵ Que mais tarde foi antecedido pelas teorias da norma e do ordenamento jurídico.

instituto em análise no ordenamento e a segunda, a validade das assertivas feitas sobre ele. Como o **Pandectismo repelia as teorias jus naturalistas**, bem como qualquer noção absoluta ou abstrata da ideia do direito, considerava o direito como um **corpo de normas positivas cuja base era o sistema essencial encontrado no direito romano**, com pontos de intersecção de ideias e ideais com a Escola Francesa da Exegese, todavia, ao passo que os juristas franceses tomavam como ponto de partida a lei positiva, consubstanciada nos códigos promulgados sob o poder de Napoleão, os pandectistas, ante a inexistência na Alemanha de uma legislação semelhante, procuravam, inspirando-se nos estudos romanísticos da Escola Histórica do direito, construir um sistema dogmático de normas, usando como modelo as instituições romanas.

Contraposto ao ideal da codificação, mas positivista-normativista, o pandectismo teve influência maior com a Escola Exegética Francesa do período napoleônico, uma vez que abrange não apenas o famoso Código Civil, promulgado em 1804, mas também o Código de Processo Civil, o Código de Comércio, o Código de Instrução Criminal e o Código Penal, tendo por objetivo a unidade legislativa de toda a França, objetivo esse que o Brasil também almejava. Neste tema, o professor Miguel Reale Júnior afirmou que um dos principais méritos do “novo” Código Civil (de 2002) do nosso país é superar o individualismo do Código anterior, de 1916, inspirado na sistematização do código francês, em que eram valorizados o indivíduo com seus próprios interesses, enquanto o novo código não seria mais o código do indivíduo isolado e do seu egoísmo personalista, mas da pessoa humana na correlação com os demais membros da coletividade. É evidente que nenhum pensamento jurídico pode ser contrário à elaboração de “categorias jurídicas” destinadas à “disciplina” dos fatos sociais, atendendo às exigências da igualdade entre fatos da mesma espécie, mas o que é criticável é pretender que tal solução seja obtida tão somente graças a fórmulas de natureza jurídica, sem levar em conta os fins éticos, sociais e econômicos do sistema jurídico em seus acoplamentos, sabendo-nos resultado das forças de poder que criam nossos saberes. O exclusivismo jurídico dominante na visão positivista e em qualquer positivismo, mesmo o integrativo do Direito, que se contenta com princípios e regras de caráter empírico ou factual, **não prospera além da letra da lei, não atinge nem apoia a vida do Direito, esta, que não se reduz a uma sucessão de fatos desvinculados dos valores que lhes dão sentido e significado, de cuja correlação dialética emerge a *regula iuris*, de modo que só existe e acontece nas possibilidades que o mundo da vida lhe fornece, nas possibilidades de existência que se apresentam ao ente “fenômeno jurídico”, percebido pelo pensamento jurídico do ser humano jurídico.** Um dos resultados

da compreensão superadora da posição positivista em nosso ordenamento jurídico contemporâneo foi a preferência dada às antigas “normas abertas” – ou “cláusulas abertas” –, isto é, não-subordinadas ao renitente propósito de um rigorismo jurídico cerrado, sem nada se deixar à imaginação criadora dos advogados e juristas e a prudente, mas não menos instituidora, sentença dos juízes, que com o tempo reconheceu na teoria da norma e do ordenamento as categorias, princípios e regras como normas jurídicas, sendo que hoje se entende a proporcionalidade em suas três dinâmicas como vetor interpretativo não só constitucional, como também geral, da teoria das normas e do ordenamento jurídico.

O **positivismo jurídico normativista é a segunda grande matriz do pensamento jurídico** moderno, em resposta ao jusnaturalismo e, em suas diversas variações, tornou-se a concepção dominante no direito no decorrer do Século XIX, de modo que ainda hoje domina o senso comum teórico dos juristas⁷⁶. Para manter essa posição hegemônica por tanto tempo, esse positivismo teve de modificar-se várias vezes, incorporando parcela das críticas que outras teorias concorrentes levantaram, sempre mantendo um certo núcleo: a pretensão de constituir em uma avaliação objetiva do direito positivo. O positivismo maduro é um discurso que se pressupõe científico, na medida em que elege um **objeto empírico determinado** (o direito positivo), um **arsenal teórico comum** (a teoria geral do direito) e um **método específico** (os métodos de interpretação apresentados por cada escola para proporcionar uma compreensão objetiva do direito positivo). Na medida em que adota o discurso científico, o positivismo aparentemente se liberta do jus racionalismo, pois enquanto este precisava justificar racionalmente a validade das normas que seus teóricos elaboravam, os positivistas percebem sua função como a de simplesmente descrever o direito vigente. Na medida em que se desoneram da necessidade de justificar metafisicamente a validade das normas positivas – o que conduz fatalmente a raciocínios metafísicos – e se limitam a uma postura descritiva – ligada ao discurso científico da modernidade –, os positivistas resolvem o problema da fundamentação do direito de modo bastante peculiar: simplesmente abandonam o problema, por entender que se trata de uma questão filosófica e não científica. Essa separação entre filosofia e ciência

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas*. Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 626-660, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2165>. Acesso em: 30 set. 2013, e *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

permite que um mesmo jurista harmonize dentro de si o jus racionalismo contratualista dominante na filosofia jurídica – que lhe reforça o compromisso com o sistema e assegura um sentido ético para sua própria atividade – e o positivismo dominante no discurso prático – que se limita à construção de uma dogmática que exclui de si mesma todo debate filosófico. Não é por outro motivo que Alf Ross afirma que os normativistas dogmáticos são normalmente jus naturalistas disfarçados, pois o seu positivismo se assenta sobre um jusnaturalismo implícito, que não encontra espaço na linguagem dogmática, mas que ao mesmo tempo está na base do edifício de crenças ideológicas que organizam a atividade prática dos juristas. Trata-se, portanto, de uma concepção eminentemente moderna, tanto no tipo de racionalidade que o estrutura (cientificista, monológica e unitária) quanto no tipo de cegueira ideológica que o caracteriza (e que o torna incapaz de enxergar em si suas próprias bases filosóficas).

Embora o positivismo tenha se instaurado tanto na *common law* quanto na tradição romano-germânica, ele adquiriu feições peculiares em cada uma dessas tradições. Na *common law*, por mais que a autoridade do parlamento tenha sido afirmada pelas constituições burguesas, o direito comum, de matriz jurisprudencial, continuou sendo hegemônico, mesmo que o direito legislado ganhasse espaço em uma série de âmbitos do direito. Porém, tal como o *statutory law* (direito legislado), o *common law* é estatal, escrito e positivo (é inferido da jurisprudência dos tribunais, a partir da leitura das suas decisões). Na Europa continental e em sua área de influência, a implantação dos Estados liberais envolveu um processo de redução do direito à lei, que erigiu ao *status* de fonte primária o direito legislado pelos parlamentos. Nessa nova realidade, o Direito Romano perdeu sua função de direito subsidiário e o direito costumeiro foi reduzido a fonte secundária, subordinada à lei. Esse **direito legislado moderno** – no sentido do direito característico das sociedades modernas – foi imposto em grande parte da Europa continental antes que fosse possível desenvolver um arsenal de conceitos adequados à sua compreensão e aplicação. Portanto, era preciso elaborar algo que ainda não existia: uma teoria jurídica capaz de lidar com o direito legislado, o que forçou uma ruptura com o jusnaturalismo e a tradição costumeira, pois a dogmática do direito moderno já não mais podia admitir como fonte primária senão o próprio direito legislado.

Nesta medida, as várias correntes do positivismo contemporâneo podem ser vistas como uma forma de adaptação da teoria jurídica a uma mudança efetiva na realidade político-jurídica subjacente. Isso, talvez, signifique uma das espécies de primazia do empírico sobre o simbólico, como se o conhecimento jurídico fosse apenas uma superestrutura voltada à sustentação

ideológica do direito existente. Em grande medida, o direito moderno foi moldado pelas pretensões jus naturalistas, com suas pretensões de clareza e sistematicidade, de modo que as concepções modernas de mundo estão inscritas na própria estrutura do direito, inclusive o sujeito moderno a partir da teoria contratual, nosso *homo juridicus*. Porém, o direito que nasceu influenciado pelas pressões ideológicas cientificistas da modernidade escapa dos critérios tradicionais dos saberes jurídicos, da tópica, jurisprudência, apesar dos lugares comuns de argumentação do humano jurídico, o que fez com que a teorização sobre o direito legislado ocorresse posterior ao seu próprio surgimento e nossa condição humana de unir no espaço os tempos soluciona os conflitos gerados pela ciência da interpretação jurídica.

Peculiarmente, as bases metodológicas para pensar o direito legislado não foram desenvolvidas nos países de direito codificado, mas nos países germânicos, onde predominou até o final do Século XIX uma mistura de direito costumeiro e de direito romano – a tópica como essência do pensamento jurídico. A inexistência de um direito codificado fez com que a modernização do direito passasse por uma espécie de “cientifização” dos saberes jurídicos, que se organizaram sob inspiração das ciências exatas e adquiriram um novo patamar de rigor sistemático e conceitual. Contudo, essa sistematização dos saberes jurídicos terminou por consolidar-se na forma do Código Civil Alemão de 1900, que uniu as duas grandes vertentes do positivismo oitocentista: o legalismo de origem francesa e o formalismo conceitual de origem germânica, que foram os grandes vetores da formação do senso comum que dominou o “senso comum dos juristas” no Século XX⁷⁷, de tantas conclusões que podem ser tomadas deste, uma Era dos Extremos⁷⁸, mesmo com seu término há poucas décadas.

1.3 Hermenêutica Positivista dos Conceitos

A Escola Histórica termina na chamada “Jurisprudência dos Conceitos” tendo, como já dito, Georg Friedrich Puchta, um dos grandes representantes desta escola, e propriamente como o **fundador da Jurisprudência dos Conceitos**. O movimento germânico que procura

⁷⁷ Aqui, certamente, nos referenciamos (e reverenciamos) a grande contribuição de Luís Alberto Warat, cuja importância está muito além do que lhe é dirigido normalmente pelos “especialistas em direito”. (Cf. WARAT, Luís Alberto. *O Monastério dos Sábios: O Sentido Comum Teórico dos Juristas*. In: **A Epistemologia da Modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 1995).

⁷⁸ E aqui nos reservamos a outra reverência, um dos maiores historiadores de nosso tempo, Eric Hobsbawm, já mencionado nesta tese. (Cf. HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos - O Breve Século XX (1914-1991)**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1995).

estruturar cientificamente o direito a partir dos conceitos que descobriu na sua investigação histórica e no novo Direito Romano-Germânico, um caminho ao **positivismo científico, um tipo de positivismo similar ao legalista da exegese**, esse positivismo normativo que reduz todo o direito existente às leis criadas pelo Estado, na qual o juiz deve julgar um conflito unicamente conforme as leis. Esses **positivismos legalistas** se diferem dos **positivistas científicos** na medida em que o cientificismo jurídico reduz o direito aos conceitos criados pelos cientistas do direito e deixa a atuação do juiz em um julgamento que deveria ser conforme os princípios ou conceitos fundamentais do direito. Ambos, entretanto, possuem características essenciais do formalismo, com a busca do direito na lei escrita, a sistematização e a busca de justificação da norma específica com base na mais geral. Os juristas ligados à jurisprudência dos conceitos, tais como Puchta e Jhering, consideravam **ser possível, a partir da recombinação dos conceitos obtidos pela análise jurídica, construir novos conceitos, não em uma autopoiese do sistema, mas trazendo à consciência e à luz proposições jurídicas que, ocultas no espírito do direito nacional e decorrentes interesses, não se tinham ainda exprimido**, nem na imediata convicção e na atuação dos elementos do povo e que estavam ocultos dos ditames da própria lei escrita, o que só se revela enquanto produto de uma dedução da ciência jurídica. Essa jurisprudência dos conceitos leva a uma abstração similar àquela criticada pela Escola Histórica, e Rudolf von Jhering, por sua vez, uma crítica a essa postura, desenvolvendo a chamada **jurisprudência dos interesses**. Na sua visão, **Jhering** entendia que o direito **corresponde ao conjunto de interesses juridicamente protegidos; a norma jurídica concilia interesses sociais antagônicos**, sendo fruto de constante disputa entre os grupos sociais. E, com o passar do tempo, mesmo a referência à intenção legislativa perdeu espaço até na doutrina francesa, pois o argumento genérico tende a tornar-se um discurso vazio quando feito por juristas demasiadamente afastados da própria figura do legislador. Logo que o Código de Napoleão foi elaborado, **o lugar quase mítico que o legislador ocupava no imaginário jurídico francês estimulava um respeito cerimonioso a sua vontade**. Porém, à medida que as décadas se passaram, o país deixou de ser rural e começou se urbanizar, deixando seu lado agrícola para entrar numa fase industrial, em que as relações de emprego passaram a ocupar lugar central na sociedade capitalista que se formava, numa conjunção entre a revolução francesa e os ideários da revolução industrial, iniciada na Inglaterra do Século XVIII e que, posteriormente, atravessou o Canal da Mancha e, posteriormente, os oceanos.

Com todas essas mudanças políticas, sociais e econômicas, a intenção de um legislador que havia pensado as leis para a realidade em que vivia **deixa de ser um elemento hermenêutico capaz de oferecer saídas adequadas às novas situações que se apresentam em sua realidade**. Com isso, embora as chamadas interpretações “lógicas”, a partir de uma lógica jurídica pautada na lógica formal analítica, chamada de “funções da razão humana”, ainda exigissem uma menção à *voluntas legislatoris*, quando essas referências passaram a ser praticamente uma escusa para que o juiz adaptasse as normas às novas situações em uma hermenêutica própria e, por isso, desvinculada em essência do conceito estrito da lei. As modificações nas relações entre as pessoas e nos valores socialmente dominantes evidenciaram a existência de lacunas legislativas e exigiram a criação de novas regras que, na tentativa de suprir as incompletudes do sistema, imperfeito sempre como o é, muitas vezes entravam em conflito com as normas anteriores, gerando antinomias – ou até mesmo a hipernomia da lei⁷⁹. Mostra-se que foi preciso desenvolver uma teoria desse conjunto sistêmico de normas que resolvesse de uma melhor forma esses problemas de “incompletude” e de “incoerência” e que fornecesse aos juristas elementos jurídicos para soluções dos casos concretos sem tomar como base seus valores pessoais e nem uma pretensa vontade do legislador. As referências à *mens legislatoris* muitas vezes não passavam de uma forma de representar a própria vontade do juiz, projetada e transferida por ele, no legislador, ou melhor, interpretada por ele como a melhor forma de julgar. Os juízes que não pretendiam utilizar esse artifício meramente retórico perceberam que era preciso buscar a própria vontade da lei e não a vontade do seu autor, até mesmo para não se cair na antinomia da lei. Porém, como a tradição hermenêutica girava em torno da categoria “vontade do legislador”, assim, não nos é estranho que **a Jurisprudência dos Conceitos** tenha partido da defesa desse posicionamento, mas o seu caráter eminentemente sistemático de um positivismo lógico formal não se conciliava com a doutrina defendida pela maioria dos autores de que **hermenêutica é interpretação e à interpretação só competia transmitir a vontade empírica do legislador histórico**. Desta forma, mesmo que os juristas

⁷⁹ E sobre o tema podemos assim definir com lastros no modelo atual que igualmente mantém a hipernomia da lei como evidência de sua constituição: “Muito mais difícil, no entanto, é identificar medidas de exceção e Estado de polícia funcionando dentro dos Estados democráticos, mas elas seguramente existem. No Brasil contemporâneo, por exemplo, a figura do inimigo deixou de estar dispersa por toda sociedade, como acontecia em relação ao inimigo comunista da ditadura, que não possuía feição, podendo estar presente em qualquer segmento social. Hoje, identifica-se o inimigo na figura mítica do bandido, o agente da violência que quer destruir a sociedade”. (SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e Golpes na América Latina: Breve Ensaio Sobre Jurisdição e Exceção**. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2016, p. 145).

do modelo sistemático continuassem a utilizar a clássica expressão *vontade do legislador*, essa referência adquiriu paulatinamente um novo sentido, uma nova interpretação. Nessa hermenêutica, o **sujeito legislador**, deixou gradualmente de ser **uma figura histórica e passou a ser uma figura idealizada e abstrata** cuja vontade não era mais o que o autor da lei efetivamente desejou, mas o que ele deveria ter desejado se tivesse utilizado parâmetros racionais para elaborar a norma. Por exemplo, caso se tentasse elucidar o que significava a expressão “aumento abusivo de preços”, “mulher honesta”, “comunicação em massa”, em vez de se buscar a intenção de que a pessoa que escreveu o texto realmente teve, passou-se a buscar **o sentido que um legislador racional teria dado a essa expressão caso ele elaborasse a lei** – e aqui, novamente, não nos ateremos ao evidente anacronismo que esta conclusão chegaria. E que sentido racional, cartesiano, lógico-jurídico seria esse senão o sentido adequado dentro de uma visão sistemática do direito? Desta forma, em vez de buscar a **vontade real do legislador histórico**, gradualmente a busca se deu pela **vontade racional de um legislador fictício**⁸⁰. Tratava-se, evidentemente, de uma construção artificial, uma vez que chamar de legislador uma figura idealizada a esse ponto não passava de uma forma de argumentação para convencer a retirar do centro do pensamento hermenêutico as referências da própria vontade do legislador. **E aqui se instaura uma nova ordem do discurso, em que a *mens legis* passa a se referir a um sentido adequadamente construído, dentro de um contexto hermenêutico em que a literalidade continuava sendo a principal referência**, mas sempre vista como a manifestação pontual de um significado que fazia parte de um sistema maior e interpretados nesse conjunto indissociável. Toda vez que a literalidade era considerada insuficiente para a solução de um problema, a extrapolação do sentido gramatical deixou de ser referida à vontade do legislador e passou a ser referida pela busca da integração do sentido particular da norma com o sentido do direito como um todo. E a doutrina se viu perante o desafio de construir um sistema jurídico uno, completo e coerente, a partir de um conjunto heterogêneo de leis, doutrinas e linhas jurisprudenciais muitas vezes incompatíveis. Tal busca de sistematização coroou os esforços de séculos de análise do Direito Romano e gerou a moderna ciência do direito, baseada na pandectista alemã, que reconstruiu o edifício conceitual do Direito Civil e estabeleceu uma Teoria Geral do Direito com um grau de sofisticação adequado a essa tarefa.

⁸⁰ Cf. COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/publicacoes/>>.

A nós, nos parece que foi justamente essa nova teoria geral que serviu como base para a codificação do direito na Alemanha ao revés das intenções da Escola Histórica. Para esse novo cientista jurídico, a escola da exegese era feita apenas de comentaristas, que construíram sua disciplina com base na teologia e um respeito dogmático aos textos sagrados, mas não na ciência. Em lugar de um ser onipotente e onipresente, origem do universo, o iluminismo⁸¹, sob o pretexto de laicizar o conhecimento, sacralizou a razão, colocando nesse “novo deus”, nessa nova “sombra de Budha”, a fundamentação última de todas as coisas. Esse tipo de análise, que ficou conhecida como **Jurisprudência dos Conceitos**, está na base de uma depuração conceitual que sistematizou o conhecimento jurídico, oferecendo conceitos mais rigorosos e, inclusive, inovadores. Essa perspectiva limitava-se tipicamente ao direito civil, tendo como expoentes o jovem Jhering – a que trataremos como “Jhering I” –, nos conceitos de posse e sua diferenciação ao de propriedade, bem como a Windscheid, a quem devemos os modernos conceitos de pretensão de ação e de efetiva ação detalhados. Essa **vertente do positivismo**, que optou pelo tradicional estudo da norma, era cientificamente inovadora, mas politicamente conservadora, pois não oferecia categorias adequadas à crítica do próprio direito. Ao assumir a função explicativa, o cientista-jurista assumia que a sua função era a de simplesmente descrever e explicar, não de julgar e avaliar o próprio direito. **Portanto, não deve causar espanto que a crise nesse tipo de visão não tenha surgido de um questionamento científico, mas sim de um questionamento político, motivado pela crise do Estado Liberal.** Com a publicação do Código Civil Alemão, consolidou-se na **Alemanha a passagem do positivismo científico da jurisprudência dos conceitos para um positivismo legalista.** A Unificação Alemã, ocorrida na segunda metade do Século XIX, foi seguida pela publicação de uma série de leis nacionais e esses diplomas legislativos tornaram-se gradualmente a principal fonte do direito, substituindo aos poucos as construções científicas da pandectista. E, nessas circunstâncias, a transição da ciência à legislação foi festejada pelos contemporâneos alemães como um avanço das liberdades civis e da construção do Estado nacional. Assim, tal como o Código Civil representou tanto o ápice quanto o afastamento do jusnaturalismo, o Código Alemão, já com a

⁸¹ E assim, novamente, temos com Carl Schmitt: “O Estado como modelo de unidade política, o Estado como portador do mais formidável de todos os monopólios, ou seja, o monopólio da decisão política, esta obra-prima da forma europeia e do racionalismo ocidental, é destronado. Mas seus conceitos são mantidos, até mesmo como conceitos *clássicos*. Sem dúvida, o termo clássico atualmente soa, no mais das vezes, ambíguo e ambivalente, para não dizer irônico”. (SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político – Teoria do Partisan**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 8).

Alemanha de Otto von Bismarck unificada, marca o momento em que a cristalização legislativa do sistema pandectista consolidou a ideia para os juristas alemães reconhecerem na lei o centro do sistema jurídico.

A **jurisprudência dos interesses**, na qual Jhering, por sua vez, através de sua publicação “A Finalidade do Direito” (*Der Zweck im Recht*), trouxe uma **nova hermenêutica**, uma nova interpretação da teoria a partir das bases utilitaristas de Jeremy Bentham⁸², inaugura uma nova fase de compreensão da teoria jurídica a partir dos interesses finais da norma jurídica. Deste modo, o Direito consiste em algo vivo, derivando diretamente da sociedade e há uma necessidade da hermenêutica teleológica, ou seja, da interpretação das normas que deve ser feita em busca da concretização de suas finalidades, assim pensadas e idealizadas pelos fazedores dessas normas. Quando um juiz julga um conflito, deve proteger o interesse resguardado pela norma, decidindo a favor da parte que detenha esse interesse. Questão é que a jurisprudência dos conceitos **leva a uma abstração similar àquela criticada pela Escola Histórica**. Rudolf von Jhering critica essa postura, desenvolvendo a **chamada jurisprudência dos interesses**. Nessa visão dos interesses, nessa hermenêutica jurídica dos interesses, o Direito corresponde ao **conjunto de interesses juridicamente protegidos**. A norma jurídica concilia interesses sociais antagônicos, sendo fruto de constante disputa entre os grupos sociais atuantes. Assim, a essência do direito é algo vivo, dinâmico, que deriva diretamente da sociedade e suas forças de atuação. Há, deste modo, a necessidade de uma hermenêutica também teleológica, ou seja, a interpretação das normas deve ser feita em busca da concretização de suas finalidades pré-definidas pelo legislador. Quando um juiz julga um conflito, deve proteger o interesse resguardado pela norma, decidindo a favor da parte que detenha esse interesse, jamais imbuído de suas vontades, inclinações ou predisposições particulares, que em nada interessam ao resultado útil final do processo.

Como nos ensina o professor Willis Santiago Guerra Filho, o ambiente preparado pelas discussões jus filosóficas do Pós-Segunda Grande Guerra Mundial (1939-1945) acolheu de

⁸² Simplificando, o utilitarismo como doutrina ética foi fundado na Inglaterra por Jeremy Bentham e John Stuart Mill (e ainda por seu pai, James Mill), cuja doutrina visava à finalidade ou à consequência de uma ação moral e não ao modo como ela foi praticada: “Agir sempre de forma a produzir a maior quantidade de bem-estar”, sendo esta a principal máxima utilitarista, muito embora existam diferenças entre a doutrina de Bentham – calcada no simples cálculo aritmético para se alcançar a maior quantidade de bem-estar – e aquela de Mill – centrada em diversas outras questões morais e de grande importância – das quais, por não ser o objeto primevo deste trabalho, não nos debruçaremos com maior afinco, por uma escolha epistemológica.

forma “extremamente favorável a aplicação generalizada que tem merecido o princípio da proporcionalidade, na Alemanha, e, a partir de lá, nos mais diversos países”⁸³. Realmente, como nos traz o autor, os horrores do regime nazista (nacional-socialista), praticados no mais das vezes em obediência estrita a “determinações legais” – imbuídas pela suspensão das novas e da Constituição de Weimar permitida pela própria norma constitucional, em seu Art. 48, segunda parte⁸⁴ –, trouxe a evidente necessidade da dimensão valorativa do direito, bem como a busca por outras fontes que não apenas as essências legislativas que se condensaram no positivismo normativo. Em termos de aplicação do direito, os critérios precisaram ser revistos, atualizados e humanizados, sobretudo isto, diante da total desumanização do homem pelo homem, escravizado em sua essência e desumanizado por sua existência.

O positivismo filosófico comtiano elaborado a partir da física social, gerou também essa nossa “física jurídica” normativista, que reivindica sua formulação dentro de padrões rigorosos e racionais da ciência. Os estudos de metodologia jurídica têm desde então ocupado um lugar central na filosofia do direito contemporâneo, em busca da explicação e fundamentação do fenômeno jurídico sem declinar da sua dimensão valorativa, nem cair no subjetivismo irracionalista decorrente do mito da neutralidade axiológica. E aqui falamos exatamente do objetivo nuclear de Edmund Husserl⁸⁵ em converter em realidade o começo radical de uma Filosofia que possa apresentar-se como ciência.

Nesse horizonte de possibilidades do pós Pós-Segunda Grande Guerra Mundial diversas são as manifestações no sentido de que o direito deve ser, a partir de então, tratado de acordo com paradigmas de uma *nova racionalidade específica*, não-cartesiana, que traz consigo a revalorização de disciplinas pré-modernas, como aquelas dedicadas ao estudo da argumentação, tais como a retórica e, especialmente, a tópica, como em Theodor Viehweg (1907-1988) e, doutro lado, a tendência se ocupa em explorar as possibilidades do pensamento analítico e

⁸³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ainda (e Enquanto For Preciso) Sobre o Princípio Constitucional da Proporcionalidade*. In: **Revista UNIFACS**. V. 1, jul.2007, pp. 1-23. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_julho2007/index.htm>.

⁸⁴ Neste sentido, bem complementa o tema o filósofo italiano Giorgio Agamben: “Se, no Reich alemão, a segurança e a ordem pública estiverem seriamente [*erheblich*] conturbadas ou ameaçadas, o presidente do Reich pode tomar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e da ordem pública, eventualmente com a ajuda das forças armadas. Para esse fim, ele pode suspender total ou parcialmente os direitos fundamentais [*Grundrechte*], estabelecidos nos artigos 114, 115, 117, 118,123,124 e 153”. (AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção [Homo Sacer II, 1]**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 28).

⁸⁵ GAOS, José. **Ideas Relativas a Una Fenomenologia Pura y Una Filosofia Fenomenologica**. México, 1949. *Apud* HUSSERL, Edmund. Prefácio de “A Filosofia como Ciência de Rigor” Coimbra: Atlântida, 1965.

axiomático para desenvolver uma lógica própria do discurso normativo. Como destaca o professor Willis Santiago Guerra Filho, este movimento renovador das concepções jurídica, ao qual ele adere entusiasticamente desde a publicação da obra intitulada “Ensaio de Teoria Constitucional”, refundida na “Teoria Processual da Constituição”⁸⁶, tem perpassado todos os ramos do Direito.

Em breves palavras, a proporcionalidade é solução hermenêutica de aplicação do direito pelo princípio que leva seu nome e que atravessa toda aplicação do direito, desde o historicismo da Escola Histórica ao positivismo normativo inclusivo da jurisprudência dos interesses, na medida própria em que recupera a conotação axiológica (subjéctiva e pessoal) dos valores jurídicos perdidas dentro do sistema da teoria da norma e do ordenamento jurídico pelo dogma da exclusão da subjéctividade para se fazer ciência⁸⁷. E sobre essa harmonização que a proporcionalidade traz temos a intenção do justo na aplicação prática do direito enquanto ato mental de julgamento que intenciona o julgado pela busca do justo científico do julgador-jurista. Neste sentido da proporcionalidade, o “sistema direito” – novamente aqui numa acepção da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que não é excludente do pensamento do professor Willis Santiago Guerra Filho, muito pelo contrário, sendo-o complementar – passamos a ver um sistema aberto e, reduzindo cada caso às coisas mesmas, suspendendo o preconceito jurisdicional, possibilita uma abertura de mundo para decidir sobre questões *jurisdicadas* fazendo ciência humana que transcende as proposições positivistas normativas em sua moldura limitada de “causa e efeito” dedutivas. Além, claro, da relação de vínculo direto entre hipótese legal e consequência, atuando com os “princípios fundamentais (*Rechtsgrundsätze*) e as máximas universais de justiça (*topoi*), os quais apesar de terem uma carga valorativa muito maior são dotados da necessária existência objetiva e independente da vontade individual”⁸⁸.

⁸⁶ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: RCS Editora, 2007.

⁸⁷ E aqui novamente fazemos referência ao professor Willis Santiago Guerra Filho, ao assim estabelecer em seus valorosos estudos: “Para que o Estado atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derogar (Estado de direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (Princípio da Proporcionalidade), o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ob. Cit.** São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 165).

⁸⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ainda (e Enquanto For Preciso) Sobre o Princípio Constitucional da Proporcionalidade*. In: **Revista UNIFACS**. V. 1, jul.2007, pp. 1-23. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_julho2007/index.htm>.

O princípio jurídico fundamental da proporcionalidade advém desse olhar, a partir do lugar comum de argumentação jurídica, que suspende temporariamente os dogmas positivistas normativos exclusivos para “re-conhecer” essa coisa – como aplicar o direito –, que se configura como bem define o professor Willis Santiago Guerra Filho ao trazer que se trata de:

[...] um verdadeiro topos argumentativo, ao expressar um pensamento aceito como correto, por justo e razoável, de um modo geral – logo, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo.⁸⁹

Além da íntima conexão entre o princípio da proporcionalidade e a concepção de um ordenamento jurídico formado por princípios e regras, a teoria da proporcionalidade permite reduzir à uma aplicação justa as diversas normas através do denominado “sopesamento” dos princípios de direitos fundamentais encontrados no sistema, assim como também os interesses e bens jurídicos em que esses princípios se expressam quando se contradizem, trazendo uma solução que “maximiza” o respeito a todos os envolvidos no conflito⁹⁰. Nas palavras do professor Willis Santiago Guerra Filho, é um princípio cuja exigência cognitiva, de elaboração racional do direito, a razão, o objeto do direito, uma hermenêutica fenomenológica na medida em que reduz o ente “princípio jurídico” e ele mesmo, ao que se mostra e como ele se apresenta de imediato à consciência jurídica, uma hermenêutica que se deve recorrer quando o emprego da hermenêutica jurídica tradicional não oferece um resultado constitucionalmente satisfatório.

Assim, descrever a proporcionalidade – seja em sua teoria ou no princípio aplicável – aqui, a partir de seu conteúdo, nos leva a uma primeira diferenciação dentre outros princípios e a uma aplicação no campo caracterizado como constitucional do direito, a saber: tem essência formal e material no sentido de que, além de ser uma norma de alto nível de abstração é, ao mesmo tempo, norma legal parâmetro de adequação de ato, fato ou negócio jurídico, em subsunção imediata. É um imperativo de otimização do direito como um todo, razão e métrica do justo e podemos entendê-la em suas três diferentes dinâmicas, ou três principiológicas

⁸⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ainda (e Enquanto For Preciso) Sobre o Princípio Constitucional da Proporcionalidade*. In: **Revista UNIFACS**. V. 1, jul.2007, pp. 1-23. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_julho2007/index.htm>.

⁹⁰ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ainda (e Enquanto For Preciso) Sobre o Princípio Constitucional da Proporcionalidade*. In: **Revista UNIFACS**. V. 1, jul.2007, pp. 1-23. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_julho2007/index.htm>.

parciais (*Teilgrundsätze*), sendo elas: **(i)** a *proporcionalidade em sentido estrito* (máxima do sopesamento), **(ii)** a *adequação* e **(iii)** a *exigibilidade* (máxima do meio mais suave), todos esses princípios na forma e conteúdo, racionalidade jurídica e métrica do justo na aplicação da norma pelo jurista. Em sentido estrito, o princípio da proporcionalidade nos traz a necessidade precípua de “correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado”⁹¹, de forma que seja, juridicamente, a melhor possível, isto é, que proteja sempre o conteúdo essencial de direitos, na matéria constitucional, que seja respeitado sempre, acima de tudo e a todo custo, a dignidade da pessoa humana.

A dimensão da adequação e da exigibilidade determinam que ambas, dentro do horizonte de possibilidades que se abre ao jurista no momento da aplicação, “o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, ‘adequado’”⁹², ou seja, a persecução da finalidade do direito em sua aplicação prática se – e somente se –, esse meio for o meio “exigível”, como máxima do meio mais suave, no sentido de que não exista outro meio igualmente eficaz e menos danoso aos direitos fundamentais da pessoa humana. A própria dinâmica da adequação permite a subsunção ao princípio da proporcionalidade de forma imediata ao fato relevante ao direito e vetor de aplicação normativa do sistema jurídico, vetor esse de medida da transparência da própria essência da prática justa e equânime (igualdade proporcional) do direito.

A proporcionalidade, enquanto princípio dos princípios e vetor de abusos da própria legalidade em vigor, pressupõe uma condição humana que ultrapassa a simples existência do texto legal, isto é, não está adstrito ao corpo normativo propriamente dito – até mesmo porque, caso contrário, a desumanização dos campos de concentração não teria ocorrido, haja vista o teor protetivo, garantista e humano da Constituição de Weimar –, tornando sua incidência e existência uma máxima necessária na atualidade, na qual o revisionismo histórico não pode, de forma alguma, suplantá-lo como um modelo ultrapassado, já que imbuído do mais alto grau de acuidade possível na filosofia do direito contemporâneo, desde que devidamente aplicado sem que se ocorram deturpações do seu sentido, como a confusão premente existente em muitos

⁹¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ainda (e Enquanto For Preciso) Sobre o Princípio Constitucional da Proporcionalidade*. In: **Revista UNIFACS**. V. 1, jul.2007, pp. 1-23. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_julho2007/index.htm>.

⁹² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ainda (e Enquanto For Preciso) Sobre o Princípio Constitucional da Proporcionalidade*. In: **Revista UNIFACS**. V. 1, jul.2007, pp. 1-23. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_julho2007/index.htm>.

locais no Brasil entre proporcionalidade e razoabilidade, que não podem, de forma alguma, serem tidos como expressões de uma mesma conjectura, pelo contrário, tratando-se de princípios diversos a serem aplicados em casos diversos.

Falemos então do fim das possibilidades do jus racionalismo e os horizontes de possibilidades do jus naturalismo. Os Séculos XVII e XVIII foram o ápice do jus racionalismo, das correntes de pensamento jurídico que entendiam ser possível descobrir regras jurídicas racionalmente necessárias e, nessa medida, universalmente válidas. Antes dessa época, o direito natural era entendido como um conjunto de princípios genéricos, ligados à ideia de justiça – enquanto conceito igualmente genérico –, que serviam como padrão para aferir a legitimidade do direito positivo. Era assim, por exemplo, em São Tomás de Aquino, quando afirmava que o direito natural se resumia basicamente no princípio de “fazer o bem e evitar o mal”, sem decompô-lo em um sistema de regras específicas e hierarquicamente estruturadas, tal como vieram a fazer vários dos jus naturalistas da Idade Moderna, séculos após o estudioso católico. Ademais, como ensinam os historiadores do Direito e da sociedade, tanto na Antiguidade Clássica – entre o Século VIII a.C. e o Século V d.C., basicamente o período que predomina o auge da Grécia e todo o apogeu do Império Romano do Ocidente – como na Idade Média – em que prevaleceu, para todos os efeitos, as invasões bárbaras, o Império Carolíngio e o Sacro Império Romano-Germânico, além do Império Romano do Oriente, em Constantinopla, sem as divisões atuais entre Continentes e todos, de certa forma, interligados pela incidência e afluência do Mediterrâneo, totalmente necessário no estudo da história ocidental⁹³ –, o próprio termo *direito* não se referia a um conjunto de regras. Nessa época, a palavra empregada para designar o direito era derivada do adjetivo latino *ius* – a nós popularizado como “jus”, como em “justiça” ou “judiciário”, de modo que, na língua latina originária, não havia a letra “j” no alfabeto, como ainda hoje tal letra é suprimida no idioma italiano –, sendo que o direito não era tratado como uma coisa (ou conjunto de coisas), mas como um **predicado a ser atribuído**. Assim, o termo “direito” não era utilizado como um substantivo que designava um objeto determinado, mas como um adjetivo que indicava aquilo que é justo, pelo jurisprudente, aquele que via o justo nas condutas dos cidadãos romanos⁹⁴, sendo que esse modo de emprego,

⁹³ Cf. BRAUDEL, Fernand. **O Mediterrâneo e o Mundo Mediterrâneo na Época de Filipe II – Coleção Os Fundadores da USP**. São Paulo: EDUSP, 2016.

⁹⁴ E acerca da grande confusão que a “codificação” gerou no Império Romano, bem como na relação dos jurisconsultos com a aplicação do direito, assim podemos definir: “As Constituições Imperiais se tinham

derivado da cultura greco-romana, permaneceu na cultura europeia até a época do jus racionalismo iluminista, quando se consolidou o uso substantivo da palavra.

Um dos motivos dessa mudança foi que, **na Modernidade**, graças ao *cogito ergo* de René Descartes, surgiu a noção de que **cada sujeito, individualmente, poderia estudar o mundo utilizando-se de sua própria razão e descobrir**, a partir da observação acurada e da análise cuidadosa, as regras que o regiam. Era isso o que fizeram os físicos, como Isaac Newton, reduzindo a complexa natureza a reflexos da aplicação de um punhado de regras muito gerais. Era isso o que tentaram fazer os juristas, que utilizavam a **razão** e o *raciocínio racional lógico-dedutivo* para extrair da natureza das coisas os princípios fundamentais que seriam válidos e porque racionais, buscando a nova solução para a certeza das coisas. Desta maneira, o que era entendido como direito natural tornou-se não só uma mera “coleção” de algumas ideias importantes ou dogmas, tal qual a religião, mas um sistema jurídico detalhado semelhante àquele do direito positivo. Porém, embora cada jurista considerasse que as regras que “descobria” eram universalmente válidas, **cada um deles construía um sistema diferente, fundado em seus próprios preconceitos, a partir dos seus próprios sedimentos culturais e de valores**, afirmando descobrir regras universais a partir de critérios de evidência totalmente subjetivos, de modo que terminavam por afirmar como válidas as normas porque lhe pareciam evidentes a partir das verdades que eles conheciam e partindo do seu próprio mundo. Assim foram criadas as regras fundamentais de sua cultura e ideologia nesses limites que se apresentavam no seu próprio horizonte de conhecimento e entendimento.

Por mais que soe absurdo aos ouvidos contemporâneos, já acostumados com o relativismo de valores que se implantou desde o momento em que se tentou levar às últimas consequências o direito de liberdade – e que muito se deve aos horrores da Segunda Grande Guerra Mundial (1939-1945), ainda prementes e existentes durante todo o período da Guerra-Fria (1945-1989/91) –, houve sim um tempo em que as mentes mais brilhantes acreditavam que a racionalidade humana, fundada em raciocínios pensados a partir das regras da lógica, poderia nos mostrar quais seriam os valores naturalmente corretos a partir das verdades descobertas, porque racionalmente necessários, assim como **a virtude grega moderna**, sem *oikos* e sem a

sobreposto, formando de César Augusto a Justiniano, de Ocidente a Oriente, um confuso amontoado legislativo. Sob os auspícios de Justiniano, o jurisconsulto Treboniano realizou o trabalho de seleção, catalogação e codificação das leis imperiais, que resultou no Codex Justinianus (Código de Justiniano)”. (CICCO, Cláudio de. **História do Pensamento Jurídico e Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 82).

pólis grega⁹⁵. Torna-se, então, evidente o importante papel desempenhado pelo jus racionalismo na derrubada do antigo regime, pois muitos dos grandes jus racionalistas do Século XVIII defendiam a naturalidade dos direitos vinculados ao ideário liberal. Nesse campo, especial destaque deve ser dado ao contratualista John Locke (1632-1704), que qualificou **como naturais os direitos ligados à concepção liberal e suas ideias sobre propriedade**. Tão forte era essa ligação com a ideia de direitos naturais que, na célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, os revolucionários franceses resolveram “*declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem*”⁹⁶, entre os quais a **liberdade, a igualdade e a propriedade**. Entretanto, vitoriosa a revolução contra o antigo regime, **um jus racionalismo muito livre transformava-se em um elemento de instabilidade, pois os juristas vinculados a essa corrente poderiam buscar, individualmente, os princípios do direito natural e, com isso, sobrepor as regras que encontrasse** (ou pensasse encontrar) ao direito positivo imposto pelo Estado. Com isso, o jus naturalismo de combate que animou os revolucionários precisava ser convertido em um jus naturalismo conservador que justificasse a ordem de poder instaurada pela revolução⁹⁷.

A justificação de todo poder envolve uma espécie de mitologia e as revoluções liberais substituíram o mito do direito divino dos reis pelo mito da representação popular dos teóricos do contratualismo. Os deputados franceses não se mostravam mais representantes do povo do que Luís XIV era representante do deus cristão⁹⁸, mas era impossível articular na ideologia

⁹⁵ Considerando os estudos do já mencionado filósofo italiano Giorgio Agamben, nos é muito caro e de grande riqueza suas concepções sobre a realidade existente entre o *oikos* e a *pólis*, estabelecidos como fundamentos da guerra civil, na qual assim podemos conceituar, para melhor visualização e definição do aqui pretendido: 2) *Lo que está en juego en la relación entre el oikos y la pólis es la constitución de un umbral de indiferencia en el cual lo político y lo impolítico, el afuera y el adentro, coinciden. Entonces debemos concebir la política como un campo de fuerzas cuyos extremos son el oikos y la pólis: entre ellos, la guerra civil marca el umbral en el que, al transitarse, lo impolítico se politiza y lo político se “economiza”: politización ⇔ despolitización oikos ——— |stasis| ——— pólis.*

(AGAMBEN, Giorgio. *Stasis: La Guerra Civil Como Paradigma Político [Homo Sacer II, 2]*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2017, p. 31).

⁹⁶ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. In: **Faculdade de Direito da Universidade Nova Lisboa**. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mla_MA_19926.pdf>.

⁹⁷ Cf. COSTA, Alexandre. *Hermenêutica Jurídica: Capítulo I – Do Naturalismo ao Positivismo*. In: **Textos Jurídicos Acadêmicos**. Editora Arcos. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-i-do-naturalismo-ao-positivismo#_ftn17>.

⁹⁸ E bem podemos citar Ernst Kantorowicz, que assim traz ao tratar sobre os corpos possíveis e passíveis de se identificar no rei: “as dificuldades de definir os efeitos pelo corpo político – ativo no rei indivíduo como um *deus absconditus* – sobre o corpo natural real são óbvias. De fato, os juristas elisabetanos tinham de proceder, às vezes, com a cautela e a circunspeção de teólogos definindo um dogma. Não era tarefa simples permanecer coerente quando se tinha de defender ao mesmo tempo a união perfeita dos Dois Corpos do Rei e as capacidades muito distintas de cada corpo isoladamente. É uma verdadeira acrobacia que os juristas desempenham ao explicar”.

liberal um discurso que questionasse sua legitimidade, pois as bases ideológicas que justificavam a instauração dos Estados Liberais fundados no princípio da representação, não permitiam a elaboração de uma crítica a modelo de organização política. Além disso, no plano da filosofia, foi-se consolidando paulatinamente a ideia de que a razão não era capaz de discernir o justo do injusto, mas tratava-se de um instrumento capaz apenas de discernir o verdadeiro do falso⁹⁹. Aos poucos, foi sendo minada a confiança em que um indivíduo seria capaz de identificar as regras justas por natureza, mediante critérios de evidência racional.

Assim, embora não tenha sido abandonada a ideia do **direito natural** enquanto fundamento da ordem positiva, *perdeu terreno a ideia jus racionalista* de que cada jurista poderia descobrir os princípios justos por natureza, mediante um esforço individual de reflexão. Especialmente a partir da Revolução Francesa, somente ao legislador cabia a revelação do direito natural, restando ao juiz apenas o papel de aplicar o direito legislado aos casos concretos. Portanto, o juiz agia em nome do direito natural – que justificava a autoridade que o povo transmitia ao legislador –, mas não poderia invocar o direito natural contra as decisões legislativas. Foi, então, abandonado o ideal cartesiano, deveras revolucionário para sua época, do indivíduo que buscava identificar racionalmente na natureza as suas leis, consolidando-se a ideia de que as normas jurídicas válidas eram aquelas determinadas pelos poderes sociais estabelecidos. Com isso, o jusnaturalismo liberal deixou de ter uma função iconoclasta, pois já não era mais uma arma para combater uma tradição hegemônica, mas a base mítico-ideológica para a instauração de uma nova tradição. Essa conversão exigiu que fosse inviabilizada uma ligação direta entre o juiz e o direito natural, estabelecendo-se entre esses dois elementos uma relação necessariamente mediada pela lei: esta deveria refletir as regras naturais, mas os juristas não poderiam questionar a validade da lei com base em argumentos jus naturalistas. E, como no início do Século XIX não havia um discurso crítico para além do jusnaturalismo iluminista, a perda do sentido revolucionário do jusnaturalismo privou o discurso jurídico de seus instrumentos de crítica. Desta forma, como todo revolucionário que ascende ao poder, o

(KANTOROWICZ, Ernst. **Os Dois Corpos do Rei: Um Estudo Sobre a Teologia Política Medieval**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1998, p. 24).

⁹⁹ Como complemento das conjecturas, podemos concordar com Giorgio Agamben, quando verifica que a verdade fica em evidência somente quando manifesta o falso: “A verdade não pode manifestar a si mesma senão manifestando o falso, o qual não é separado e rechaçado em um outro lugar; ao contrário, segundo o significado etimológico do verbo *patefacere*, que equivale a “abrir” e é conexo a *spatium*, a verdade se manifesta somente dando lugar à não-verdade, isto é, como ter-lugar do falso, como exposição da própria e íntima impropriedade” (AGAMBEN, Giorgio. **A Comunidade Que Vem**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013, p. 21).

jusnaturalismo tornou-se um conservador bastante inflexível, pois o que o movia não era o respeito relativista às diversidades, mas a afirmação apaixonada da utopia distópica por ele erguida contra a tradição que destronou. E, como esse jusnaturalismo propunha uma espécie de sacralização do direito positivo, a sua cristalização como discurso legitimador do direito moderno foi o primeiro grande passo visando a formação da mentalidade positivista, que veio a tornar-se hegemônica na teoria jurídica desde o Século XIX.

1.3.1 Interpretação das Narrativas a partir do Pensamento Jurídico

Na hermenêutica sacra, época do Alto Império Romano do Oriente, especificamente entre os Séculos XIII e XIV, ainda sob os escombros da Terceira Cruzada e seus massacres, os textos romanos foram tratados praticamente como textos sagrados – eis o motivo de ter se salvado às invasões bárbaras do Império Romano do Ocidente ou, caso contrário, teriam caído em total ostracismo, sem qualquer analogia direta, aqui, ao instituto do direito grego –, um direito canônico de incontestável autoridade, pois traziam o conhecimento de uma época áurea do passado e eram dotados de uma sofisticação jurídica inigualável nos tempos de então, com a promessa de solução definitiva a todos os males e unificação do poder imperial de então. Os saberes até então definidos entre os Séculos XI e XII foram derivados dos poderes régios europeus, inspirados nas escrituras sagradas, deixando de lado a gramática, a filosofia, a retórica, as ciências, a história, a medicina e o direito, enfim, colocou de lado todo o “não-autorizado” pelos poderes sacros instituídos. Isso tornou inacessível o que a cultura greco-romana havia elaborado, deixando esses saberes esquecidos, abafados, sufocados, negligenciados e sempre enfrentados se trazidos à tona por não corresponder à demanda social e política do período, seja ele qual for.

Esse desafio, que chamamos de hermenêutica jurídica bíblica, muito semelhante ao que desde sempre é enfrentado pelos intérpretes bíblicos, da hermenêutica clássica, que partem do pressuposto de que a verdade de um único Deus é uma só e que precisam reconduzir a imensa disparidade dos textos bíblicos a um sentido único e coerente tomou conta da escola histórica do direito e nos assola até hoje sob o dogma do “princípio da segurança jurídica”. Nesses esforços de desvendar um sentido unificado para textos múltiplos, na busca de descobrir a verdade que eles portam, estão as origens dos ramos mais tradicionais da **hermenêutica: a jurídica e a teológica**, onde as influências da modernidade conduziram a uma espécie

de **primado do texto sobre a tradição**, costumes e narrativas do povo, que não se explica apenas pelo fato de o desafio hermenêutico ligar-se à sistematização semântica de textos fragmentários¹⁰⁰, mas principalmente porque a modernidade estimulou uma **relação imediata entre intérprete e texto**, deixando de lado a mediação institucional que está no centro da mentalidade medieval, na qual **a interpretação dos textos é uma atividade exercida pela autoridade**, que revela o sentido dos textos. Tanto o saber jurídico como o saber canônico eram (e ainda são) ligados ao **exercício do próprio poder** e, nessa medida, tais conhecimentos estão integrados nas ordens institucionais dos poderes político e eclesiástico, de tal forma que a manutenção do seu esoterismo contribuía para a conservação das estruturas de poder ligadas a esses saberes. O Direito nessa forma de interpretação é deus, e a verdade do deus-direito está escrita pelos escolhidos e iluminados que nos trazem as boas novas: verdade, a certeza e o sentido das coisas¹⁰¹. O **rompimento dessa mediação institucional** da verdade, certeza e de sentido das coisas teve um caráter revolucionário, cuja primeira grande afirmação se deu no início da modernidade filosófica e científica, que ligam a verdade à observação individual do mundo e à reflexão individual, especialmente de seus reflexos sobre a teologia, com a Reforma Protestante (em 1517, com as 95 Teses de Martin Lutero) que defendeu a interpretação direta dos textos bíblicos como forma de suplantar a tradição católica medieval dos intérpretes e da retenção das capacidades de interpretação. Em todos esses âmbitos, percebe-se claramente uma modificação radical dos modos de auto percepção dos próprios homens, que podem ser descritas como partes do processo de formação da subjetividade moderna. E **a hermenêutica moderna** será justamente a forma como essa **nova subjetividade**, esse novo sujeito se constrói e confere sentido a si mesmo e a sua relação com o mundo e esse movimento, essa onda, tem seu pico na invenção da subjetividade moderna com Descartes.

Os estudos jurídicos e a hermenêutica da Idade Moderna – que podemos considerar abarcado o período entre as Grandes Navegações e a Queda de Constantinopla, no Século XV e a Revolução Francesa, no Século XVIII –, sobre a interpretação dos textos, a hermenêutica de então voltou-se à **exegese fragmentada dos textos romanos colhidos e organizados pelo**

¹⁰⁰ Como em Alexandre Araújo Costa, COSTA, Alexandre Araujo. Introdução à Hermeneutica Filosófica. <http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-filosofica/>

¹⁰¹ Cf. VIEGAZ, Osvaldo Estrela. PENTEADO FILHO, Hélio de Negreiros. Usus Pauper e o Hábito Como Modelo de Governabilidade da Vida – Por uma Possibilidade de Profanação da Sacralidade dos Dispositivos. In: **Revista Profanações**. V. 7, ago./2020. Disponível em: <www.periodicos.unc.br/index.php/prof/article/view/2920>.

imperador Justiniano, ainda no Império Romano do Oriente e no momento imediatamente anterior à Idade Moderna, desenvolvida especialmente pela escola dos Glosadores¹⁰², o que, na época, se apresentava como uma modernização alemã do “Direito Civil Romano”. A expressão **Direito Romano** já nos traz uma percepção equivocada, pois o que se estudava naquela época, e ainda hoje se costuma estudar sob essa rubrica, é uma determinada compilação de textos que traziam **definições e regras de condutas do cidadão romano**, realizada no começo **do século VI**, pelo imperador Justiniano II, o primeiro **imperador do Império Bizantino**, e que se tornou conhecida como “*Corpus Iuris Civilis*”. **Não se trata, portanto, da aplicação pura e simples do direito “existente em Roma”,** mas de um determinado conjunto de textos que não tem uma unidade lógica, temática e muito menos temporal, não sendo o que conhecemos hoje como código, nem como sistema jurídico, pois se tratava de uma compilação de textos entendidos como relevantes por uma comissão de dez membros nomeados por Justiniano enquanto chefiava o Império Romano do Oriente, sediado em Constantinopla (atual Istambul), e como sempre na nossa história, um conjunto de poderes determinando num outro conjunto de saberes, impostos pelos próprios Poderes de Justiniano¹⁰³.

Nossas anacrônicas simplificações das existências desse ente – o direito – no tempo sempre remetem a Hamurabi e seu Código de condutas como “arcaico” e “irracional”, além da época de ouro das leis romanas como origem do nosso direito moderno. Referidas leis esparsas em um vastíssimo território – de boa parte da atual Europa e norte da África –, as leis imperiais gerais sob a égide da grande águia dourada, estão historicamente grafadas sob o título de *Códex Justiniani* e *Novelas*, uma compilação de extratos de mais de 1500 “livros” escritos por jurisconsultos da época clássica conteúdo do *Digesto (ou Pandectum)* e um manual de introdução, entendimento e aplicação, destinado ao ensino do direito chamado de *Institutum*.

¹⁰² Durante a Idade Média muito do conteúdo do direito romano havia se perdido, mas não tudo, já que é preciso separar suas conjecturas entre o Ocidente (Século V) e o Oriente (Século XV). Após a redescoberta de uma cópia completa do *Digesto* de Justiniano, no final do Século XI – e já nos interstícios da Alta Idade Média –, os glosadores dedicaram-se ao seu estudo e, após um século e meio de trabalho, sucederam em estabelecer as bases teóricas para a compreensão atual do Direito Romano.

¹⁰³ E assim podemos imprimir na realidade a que buscamos adentrar nestes estudos: “De fato, o caminho que a filosofia jurídica romana tomou, desde a Lei das XII Tábuas até o *Codex* de Justiniano, passando por evidência pelos pretores e suas *edicta*, tinha como propósito não a produção e expansão do campo do pensamento humano, mas sim de se estabelecerem como força dominante territorial, de modo que toda e qualquer instituição que ajudasse neste sentido era válida, o que em alguns aspectos se refletiu no modelo latino (como o português transpassado ao Brasil)”. (KUMASACA, Daniel Mascarin Pires. **A Tripartição das Funções no Estado e as Súmulas Vinculantes: Análise Histórica e Impactos na Atualidade Brasileira**. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), 2015).

Entre esses textos existe, como seria de se esperar, uma série de sobreposições, contradições, diferenças de posicionamentos, de enfoques e de interpretações. Todavia, os estudiosos hermeneutas (analistas, interpretadores e adequadores) do Direito Romano partem do pressuposto que de esse conjunto formava um **corpo de conhecimentos homogêneo** – um sistema –, o que os levou a estabelecer uma série de critérios para harmonizar o entendimento de suas várias partes, construindo gradualmente o que viria a ser um sistema de conhecimentos, a partir de textos razoavelmente desconexos. Uma hermenêutica a partir do **axioma**¹⁰⁴, **essencial para tanto, de que há um núcleo, uma essência que gera um corpo de conhecimentos homogêneo nesse todo** e partiam do pressuposto de que, por trás de textos tão diversos, há um significado único, pois o objetivo dos juristas da época não era apenas conhecer o texto em si, mas a **verdade, cuja evidência é seu critério básico** que o texto carrega, a sabedoria desenvolvida nos tempos áureos do Império Romano do Ocidente, que se perdeu durante a Idade Média, ainda que sobrevivente no Império Romano do Oriente, mas que era preciso **recuperar** para moldar o direito europeu em padrões organizados e racionais. Não se tratava, portanto, de uma pesquisa histórica, inclusive porque uma tentativa de reconstruir historicamente o Direito Romano conduziria à conclusão de **que não existiu um Direito Romano** propriamente dito, já que as instituições jurídicas tiveram as configurações mais diversas no decorrer dos vários séculos que assistiram à ascensão e à queda do poder de Roma, seja no Ocidente ou no Oriente. É justamente nessa **negação da história que os estudos romanistas ganham sua densidade hermenêutica, isto porque não tratavam o Direito Romano como um objeto histórico determinado, mas sim como um sistema de conceitos e regras que poderia ser descoberto a partir do estudo minucioso de um conjunto fechado de textos**. Assim, a peculiaridade da hermenêutica jurídica dessa época é tratar o Direito Romano como uma totalidade de significado **a ser decifrada** e não como uma realidade histórica a ser compreendida. Isso tem sua razão no fato de que o interesse do jurista era o de extrair dos textos romanos as certezas e a verdade que ele porta, para aplicá-la a fatos ocorridos quase mil anos depois.

Antes da Era Moderna e da Idade da Razão, na estética sagrada medieval, os poderes que davam o tratamento dogmático aos textos das bíblias, religiosas e jurídicas, traziam um

¹⁰⁴ Premissa considerada necessariamente evidente e verdadeira, fundamento de uma demonstração, ela mesma indemonstrável.

respeito cerimonioso na primeira grande escola de juristas a estudá-los que os explicavam ao povo leigo, mediante **glosas – os comentários inseridos nas margens dos textos –, o verdadeiro sentido** de cada uma das frases e expressões usadas na compilação de Justiniano, o *Corpus Iuris Civilis Romanii*. Esses juristas, denominados glosadores, perceberam que não bastava esclarecer o texto de forma fragmentária, como os romanos, pois, por maior que fosse a sabedoria da *iurisprudencia*, a aplicação do antigo Direito Romano aos casos concretos ocorridos na Europa dos Séculos XIV e XIV¹⁰⁵ exigia uma adaptação daqueles textos às novas situações. Assim, os juristas que enfrentaram os problemas da adaptação do Direito Romano à realidade da Europa Medieval da época se impuseram o desafio de superar o modo tradicional de análise fragmentária dos textos e passaram a construir um conhecimento jurídico mais sistematizado¹⁰⁶, induzindo conceitos gerais a partir das regras romanas, conceitos esses cuja generalidade e abrangência deveria permitir sua aplicação às situações contemporâneas.

Assim, a arte da interpretação das leis não tratava mais de simplesmente aplicar as regras romanas de outrora às situações atuais, mas de **entender os institutos romanos e como estes ainda poderiam ser reconhecidos na realidade**, institutos estes que são constituídos por conceitos extraídos da multiplicidade fragmentária dos textos do *Corpus Iuris Civillis*, atualizados em relação às novas situações e não pelas próprias regras anacrônicas contidas no temporal, cultural e factualmente defasado texto base. Essa arte de **entender é puramente hermenêutica, a passagem do nível dos textos em si para os níveis mais abstratos (meta-textos)** dos institutos – normas jurídicas gerais indutivas de caso a caso – que podiam ser extraídos dos textos, hermenêutica essa que marca o **surgimento da escola dos comentadores ou pós-glosadores nesse período dos Séculos XV e XVI, cujo principal trabalho foi o de proporcionar uma análise integrada das fontes romanas**, criando um conhecimento jurídico cada vez mais sistematizado e abstrato dessa realidade¹⁰⁷. Observamos que, gradualmente, de um estudo exegético constituído basicamente de comentários a textos

¹⁰⁵ Aqui entendemos esse como o período de transição entre a Idade Média e a Idade Moderna, que implica a Queda do Império Romano do Oriente e a tomada de Constantinopla pelos Mouros, com a queda do Império Bizantino, com a consequente disposição das Grandes Navegações e da expansão marítima europeia.

¹⁰⁶ Sobre os sistemas trataremos, como de forma enfática já pudemos demonstrar, a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, além de “sistemas no direito” de Karl Engisch e Rene David e do pensamento sistemático em Claus Wilhem Canaris, sem nos deixar escapar as precisas e fundamentais análises sobre o tema do Professor Willis Santiago Guerra Filho.

¹⁰⁷ metodologia dos comentadores, in Espanha, Panorama histórico da cultura jurídica europeia, Panorama histórico da cultura jurídica europeia. Mem Martins: Europa-América, 1997. p. 129.

isolados produzidos para atuar em um tempo e para pessoas determinadas, as hermenêuticas das glosas passaram a uma dinâmica de análise sistematizada do direito romano, crítica e anacrônica. Além disso, cada vez mais os juristas passavam das simples descrições das fontes históricas do direito romano para um estudo do então denominado “*usus modernus pandectarum*”¹⁰⁸, ou seja, prática atualizada do direito romano, que implicava uma leitura renovada das fontes romanas¹⁰⁹ adaptando-o às novas necessidades sociais e relacionando-o com o direito legislado e consuetudinário¹¹⁰ e nisso criavam de novo e sempre novo, um direito atualizado às necessidades de então.

Não importa de qual direito tratemos aqui, seja o direito romano ou o canônico, por exemplo. Nesses termos, sempre “Direito” será entendido como um modelo de organização social que não se demora nem recai sobre suas regras internas, mas sim diretamente ligado à filosofia, à teologia e à religião, poderes que indicam aos construtores da lei e aos juízes aplicadores como agir em relação ao justo nunca definido em termos concretos, motivo pelo qual direito é o que se deve fazer (*sollen*), não necessariamente o que se fazia na prática (*sein*)¹¹¹. Esse esforço de sistematização prosseguiu nas escolas jurídicas até o final do século XVII, época da arte Maneirista que trouxe o fim da arte Renascentista na Europa. Se o Renascimento foi uma época de extremo otimismo e da crença superadora nas capacidades do ser humano, o Maneirismo foi a época das inquietações, na qual todas essas certezas foram abaladas, isso já em meados do século XVI, pelo rebentamento de conflitos de variadas ordens, quando Martinho Lutero (1483-1546) desencadeia o movimento Protestante na Alta Saxônia, enquanto as tropas espanholas e francesas invadem o território da hoje denominada Itália, mais precisamente na cidade de Roma, sede do antigo Império, tendo sido saqueada pelas tropas de Carlos V, em 1527; doutro lado da fronteira religiosa, os turcos assediam a Europa oriental e tomam o Império Romano do Oriente; enquanto o evento primordial que destrona a Terra e o

¹⁰⁸ A corrente do *Usus Modernus Pandectarum* marcou época na região da Alemanha. Além de ser o marco de recepção do Direito Romano trabalhado em outras regiões europeias, também serviu como mecanismo de aperfeiçoamento da ciência jurídica voltada ao aspecto prático das decisões. Tratou-se do impulso criativo de modernização dos preceitos romanos influenciados pelos trabalhos anteriores dos glosadores e dos comentadores. (Cf. MASSÚ, Guilherme Camargo. *Usus Modernus Pandectarum*. In: **Revista Razão e Fé**. V. 13, n. 1, pp. 77-93, Jan.-Jul./2011. Disponível em: <<https://revistas.ucpel.edu.br/rrf/article/view/2612>>).

¹⁰⁹ Leitura renovada já é feita em outro tempo, por uma interpretação não original, ou seja, uma nova hermenêutica.

¹¹⁰ COSTA, Alexandre Araujo. Introdução à Hermeneutica Filosófica.

<http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-filosofica>.

¹¹¹ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Editora Martins Fintex, 1986, pp. 32-5.

ser Humano como centro do universo – a revolução heliocêntrica de Copérnico – marca o fim das certezas antigas e divinas. Essa ebulição de incertezas e novidades foi o momento em que o passo definitivo no sentido da construção de um sistema jurídico autônomo foi dado pelos *jus racionalistas*, que “libertaram” o direito de sua vinculação estrita ao Direito Romano, às fontes da tradição do direito e defenderam a criação de um sistema jurídico baseado na própria razão humana, nova e, então, moderna, forma de construção das coisas e dos pensamentos – a fonte do direito passa a ser a crítica atualizada dos antigos textos sob a égide da lógica racional e a produção da normatividade do próprio conceito de Direito. Tal processo de autonomização entre o sistema jurídico e o Direito Romano começa com Hugo Grócio, já no Século XVII, perpassando por Thomas Hobbes (dos mais importantes contratualistas que poderíamos considerar, apesar de sua “baixa” importância em termos de estudos quando comparado a John Locke ou Jean-Jacques Rousseau), Gottfried Wilhelm Leibniz, Samuel Pufendorf para aterrissar na obra de Christian Wolff que, inspirado nos ideais racionalistas do iluminismo e no modo matemático de argumentar mediante deduções e raciocínios lógico-dedutivos, elaborou em meados do Século XVIII uma exposição sistemática do direito, o “*more geométrico*” (ao modo dos geômetras, quase pitagórico), por meio “de uma dedução exaustiva dos princípios de direito natural a partir de axiomas superiores até os mínimos detalhes”¹¹². Uma física do direito, na esteira da física social, tentativas de adaptar um sistema de conhecimentos naturais ao humano, ao demasiadamente humano.

Pensemos a lei como essência do Direito e a exegese sua fiel pastora. O fato histórico da codificação, dentro de um mundo cujo eixo de existência e validação é a razão – para alguns dom divino e para outros evolução –, permite a preponderância da legislação como fonte máxima do direito, essência mesmo do Direito, e faz com que o os debates acerca do direito natural racional ceda ao novo eixo de existência do direito posto como absoluto, verdadeiro e único, assim nosso ulterior eixo de validação que na antiguidade era o mito, os deuses como fonte, depois passando a ser a boa nova do Cristo Redentor, que tem no mundo moderno a razão – mais uma sombra do retratado Budha – e o Direito Positivo nascido da razão, que vem como representante máximo dessa nova e outra estirpe. Assim como o Código Civil Francês aparece como uma representação da lógica do universo, em um sistema de poderes jurídico-existencial,

¹¹² Wieacker, História do direito privado moderno, p. 362 in http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-i-do-naturalismo-ao-positivismo#_ftn6

tendo em seus encadeamentos de novos saberes e validações que dizia que a lei é justa, racional e absoluta apenas pelo fato de ser lei, independente do seu conteúdo material, o que a fastia a validação e existência pela teoria natural da validação pela justiça consequente dela, enquanto máximas dessa realidade. Para os codicistas, o ordenamento era considerado perfeito, bastando-se em si mesmo e voltado apenas para seu interior, não havendo lacunas de Direito nem antinomias (dogma da completude), já que todas as soluções se encontravam no próprio Código, uma vez que o ordenamento (ou sistema) era considerado fechado e deveria encontrar as soluções e justificativas dentro de si mesmo (autonomia, mesmo em sua limitação). A Escola da Exegese pretendia realizar o objetivo a que se propuseram na Revolução Francesa, que era reduzir o direito à lei, ao texto estrito e escrito da regra jurídica, mais especificamente reduzir o Direito às disposições do Código de Napoleão, inclusive divulgando amplamente o ensino tanto do Código Civil como do Direito pelas universidades que proliferavam apoiados no uso da razão. O iluminismo, a época das luzes, levaria a sabedoria pela razão através dos estudos em universidades que ensinariam toda a lei, tanto em seu espírito como na letra, mas, em contrapartida, nada além da lei e aqui não existe, como no nosso Século XXI e em nossas melhores interpretações, o Direito natural como pano de fundo do direito positivo. Aqui, o que existe são técnicas de raciocínio jurídico estritas à letra da lei, pois entendia-se que os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete – o raciocínio da exegese era o *prohibitio interpretatis*. Essa concepção era fiel à novíssima doutrina da tripartição dos poderes, isto porque identificando o direito com a lei, confiava aos tribunais a missão de estabelecer os fatos a partir dos quais decorreriam as consequências jurídicas nas formas desse sistema de direito.

Essa linha de hermenêutica, a da Exegese, dogmática e contrafilosófica, propulsora da ideia da investigação científica e considerando a ciência do direito o fenômeno legislado, aliada à desconfiança do povo francês face aos magistrados intocáveis pela revolução da época, interpretou-se o Código como um texto sólido que não poderia ser objeto de interpretação, quando muito, apenas sob a forma gramatical nos raros casos de extrema de obscuridade do texto¹¹³. Para reforçar essa nova ordem do discurso, a exegese realizou na França uma reforma

¹¹³ E aqui podemos considerar, na esteira dos ensinamentos de Giorgio Agamben: “A antinomia entre o individual e o universal tem sua origem na linguagem. A palavra *árvore* denomina de fato, indiferentemente, todas as árvores, enquanto supõe o próprio significado universal no lugar das singulares árvores inefáveis (*terminus supponit significatum pro re*). Isto é, ela transforma as singularidades em membros de uma classe, cujo sentido define a propriedade comum (a condição de pertencimento). A fortuna da teoria dos conjuntos na lógica moderna nasce

dos sabres, uma ampla reforma educacional que alterou a estrutura do ensino jurídico, substituindo as antigas faculdades de direito por escolas de direito colocadas sob o controle direto das autoridades políticas, com o objetivo de que estudos jurídicos passassem a limitar-se ao estudo da lei, deixando de lado o direito natural, a filosofia jurídica e as outras fontes clássicas do direito, como o costume e a jurisprudência¹¹⁴. Com essa reforma, o Estado Francês buscou reforçar os axiomas do eixo político, garantidor de poderes, absoluto de existência, onde o direito estabelecido pelo legislador não poderia ser questionado pelo juiz e por mais ninguém, de que a única coisa que um jurista precisaria conhecer era a própria lei, fonte única e absoluta do Direito, que pode ser chamado de positivismo legal ou legalismo, donde, segundo António Hespanha, perante esses códigos, nenhuma outra fonte de direito poderia valer, nem a doutrina, a razão ou muito menos os entendimentos jurisprudenciais, pois a Revolução Francesa cortou todos os laços com o passado e instituiu uma nova ordem política e jurídica na qual a lei adquiriu monopólio da manifestação do direito. Eis o positivismo legal ou legalismo de uma hermenêutica limitada à exegética.

Com isso, para os juristas que estudaram a partir do início do Século XIX, o direito tinha um mundo de saberes restrito ao de uma educação bastante diversa dos seus próprios professores pré-codificistas, vez que somente era permitido oferecer-lhes a descrição minuciosa e técnica da legislação francesa. Duas décadas depois o que se apresentava como horizonte de conhecimento era esse novo método que compunha a parte mais significativa da comunidade jurídica francesa, nova mentalidade e novos saberes dominantes no senso comum jurídico – o positivismo legal que se consolida em uma postura que implica a valorização dos saberes práticos descritos em lei e é avesso à teoria e à filosofia que lhe subjazem, que irritam o sistema e geram novas *poiesis*, eliminando assim nossas queridas áreas propedêuticas do pensamento jurídico, perspectiva essa que até hoje predomina no senso comum de vários juristas que têm fixação nas letras escritas dos códigos e ignoram todo seu entorno. Isso não significa que a prática jurídica tenha deixado de observar padrões definidos, pois o discurso da dogmática jurídica estruturada na prática judiciária atuava de maneira bastante eficiente. Todavia, essa organização não é feita por meio de um discurso teórico-filosófico, mas por um discurso técnico-prático, científico-técnico, o que estimulou o florescimento de uma mentalidade

do fato de que a definição do conjunto é simplesmente a definição da significação linguística”. (AGAMBEN, Giorgio. **Ob. Cit.** Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013, p. 17).

¹¹⁴ O legalismo positivista em Araújo Costa op. Cit,

legalista. Assim, a Escola da Exegese, cujo fenômeno jurídico estava limitado ao estudo dos códigos para realizar sua exegese, pretendeu esclarecer o sentido correto de cada passagem da lei. Nesse horizonte operava unicamente o discurso dogmático sem a compreensão da teoria que organiza o próprio discurso, cegando os juristas à base teórica, filosófica e dos métodos que sustentava os padrões de entendimento e organização de sua própria prática.

Hoje podemos entender e mesmo pensar, de fora e de longe, que com o sistema de tensões de poderes da época que uma das principais características da Escola da Exegese era a sua postura ilógica e paradoxal frente à existência do direito, já que sustentava que o direito possuía uma base metafísica, já que fundada em princípios superiores e imutáveis, mas, simultaneamente, afirmava que o legislador era um “deus todo-poderoso” e pregavam a liturgia da lei. Ao mesmo tempo que o Estado tinha legitimidade para organizar a sociedade, sempre de uma perspectiva metafísica, as leis deveriam de ser fielmente cumpridas em virtude exclusivamente da autoridade estatal. Assim, o direito, então, é a expressão da vontade do povo, mas essa expressão se manifesta na formulação das leis, trazidas pelas decisões do poder legislativo ao criá-las e instituí-las e a partir de onde o poder judiciário “diz o Direito”, mas em hipótese alguma o elabora, o juiz limita-se a aplicar a lei que lhe é dada. Esse “saber jurídico” é uma visão estreitamente legalista dada a passividade do juiz como forma de garantir àquele mundo histórico-social a *segurança jurídica* que talvez pudesse ser explicada mesmo pelo fato de que os juízes da época eram da classe aristocrática, decidindo a vida da burguesia que, exatamente por não confiar numa imparcialidade nesse poder do judiciário, exigiu uma forma de entender o direito que limitasse ao máximo sua atuação e alcance de suas decisões. Nessa forma de entender o direito, sob influência do racionalismo moderno, em um sistema dedutivo por meio de um silogismo formal onde, uma vez estabelecidos os fatos, o silogismo lógico-jurídico formulado cuidaria da solução, ou seja, da conclusão, donde a premissa maior, sempre verdadeira, é a regra que a lei do legislador é o direito como premissa maior, tendo como premissa menor a mera constatação que condições previstas na regra jurídica foram preenchidas. Aqui, a decisão do juiz de direito torna o sistema eficaz em todas as suas propriedades de um sistema formal – completo e coerente e, para tanto, deveria existir sempre uma regra de direito aplicável, somente uma regra, não ambígua, sem lacunas.

E desta maneira a Exegese e sua hermenêutica hermética, seu modo de interpretação da Escola que antecede a Histórica, era reduzida de forma superficial para atender às garantias da disputa de poder da burguesia e aristocracia de sua época. A ideia dessa criação do corpo de

normas jurídicas, o então Código Civil de Napoleão, era suprimir o máximo possível a obscuridade e a ambiguidade, sendo que, para o juiz, não cabia nenhuma outra função que não fosse aplicar a lei clara e não ambígua, pautado na suposta neutralidade e objetividade (outro mito jurídico), pois entendiam que a vontade do intérprete e do legislador era a mesma e estava consubstanciada na lei. Direito e Lei, nessa abordagem teórica, eram considerados sinônimos para a Escola da Exegese onde toda lei era justa. O declínio da Exegese se deu na época das primeiras alterações no Código Civil Francês, pois se apresentavam novos horizontes que a rigidez formal não dava conta e, assim, os últimos passos da Escola da Exegese ocorreram pela ineficiência de seu processo interpretativo, a letra da lei, apenas, o que não era mais suficiente. Havia a necessidade de se recorrer a outras fontes e conhecer não só a letra da lei, mas também o seu espírito, mote da sua sucessora, a Escola Histórica, o que tanto lhe faltava.

A limitação metodológica desse tipo de apresentação é evidente, pois toda ela é fundada justamente em tomar por dado o sentido da norma. E a aplicação silogística da lógica jurídica depende de uma prévia interpretação, pois é impossível subsumir fatos a uma norma cujo sentido não é estabelecido, por isso mesmo, a apresentação silogística da subsunção do fato à norma, acompanhada de uma teoria da interpretação fundada nesses critérios de evidência, que não é capaz de esclarecer devidamente os problemas do direito, muito menos produzir insumos ao juiz para decidir. Para essa escola, a atividade jurídica não podia ser entendida como a aplicação de um método complexo de interpretação, pois a elaboração desses métodos implicaria uma espécie de desconfiança acerca da clareza das novas leis, o que politicamente enfraqueceria o poder derivado delas, uma vez que existia a crença de que subordinar a aplicação do direito à interpretação dos juízes significa conferir aos juízes uma competência que deveria ser privativa do legislador, já que interpretar seria “distorcer a evidência”. Não é por acaso que a solução para lidar com as coisas do mundo e única via dogmaticamente aberta para escapar da literalidade da norma era a afirmação de que o sentido gramatical era evidentemente diverso do sentido intencionado pelo legislador: portanto, somente a invocação da autoridade do próprio legislador poderia afastar a aplicação do sentido literal da norma. E trabalhar com critérios de evidência (lógica clássica) é justamente afastar a possibilidade do método (lógica analítica, aqui, lógica da argumentação), cuja valorização implica um certo ceticismo acerca da evidência e da verdade, ceticismo necessário para que alguém se esforce para controlar a observação por critérios previamente definidos. Assim, o predomínio de uma tal perspectiva impediu o surgimento de uma metodologia hermenêutica

jurídica propriamente dita, isto porque a possibilidade de uma prática interpretativa mais elaborada foi recusada em nome da garantia da “segurança jurídica” advinda da aplicação gramatical e literal dos textos legais. Essa prisão dos juristas a critérios de literalidade e evidência implicava – e ainda implica – uma negação da historicidade e do tempo em si, já que os sentidos corretos não deveriam mudar no tempo e, nessa medida, inviabilizou o desenvolvimento de flexibilização que possibilitassem adaptar as velhas fórmulas aos novos fatos.

Quando um grande escritor, em sua arte, maneja a língua das formas mais criativas, ele não se afasta do espírito da língua, mas o torna mais evidente, ou seja, esclarece o que estava oculto e abre possibilidades antes inexploradas, a exemplo de Gonçalves Dias, Guimarães Rosa, Clarice Lispector, Machado de Assis, João Cabral de Melo Neto, Mario Quintana, dentre outros. Autores que transtornam e *transviram* o português brasileiro e sem romper com a língua, revelam uma série de riquezas significativas que lhe eram ocultas. Quando um teórico diseca, interpreta e revela as estruturas por trás da construção artística, ele enriquece o nosso conhecimento e dissemina cultura, da mesma forma com a língua portuguesa, que não é apenas da obra do autor, é da relação entre símbolo, signo e ícone, interpretante e interpretado. Quando um juiz de direito diseca, interpreta e revela as estruturas por trás da lei e da ordem jurídica positiva normativa, ele também enriquece nosso conhecimento geral do direito e dissemina cultura jurídica, de modo que uma sentença judicial não é mera dedução do pedido do autor, é a relação entre justiça e vingança¹¹⁵ de um interpretante que produz cultura, ética e estética jurídica.

A Jurisprudência, a Ciência do Direito, deve estudar o direito em suas próprias essências, causas, formas e aplicações práticas, para então transtornar tudo e *transvirar* as possibilidades para, tal qual o “bate-papo” na praça em frente ao Fórum de hoje não explora todas as possibilidades da língua, a mera observação dos padrões usuais de convivência está longe de evidenciar todas as possibilidades do direito, precisamos nós, filósofos juristas, na busca de um direito plenamente desenvolvido, reduzir o que é o fenômeno tido como direito, percebê-lo, identificá-lo e reconhecê-lo na nossa cultura jurídica atual mundial mais sofisticada, nas construções dos teóricos, na filosofia do direito, na antropologia jurídica na sociologia do

¹¹⁵ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Justiça e Vingança*. In: **GEN/Jurídico**. 13.ago.2019. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/08/13/justica-e-vinganca/>>.

direito, nas decisões elaboradas pelos juízes e nas cuidadosas elaborações dos juristas que constroem essa rede a partir das várias fontes, emanções e acontecimentos do direito para recriar momento a momento, teorias e práticas capazes de resolver, nunca definitivamente, mas sim adequadamente, os conflitos sociais, para pacificar a sociedade, objetivo primeiro do poder-saber do direito.

O erro ontológico¹¹⁶ do Direito como comando legal mandatário da autoridade hierarquicamente (poder sobre) superior do Estado, que chamamos aqui, inicialmente, de *imperativista*¹¹⁷, somente pôde impor-se na teoria francesa porque a codificação terminou por reduzir o direito positivo à lei, e fazer da lei o direito posto, engano fundamental das *teorias imperativistas*. Admitir esse tipo de perspectiva seria como reduzir a língua e linguagem humana de determinado povo a um conjunto de regras elaboradas por uma comissão estatal estabelecida para elaborar uma gramática correta. Se uma comissão ministerial criasse uma gramática, ela não se tornaria por conta disso a língua de uma Nação, da mesma forma que se um poder estatal criasse algumas leis, isso não faria com que o direito da nação se reduza a essas normas. A língua e o direito, como viram Marx e Savigny, e como toda construção histórica, surgem espontaneamente das relações sociais, não sendo frutos da vontade de uma autoridade específica, mas resultados amadurecidos de um processo gradual de sedimentação de valores e de uma vivência social efetiva. O legislador, tal como o gramático, não pode estabelecer as regras que quiser, mas deve colher da experiência social as regras que efetivamente a regem e, com base nela, construir a legislação e a gramática disponíveis naquele mundo, naquelas possibilidades.

Agora pensemos na Hermenêutica Filológica, dos gregos clássicos ao cristianismo. A leitura clássica grega da *Paideia* pelo mundo cristão da Idade Média, ícone, índices e símbolos do *zoon politikon* interpretados sob os filtros redutores dos valores éticos, morais e religiosos

¹¹⁶ Segundo o aristotelismo, a parte da filosofia que tem por objeto o estudo das propriedades mais gerais do ser (ontologia) apartada da infinidade de determinações que, ao qualificá-lo particularmente, ocultam sua natureza plena e integral é diferente da ontologia da fenomenologia onde o estudo do ser é uma reflexão a respeito do sentido abrangente do ser, como aquilo que torna possível as múltiplas existências.

¹¹⁷ Na esteira de raciocínios de Alexandre Araújo Costa, mas aqui, ao invés da teoria crítica do direito e da teoria da norma do autor, procuramos descrever as relações do Direito como pensamento jurídico e a institucionalização da norma jurídica como sua “fonte”, já que partimos do pressuposto que direito não existe por si só, o direito é um ente desse mundo e se faz ao se fazer o direito, sempre a partir e através do pensamento jurídico, da consciência jurídica dos diversos horizontes históricos que apresentam certezas jurídicas nos diversos tempos. Não obstante a classificação de imperativista traz à baila o imposto, o imperativo de Kant e o positivismo de Bobbio, assim, nesse sentido e explicado no texto passo a passo, seguimos, em parte, a classificação de Alexandre Araújo Costa e Claus Wilhem Canaris.

da época que determinavam a compreensão e limitavam o horizonte de conhecimento dos interessados, reduzidos na então tradição dogmática da Igreja, fazia inacessível não o texto em si, aberto e público, mas em especial o seu significado original, oculto, que só poderia ser trazido à luz do saber e da boa interpretação por seres especiais, abençoados com uma visão além do comum. Talvez possamos mesmo descrever o Renascimento como retorno aos ideais clássicos, apesar de uma novíssima realidade se apresentar, mas logo percebemos que o repertório cultural medieval era obsoleto no tempo, no espaço e nas possibilidades de existência, fazendo com que a necessidade de novos caminhos se subsumisse nos horizontes da interpretação como, por exemplo, a reorganização social urbana, a revitalização do comércio, a reorganização e centralização dos poderes políticos e econômicos em novos parâmetros, medidas e outros valores. Perante àquela velocidade de mudanças, inconstâncias e incertezas, a busca no passado, para alguns, parecia fornecer as certezas, estabilidade e segurança, como aconteceu com a Escola Histórica. Assim e como sempre, a busca nos antepassados e, na tradição, é luz guia e trilho de caminhos nos momentos de crise, foi também no Renascimento, no Maneirismo, no Modernismo e será de novo no Pós-Moderno, no além do Pós-Moderno e em qualquer tempo onde o passado não é mero objeto de estudos, mas sim considerado a fonte original de inspiração.

Neste sentido, a Escola Histórica do direito de Savigny buscou na Antiguidade um modelo alternativo de existir e ler o mundo moderno de então, a partir do qual fosse possível construir uma nova sociedade naquele novo horizonte de possibilidades, de modo que a chamada essência dos textos clássicos da Antiguidade foram apropriados pelo pensamento medieval da época própria e não tidos como outra tradição, fazendo com que o modelo de pensamento dos renascentistas buscasse restituir aos textos clássicos seu sentido original, essencial, escondidos sob os escombros de séculos de reinterpretações marcadas pelo primado da tradição medieval, mesmo que não tivessem bases para fazê-lo.

Essa nova sociedade, os estados modernos consequência de uma hermenêutica que cria as teorias do contrato social, uma hermenêutica do jurídico social que surgia, não se fundava na afirmação das autoridades locais, mas na criação de Estados compostos por territórios amplos e integrados por regiões com costumes e valores diferentes. O que dava unidade a esses estados não era a homogeneidade cultural, mas a submissão a um único soberano, o que exigia estratégias jurídicas que superassem o localismo das soluções consuetudinárias e dessem margem a uma organização mais homogênea dos Estados nascentes. Assim era preciso

incorporar elementos jurídicos que superassem a dimensão notadamente local dos costumes, que tipicamente estruturam a vida de sociedades culturalmente homogêneas e têm um estreito âmbito de validade territorial. Porém, quando vários ordenamentos consuetudinários passam a ser regidos pela mesma autoridade política, o exercício do poder exige uma certa uniformidade de regulação, o que faz com que ganhem relevo elementos que têm a potencialidade de oferecer uma certa unidade jurídica a comunidades heterogêneas e a grandes territórios.

Tais elementos são justamente aqueles fundados na autoridade central e não nos costumes locais. Assim, na medida em que os reinos europeus passaram a abranger áreas de costumes jurídicos muito diversos, o que ocorreu especialmente a partir do Século XIII, adquiriram relevância os elementos que poderiam servir como padrões de unificação que permitissem o exercício centralizado do poder em uma sociedade heterogênea. Naquela época, o grande modelo que se mostrou capaz de organizar essa nova sociedade foi o direito romano, de um império unificado, utilizado como uma espécie de modelo para a orientação do desenvolvimento de um novo direito, mais adaptado à realidade política e econômica que se consolidava e houve, então, um renascimento dos estudos romanísticos. Especialmente na Universidade de Bolonha, fundada no Século XII, passou-se a estudar o *Corpus Iuris Civilis Romanii*, uma compilação de textos romanos realizada no Século V por ordem do imperador Justiniano, a qual passou a ser a base da formação dos juristas e serviu como alicerce para a construção do direito europeu moderno. Com isso, começou a ser formada uma classe de juristas que tinham sua formação baseada no direito romano, o que implicou a transição de um modo de pensar enraizado no particular (pois os costumes eram fruto das concepções e valores cristalizados na sociedade medieval) para um pensamento de matriz universalizante, que buscava retirar do Direito Romano padrões aplicáveis de maneira universal.

Essa universalidade rompe os padrões de pensamento do direito tradicional, que não pretende ter aplicação fora do seu próprio campo de abrangência cultural. Ganham volume os entendimentos que o Antigo Direito Romano não é válido, já que baseado nas tradições, cuja validade não deriva dos costumes, mas sim pelo fato isolado de serem tratados como padrões jurídicos corretos. Essa adoção de um padrão de correção científico-tecnista que suplanta os valores das tradições enraizadas localmente é um dos principais elementos da construção do direito moderno, que em transformação gradual, partiu inicialmente de um certo equilíbrio entre o universal e o particular, de uma harmonização entre a tradição local dos irmãos Grimm, representada também pelo direito costumeiro, consuetudinário, com uma ideia de

universalidade que era implícita no estudo do Direito Romano para expansão dos Poderes do Império. Esse equilíbrio era obtido especialmente porque durante muito tempo o Direito Romano somente foi aplicável de maneira subsidiária, ou seja, ele somente era utilizado onde o direito costumeiro local era insuficiente para resolver os conflitos, estratégia de poderes de ocupação e manutenção da Águia dourada nas regiões invadidas domesticadas. Porém, o Direito Romano foi gradualmente ganhando espaço na mentalidade dos juristas, o que gerou uma perspectiva cada vez mais vinculada aos imperativos de universalidade e abstração que culminaram no *jus racionalismo* do século XVIII.

1.3.2 *Imperativismo e a Confusão Ontológico-Jurídica*

Voltemos a esse erro ontológico¹¹⁸ do direito como comando legal mandatário da autoridade hierarquicamente superior do Estado, que chamarmos aqui, inicialmente, de *imperativista*¹¹⁹ somente pôde impor-se na teoria francesa porque a codificação terminou por reduzir o direito positivo à lei, e fazer da lei o direito posto, engano fundamental das teorias imperativistas. Admitir esse tipo de perspectiva seria como reduzir a língua de um povo a um conjunto de regras elaboradas por uma comissão estatal estabelecida para elaborar uma gramática correta. Se uma comissão ministerial do congresso criasse uma gramática, ela não se tornaria por conta disso a língua de uma nação. Se um poder estatal cria algumas leis, isso não faz com que o direito da nação possa se reduzir a essas normas. A língua e o direito, como toda construção histórica, surgem espontaneamente das relações sociais e não são frutos da vontade de uma autoridade específica, mas resultados amadurecidos de um processo gradual de sedimentação de valores e de uma vivência social efetiva. O legislador, tal como o gramático, não pode estabelecer as regras que quiser, mas deve colher da experiência social as regras que efetivamente a regem e, com base nela, construir a legislação e a gramática.

¹¹⁸ Segundo o aristotelismo, parte da filosofia que tem por objeto o estudo das propriedades mais gerais do ser, apartada da infinidade de determinações que, ao qualificá-lo particularmente, ocultam sua natureza plena e integral, já, do ponto de vista da fenomenologia o estudo do ser é uma reflexão a respeito do sentido abrangente do ser, como aquilo que torna possível as múltiplas existências.

¹¹⁹ Na linha de raciocínio de Alexandre Araújo Costa, mas aqui, ao invés da teoria crítica do direito e da teoria da norma do autor, procuramos descrever as relações do Direito e da norma, já que partimos do pressuposto que direito não existe por si só, o direito é um ente desse mundo e se faz ao se fazer o direito, sempre a partir e através do pensamento jurídico, da consciência jurídica dos diversos horizontes históricos que apresentam certezas jurídicas nos diversos tempos. Não obstante a classificação de imperativista traz à baila o imposto, o imperativo de Kant e o positivismo de Bobbio, assim, nesse sentido e explicado no texto passo a passo, seguimos, em parte, a classificação de Araújo costa e Claus Wilhhem Canaris.

A Escola Histórica traz que o direito, e retomamos nossa metáfora, assim como a língua, existe primordialmente como uma vivência social que se expressa por meio de usos costumeiros, que surgem espontaneamente na sociedade e que, nessa medida, representam de maneira imediata o espírito do povo (*Volksgeist*) que a criou e demonstra em seus costumes, e embora a construção de uma legislação seja uma necessidade da vida moderna a partir das ideias do positivismo normativo, as leis deveriam ter por base os valores do povo e representar uma espécie de sistematização dos costumes, pois, caso contrário, elas seriam artificiais e ilegítimas. Alinhamo-nos fenomenologicamente com a advertência de Carlos Maximiliano, o legislador sempre trabalha em um horizonte estreito, limitado de possibilidades e invariavelmente as leis têm por fundamento, origem e necessidade, um abuso recente e “[...] os seus prolores não suspeitavam de todas as consequências que poderiam ser deduzidas das suas prescrições”¹²⁰. Embora o legislador seja teoricamente o representante do povo, as leis somente são legítimas quando essa representação não for meramente teórica e a legislação refletir efetivamente os valores dominantes em uma cultura. Seguir a teoria imperativista nos traz o absurdo de fazer prevalecer a vontade do legislador sobre o próprio espírito do povo que é fundamento da sua autoridade, criando um abismo entre eles e, ao acentuarem que o direito é fruto da vontade dos governantes e não uma emanção da vontade de Deus (como afirmava o vetusto jusnaturalismo teológico) ou da razão humana (como sustentava jus racionalismo oitocentista), as teses imperativistas desempenham um fundamental papel na superação dos conceitos jus naturalistas que dominavam a teoria jurídica até o fim do século XVIII. Porém, embora tenham destruído as mistificações jusnaturalistas, o imperativismo acabou por criar uma mística, uma nova sombra de Budha, fundada na autoridade quase divina do legislador e na reverência dogmática às palavras da lei.

A grande questão Hermenêutica da “*Voluntas Legislatoris*” para a “*Voluntas Legis*”, da Exegese para a Escola Histórica, ou seja, a essência do direito que residia na vontade real do legislador histórico, passou, gradativamente, a ser buscada na vontade racional de um legislador fictício, ou seja, uma construção artificial de um ente “legislador”, uma figura idealizada que não passava de uma forma de argumentação para convencer a retirar do centro do pensamento hermenêutico as referências à vontade do legislador em um novo sistema de poderes que surgia. O passo decisivo nessa ruptura foi dado quase simultaneamente por três juristas alemães,

¹²⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Ob. Cit.** São Paulo: Revista Forense, 1999, p. 26.

Kohler, Wach e Binding onde Kohler, por exemplo, sustentava que o importante **não era descobrir o que quis o autor da lei, mas sim o que a lei quer** e, a partir dessas reflexões, um novo conceito que transmitia melhor essa ruptura dos padrões hermenêuticos tradicionais surgiu e tomou corpo: **a ideia de que interpretar não é descobrir a vontade do legislador, a tão clamada “*voluntas legislatoris*”, mas sim identificar a vontade da própria lei, a “*voluntas legis*”, para além do que o próprio legislador havia pensado ou querido de forma consciente.** Ora, essa mudança do legislador para a lei não instaura uma mudança de perspectiva, pois a intenção da lei é uma expressão evidentemente metafórica: a *voluntas legis* passa a ser uma metáfora e um elemento metodológico para uma nova hermenêutica, para falar do sentido correto da lei, assim, mesmo que mantidos os termos clássicos *voluntas* ou *mens*, respectivamente como *vontade e intenção*, nada mais existia do seu sentido original e a própria hermenêutica já não tratava mais da reconstrução dos sentidos desejados por uma subjetividade real nem ideal, tal qual o legislador histórico ou o legislador racional. Não se tratava mais de repensar o que já foi pensado por alguém, mas de determinar um sentido objetivo para as palavras da lei diante do caso concreto para decisão. Com essa passagem da vontade real do legislador histórico para uma vontade da lei, mas mantendo a forma discursiva do pensamento anterior, ou seja, ainda falamos da busca de uma intenção ou vontade, permitindo a manutenção de categorias como interpretação extensiva e restritiva, mas sem a mesma vontade, sem nem o mesmo legislador e sem nem mesmo a própria lei, essa dita *vontade* de uma lei ideal passa a ser uma figura de linguagem, uma metáfora para referirmos ao sentido sistematicamente adequado. Nessa mesma medida o legislador é uma metáfora para nos referirmos a um ideal de pessoa média, racional ou razoável e o sentido da lei resulta de uma construção sistemática feita pela Jurisprudência, o *bonus pater familiae*, o pai provedor da sacra família, vetor axiológico da antiguidade. Aqui instaura-se, de novo, a sempre nova ordem do discurso, a partir desses novos poderes da lei posta no lugar do Rei, nesse sistema imperativista de necessidades de certezas, em que a *mens legis* passa a se referir a um sentido adequadamente construído, dentro de um contexto hermenêutico em que a literalidade continuava sendo a principal referência, mas sempre vista como a manifestação pontual de um significado que fazia parte de um sistema maior e interpretados nesse conjunto indissociável. Por isso, toda vez que a literalidade era considerada insuficiente para a solução de um problema, a extrapolação do sentido gramatical (exegese) deixou de ser referida à vontade do legislador e passou a ser referida à busca da integração do sentido particular da norma com o sentido do direito como um todo e a doutrina

se viu perante o desafio de construir um sistema jurídico uno, completo e coerente, a partir de um conjunto heterogêneo de leis, doutrinas e linhas jurisprudenciais muitas vezes incompatíveis. A doutrina assume o papel do *Digesto* Romano Antigo. Essa busca pela sistematização coroou os esforços de séculos de análise do Direito Romano pela Escola História e gerou nossa moderna ciência do direito, que é baseada na Pandectista alemã de cunho positivista normativo estrito, a qual reconstruiu o edifício conceitual do Direito Civil e estabeleceu uma Teoria Geral do Direito com um grau de sofisticação adequado a essa tarefa. E foi justamente essa nova Teoria Geral e suas hermenêuticas que serviram de base para a Codificação do Direito na Alemanha.

Para essa nova Hermenêutica Jurídica desse novo cientista jurídico, a Escola da Exegese era constituída apenas de comentaristas, que construíram sua disciplina com base na teologia e um respeito dogmático aos textos sagrados, mas não na ciência. Em lugar de um ser onipotente e onipresente origem do universo, o iluminismo, sob o pretexto de laicizar o conhecimento, sacralizou a Razão, colocando nesse novo deus, nessa nova “sombra de Budha”, a fundamentação última de todas as coisas. Esse tipo de análise, que ficou conhecida como Jurisprudência dos Conceitos, está na base de uma depuração conceitual que sistematizou o conhecimento jurídico, oferecendo conceitos mais rigorosos e, inclusive, inovadores. Essa perspectiva limitava-se tipicamente ao direito civil, tendo como expoentes o jovem Jhering, nos conceitos de posse e sua diferenciação ao de propriedade e a Windscheid, a quem devemos os modernos conceitos de pretensão de ação e de efetiva ação detalhados.

Pensemos agora na Hermenêutica da Jurisprudência dos Conceitos, essa vertente do positivismo normativista, que optou pelo tradicional estudo da norma, era cientificamente inovadora, mas politicamente verteu-se como extremamente conservadora, pois não oferecia categorias adequadas à crítica do próprio direito, já que, ao assumir a função explicativa do cientista, o jurista assumia que a sua função era a de simplesmente descrever e explicar, não de julgar e avaliar o próprio direito. Portanto, não deve causar espanto que a crise nesse tipo de visão não tenha surgido de um questionamento científico, mas sim de um questionamento político, motivado pela crise do Estado Liberal. Com a publicação do Código Civil Alemão, consolidou-se na Alemanha a passagem do positivismo científico da jurisprudência dos conceitos para um positivismo legalista. A unificação alemã foi seguida pela publicação de uma série de leis nacionais e esses diplomas legislativos tornaram-se gradualmente a principal fonte

do direito, substituindo aos poucos as construções científicas de origem pandectista. E, nessas circunstâncias, a transição da ciência para a legislação foi festejada pelos contemporâneos alemães como um avanço das liberdades civis e da construção do Estado Nacional. Assim, tal como o Código Civil representou tanto o ápice quanto o afastamento *do jusnaturalismo*, o Código Alemão marca o momento em que a cristalização (e engessamento) legislativa do sistema pandectista consolidou a ideia para que os juristas alemães reconhecessem na lei o centro do sistema jurídico. As inconsistências teóricas e limitações da Escola da Exegese poderiam permanecer em um plano secundário desde que as decisões tomadas pelo Estado-Poder fossem socialmente percebidas como legítimas, onde legitimidade significa autoridade. Aconteceu que as profundas mudanças sociais do final do Século XVIII e a emergência de novos poderes fez com que esses princípios entrassem em choque, pois muitas das decisões tomadas com base nos códigos já não eram mais adequadas aos novos saberes e ao sentimento social de justiça, de modo que o culto à letra da lei perdia a sua força e a longevidade da Escola da Exegese correspondeu ao tempo em que foi socialmente aceitável uma aplicação gramatical estrita dos Códigos elaborados no início do Século XIX. O começo do fim da Escola Exegética teve como um dos motivos a introdução, no ensino universitário francês, de matérias que ultrapassavam a descrição técnica do direito civil e acentuavam as relações entre o direito e a sociedade, ampliando o enfoque. O estudo de disciplinas tais como direito público, economia política e história do direito terminou por quebrar o monopólio do pensamento civilista – aquele atrelado e aferrado ao direito civil – e começaram a aproximar os estudos jurídicos dos estudos científicos sobre a sociedade da física social, da química social e da futura psicanálise, que promoveram uma renovação do pensamento dominante e fizeram com que, no início do Século XX, a Escola da Exegese perdesse sua posição hegemônica. As novas formas de poderes e saberes introduzidas pela revolução industrial se tornaram tão grandes que o direito codificado começou a ser percebido como obsoleto, cedendo gradualmente espaço a concepções hermeneuticamente mais flexíveis, notadamente para algumas linhas do positivismo sociológico ou para as perspectivas germânicas caracterizadas pelo primado de uma concepção “cientificante” e pela elaboração de uma Teoria Geral do Direito adequada aos novos tempos. As críticas à exegese e à essa escola foi vasta e entre os autores destacaram-se François Gény, Rudolf von Jhering e Eugen Ehrlich. Em geral, as críticas se fundamentavam em torno do fetichismo da lei e da forma literal como se interpretava o Direito.

1.3.3 *Método da Escola Histórica do Direito e a Hermenêutica Histórica*

Se Justus Thibaut, o “jurista da codificação”, influenciado pelas ideias legislativas da Revolução Francesa e pelas codificações napoleônicas e, em especial, o Código Civil Francês o texto sobre a necessidade de um Direito Civil Geral para a Alemanha, onde defendia a elaboração e adoção também de um Código Civil Alemão formal, escrito, para toda a nação alemã, pois entendia urgente e necessária a importância política da codificação única para os territórios de língua alemã como sistema de poder político e claro, gerando um sistema de poderes únicos e de saberes novos, ainda que seguindo preceitos da escola da exegese, por seu lado, Savigny, reagiu de forma veemente a esse ensaio, publicando o texto *“Da vocação da nossa época para a legislação e a jurisprudência”* (*"Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft"*) defendendo que o Direito não seria um produto da simples razão, mas antes das crenças comuns de um povo que é sua fonte primária e que depois chamaria de “espírito do povo”, além da manifestação histórica e cultural desse povo e, partindo dessa premissa, negou com todas as suas forças a codificação do direito civil defendida por Anton Friedrich Justus Thibaut e deu um novo impulso à crítica do jusnaturalismo iluminista com poderes e saberes diversos daqueles da codificação, era o nascimento dos saberes da Ciência do direito.

É nesse momento que se abre a possibilidade para Savigny elaborar seus critérios interpretativos do seu sistema hermenêutico, acrescentando um quarto e último elemento – o elemento sistemático –, o elemento que liga em uma grande unidade todos os institutos e as regras jurídicas a um ordenamento coeso e com isso a Escola Histórica do Direito cria a Ciência do Direito, promovendo a redefinição dos critérios interpretativos do que é direito, da ontologia jurídica, a saber, em primeiro lugar, o critério da lógica jurídica coesa além códigos, em segundo lugar a expressão gramatical, em terceiro lugar o critério histórico da origem do direito e em quarto o critério sistemático das fontes do direito, tendo como Fonte primária o povo, secundária a doutrina e terciária os juristas. Essa, como se nos apresenta, é a origem de nossa hermenêutica jurídica, das analogias e interpretações analógicas do “todo” do sistema de leis. *Neste sentido, Savigny promoveu duas grandes inovações nas hermenêuticas – deixa de existir várias espécies de interpretação e passa a entender que há vários elementos de interpretação, vários elementos hermenêuticos, a saber: gramatical, lógico, histórico e sistemático, todos atuando de forma síncrona, conjunta e harmônica, ou seja, sistêmica.* Nessa época, Savigny

sustentava que o direito era uma ciência que se deveria elaborar de modo histórico e filosófico, mas a esses dois termos, porém, atribuía um significado muito diverso do que eles têm no discurso comum atual. Ao afirmar que o direito deveria ser filosófico, não queria Savigny dizer que o direito deveria se subordinar às noções filosóficas de Justiça nem se ater ao Jusnaturalismo dominante, mas simplesmente que a ciência jurídica deveria ser elaborada de forma sistemática, por meio de conceitos organizados, constituindo um campo de conhecimentos com unidade e organicidade. Portanto, o conhecimento do direito não poderia ser reduzido a uma mera exposição fragmentária do sentido das normas, mas deveria ser capaz de organizar sistematicamente todos os conceitos jurídicos.

Parece mesmo que para Savigny, a noção de instituto vinculava-se à própria realidade jurídica, as relações concretas da vida como vida e morte, casamento, propriedade, compra e venda, tal como vividas pelo povo e não apenas como descritas nas regras jurídicas, eis o porquê de sua obra atualizar o direito romano, atualizar as institutas não se restringiu a substituir seu elenco e sim reinterpretar institutos do direito, criando uma ordem de saberes jurídicos. Assim, enquanto o pensamento em termos puramente normativos é intuído e produto de uma mentalidade abstrata, os institutos somente poderiam ser captados por meio de uma intuição da realidade da coisa jurídica acontecendo, dado que a abstração, impessoalidade e a generalidade das normas não poderiam captar todo o sentido dessa realidade de um “instituto concretizado”. Savigny, contudo, não explicou devidamente o que seria essa intuição nem levou às últimas consequências esse reconhecimento da limitação do pensamento normativo, se assim tivesse ocorrido, os caminhos da Jurisprudência dos Conceitos não teriam sido abertos. De toda forma, a ausência de uma determinação precisa do sentido que Savigny dava ao termo **intuição** orna possíveis também outras interpretações.

As novas necessidades de antigas certezas surgem da crise moderna que tira a segurança e certezas do ser humano, assim como em Ptolomeu onde e “quando” a Terra era o Centro do universo, tendo em Copérnico seu colapso através da nova percepção da teoria do *heliocentrismo* do Sistema Solar, “teoria” comprovada por Galileu Galilei, assim como na crise das certezas das “grandes narrativas” despertadas nas Conferências realizadas por Michel Foucault, na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, nos idos de 1973, que resultaram na obra “A Verdade e as Formas Jurídicas”¹²¹, um dos duros momentos da ditadura

¹²¹ Cf. FOUCLAT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2013.

militar no nosso país. Obra essa, a partir de conferências do filósofo francês na universidade carioca, que deixou claro que *unificar experiências, em especial históricas e políticas, não era o melhor caminho para observar, perceber e compreender os fenômenos do nosso mundo*, em especial a formação do sujeito moderno e sua existência a partir de uma genealogia própria dentro desse novo universo de saberes possíveis. Nessas incertezas de quem é esse sujeito moderno a “prioridade sagrada” do sujeito moderno ocidental desde Descartes¹²² cai por água abaixo com Sigmund Freud, ao ser submetida pela nova experiência da psicanálise e as instâncias formadoras da personalidade.

Indivíduo, Homem, ser humano, pessoa humana sujeito de direitos é uma evolução que se inicia e se opera no Renascimento do Século XV, como artefatos jurídicos que possibilitaram uma nova forma de apreender o mundo e de transformá-lo. Sempre que os mitos das certezas e verdades absolutas das coisas se abalam, novas verdades formadas nas sociedades e nos tempos históricos reorganizam as regras do jogo dos saberes definidos e, a partir dessas regras, renascentistas unidas às da Escola Histórica e Pandectista Alemã, nascem os sujeitos como o nós entendemos hoje – *sujeitos de direitos* – do artigo 2º do nosso Código Civil – e nascem as subjetivações, hierarquizações de domínios de saberes e de objetos criados nesses saberes e as verdades.

Fato que com Descartes acontece a construção do sujeito moderno, que é um elemento central para o debate de um *homo juridicus*¹²³ e a formação da nossa ciência jurídica a partir do iluminismo e da Escola Histórica do Direito, assim, faremos uma abordagem gnosiológica do sujeito jurídico da modernidade que além disso, traz uma função antropológica do direito que cria o sujeito humano e por fim se opõe a qualquer tentativa de racionalização simplificadora que explicaria as disposições jurídicas através de questões de mero interesse ou de cálculo, pois direito é mais que mero utensílio de gestão dos recursos humanos e sociais. A própria semântica formal de escrita e da gramaticalidade do sujeito nos induz ao erro de que o sujeito sempre foi um substrato gramatical, um substrato fixo em torno do qual os predicados e predicativos dele, do sujeito, giram e orbitam. O “eu” das frases é sempre o sujeito gramatical e se preserva na sua semântica a despeito das variações predicativas que sobre ele atuam. A partir da Era Moderna acontece uma redução interpretativa desse sujeito, passamos a atribuir a ele uma

¹²² Op. Cit. Pg 19.

¹²³ Antropología jurídica, Carla Faralli e Alain Supiot

identidade fixa, invariável no tempo e espaço, um encurtamento a ponto de acreditarmos que esse “pré-suposto” confere a ele, sujeito da oração, uma identidade empírica, como na frase gramatical: “essa cadeira é nova”, “esse cachorro é bravo”, “esse galo é bom para o sacrifício a Ésquilo”¹²⁴, “esse aí no espelho, sou eu”.

Nessa medida, a subjetividade das coisas é um substrato que contém, em si, uma identidade contínua que nos garante a possibilidade de atribuir *predicados a essa subjetividade*, de forma livre, sem que o substrato se modifique, substrato esse que, é para nós, a essência das coisas, assim os conceitos de *Eu*, o outro, a família, o amor e a justiça. Esse sujeito da proposição passa então a ter um caráter de substância – *sub instância* –, que significa estar sob, sob a essência, uma natureza própria que se reduz a um ente específico. Assim, cadeira, cachorro e galo deixam de ser sujeitos, ainda que gramaticalmente reconhecidos nessa posição, pois o Sujeito, *o sujeito real mesmo*, a essência do Eu, é somente um *ser* particular, o humano. Ou seja, o conceito filosófico de sujeito na modernidade se encerra em um ser particular que somos nós os seres humanos. Como Alexandre Cabral¹²⁵ traz, a noção de sujeito moderno nasce de um encurtamento da estrutura gramatical do sujeito e predicado e passa a dizer respeito a um ser específico que somos nós: os seres humanos. E René Descartes foi fundamental para essa redução e para a racionalidade científica, foi fundamento mesmo, no sentido de descrever em seu Método¹²⁶ os quatro principais preceitos a serem observados em uma investigação científica, a saber: **(i)** nunca aceitar algo como verdadeiro sem conhecer a evidência desse algo como verdade, ou seja, evitar a precipitação e não incluir nos juízos nada além do que se apresenta de forma clara, inequívoca e distinta a meu espírito, sem possibilidades de dúvidas. E desse primeiro preceito trataremos do que é verdade, forma inequívoca e como Descartes usa a dúvida para o entendimento da própria existência do sujeito pensante; **(ii)** dividir em quantas partes necessárias forem para melhor resolvê-las; **(iii)** conduzir por ordem os pensamentos começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer e graduando até os mais complexos; e **(iv)** rever, enumerar e certificar-se de nenhuma omissão.

Pensemos em Hermenêuticas, da hermenêutica histórica e da Razão jurídica, assim, sob a égide de percussores como Gustav Hugo, Justus Möser e o expoente Savigny, a Escola

¹²⁴ Cabral, Alexandre Marques. *Psicologia Posidentitaria: da resistecia à crítica das matrizes cristãs da psicologia clínica modrna*- Rio de Janiro: Via Verita, 2018.

¹²⁵ *Op cit*

¹²⁶ DESCARTES, René. **Discurso Sobre o Método**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

Histórica do direito surge no século XIX em franca oposição aos princípios constitutivos do iluminismo jurídico, a saber: **(i)** o individualismo ontológico que ignora o corpo social, **(ii)** o individualismo metodológico onde só indivíduos operam e não existem ações sociais, **(iii)** o individualismo deontológico¹²⁷ onde só os indivíduos tem valor, **(iv)** a ideia predominante de que só a razão é solução para tudo, **(v)** a ideia do direito natural e universal eterna dos direitos naturais do homem, **(vi)** a ideia de artificialidade do direito positivo e **(vii)** o primado do direito escrito legiferado e codificado sobre os costumes a jurisprudência e a autoridade dos juristas. Savigny destaca os pontos de vista a-históricos que separam presente do passado, sabendo das possibilidades de mundo de cada povo, criando uma tese dupla de existências independentes – origem e atualização – onde cada tempo e cada época deve ser considerada plenamente capaz de criar por si mesma, com todas as liberdades, sua própria existência e seu próprio mundo, conforme e nas medidas de suas inteligências e forças. O ponto de vista histórico, por sua vez, é uma visão temporal do ser humano e as instituições por ele criadas e desenvolvidas nas possibilidades dos tempos de existências. Uma tese assim de *dupla conexão*, entre presente e passado, onde as épocas estão intimamente ligadas como elos da mesma corrente, onde não há corpos isolados, entendendo que as possibilidades de existências não são as mesmas e não são os mesmos mundos, mas onde cada idade de um povo é a continuação existencial e desenvolvimento de todas as idades passadas e cada ser humano, uma parte integral de uma família, de um grupo de uma sociedade de um Estado.

Esse entendimento aplicado ao direito, como ciência, produziu os conteúdos jurídicos como produtos do passado completo de uma nação e não frutos de atos arbitrários de um mandante. Assim, partindo de sua obra *Sistema do Direito Romano Atual*, Savigny elabora a teoria sobre a natureza, sobre a essência do direito, suas fontes, sua interpretação jurídica cuja hermenêutica influencia toda a cultura jurídica dos Séculos XIX e XX e, além de construir e moldar nossa hermenêutica jurídica pois entendemos que a teoria da natureza e das fontes representa o substrato que nos permite compreender a hermenêutica jurídica como teoria de

¹²⁷ Teoria ética-moral trazida pelo utilitarismo do filósofo jurídico inglês Jeremy Bentham, a ciência do conveniente, cuja tarefa é ensinar ao homem como dirigir suas emoções de tal modo que as ações levem na medida do possível ao seu próprio bem-estar. Estuda a tendência humana de perseguir o prazer e a segurança e fugir da dor e perigos e fundamentar uma ação eticamente correta. Deontologia, na filosofia contemporânea, é uma das teorias normativas, segundo a qual as escolhas são moralmente necessárias, proibidas ou permitidas, uma das teorias morais que orientam nossas escolhas sobre o que deve ser feito na filosofia contemporânea falamos de ética deontologia de Kant do dever pelo dever e da ética teleológica como a utilitarista de Bentham onde a moral é a promoção do bem-estar coletivo.

compreensão do direito, que nasce desse romantismo revolucionário e progressista é ainda nossa esteira de possibilidades e capacidades de interpretações. Impecável como historiador e excelente filólogo, em seus sete volumes que tratam da história das fontes do direito, da ciência e do ensinamento jurídico, nos traz um direito romano vivo e em autopoiese, apoiado na sabedoria dos juristas sem se importar tanto que a ciência se distancia das fontes, navega para além delas em alto-mar, para que a práxis acontece na decisão do juiz.

Toda **filosofia do Direito tem um caráter eminente hermenêutico**¹²⁸ e a hermenêutica jurídica moderna, um caráter eminentemente histórico, por isso que, ao tratarmos dos métodos de pensamento e as capacidades desses métodos de conhecer as coisas jurídicas, adentramos na seara de uma (e mais uma) introdução ao estudo histórico e historicista do direito, da lógica e metodologia jurídica, sempre a partir das formas de entender e compreender o direito. Falamos aqui da hermenêutica jurídica das épocas históricas, trazendo por vezes a heurística jurídica e por vezes a dogmática das normas e ordenamento. Uma *epoké* da norma jurídica pode ser pensada a partir da suspensão da Lógica Jurídica analítica, parte da Lógica formal clássica e que se combina com a retórica para alcançar os juízos verdadeiros, justos, corretos ou, ao menos, defensáveis em uma argumentação do convencimento, todas essas formas hermenêuticas sempre datadas e ideologicamente vetorizadas. Assim, suspendendo esse preconceito interpretativo e reduzindo o fato ao que ele é, começamos a descrever, por exemplo, a sentença judicial, um documento de um julgador, decidindo o pedido de alguém que se acha injustiçado e não consegue dialogar, tão pouco se conciliar com outro alguém e, diante dessa impossibilidade, acessa um dos vários caminhos para a solução de uma disputa chamada lide judicial.

A hipótese de uma *hermenêutica* jurídica *fenomenológica* volta sua atenção aos preconceitos sobre nós e ao poder sedutor desses pré-conceitos, de estabilizar quem somos nós como sujeitos de direitos para nos dar a sensação que realmente somos coisas dotadas de propriedades específicas, ou seja, somos positivados seres humanos em sujeitos de direito. Suspende esse fato jurídico é o desafio que traz em seu próprio “considerando” os positivismos inclusivos, excludentes e exclusivos do Egocentrismo da Jurisprudência resultado do

¹²⁸ Cf. OLIVEIRA, Paulo Cesar Pinto de. **Filosofia do Direito e Hermenêutica Filosófica: do caráter hermenêutico da Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Viaveritas, 2017.

Pandectismo alemão e do codificismo francês do Século XIX, os quais, se suspensos, nos mostram um “Ecocentrismo” do justo na essência do pensamento jurídico.

Com o Racionalismo aparece a hermenêutica da exegese e do pandectismo, muito em voga devido à influência profunda da idade da Razão, do Iluminismo na França pós-revolucionária, os integrantes da Escola da Exegese afirmaram que o Código Civil Francês seria fruto da razão e, por isso, esse *Códex* possuiria as mesmas características da escola e deveria ser universal, de estrutura rígida e atemporal. Neste sentido, não aceitavam a existência de lacunas na lei, pois, por ser fruto da razão, o todo do ordenamento jurídico seria completo. Temos aqui um dos pilares da Escola da Exegese: a *Teoria da Plenitude da Lei*, uma plenitude lógica racional e a palavra “lacuna” designa “falta”, “omissão”, “vácuo”, e “falha”¹²⁹, o que não poderia existir em um sistema que se prova verdadeiro pelo uso da mesma razão. Outro importante pilar dessa escola era o destaque dado à vontade do legislador. De acordo com Norberto Bobbio¹³⁰, o princípio da autoridade possui estreitas relações com essa característica da antiga e ultrapassada Escola da Exegese: o argumento fundamental que guia os operadores do direito no seu raciocínio jurídico é o princípio da autoridade, isto é, a vontade do legislador que pôs a norma jurídica; pois bem, com a codificação, a vontade do legislador é expressa de modo seguro e completo pelas letras da lei do código e assim também aos operadores do direito. Portanto, bastaria ater-se ao ditado pela autoridade soberana e aqui deparamos com a dificuldade hermenêutica exegética que é a de como estabelecer a vontade do legislador, superada pela vontade da lei ideal e superada pela tentativa de harmonização entre segurança e justiça da Hermenêutica específica da Jurisprudência dos Interesses que buscou um equilíbrio razoável entre as tendências formalistas tradicionais e as ideias sociológicas então renovadoras, sendo que essa busca de adaptar o normativismo dominante a algumas ideias de cunho teleológico deu origem à Jurisprudência dos interesses. Essa corrente, cujo próprio nome mostra sua contraposição à tradicional Jurisprudência dos Conceitos, é uma das mais conhecidas das escolas teleológicas e certamente a que teve maior influência na prática jurídica de nossa época. Esse Princípio da autoridade tem uma relação intrínseca com o conceito de obrigação e de

¹²⁹ Cf. SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. *Lacunas no direito*. In: **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/159/edicao-1/lacunas-no-direito>>.

¹³⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

Direito em H.L.A. Hart quando trata de ser obrigado a ter uma obrigação ao tratar das crenças e motivos que levam o sujeito a comportar-se de tal ou qual forma. Geralmente estes “motivos de obediência” estão vinculados à convicção do sujeito de que um mal lhe seria infringido caso não se comportasse de acordo com o comando, uma intuição da pena decorrente de uma intuição do comportamento nocivo à sociedade, ou seja, a partir da intuição do agir certo e errado que Hart desenvolve sob o tema de obrigação moral e obrigação jurídica que entende serem espécies de um mesmo gênero e as diferencia em sua obra. Além disso, antes de serem espécies dedutivas de um sistema geral de pensamento lógico dedutivo, podem ser percebidas de imediato, sem a mediação de um código de Lógicas argumentativas da ciência do direito, pela percepção do fenômeno obrigação a partir da intuição do “sentir-se obrigado a”, da percepção do que chamamos de obrigação em sua essência, por uma hermenêutica essencial da coisa ela mesma, o que Hart classifica de regras secundárias (reconhecimento, alteração e julgamento) por apego ao *cogito* cartesiano de uma ciência extraída de um sistema mecânico, uma física do direito.

Ao apresentar o direito como instrumento voltado à realização da finalidade de realizar os interesses sociais, essa concepção possibilitou a integração no discurso jurídico de elementos sociais, econômicos, morais e outros, antes rejeitados pelo positivismo legalista dominante. Nesta tentativa de harmonizar o discurso legalista a certos aspectos sociológicos acontece uma nova concepção de interpretação, que não defende o abandono nem a superação da lei, mas a aplicação do direito positivo dentro de parâmetros socialmente adequados. Com isso, a Jurisprudência dos Interesses foi um passo decisivo na construção das teorias jurídicas que explicitamente tentavam equilibrar os ideais de segurança e de justiça e que vieram a se impor como as concepções hermenêuticas dominantes no senso comum dos juristas, em especial após a Segunda Grande Guerra Mundial, que possibilita substituir progressivamente o método de uma subsunção jurídica lógico-formal, nos rígidos conceitos legislativos, pelo de um juízo de ponderação de uma complexa situação de facto, bem como de uma avaliação dos interesses humanos em disputa.

Deveria mesmo ter dado aos juristas-juizes certa consciência desse ente, o direito e suas aplicações, facilitando a flexibilização das interpretações no sentido da tomada de decisões socialmente desejáveis e adequadas a exemplo das regras de interpretação contidas na antiga Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), que data de 1942, hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que reflete a teoria tradicional temperada por alguns influxos teleológicos que dominava o senso comum do jurista da época. Se, por um lado, esta reafirma

o ideal novecentista de um sistema jurídico completo, na medida em que afirmava que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, de modo que tal norma abre a possibilidade ao juiz de utilizar critérios intra-sistemáticos para o tratamento de casos em que a legislação for omissa, fechando-lhe as portas para a utilização da equidade ou de algo próximo à moderna Teoria da Proporcionalidade.

A gramática não cria a língua, assim como a lei não cria o direito, todavia elabora um sistema que possibilita uma compreensão aprofundada das estruturas linguísticas e das possibilidades de significação, assim como a jurisprudência não cria o direito, mas sistematiza o conhecimento jurídico, possibilitando uma compreensão aprofundada das estruturas jurídicas elaboradas ao longo da história e as possibilidades do agora. O direito pode ser efetivamente a hermenêutica do justo, do controle e apaziguamento social, da previsibilidade da relativa paz social e sempre uma interpretação histórica, no sentido que ele é construído na história, fato a fato em algum tempo histórico, não dado por formas *a priori*, nem pela vontade divina, nem pela racionalidade humana e, por esse motivo e não por essa *razão*, cabe ao ser do direito descobrir sua essência jurídica, ser esse *homo juridicus*, fundamentalmente indeterminado e finito, que se faz a cada existência e a cada momento existe nesse mundo de agora, um horizonte de possibilidades, impossível de ser descoberto e desvelado pois sem essência fixa. Assim, o que nos resta é lidar com o aparecimento do direito que só acontece na nossa consciência do direito, através de nossa mente, de nossos atos mentais conscientes (ou não), sabendo o direito um ente para o desaparecimento no tempo, para a impossibilidade de cada momento, a cada lei promulgada, a decisão judicial, a cada julgamento. Podemos fazer isso através das regras jurídicas que são o sistema semântico jurídico, a partir das normas jurídicas que são elaboradas em uma gnosiologia normativa como a prudência, os costumes, o legislativo, o contrato, o acordo que podemos chamar de *fontes do direito*.

Assim o Estado Moderno Inventado pelo Contratualismo acontece com seus Poderes e Saberes Hermenêuticos. Apesar de os jus racionalistas do Século XVIII se oporem ao modelo romanista que os precede, eles somente puderam elaborar um sistema jurídico autônomo porque estavam calcados na progressiva construção sistemática do “*usus modernus*” do “*moderno*” *Pandectarum*. Assim pensavam – se foram capazes de desenvolver um sistema dedutivo tão sofisticado, era porque naquele momento o sistema já estava praticamente perfeito e, a partir da fonte romana e seus axiomas já elaborados, era possível que o pensamento jurídico se limitasse a explicá-los de forma dedutiva. É justamente esse passo que inaugura a hermenêutica jurídica

moderna, a partir do pensamento jurídico moderno, construído a partir de uma depuração dos conhecimentos tradicionais, o *jus racionalismo* negou precisamente o seu apego à tradição, rejeitou sua ligação com a autoridade tradicional e buscou reconstruir seus fundamentos a partir de referências meramente racionais, na esteira cartesiana da razão. Na medida em que se opõe à tradição que lhe deu vida e busca afirmar-se como uma teoria universalizante fundada na razão objetiva, o jus racionalismo se afirma como radicalmente moderno. Mas a contribuição mais perene do jus racionalismo não foram os múltiplos sistemas de direito natural que, no fundo, repetem basicamente a tradição romanista e, portanto, não trazem grande inovação, mas sim o oferecimento das bases para o desenvolvimento da teoria de justificação mais relevante da modernidade, que é o **contratualismo**.

O contratualismo é uma argumentação que assenta seus fundamentos em uma visão jurídica de mundo vetor de um poder centralizado e acentua o fato de que os vínculos que estabelecem a base da sociedade são estabelecidos por um “contrato”, ou seja, por um instrumento jurídico derivado da vontade individual das partes envolvidas. Dado que os homens eram entendidos no mito dos indivíduos livres e iguais, a única legislação válida seria uma espécie de auto legislação, estabelecida por meio de uma decisão política fundada em critérios racionais. Assim, já não se trata mais da mera aceitação das verdades tradicionais, nem da justificação das autoridades constituídas, nem da afirmação de que a sociedade é uma derivação espontânea da natureza humana, mas sim uma hermenêutica de poder. Frente à crescente heterogeneidade das sociedades modernas e ao individualismo que as marca, era preciso uma teoria que religasse o homem à sociedade, e a única saída que se mostrou plausível foi a de estabelecer um vínculo jurídico, fundado no uso autônomo da razão. Thomas Hobbes, por exemplo, que elaborou pela primeira vez um sistema contratualista sólido, articula em seu conceito de direito natural os dois conceitos que sustentam as teorias contratualistas, que são o interesse e a razão individuais, afirmando, no *Leviatã*¹³¹, que o direito da natureza, a que os autores normalmente chama de *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados para esse fim. Essa razão autônoma e livre, utilizada pelos

¹³¹ Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

sujeitos no sentido de garantir os seus interesses individuais, é uma marca do pensamento moderno que se mostra claramente no contratualismo e no seu caráter propriamente revolucionário, que é o de recusar veementemente todas as justificações tradicionais do poder oferecidas pelas vertentes jus naturalistas precederam o jus racionalismo.

Com esse novo poder instaurado, o *jus racionalismo* ofereceu uma linguagem na qual foi possível formular a ideia do **contrato social abstrato**, vinculado à razão e ao interesse individuais, e não à tradição e à autoridade posta. Essa tentativa de assentar a validade do contrato em uma lei natural derivada da própria razão humana foi repetida, com variações relevantes, por John Locke que sustentou um jus naturalismo liberal contra o absolutismo hobbesiano¹³² e por Jean-Jacques Rousseau que construiu uma teoria contratualista democrática¹³³. Porém, em todos esses casos, a razão humana foi colocada na base de um contrato que estabelecia as bases para a organização de uma autoridade social legítima. E, na base da sociedade, não estava mais a autoridade, nem o sagrado, nem a tradição, nem a solidariedade, nem o vínculo com os antepassados, mas a norma, com sua abstração e generalidade. Portanto, foi o *jus racionalismo* que fixou a norma como o elemento jurídico fundamental, abrindo espaço para o positivismo normativista que veio a tornar-se a concepção jurídica hegemônica do Século XIX.

¹³² Cf. LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. São Paulo: Editora Vozes, 2006.

¹³³ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social – Princípios de Direito Político**. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 1999.

2 - Parte II - Fenomenologia Jurídica

O humano tem como necessidade básica as certezas da vida, e toda ordem que muda as certezas de perspectiva detona uma crise das verdades e do futuro do humano. Uma dessas crises foi encarada por Edmund Husserl, a crise do pensamento moderno, que desenvolveu a sua formação universitária nesse ambiente onde as certezas estavam arvoradas no então moderno pensamento cartesiano das últimas décadas do Século XIX. Uma crise de fundamentos das essências das coisas e nosso autor se perguntava onde estavam os fundamentos que conhecia das certezas da matemática, que desde Galileu e Newton, contribuem, decisivamente, para a manipulação, controle e certezas da natureza. Perguntava-se ainda sobre a lógica clássica e moderna como fundamento dessas certezas, como na afirmação de Bertrand Russel que é debatida por Ludwig Wittgenstein dizendo que os fundamentos do pensamento estão na linguagem que o leva ao questionamento de Immanuel Kant sobre o que posso saber, ao se contrapor com a pergunta sobre o que posso dizer. Eis as crises que permeavam as certezas das coisas do humano.

Essa crise do pensamento moderno foi intensamente vivida por Husserl e aqui cabe uma nota sobre o Naturismo, cuja crença era de que a natureza é a unidade do existir, do Ser no tempo e no espaço, portanto, tudo é natureza. Essa crença levaria estudiosos à conclusão de que a consciência e a razão seriam frutos da natureza, assim como a física e a química das coisas. Em seus primeiros escritos, Husserl nos diz que naturalizar a consciência, naturalizar a razão, naturalizar a vida do espírito que constrói a história era se não o maior, o pior equívoco e, da mesma forma, como corolário, erro tão grande, senão o pior, é a crença que o justo se dá no Direito Natural, pois a consciência não pode ser passível de naturalização, uma vez que ela funda, ontologicamente, a própria natureza na medida em que é a única instância humana capaz de perceber imediatamente (intuir) de forma absoluta. Aqui trataremos mais adiante da essência da consciência tem como qualidade intrínseca a intencionalidade. Consciência não é fenômeno psíquico, não é psique; é a intenção humana o “*intentio*”, é “dirigir-se à”. Não há consciência vagando no espaço, não encontramos consciência na natureza, a consciência sempre é consciência de algo.

2.1 Epistemologia da Fenomenologia

No segundo volume das *Investigações Lógicas*, com o subtítulo *Investigações sobre Fenomenologia e Teoria do Conhecimento*, Husserl desenvolve, programaticamente, pela primeira vez, o **método fenomenológico**, tema elaborado e desenvolvido na obra de 1913, *Ideias Para uma Fenomenologia Pura e uma Filosofia Fenomenológica*¹³⁴. Nas *Investigações Lógicas* nasce na fenomenologia de modo ainda impreciso, o aspecto do *noemático*. Por *noema* Husserl entende o conteúdo temático do conhecimento em oposição à *noese* como o próprio ato da vivência, que tem o *noema* como objeto. Entendemos que a Fenomenologia tem a sua apresentação inaugural na obra *Investigações Lógicas*, de Edmund Husserl, publicada no último ano do Século XIX e aí mesmo nasce a reflexão fenomenológica do século seguinte em um esforço em busca do aprofundamento da compreensão do mundo, da existência das coisas e a capacidade humana de compreender essas coisas, numa tentativa de colocar em questão os supostos fundamentos das ciências naturais em uma aproximação aos conceitos básicos do conhecimento, o ôntico, o ontológico e as epistemologias.

Movimento aproveitado como uma fenomenologia do direito em Aquiles Cortes Guimarães¹³⁵ e sua obra¹³⁶, e entendemos que a fenomenologia é um elemento metodológico, assim como uma filosofia na qualidade de sistema de pensamento, mas também é um Método não cartesiano que nos leva a uma atitude radical frente às explicações científicas do mundo e implica em uma espécie de conversão a um novo modo de pensar o mundo natural e o mundo além da física, o mundo que Aquiles Guimarães chama de “mundo do espírito”, ou seja, a metafísica grega antiga, o mundo para além das ciências naturais e das ciências do espírito, e mais além, o elemento metodológico da fenomenologia que difere o conteúdo temático do conhecimento da vivência do conhecimento, como sistema de pensamento, proporciona-nos uma nova linha de perceber, conhecer e pensar perguntas sobre nossas próprias capacidades desse conhecer e os limites de conhecer o “nosso conhecimento”. Daqui pensaremos uma nova

¹³⁴ HUSSERL, Edmund. *Idéias para uma fenomenologia pura e para um filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2006. (Coleção Subjetividade Contemporânea)

¹³⁵ Aquiles Côrtes Guimarães (21 de Junho de 1937, Aimorés, Minas Gerais - 28 de Junho de 2016) foi um professor, filósofo, e filósofo do direito brasileiro.

¹³⁶ GUIMARAES, Aquiles Cortes. Edmund Husserl e o fundamento fenomenológico do Direito. *Cadernos EMAF, Fenomenologia e Direito*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 67-79, abr./set. 2009.

hermenêutica jurídica mais à frente. Como nos lembra Aquiles Côrtes Guimaraes¹³⁷ de fato, “percebemos, recordamos e emitimos juízos sobre coisas. Também sobre elas fazemos enunciados predicativos, sobre suas relações, sobre suas mudanças (leis do devir) etc.”. E tudo isso, toda essa forma de nossa vida é feito com base naquilo que a nossa própria experiência nos oferece, nas palavras de Guimarães: “inclusive inferindo o não experimentado do que foi diretamente experimentado, em um processo indutivo de contínuas generalizações, sem prejuízo de também do geral deduzirmos analiticamente outras particularidades”.

Nesse passo, o método fenomenológico tem um mote fundamental que é reduzir a realidade do mundo à realidade dos fatos percebidos pela consciência, o que é extremamente amplo e de onde abrem universos múltiplos aos quais o autor mineiro Aquiles Guimarães entende que isso é o que chamamos de método fenomenológico que, em suas palavras, “[...] deságuam no denominado ‘Movimento Fenomenológico’, com uma forte tendência no sentido de privilegiar a hermenêutica na sua expressão linguística”¹³⁸, em sua excelente obra sobre a fenomenologia do Direito. Entendemos, contudo, que Husserl não trazia a hermenêutica como mote de sua obra, nem se considerava um hermeneuta, apesar de a ter encontrado em Dilthey¹³⁹ e debatido a hermenêutica histórica no seu método fenomenológico e em seus estudos críticos das ideias. O chamamos de elemento metodológico e alguns autores entendem como Teoria da Redução fenomenológica, que pode ser mesmo um esforço na interpretação das ideias de Husserl pelas Husserliana¹⁴⁰ e, talvez, quem sabe, analisado o passo a passo das obras de Husserl, possamos trazer o método em uma aplicação hermenêutica. Todavia, ousamos dizer que Husserl não se considerava um hermeneuta e a isso não se propõe em sua obra. Não obstante, o método fenomenológico pode ser adequado a uma abordagem à hermenêutica histórica, antropológica, social, religiosa ou jurídica, entre outras ciências, para caracterizar um pensamento crítico sobre as teoria a partir das suas próprias epistemologias, como propomos aqui em uma hermenêutica fenomenológica jurídica, a partir da ciência Jurídica, com rigor

¹³⁷ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes .Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v.10, n.1, p.1-182, abr./set.2017, p154.

¹³⁸ Wilhelm Christian Ludwig Dilthey foi um filósofo hermenêutico, psicólogo, historiador, sociólogo e pedagogo alemão. Dilthey lecionou filosofia na Universidade de Berlim e trouxe o empirismo em contrastes como idealismo alemão da época.

¹³⁹ Wilhelm Christian Ludwig Dilthey (1833-1911) foi um filósofo da hermenêutica, psicólogo, historiador, sociólogo e pedagogo alemão.

¹⁴⁰ Arquivos Husserlianas. Hua,36/38-56. Disponível em <https://hiw.kuleuven.be/hua>

metodológico de como entender e reconhecer essências do direito, as subjetivações que o pensamento jurídico produz e as existências jurídicas. E aqui, a linguagem, a linguística e os símbolos fazem acontecer esse fenômeno que é o ser das coisas do direito, e o rigor científico aqui está no método, a partir do rigor filosófico que o inspira e alimenta, assim, Ser é acontecimento que se revela para nós, na nossa humanidade, através da nossa linguagem a partir de nossas capacidades de percebê-la e sua capacidade de criar mundos. Para tanto precisamos desvendar e mergulhar pouco mais fundo na fenomenologia de Husserl.

O método fenomenológico pode ser estudado em três momentos constitutivos: a redução fenomenológica (*epoké*), a descrição dos vetores internos ao fenômeno e a explicitação das experiências a partir da percepção direta do fenômeno. Eis nossa proposta para uma hermenêutica que reconheça a coisa pelo que ela é e não como forma estrutural do conhecimento jurídico que tem por fonte a própria ciência jurídica. A fenomenologia nasce da inspiração de Husserl frente ao problema da busca do elemento universal presente nas filosofias modernas que pressupõe que é possível conhecer a verdade essencial das coisas e, portanto, universal das coisas, dentre elas trazemos as coisas da vida do direito. Mas antes de pensar na tentativa de alcançar a determinação das coisas, Husserl pensa nas possibilidades e capacidades da presença daquela consciência que pode alcançar essas determinações. A ideia geral cartesiana é de que, por um lado, aquele que é capaz de conhecer, alcançando as determinações do objeto, é aquele que observa o objeto, ou seja, o sujeito, e por outro lado a coisa observada é o objeto, que tem suas determinações como coisa, essa dinâmica opera uma cisão do sujeito que pergunta e da coisa investigada.

A dúvida (a partir do elemento metodológico de Descartes) levantada por Husserl com relação à crença de que se poderia alcançar a verdade universal por meio do sujeito que conhece, ofereceu um momento propício para o surgimento da fenomenologia que **supera as epistemologias realistas e idealistas**, e é nessa superação que se encontra a gênese do projeto fenomenológico, também presente em Heidegger, Sartre e Merleau-Ponty. Essa tentativa se faz presente em todas as chamadas perspectivas fenomenológico-existenciais em psicologia, sociologia, filosofia, direito e outros ramos do pensamento como esse aqui da filosofia do direito, sempre e quando pretendam investigar as temáticas existenciais ou as vivências, tais como consciência, tédio, medo, justo dentre outras, não como substâncias que sustentam as determinações em si mesmas, nem como determinações de uma interioridade psíquica, mas como atos que se constituem em uma cogeração do existir nesse mundo, uma percepção

homem-mundo, aqui em nossa proposta percepção homem-jurídico-mundo. Esse caminho pode ser acompanhado nos desdobramentos das investigações de Husserl sobre a consciência, onde podemos apreender três momentos fundamentais: a redução fenomenológica, a descrição dos vetores internos ao fenômeno e a explicitação das experiências.

Em princípio, **fenômeno é tudo o que aparece à consciência**. Fenômeno é o manifestar-se do mundo das coisas, dos objetos manifestados. Essa manifestação só pode acontecer na interação da consciência com o mundo. Fenômeno e consciência são termos correlatos, inter-relacionados em suas gêneses simbióticas síncronas pois acontecem ao mesmo tempo e entre o ato mental de conhecimento e a coisa conhecida, no mesmo momento. Os objetos só existem para a intencionalidade da consciência e esta, por sua vez, só existe para os objetos. Ou seja, a intencionalidade é um intencionalidade das coisas que são as coisas da intencionalidade da consciência. Em síntese: o fenômeno só é possível em função da intencionalidade e esta é *pura direcionalidade* ao fenômeno, fazendo da consciência um feixe de vivências. Um não existe senão em função do outro por essa intencionalidade. E é essa circunstância que, antes de qualquer coisa, nos leva à compreensão do processo de interação consciência-mundo, superando clássicas dicotomias na relação sujeito-objeto. Não há sujeito sem objeto, nem objeto sem sujeito. Portanto, falar de sujeito separado do objeto não faz mais sentido existencial, assim também falar da pureza do sujeito seria admitir que a subjetividade em geral pode prescindir da impureza do mundo e submetê-la aos caprichos da linguagem matemática, na maneira procedimental cartesiana a partir do *cogito* cartesiano. Sujeito-mundo, sujeito-objeto, sujeito-natureza, e tantas outras dicotomias não produzem sentidos epistemológicos senão a partir da interação consciência-mundo, consciência-objeto, consciência-natureza. Essa interação da consciência com o mundo é que define o fenômeno como aquilo que é dado à pessoa humana no universo da sua vivência. Ou seja, a interação consciência-mundo expressa, originariamente, o retorno às “coisas mesmas” na linguagem husserliana. Mundo e intencionalidade são indissociáveis, posto que a evidência do mundo depende da intencionalidade intuitiva da consciência e, por sua vez, a intencionalidade depende da existência do mundo, uma vez que sem este ela seria apenas intencionalidade do nada. A nossa vivência do humano jurista, o “homo juridicus” que tem sua própria subjetivação pelo predicado jurídico dessa co-relação “ato mental jurídico-mundo jurídico” existe em um mundo jurídico e se subjetiva e se sujeita às atualizações constantes dessas sínteses de compreensão do mundo.

O que existe é o fenômeno. Há o fenômeno. A realidade acontece no campo de encontro, campo da consciência intencional, do feixe de existências em fluxo, tudo se mostra como fenômeno de determinado modo a determinado instante. Isso que se mostra, o fenômeno, ele mesmo se auto gere em um mundo (horizonte de possibilidades) que alçamos. E o fenômeno se auto aparece a si e a ao Ser do eu como algo, um algo, auto-gerido, como por exemplo a “cadeira”, uma “mesa”, um “arquipélago”, um “unicórnio”, sempre um consciente amalgamado em nossa percepção do mundo. Assim, realidade sempre aparece em uma auto gestão. Esse é o primeiro entendimento fenomenológico para sairmos da atitude natural de pré-conhecimento e pré-concepção das coisas, da atitude natural errada que pressupõe cartesianamente sujeito separado de objeto e, essa suspensão da atitude natural, que leva à redução da coisa à coisa mesma pela descrição dela, a fenomenologia chama de *epochè*, de redução fenomenológica. A fenomenologia não se limita à ciência (saber científico metodológico cartesiano) do fenômeno e nem o fenômeno é simples oposição à essência ou efetividade física, o que levaria a coisa à penas o que é aparente. Fenômeno é como a coisa “se” nos aparece, e, nessa medida, devemos questionar também como entendemos a coisa e quais as nossas capacidades e limites de entendê-la, questionamento de Husserl que trazemos ao fenômenos jurídicos nesse exercício de filosofia fenomenológica jurídica. Fenômeno é o *como* a coisa *se nos aparece*, como ela se apresenta aos nossos sentidos, à nossa visão, através de uma *percepção mediata*, de entendimento pela memórias de coisas semelhantes e de nossa compreensão sob o manto das preconcepções, lógicas e conhecimentos das coisas. E melhor para definir o fenômeno são as palavras de Martin Heidegger no § 7 de Ser e Tempo¹⁴¹ de onde concluímos que é preciso compreender o fenômeno como *o modo de aparição do próprio objeto*, pois sim ele aparece a nós e é aquilo que se mostra por ele mesmo e não pelo nossos pré-conceitos ou pelo nome que o designamos, o fenômeno é o que se revela nós. E nessa medida a fenomenologia é a análise filosófica dos diversos modos de aparição das coisas e nossas articulações com essa coisa, através de uma investigação reflexiva das estruturas compreensivas que permitem, que possibilitam à coisa se mostrar com elas são. Nesse sentido, como o direito se nos aparece? Como o justo, ou a busca pelo justo, como um poder social, um biopoder, uma *aliens política*, uma ideologia ou um conjunto de normas paradas no tempo arcaico de intenções políticas da oligarquia grega antiga?

¹⁴¹ HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo – Campinas, SP: editora UNICAMP, Petrópolis, RJ ed Vozes, 2012.

O erro dos psicologistas, segundo a fenomenologia husserliana, em tomar as puras leis do pensamento em termos de leis causais da natureza, confinando-as à esfera do probabilismo, parece resultar, **das confusões produzidas pelo próprio modo de consideração naturalista acerca do problema em questão, mais precisamente, por não considerar a distinção crucial entre as leis lógicas que eram comumente entendidas como “conteúdos do juízo” e os próprios juízos**, no sentido de “atos de julgar”, acontecimentos reais dotados de causas e efeitos. Husserl entende que há uma confusão seria entre a lei do pensar e o ato de julgar, confunde-se o ideal como real, o ideal com o devir e essa confusão não reconhecida como confusa das duas dinâmicas da existência nos leva a conceber a lei como reguladora do processo mental e, pior, gera uma segunda e mais grave confusão – confundimos a lei da lógica e a lei psicológica, ou seja, a lei da lógica corresponde unicamente ao conteúdo do conhecimento ao passo que a lei psicológica regula o processo cognitivo. Para nós, o conteúdo do juízo jurídico não se confunde com o julgamento das subsunções nem com a hipótese normativa do princípio e da norma. E trazemos o mesmo engano em considerarmos os juízos de convencimento jurídicos vetorizados politicamente, como essências das coisas jurídicas, o conteúdo jurídico de uma norma, que é multidimensional, não é o juízo e a interpretação dessa norma.

Husserl se esforça em alertar para os perigos desta confusão entre o ato de pensar o objeto e o objeto pensado¹⁴², afirmando-nos, no exemplo da máquina de calcular¹⁴³, que há de se considerar a heterogeneidade entre as “leis gerais da aritmética” e as “leis mecânicas” que explicam o funcionamento da máquina. Ninguém apelaria, ao tentar explicar tal funcionamento, para as leis da aritmética em detrimento das leis mecânicas determinantes do funcionamento da máquina. O erro maior dos psicologistas do último quarto do Século XIX consistiria, portanto, em ignorar as diferenças fundamentais e essenciais entre “lei ideal” e “lei real”, entre “regulação normativa” e “regulação causal”, entre “necessidade lógica” e “necessidade real”, entre “fundamento lógico” e “fundamento real”¹⁴⁴. As leis causais segundo as quais o pensamento se desenvolve de modo a ser justificado pelas normas ideais da lógica, e estas normas são, em

¹⁴² O ponto crucial dessa interpretação é que o noema é entendido como algo distinto do objeto do ato da consciência, não é uma parte do objeto ele mesmo, mas sim parte da apreensão intencional do objeto.

¹⁴³ HUSSERL, Edmund. Investigações lógicas – Primeiro volume – Prolegômenos à Lógica Pura: de acordo com o texto da Husserliana XVIII editado por Elmar Holenstein. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2005. Phainomenon - Clássicos da Fenomenologia. pg. § 22.

¹⁴⁴ TOURINHO, Carlos Diógenes C. *O lugar da experiência na fenomenologia de E. Husserl: de prolegômenos a ideias I*. In: **SciELO Brasil**. Marília, v. 36, n. 3, p. 35-52, dez./2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732013000300004&lng=en&nrm=iso>.

Husserl, coisas inteiramente distintas. Husserl nos deixa claro que, ao identificar as leis do conteúdo do ato com as leis que regulam o processo psicológico, os psicologistas acabam por fazer com que a verdade que constitui o conteúdo do ato dependa diretamente do processo psíquico, ou seja, pelo naturalismo, dependa da constituição da natureza humana, o que inevitavelmente nos levaria à conclusão de que tal verdade “não existiria se não existisse essa constituição”¹⁴⁵, o que não acontece. E mais uma vez, Husserl nos chama a atenção para o que considera fundamental – *não podemos confundir o juízo como “conteúdo de juízo” ou seja, uma unidade ideal, como o ato de julgar, concreto e real. A psicologia refere-se aos juízos como “assentimentos”, ou melhor, como “atos de consciência”, ao passo que a lógica considera o juízo como “unidade ideal de significação”*.

Todo esforço de Husserl consiste em mostrar, ao denunciar os equívocos cometidos pelos psicologistas, que dos fatos não podemos extrair leis de caráter absoluto nunca, de modo que, se o saber humano estivesse, em última instância, fundado no psicologismo, todo ele ficaria inconsistente pois teríamos assim profundamente abalado o valor de todo o conhecimento e todas as verdades e certezas e, por conseguinte, estaria aberto o caminho para um ceticismo radical que é, por definição, evidentemente contraditório. Portanto, para Husserl, não poderemos confundir o modo concreto como se manifestam as leis lógicas com as mesmas leis em si. Husserl recupera então a lição trazida por Kant na *Introdução da Crítica da Razão Pura* – segundo a qual todo conhecimento sempre “começa com a experiência”, mas isto não quer dizer que ele “provenha da experiência”. Em outros termos, as leis lógicas não são inferências da experiência psicológica, embora só por meio dela se possam conhecer. Assim, a insistência psicologista em não reconhecer tais distinções entre o conteúdo do ato de julgar e o ato propriamente dito, entre as leis lógicas e as leis psicológicas, culminaria, segundo Husserl, em um ceticismo e em um relativismo nocivos à pretensão de fundamentação da filosofia como “ciência rigorosa” e que deveria, portanto, ser evitado a todo custo. Husserl chegou a falar de uma situação precária da filosofia acadêmica de sua época, não muito diferente da nossa, em uma revista acadêmica¹⁴⁶ onde desenvolveu seu programa¹⁴⁷. Como a fenomenologia não se

¹⁴⁵ ¹⁴⁵ TOURINHO, Carlos Diógenes C. *O lugar da experiência na fenomenologia de E. Husserl: de prolegômenos a ideias I*. In: **SciELO Brasil**. Marília, v. 36, n. 3, p. 35-52, dez./2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732013000300004&lng=en&nrm=iso>.

¹⁴⁶ Alberto Marcos Onate. Ética e infinito em Husserl. <https://revistaseletronicas.pucrs.br>; tema em Husserl, *Lógos* (I, 1911).

¹⁴⁷ no artigo *A Filosofia como ciência de rigor*

baseia em dados da experiência ou vivência de realidades, sua tarefa é a pesquisa das possibilidades ideais da vivência, e o meio para de chegar a ela é a *intuição*, uma intuição direta, nesse sentido afirma:

“Mas é precisamente próprio da filosofia, desde que remonte às suas origens extremas, o seu trabalho científico situar-se em esferas de intuição direta, e constitui o maior passo a dar pela nossa época, reconhecer-se que a intuição filosófica no sentido autêntico, a percepção fenomenológica do Ser, abre um campo imenso de trabalho e leva a uma ciência que, sem todos os métodos indiretamente simbolizantes e matematizastes, sem o aparelho das conclusões e provas, não deixa de chegar a amplas intelecções das mais rigorosas e decisivas para toda a filosofia ulterior.”¹⁴⁸

O acesso *metodológico à subjetividade transcendental de Husserl é chamado de redução transcendental* e através dela, podemos colocar fundamentalmente entre parênteses a crença na existência das coisas pelo nome das coisas, assim como na existência do próprio mundo chamado natural e de todos os domínios que lhe estão ligados. Fazemos isso para alcançar o terreno firme da consciência pura em que o seu correlato, que é o mundo, que são as sínteses das coisas percebidas, se transforma em mero objeto intencional. Essa é a redução fenomenológica ou operação pela qual a existência efetiva do mundo exterior é “colocada entre parênteses”, para que a investigação se ocupe apenas com as operações realizadas pela consciência, às coisas mesmas, sem perguntar se as coisas visadas por ela existem realmente ou não. Considerando ser da essência da reflexão que somente é possível, como reflexão do eu sobre si mesmo, sobre sua própria consciência, a análise constitutiva da fenomenologia primeiro deve se realizar como ego/logia. Isso, todavia, não equivale a solipsismo, pois a fenomenologia husserliana parte da certeza do Ser dos outros, ao contrário da cartesiana do *ego sum*, com os quais o “eu” sempre já se sabe em existência comum no mundo. Nessa certeza do ser do mundo, no qual já sempre vivemos, antes mesmo da reflexão fenomenológica, está implícita a existência do outro. Alguns autores trazem quem a ampliação da ideia de “autorreflexão da consciência” remete, em Husserl, para a distinção kantiana entre “apercepção empírica” (ou “psicológica”) e “apercepção transcendental”¹⁴⁹. Uma das interpretações é que a

¹⁴⁸ Edmund. *A Filosofia como Ciência de Rigor*, Coimbra: Atlântida, 1965. BFA, 1965 p.72 118 opcit (Husserl, 1965) p. 72-74.

¹⁴⁹ “A consciência de si mesmo, segundo as determinações do nosso estado na percepção interna, é meramente empírica, sempre mutável, não pode dar-se nenhum eu fixo ou permanente neste rio de fenômenos internos, e é chamada habitualmente de sentido interno ou apercepção empírica. Aquilo que deve ser necessariamente representado como numericamente idêntico, não pode ser pensado, como tal, por meio de dados empíricos. Deve

fenomenologia de Husserl está diretamente ligada às influências que a leitura de Kant exerceu sobre seu pensamento, sobretudo, a partir de 1907¹⁵⁰, o que nos traz os entendimentos de Aquiles Cortes sobre a intencionalidade da consciência em Husserl. Ainda assim, apesar de tais influências, entendemos que Husserl nos apresenta uma concepção própria do que seja este “eu transcendental”, além da *consciência-si*, bem como do papel que ele exerce na constituição dos objetos na medida em que nessa transcendência o fenômeno também se apresenta ao “eu”.

Husserl reconhece maior importância aos fatores empíricos, o que já evidencia em sua fenomenologia a fundação inicial na consciência teórica e, depois, passa à somatologia e algo como a *estesologia* de um lado e a uma teoria da intersubjetividade, de outro. A somatologia nos traz que o corpo, como um todo, é reconhecido como fundamento último de todos os processos de vivência e a intersubjetividade no sentido que cada indivíduo só se pode constituir na base da compreensão do outro, através do sentimento de outros indivíduos pela leitura semiótica das expressões corporais, linguísticas e existências. De acordo com a concepção idealista de Husserl, o *corpo (Leib)* é considerado menos como substrato material que *corporeidade (Körper)* carregado de sentido.

A segunda etapa do método fenomenológico, logo após a redução das coisas às coisas mesmas (*epoké*), é a *etapa transcendental*, que corresponde ao momento articulado da evidenciação formal das categorias entrelaçadas no conjunto de significações ou essências intuídas na imediatidade da manifestação do mundo da vida. Essa etapa 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 o lugar de toda evidenciação possível¹⁵¹.

Assim como afirma Guimarães : “a fenomenologia não se interessa imediatamente pelos objetos ou pelos fatos, mas pelos sentidos que neles podem ser percebidos. Fenomenologia é o ato de perceber e descrever as essências ou sentidos dos objetos. Enquanto as ciências positivas

haver uma condição que preceda toda a experiência e torne esta mesma possível, a qual deve tornar válida um tal pressuposto transcendental. Ora não pode haver em nós conhecimentos, nenhuma ligação e unidade desses conhecimentos entre si, sem aquela unidade de consciência, que precede todos os dados das intuições...Esta consciência pura, originária e imutável, quero designá-la por apercepção transcendental”. Cf. Kant, I. Crítica da Razão Pura (A 107), pp. 147/148.

¹⁵⁰ Husserl, nesta época, ocupou-se detidamente de Kant; desta ocupação veio-lhe a ideia da fenomenologia como filosofia transcendental, como idealismo transcendental.

¹⁵¹ (GUIMARÃES, 2008, p. 25-26)

buscam suas verdades nos fatos, a fenomenologia descreve essas verdades a partir da percepção das essências dos fatos, pois é nelas que os seus sentidos se revelam tais quais são”¹⁵². E a fenomenologia inaugurada por Husserl é resultado das intensas leituras, aproximações e reflexões que ele fez das obras e pensamentos de Aristóteles, Tomás de Aquino, Franz Brentano, René Descartes e Immanuel Kant e, principalmente do seu próprio caminho de investigação.

Dois elementos foram centrais no processo de gênese da fenomenologia: **a concepção** de método e a noção de intencionalidade. Husserl inicia esclarecendo que é com a atitude fenomenológica, por meio da suspensão das *hipostasias* - e aqui usamos o termo hipostasia no sentido de considerar falsamente uma abstração, um conceito ou uma ficção como realidade. Transformar uma relação lógica numa substância (no sentido ontológico da palavra) que pretende alcançar aquilo que subjaz a determinação das coisas, e nesse sentido, a substância da relação da chama da lógica jurídica não condiz com a realidade natural das coisas e Husserl entende então que vemos o mundo de modo falso, ficcional, em uma hipostasia realista como um modo de pensar as estruturas como reais e que possuem determinações que podem ser alcançadas pelo método fenomenológico. Da mesma forma, a hipostasia idealista como sendo atitude em que se acredita que a determinação das coisas se encontra na interioridade do sujeito que conhece pode ser desvelada pelo método proposto e nesse sentido supera o realismo e o idealismo transcendendo a esses conceitos e abstrações.

Husserl se utiliza do próprio método fenomenológico para investigar o fenômeno da consciência. Para tanto, primeiramente, ele suspendeu de início todas as teorias acerca da consciência, fossem essas empíricas ou logicamente fundadas, suprimindo todas as perspectivas que naturalizavam a consciência do sujeito e, assumindo essa postura antinatural, descreve o que percebe sobre o fenômeno mesmo da consciência. Em um segundo momento, ao prescindir da ideia de uma substancialidade subjetiva subjacente aos atos, ele alcança a essência do fenômeno pelo exercício do pensamento, acompanhando descritivamente a própria constituição da consciência em ato. Deste modo, encontrou a essência da consciência que chamou de intencionalidade que é a forma e o espaço em que se dão as coisas, os objetos, ou melhor dizendo, os fenômenos. Ao suspendermos as teorias jurídico-ontológicas da norma e do ordenamento o que nos resta hoje é a não naturalização da ordem jurídica, e sim de uma ordem

¹⁵² Op.cit. p. 73

imperativa sob jugo do castigo do rei ao sabor de sua ideologia. A fenomenologia proposta por Husserl, só possível porque ele foi matemático, um doutor em Matemática, que humilde e curioso, não encontrando respostas na ciências exatas modernas (que já estava apaixonada pelo método experimental, presa ao modelo positivista onde se separava sujeito de objeto, consciência do mundo), nem nas explicações do psicologismo da sua época, foi até a Filosofia, propedêutica do próprio pensamento, estudou e percebeu que as filosofias também caminhava na mesma direção da psicologia da época, empolgada com os encantos do poder da ciência, e como entende em seus Prolegômenos, também se perdeu. É diante desse cenário que Husserl pensa em um novo método, de rigor, que hoje é usado na clínica, na academia, na pesquisa, e na vida daqueles que decidiram tentar compreender e não apenas explicar as coisas. A máxima de Husserl "voltar às coisas" mesmas, promovendo uma redução, não no sentido de reduzir, mas de reconduzir ao sentido fundante, o fundamento, a essência. Segundo ele a consciência é o fundamento próprio do homem, pois todos os atos humanos são atos intencionais, assim a fenomenologia propõe a "[...] a análise das essências, entendidas como unidades como unidades ideais de significação, elementos constitutivos do sentido de nossa experiência"¹⁵³.

Na investigação da consciência, podemos observar os seguintes momentos: (i) redução fenomenológica em que o investigador suspende, de início, todas as teorias acerca da coisa observada, seja essa teoria empírica ou logicamente fundada. Ao suprimir as perspectivas naturalizantes, Husserl assume uma postura antinatural frente ao fenômeno, a curiosidade de uma criança; (ii) descrição da coisa interna ao fenômeno, na medida em que o investigador acompanha a própria constituição da consciência em ato dirigido à coisa objeto da investigação, e (iii) explicitação da experiência, alcançando, assim, a sua essência, ou seja, no caso da consciência, a propriedade da intencionalidade. Logo, nas Investigações lógicas, Husserl, utilizando o método fenomenológico para investigar o fenômeno da consciência, ele alcança a essência desse fenômeno, a intencionalidade como espaço de dação dos objetos – (fenômenos), e concebe a consciência intencional como síntese incessante do fluxo temporal das experiências. Assim, intencionalidade diz respeito ao incessante transcender de si mesmo, rompendo com o pressuposto de que é o sujeito que posiciona as coisas ou de que as coisas existem independentemente da consciência, essas dinâmicas e essas estruturas intencionais da

¹⁵³ MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia: Dos Pré-Socráticos a Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 258.

consciência relacionam os atos da consciência com os fenômenos e sempre dizem do caráter de co-originação sujeito e objeto, coexistência sujeito-objeto, ou seja, quando um dos polos aparece, um ato da consciência como pensar, imaginar ou sonhar o outro, seu correlato, imediatamente acontece, sem nenhum intervalo espaço-temporal entre eles, em uma dinâmica de co-originação um do outro.

Eliminando a ideia de intervalo espaço-temporal, eliminamos qualquer estrutura de causalidade o que faz da consciência intencional uma *existência transcendente*, ou seja, nunca se retém em si mesma, não acontece em *per si*, mas se vê projetada por seus próprios atos para a dinâmica dos objetos correlatos a esses atos, todos no mesmo campo. E, na medida em que a consciência se realiza através de seus atos, ela sempre transcende o campo de realização desses atos. Em síntese, o interesse de Husserl estava concentrado na investigação da consciência, porém, ele acreditava que o modo pelo qual esse fenômeno vinha sendo investigado, em meio às hipóteses realistas e idealistas não alcançava a sua estrutura mais originária. Além disso por não estar de acordo com os métodos realistas e idealistas de investigação da consciência, Husserl elaborou esse outro caminho de acesso ao fenômeno que denominou “fenômeno-lógico”, o qual consistia em acompanhar o fenômeno da consciência em seu campo de aparecimento para que, dessa forma, a consciência mesma aparecesse em sua essencialidade. Como se demonstrará a seguir, seu projeto influenciará de forma marcante as filosofias de Heidegger, Sartre e Merleau-Ponty.

O anseio de Husserl por uma fundamentação da Filosofia como ciência rigorosa é indissociável da sua estratégia metodológica que viabiliza o alcance de uma evidenciação apodítica dos fenômenos. Husserl opta, então, por esse recurso metodológico do exercício da *epoché* ou *epoké*, isto é, pelo exercício livre e consciente da “suspensão do juízo” em relação à posição de existência das coisas, reduzindo ao que o fenômeno se apresenta e como tal se apresenta. Com tal exercício, abtemo-nos de tecer considerações acerca da existência ou não existência das coisas, nos termos do autor, promovemos “colocação da atitude natural entre parênteses”¹⁵⁴, a facticidade do mundo fica “fora de circuito”¹⁵⁵. Ao suspender o juízo em relação à facticidade do mundo, eu não deixo de vivenciar a “tese do mundo”, no entanto, não faço mais uso dela, procuro mantê-la fora de circuito. O exercício da *epoché* viabilizaria, assim,

¹⁵⁴ HUSSERL, Edmund. *Ideia para uma fenomenologia pura e para um filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. Aparecida, SP: Ideia & Letras, 2006. (Coleção Subjetividade Contemporânea).

¹⁵⁵ Idem.

a chamada “redução fenomenológica” e, com ela, a recuperação das coisas em sua pura significação, tal como se revelam (ou se mostram), enquanto objetos de pensamento, na consciência intencional.

Husserl afirma que a atitude natural, nossa forma corriqueira de ver as coisas, não fenomenológica, faz o homem olhar o mundo de maneira ingênua como mundo dos objetos. A fenomenologia, ao contrário, busca uma fundamentação totalmente nova, não só da filosofia, mas também das ciências singulares. Enquanto as ciências positivas consideram os objetos como independentes do observador, ou seja, o Direito como algo constituído e externo aos acontecimentos e julgamentos e mero código de condutas. A fenomenologia tematiza o sujeito, o eu transcendental, que “coloca” os objetos e de novo o primeiro passo do método fenomenológico em abster-se da atitude natural, colocando o mundo entre parênteses (*époque, epoké*¹⁵⁶ . Coloquemos então todos os nossos códigos de conduta, teorias da norma/ordenamento, ato/fato/negócio jurídico ao lado, e isso não significa negar sua existência, mas metodicamente renunciar ao seu uso. Ao analisar, após essa redução fenomenológica, a corrente de vivências puras que permanecem, a dinâmica das percepções das coisas, constatamos que a consciência é sempre consciência de algo. Esse algo chama de fenômeno. Husserl usou o termo fenomenologia, pela primeira vez, nas Investigações Lógicas¹⁵⁷, em lugar da expressão “Psicologia Descritiva”, que usara até então. A consciência funda sentido como compreensão de algo que é (sentido do ser), através da intencionalidade, ou seja, através de *sua orientação intencional* para encher o vazio. O conceito de intencionalidade da consciência, por isso, é fundamental e constitutivo na fenomenologia de Husserl e dele trataremos com mais cuidado, por enquanto, nessa intencionalidade constituem-se os *cogitata* do *cogito* cartesiano, os “objetos” da consciência. Ao pensarmos algo intencionalizamos esse algo em um pensar aquilo, ou seja, a intencionalidade constitui a síntese ou unidade, uma constituição ativa e passiva. Conceito esse de síntese que se distingue do tradicional, pois não se limita à síntese no juízo e sim *para a coisa*. Para Husserl, a fenomenologia é uma descrição da estrutura específica do fenômeno, que se dá em fluxo imanente de vivências que constitui a consciência e, como

¹⁵⁶ Suspensão do juízo comum e as cargas de pré-conhecimento das coisas, também conhecida pelo termo grego *epoché* ou *epokhé*, que significa “colocar entre parênteses”, ou suspender, é a atitude de não aceitar nem negar uma determinada proposição ou juízo. Opõe-se ao dogmatismo, em que se aceita uma proposição.

¹⁵⁷ HUSSERL, Edmund. Investigações Lógicas.– Primeiro volume – Prolegómenos à Lógica Pura: de acordo com o texto da Husserliana XVIII editado por Elmar Holenstein. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2005.

estrutura dessa consciência enquanto tal, ou seja, como condição de possibilidade do conhecimento só é na medida em que é fluxo de existências, enquanto consciência além do consciente de si, além do ser do “eu” cogito, ou seja, que transcende em direção ao objeto conhecido. Todos os elementos modais e elementos subjetivos dos tipos normativos se dão em fluxo constante de vivências, assim mulher honesta do antigo tipo penal acontece no ato de julgamento do julgador da mulher, do sujeito e do ato cometido, em uma dinâmica onde todos atualiza-se mutuamente em significados e significantes.

Portanto, *transcendental, constitui as significações e atualizações*, na medida em que conhecer algo é pura e simplesmente apreender esse algo no plano empírico ou constituir esse algo no plano transcendental sem que haja um dentro e um fora nesse fluxo. Assim temos os significados naturais e “espirituais” (captados pelo espírito). Para entender essas funções de perceber, conhecer, constituir, significar e compreender e suas dimensões de profundidade em sua abrangência, precisamos de um método que nos permita captar e diferenciar as coisas captadas em cada uma dessas próprias dimensões, o método da redução fenomenológica. A redução fenomenológica, conceito fundamental na fenomenologia de Husserl, tem o sentido de tematizar a consciência pura. Começa colocando o mundo entre parênteses, suspendendo temporariamente nosso previsto conhecimento do mundo e das coisas do mundo. Prossegue na redução *eidética*, termo usado para o procedimento metódico que leva à visão da essência, descrevendo o fenômeno e deixando (esperando) o fenômeno se apresentar ao fluxo da consciência. A meta da redução *eidética* é a compreensão do *a priori* como *eidós* (essência). O pressuposto é que a já existente oposição entre sujeito e objeto é superada para voltar-se à análise dos dados constituintes na consciência que é “consciência de...”, pondo-se o mundo com seus objetos ao eu (consciência). Dizer que a consciência é intencionalidade significa que ela se dirige para, visa alguma coisa, daí o mote da expressão: Toda consciência é consciência de.

Para chegar a uma autêntica liberação dos pressupostos e atingir o *Eidós* da coisa mesma, o fenomenólogo deve executar uma redução do fenômeno, um *epoké* fenomenológica, uma redução fenomenológica transcendental. *Epoké* significa suspensão do julgamento e aqui, diferente dos sábios cétricos gregos que a entendiam como suspensão do julgamento derivada da isostenia¹⁵⁸, entre tese e antítese onde os bons argumentos de ambos os lados, de igual valor

¹⁵⁸ A definição de isostenia no dicionário é de acordo com os cétricos gregos, a equivalência, o equilíbrio dos argumentos antitéticos em um debate filosófico.

que gerava essa isostenia, a uma *epoké*, à suspensão do julgamento já que “ceticamente” não fazia sentido continuar o debate e a tentativa de entendimento por esse caminho. A suspensão do pensar comum, da reflexão e do esforço filosófico para alcançar a verdade tem como resultado a Ataraxia¹⁵⁹, em Husserl, *epoké* significa a suspensão da atitude natural dos pré-conceitos do mundo, um método de suspender, desconectar os processos mentais que pré-conhecem as coisas do mundo, desconectar de tudo o que não for dado imediato da consciência da coisa, o que resta é o fenômeno, inquestionável, sensível e intelectual.

Atitude natural é a atitude de uma consciência orientada para o mundo e que afirma que aquilo que se apresenta é aquilo que denominamos pelo senso comum. A função da *époke* é suspender essa atitude natural fazendo com que o mundo natural seja visto como um dado puro da consciência, como um simples fenômeno e através da *epoké* chegamos à atitude fenomenológica, uma atitude transcendental, todas as coisas existentes se tornam para a mente puros *Cogitatum*, objetos de pensamento, o pensado, objeto esse contemplado somente em sua relação com o “eu” que pensa o objeto, em uma estrutura *Ego Cogito Cogitatum*. Uma atitude na dinâmica da evidência absoluta, fugindo do preconceito à favor da realidade do mundo.

A fenomenologia pode ser vista como a *arte da descrição* daquilo que se mostra em *cogeração* contínua do ato da consciência que o percebe intencionalmente, e o que aparece não é o objeto, pois para se constituir como objeto, esse fluxo e consciência que acontece em um feixe ato/fenômeno, deve construir esse objeto a partir da descrição pura desse fenômeno que se apresenta, eis o grande desafio. No nosso pensamento jurídico descrever o sistema criado pelo humana para ordenar as relações entre os humanos em um capó de “com-viver-entre” (convivência) não é descrever o direito, mas sim e radicalmente, descrever as relações entre eles (seres humanos e ente-coisas) através das linguagens possíveis. É a arte de acolher a partir da experimentação imediata de algo, experimentar a “autorrevelação” imediata desse algo, e não viver na simbolização desse algo. Assim, um dos alunos de Husserl, experimentando a

¹⁵⁹ Ataraxia traduz-se por "ausência de inquietude", "tranquilidade de ânimo". Demócrito usou estes termos ao afirmar "A felicidade é prazer, bem-estar, harmonia, simetria e ataraxia", mas foram os epicuristas, os cétricos e os estoicos que puseram a ataraxia no centro de seu pensamento. A ataraxia ou indiferença é a atitude fundamental do comportamento cétrico, aplicada ao saber o ceticismo de Pirro revela um comportamento negativo perante o valor ontológico do conhecimento. Diante das limitações da percepção sensível e do próprio conhecimento racional, como cétrico, questionava-se tanto o objeto quando o sujeito da investigação e, assim buscavam na estrutura do saber humano as razões de seus limites. Os estoicos também procuravam tranquilidade mental, e viram a ataraxia como algo a ser desejado e frequentemente fizeram uso do termo, mas para eles o estado análogo, atingido pelo sábio estoico, foi *apatheia* ou ausência de paixão.

realidade como é, como se mostra a cada vez, conseguiu acessar o momento em que a significatividade é correspondente à existência, como nos traz Heidegger, ao dispor que as coisas não têm significado só existência.

Pensemos então como se dá um conceito. O uso da Fenomenologia pode nos conduzir a solucionar cada indagação feita e muitas outras, pois para a fenomenologia, tudo o que vem a ser é produto contingente das circunstâncias, assim nada propriamente É, e tudo que vem a ser, deixa de ser para novas possibilidades o tempo todo, atualizando sempre o correlato sintético do ato mental de questionar – que é isso? Analisando a questão de fundamento dos conceitos jurídicos em sua condição contemporânea, podemos traçar um predomínio quase que absoluto da hermenêutica histórica de Savigny, a partir de um acoplamento com o contratualismo, que gerou uma hipótese fundamental normativa ou o que se assim se apresenta ao intérprete do texto legal, ao hermeneuta jurídico da norma e nas capacidades de conhecimento que se apresentarem nas atualizações sintéticas do que é o Direito a partir do ato mental do *homo juridicus*. E esse fundamento, **tanto de fundo como de fundição do conceito**, pretende ser, acima de tudo, o caminho para alcançar cada construção desse conceito, não somente para identificá-lo, mas, também, para descrevê-lo. Em oposição a toda cultura histórica social e jurídica, a formação de um conceito para a Fenomenologia não demanda o decurso do tempo ou da tradição e amadurecimento que do qual se origina. Os direitos fundamentais, por exemplo, no processo de sua evolução possibilitaram a capacidade de se refletir e de se formar um sistema aberto, que guarda perfeita correlação com o desenvolvimento de uma nação e que tendem a um patamar de reconhecimento universal, tal como se proclama nos conhecidos direitos humanos, que eram desconhecidos como princípios jurídicos antes da Primeira Grande Guerra Mundial. Sublinhar os direitos das mulheres, ainda em evolução, serve de substrato para o surgimento de novas percepções e novas e necessárias formas para se atuar. A proclamação de um racismo estrutural presente e intimamente enraizado na sociedade e o desbaratamento de um delicadíssimo aparatado nervoso que consta nas inúmeras células das mais diversas sociedades engendra percepções, quase inacessíveis, mas que não devem escapar de uma pesquisa dos cientistas e teóricos. Desvelar direitos pós identitários da dinâmicas LGBTQIA+ e demais siglas que a nós se apresentam como ícones da humanidade, nos obriga, antes de tudo, reconhecer que a capacidade de conhecer as coisas da vida, os seres humanos e ao extraordinária gama de tonalidades afetivas a todo momento se transforma, já que lidamos diariamente com humanos.

Na formação fenomenológica do conceito, a grande difusão histórica não é progressiva e não se faz causa e consequência, é sim limitadora das capacidades de acessar e conhecer o fenômeno e isso é premissa sem a qual se torna inacessível uma pesquisa fenomenológica rigorosamente científica. De conformidade com a concepção fenomenológica, todo o processo cognitivo, no qual os antigos chegaram, são substituídos pela metodologia do dado e da consciência intencional. O tempo próprio de formação de um conceito tradicionalmente formulado é substituído na Fenomenologia pelo método de suspender, de colocar entre parênteses todo o pré-conhecimento da coisa, todos os predicados e predicativos da coisa e do sujeito em relação à coisa e ao sujeito, de modo a eliminar tudo o que não é essência, tais como a existência, a hipótese inicial, as teorias e as opiniões comumente tratadas (os *topoi*). O dado científico que o movimento do Sol é aparente e que a Terra é nome dado a um planeta e que ele é mais ou menos redondo em translação e órbita constantes, não muda a percepção do sol nascer no Leste e se pôr no oeste em um movimento real diante de nossos olhos. Desse modo, na ação consciente do sujeito observador, estará a função criadora do mundo inteiro e, assim, diretora do seu movimento e desenvolvimento. O conceito é formado a partir de uma busca orientada que tem o próprio conceito como objetivo e assim acontece nas ciências e entre eles na ciência humana do direito e não interessa ao fenomenólogo as variações subjetivas ou a atividade do sujeito, ainda que se trate de um jurisconsulto e tenha a lei por objeto. A única tendência é aquela orientada totalmente para o objetivo. O objeto da investigação, chamado de dado, é mostrado e a função da Fenomenologia é a de esclarecer esse dado.

*Se algo dado é o conceito, a Fenomenologia se encarregará de descrever e, por vezes, definir esse dado, independentemente de ser uma realidade, um ideal, uma imagem, abstração ou uma mera aparência, e em especial aqui, independente de ser um lugar comum de argumentação teórica de juristas, pois haja o que houver, a coisa real, idealizada, imaginada ou abstrata estará aí, dada ao sujeito. E a ele incumbirá descrevê-la, fenomenologicamente. O direito real, a sentença judicial, o ideal da justiça, a abstração da subsunção, e as interpretações dessas narrativas, em uma fenomenologia pura que põe em suspensão a *doxa* e a *episteme* jurídicas, descrevem fenômenos que acontecem e não trata de buscas históricas, estatísticas ou literárias, pois o fenômeno dado, que aparece diante da consciência, é o que será esclarecido. A suprema fonte legítima de todas as afirmações é o que se exprimirá diante de nossa consciência doadora original. O próprio processo tradicional formador do conceito poderá ser objeto da atitude do fenomenólogo, pois cada parte da formação de um conceito pode ser fenômeno*

(“objeto” ou coisa) observado e apreendido pela consciência, o objeto no qual se funda o saber do dado e cada objeto possui uma essência, que precisa ser captada diretamente. Esses objetos não devem ser apenas fatos contingenciais, mas, sim, conexões essenciais e seu caráter descritivo fará com que a essência seja descrita fenomenologicamente, ao ser processada em esclarecimento gradual, que progride de etapa em etapa, mediante a intuição intelectual da essência. O conhecimento de algo prescinde o preconceito (pré-conceito formado do mundo histórico que nos cerca), a noção prévia, o pré-reflexivo – sedimento cultural temporal – do conhecedor, e as vivências alheias. Saber o que é um galo, por exemplo, é tomá-lo como dado para compreendê-lo. E estar diante de um animal galo, também não é determinante para conhecê-lo, a não ser que o conhecimento seja da presença do galo, o que também conduziria ao raciocínio de que poderia tal presença ser apenas um dado. Assim, também para o direito, o pensamento jurídico, na medida em que a Fenomenologia jurídica resulta da ideia de uma forma de conhecer autônoma e independente. Ela se distingue da Lógica e da experiência na medida que se propõe a conhecer os problemas jurídicos sem se apresentar como uma corrente filosófico-jurídica. Toma os objetos especificamente jurídicos como um dado próprio e independente e desta forma reconhece que há nesses objetos, essências (existências, propriedades intrínsecas e formas jurídicas) próprias, determinadas pelas fontes navegadas por tantos autores, o que não dispensa as outras formas de entendimento, mas a Fenomenologia é forma primeira, primeva, a meta originária de toda ciência, a *mathesis universalis*¹⁶⁰.

Por serem irreais as ideias no mundo prático do direito, embora reais em um mundo jurídico, precisam ser apreendidas e somente com a **apreensão consciente** torna-se algo existente para o conhecimento. Em um mundo, em um horizonte de possibilidades onde o humano é uma abertura para Martin Heidegger, são as Fenomenologias que servem para direcionar a atividade do pensamento e penetrar no circundante, da intuição à clareira de existência, para capturar os conceitos, mediante essa reflexão intencional da consciência. Analisadas fenomenologicamente as essências das instituições, servirão elas para aprioristicamente possibilitarem a crítica aos demais objetos. Cada conceito delimitado é um a

¹⁶⁰ Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v.7, n.1, p.1-126, abr.2014/set.2014. explicando o termo: *Mathesis universalis* é, segundo Descartes, uma ciência geral capaz de explicar tudo o que diz respeito à quantidade e à ordem, independentemente dos objetos a estudar. Para o filósofo, embora a razão fosse comum a todos os homens, o modo de utilizá-la poderia variar. Assim, inicia a busca do modo correto de uso da razão a partir do pitagorismo por considerar as matemáticas teóricas como modelo do conhecimento verdadeiro e rigoroso, quis aplicar esse modelo a todos os domínios do conhecimento.

priori, que integra a estrutura fundamental do Direito. E esse conhecimento apriorístico acumulado significa a amplitude do campo de atuação fenomenológica do Direito e possibilitará a mais fecunda pesquisa no esclarecimento do dado. Cada progresso alcançado com um conceito fenomenologicamente reconhecido integra o mecanismo conquistado do conhecimento do Direito. Mesmo que não se compreendam todas as implicações da Fenomenologia ao Direito e do método fenomenológico como forma geral de conhecimento de todas as Ciências, uma coisa é certa: o extenso campo do *a priori* que cada conceito produz torna fecundo e prolífero o conhecimento do Direito. É dessa maneira que contrato, propriedade e obrigação são postos ao dispor de todos pela função apriorística que exercem nos negócios e nas relações travadas.

2.1.1 Fenomenologia do pensamento jurídico – “com se dá o ente jurídico”

A função social do direito é regular os atos, fatos e negócios jurídicos da vida humana em sociedade que a obedece e não se adaptar a eles. Qualquer interpretação, que insistimos em lembrar, não era função daquele juiz exegeta, diversa da que desejavam originalmente os autores legisladores em suas vontades, ou nas vontades das leis. Elemento crucial e parte do sistema geral do direito aplicado, com o objetivo de adaptar as leis às exigências do momento presente e do que se apresentava no processo para julgamento, é a Hermenêutica que já não é mais considerada infidelidade à própria lei que regem os fatos da vida, mas sim a mais fiel atuação dessa lei. Ou seja, em uma “re-interpretação”, na medida em que a intenção do legislador é fixada em um dado horizonte histórico, em um tempo petrificado na história, não se poderia atualizá-la com as historicidades no dinamismo da vida, exceto por meio de um outro ato legislativo que venha a modificar a própria lei que fatalmente incorrerá na questão das historicidades e de sua própria petrificação, o que nos leva à extrema relevância do estudo dos trabalhos preparatórios, dos debates legislativos relativos à própria elaboração da norma interpretada, sua hermenêutica histórica e seu historicismo que na era das luzes passa a ser uma ciência da interpretação. E por ser elemento fundante do Direito, essa ciência e arte da interpretação que atua na estrutura de argumentação para trazer a episteme jurídica ao acontecimento empírico, é essência do convencimento e elemento do lugar comum de argumentação do jurista que, como vimos, transita entre epistemologia, doxa jurídica, topos e ciência do direito, atualizando os campos correlatos sintéticos que tratam a ciência jurídica.

No final do Século XIX, o momento era do psicologismo e do início da ordem das Psicologias de Wundt a Freud, onde o estudo de algo imaterial da alma humana, a *anima*, psique ou alma e os processos mentais/emocionais não só gozavam de grande prestígio, mas para muitos, parecia a fundamental **chave de explicação da teoria do conhecimento e da nova lógica geral** para tantas ciências incluídas aí as ciências jurídicas. Para rejeitar a tese do psicologismo (e não da psicologia), Edmund Husserl elaborou seu método fenomenológico, produzindo uma obra gigantesca¹⁶¹ em extensão e profundidade que desafia seus intérpretes até hoje. Fato é que na primeira década do Século XX, poucos historiadores consideravam a obra de Husserl que passavam quase despercebidas no mundo e suas *Investigações Lógicas* de 1900, face às numerosas pesquisas *neokantianas* no campo da epistemologia, as *Investigações* chamavam pouca atenção e no mais se confundiam com as teses¹⁶² da época que entendiam que a lógica, em sua dinâmica racional, deve ser fundamento de um sistema filosófico amplo (psicologismo factual). Da mesma forma, o ideal da pureza e o postulado da fundamentação da filosofia, sobretudo da Teoria do conhecimento das coisas – a Epistemologia –, da matemática ou das ciências naturais, e entendemos que das jurídicas também, podiam ser encontradas nessas e em outras teses que se propunham a ser o vértice das epistemologias de então, buscando um último axioma no qual todo o ser identificado com o pensamento pudesse ser derivado e explicado e os esforços eram para restaurar a filosofia com o status de uma Teoria Universal da Ciência, única, primeira e absoluta.

Husserl supera a *aporia* do neokantismo, supera a dúvida advinda da lógica racional¹⁶³ decorrente da impossibilidade objetiva de obter resposta ou conclusão para uma determinada indagação filosófica. Essa *aporia* que diluía o ser racionalmente no “puro pensamento”, fundando o ideal de uma lógica pura no empirismo. Resultado de seus estudos com Franz Brentano, com o qual estudara em Viena, primeiro Husserl enxergava conceitos fundamentais

¹⁶¹ Em 1939, os manuscritos de Husserl, que somavam aproximadamente 50 000 páginas taquigrafadas e sua pesquisa bibliográfica completa, estavam ameaçados de serem destruídos pelos nazistas e foram, clandestinamente, transportados pelo padre franciscano Herman Van Breda e depositados no Instituto de Filosofia da Katholieke Universiteit Leuven, em Leuven, na Bélgica, onde foram criados os Arquivos de Husserl – as Husserlinas. Muito do material encontrado em suas pesquisas manuscritas foi publicado na série de edições críticas Husserlianas (Ha.) que contam ainda com mais de cinco mil textos manuscritos, ainda não publicados, sob análise e estudo de grupos temáticos Bruxelas. Hua (símbolo gráfico das “Husserlianas”) disponível em parte, em <https://hiw.kuleuven.be/hua>

¹⁶² de Hermann Cohen de que a lógica deve ser fundamento de um sistema filosófico

¹⁶³ Lógica para nós é uma parte, uma dimensão da filosofia que trata das formas do pensamento em geral (racional, emocional, dedução, indução, hipótese, inferência, abdução, intuição etc.) e das operações intelectuais que visam à determinação do que é verdadeiro ou não.

da matemática ou aritmética numa psicologia descritiva, o que está evidenciado em sua obra *Sobre o Conceito de Número*¹⁶⁴, preparatória para *Investigações Lógicas*. E trazemos as lições de Brentano, “colhe Husserl a convicção que a filosofia também é um campo de trabalho sério, a cultivar o espírito da ciência mais rigorosa”¹⁶⁵ e, desde o começo Husserl tem o objetivo de superar a oposição entre realismo e idealismo (por alguns autores tratados como “objetivismo” e “subjetivismo”). Assim a filosofia husserliana, preparatória das Investigações lógicas, alcança pelo rigor do método fenomenológico status de ciência das coisas em uma de suas formas de agir no mundo.

No horizonte histórico dos últimos anos do final do século XIX, o que se apresentava era o fascínio pelo ideal do conhecimento das ciências da natureza, assim, Husserl quis satisfazer à objetividade do conhecimento. No seu ensaio de *Filosofia da Aritmética* (1891), manifesta seu objetivo, mas parece que ainda se mantém atado e sucumbe ao psicologismo da época, o qual defendia a tese de que a Lógica compreende as normas que valem para todo o pensamento certo, verdadeiro e justo, da mesma maneira como a Engenharia apresenta as regras para construir bem e a aritmética para calcular certo. Por isso, assim como a Engenharia se fundamenta na Física, a Lógica se fundamentaria na Psicologia. **Rejeitando o psicologismo, Husserl afirma que as proposições lógicas contêm verdades necessárias, puramente ideais e as proposições da psicologia generalizam interpretações da experiência na medida que a psicologia pressupõe a existência de seus objetos e a lógica não. Pela crítica ao psicologismo, Husserl pensa a propriedade dos atos de pensar, perceber, entender, conhecer, criar, enfim os atos da mente, a partir do seu conteúdo de sentido, ou seja, do pensado e percebido e dos limites do nosso conhecimento.** Uma das consequências dessa rejeição ao psicologismo e do cuidado tratamento à lógica, nos traz importante insight sobre a chamada Lógica Jurídica que constrói o pensamento jurídico epistemológico que o positivismo faz dogmático, lógica essa que ao ser reduzida às coisas mesmas, não são ontologicamente lógica, mas sim manobras de convencimento que fazem parte de outra categoria de coisas que não tem por base verdade e certezas e sim verossimilhanças e convencimentos de juízos verdadeiros/falsos, possivelmente verdadeiros e possivelmente falsos.

¹⁶⁴ publicada em 1887

¹⁶⁵ Cf. HUSSERL, Edmund. **A Filosofia como Ciência de Rigor**. Coimbra: Atlântida, 1965.

Verdade é um acontecimento histórico e está sempre ligada a uma compreensão específica do Ser, pois relacionada especificamente com o fundamento de tudo que É. Uma peculiaridade da fenomenologia é que ela surge a partir da suspensão radical de todas as hipóteses (*epoké* ou *epoché*), configurando então uma *anti-teoria*, que exige a suspensão de todos os posicionamentos teóricos em geral e em particular o do conhecimento das coisas. Por isso, “*srticto senso*” não podemos falar aqui nesse texto em “hipótese de trabalho” na descrição fenomenológica do Direito, mas sim uma hipótese de releitura, através do método fenomenológico de pesquisa, da constituição da experiência do direito, nem tanto pelo seu fim, mas pelo descrição do seu conteúdo como um método de resolução de disputas entre as pessoas para apaziguamento social.. Nossa hipótese, pois, é o *constructo* “direito” como forma social organizada de relacionamento humano para a pacificação social de um grupo de pessoas, a partir das formas de interpretação não só da realidade do tempo dessa sociedade como também da interpretação pelo *jurista juiz de direito* dessa realidade em função das teorias do direito, em uma palavra, a hermenêutica. Abordaremos então, **dentro do conceito** de direito, os conceitos de verdade, evidencia e lógica. A arte da interpretação, a Hermenêutica jurídica não está ligada à verdade das coisas, mas sim a qual o melhor sentido daquele texto para a melhor decisão possível e útil para a solução jurídica do evento, nesse sentido, o imperativismo e os positivismos normativos transmutam a interpretação em um ajuste através do binômio necessidade/utilidade do meio para atingir um resultado jurídico, tanto na norma e ordenamento como na teoria da decisão jurídica e seus efeitos.

Para aquele mundo jurídico medieval, o direito era uma realidade ôntica, pertencente a uma ordem objetiva, estava no interior da natureza das coisas onde era possível e necessário descobri-lo e interpretá-lo, ou seja, um direito natural a partir do naturalismo que estava fora das esferas e espirais do poder público, uma essência fora do social, do antropológico, uma essência pura jurídica natural, portanto divina. Já o modelo contemporâneo de interpretar a natureza do direito desconstrói as mitificações das idades antiga e média, enraizadas nos costumes, abandona as referências naturais às leis divinas introduz a razão hegelina, kantiana e cartesiana como dedutoras das leis da ciência e, com elas, a ideologia que vincula direito ao poder. Neste contexto, houve a reconstrução da subjetividade, do próprio homem, que se tornou um fim em si mesmo a partir de Descartes, independentemente de qualquer raiz vinculada à religião, à natureza, ao cosmos. Aliás, a concepção do ser humano no Ocidente, é a da *imago Dei*, do homem concebido, por ele mesmo, à imagem do seu próprio Deus, assim a sua

dignidade procede de seu Criador, partilhando-a com todos os outros homens. Em Supiot¹⁶⁶, os três pilares da humanidade: a individualidade, a subjetividade e a personalidade nos dão a subjetividade de um ser único, um indivíduo, diferente de todos os outros. Como sujeito é soberano, nasce livre e dotado de razão, como pessoa adquire personalidade jurídica ao nascer, com a atribuição de vários direitos, como pessoa humana é vetor de interpretação normativa pela defesa universal de sua dignidade. Essa definição supõe a existência de uma referência última que simbolize o lugar antes ocupado por Deus e que garanta os direitos agora positivados, dito de outra forma, a referência divina desaparece para dar lugar a outra instância que garanta a sua identidade e que sirva de símbolo de proibição de tratá-lo como coisa. Este lugar passa a ser ocupado pelo Estado¹⁶⁷, outra das sombras de Buda a que se referiu Nietzsche em *A Gaia Ciência*. A personalidade, portanto, não é um dado biológico, mas uma construção cultural ou imposição dos saberes da cultura de poderes, nesse nosso exemplo, a unidade de corpo e alma que obriga a reconhecer a fronteira entre pessoa e coisa e que permite a cada homem ter garantida a dignidade humana. Garantia essa que desde o contratualismo deve ser assegurada pelo Estado. Ocorre que, por volta do Século XX, houve uma perda da fé no Ocidente em suas categorias fundadoras. A tentativa de redução do homem a um ser biológico, conduz aos dogmas da ciência *fetichizada*, “em que a crença na dignidade do homem é relegada à esfera privada ao lado das religiões, para deixar lugar na esfera pública apenas para o “realismo” da luta pela vida”¹⁶⁸.

O direito é sim um ente do mundo e o homem jurídico passa a ser ente no mundo, e, antes das aberturas de mundo do Ser heideggerianas, esse mundo jurídico forma uma *mônada* no modelo husserliano da consciência intencional, e aqui dizemos da consciência jurídica do mundo, a partir dos atos mentais jurídicos que intencionam os entes jurídicos, sempre intencionados em relação às formas jurídicas que existem nesse mundo e são atualizadas a todo tempo. Dessa *forma* e nesse sentido, partindo do pressuposto que toda filosofia jurídica é histórica assim como também toda hermenêutica jurídica é histórica, na medida em que aconteceu uma gradual e constante historicização do pensamento jurídico¹⁶⁹ a partir da

¹⁶⁶ SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus*. Ensaio sobre a função antropológica do direito.- São Paulo: WMF. Martins Fontes, 2007.

¹⁶⁷ SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus*. pp 15/35

¹⁶⁸ *Opc cit*, p 38.

¹⁶⁹ COSTA, Alexandre Araújo. Direito e método : diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

chamada Escola Histórica do Direito como descreveremos a seguir em uma reconstrução da hermenêutica filosófica do direito.

Hermenêutica jurídica que se afastou da busca de identificar o método de interpretação – origem, função e objeto principal da hermenêutica – e passou a constituir uma reflexão acerca da historicidade do próprio ato de compreender jurídico já dado, assim como das implicações dessa consciência histórica nos nossos modos de compreensão que passou a se chamar de Lógica Jurídica. A hermenêutica jurídica na era moderna teve suas narrativas originadas em dinâmicas contrapostas à sua própria historicidade, trazendo dogmas que originaram positivismos normativistas a partir de uma ideia de ciência e sistema no direito advindas do positivismo sociológico comtiano e do neopositivismo lógico do início Século XX. Uma perspectiva filosófica fenomenológica identifica esses dogmas da física do direito e, ao descrever o historicismo presente e constante da filosofia hermenêutica jurídica, propõe transcender esse corpo de conhecimentos, uma lida das coisas da interpretação do direito a partir da intuição metodológica da fenomenologia, uma hermenêutica fenomenológica a partir do pensamento jurídico.

Dentro dessa premissas do raciocínio jurídico e mais ainda, a *própria razão de todo entendimento das coisas, de todos os fenômenos*, por sua vez, como é de se esperar, possui uma esfera limitada ao horizonte histórico onde e quando os entes de conhecimento acontecem e, objetivamente para o pensamento jurídico e o Direito, como em qualquer teorização científica, é inevitável um sistema aberto¹⁷⁰ para conhecer, diversificar e tornar-se concreto nas suas manifestações para se apresentar como a mais viva imagem daquilo que a realidade reflete. A ideia, por exemplo, do instituto clássico do contrato não é outra, se não a do objeto inicial da cognição, que a consciência em fluxo capta e é captada pelo correlato desse objeto inicial, formando a consciência cultural e a atitude das pessoas que formam o fenômeno cuja espécie reconhecemos como contrato. Tal fenômeno só pode aparecer, existir, em um determinado horizonte de possibilidades de existência, possibilidades essas do modo como uma pessoa que está inserida junto à coisa no mesmo horizonte histórico e, nessa medida, o percebe, o compreende e, mais ainda, lida com ele nas relações com outras pessoas, relações de forças possíveis que sujeitam e assujeitam a própria existência. A consciência e o modo de existência de algo para o alguém desse algo, será sempre a capacidade de conhecimento que pode existir

¹⁷⁰ Mesmo entendendo todo sistema como fechado que se abre em inputs e outputs ao meio.

do pensamento jurídico e das figuras jurídicas em geral e é esse reflexo circundante que dá conhecimento da própria noção de contrato, uma das primeiras noções do direito. Na sua atividade prática, a ação humana toma a natureza das formas do pensamento que são refletidas na essência das coisas transformadas, de modo que dá ideia se processa nas percepções e a partir dessas percepções da realidade objetiva, nessas possibilidades que o mundo nos apresenta e da qual não podemos fugir.

Talvez a dificuldade do intelecto em compreender um “ideal” nas coisas refletidas, outra coisa não será, que a falta de identificar aquilo que foi isolado, na multivariada de concepções que tomam algo espacial e temporalmente refletido na forma ideal de noção, a noção das coisas. A ligação indissolúvel da atividade prática ao conhecimento das coisas é a base do significado comum do que se entende por Direito. Assim como sabemos o que é uma alcateia mesmo sem nunca termos cruzados com um bando de lobos, sabemos o que é uma lei sem nunca termos instaurado a subsunção do livro do Código Civil brasileiro. Esse Direito, assim compreendido e pela sua prática, pela lida do homem comum em um senso comum, transforma o mundo natural e social na interpretação do fato, do fato verdade, ou seja, na vontade da verdade, melhor colocando – na vontade do intelecto humano de capturar a realidade e de formar um caráter objetivo do mundo em sua complexidade – e que aqui adquire especial importância, especialmente ao desenvolvimento das relações sociais. Sem deixar de lembrar que todo conhecimento é datado, imaginamos aqui em época futura os seres humanos daqui a dois mil anos rindo de nossas grandes descobertas científicas sobre a lei de gravidade e de atração dos corpos - “ imaginem! ... Pensavam que existia uma força invisível magnética que atraia as coisas para o centro do planeta! Não sabiam da existência da partícula “lambda”, primitivos coitados, faziam o que podiam...”

De volta a nosso horizonte histórico de possibilidades husserliano, a construção de nossos conhecimentos está assentada em noções que tomam a particularidade de tudo que há de específico no social e no desenvolvimento do indivíduo. Por um lado, a problemática do conhecimento e as possibilidades e capacidades de adquiri-lo se renovam sem cessar, por outro, problemas de épocas remotas, tradicionais ou não, adquirem novos aspectos que implicam na necessidade de nova pesquisa. Assim como também os problemas já resolvidos do átomo e do bósforo pedem novas pesquisas e novas soluções pois o conhecimento não se satisfaz com o que já se alcançou, a exemplo do nosso contrato acima, que é caracterizado pela dupla declaração de vontade, haveria de se indagar se uma pluralidade de vontades declaradas

unilateralmente na formação de um ato jurídico continuaria a ser um contrato, talvez no formato multilateral, como se entendeu para a sociedade, ou uma concepção nova, como a de negócio jurídico complexo. Ambas as possibilidades claramente acessíveis e teorizadas na modernidade, a partir da Ciência do Direito, e a partir do trio das Teorias Contratualistas do Estado Moderno e perguntamos não mais o que é a sociedade, mas sim se a sociedade (premissa oculta) é um contrato multilateral ou plurilateral ou é um negócio jurídico complexo? Os resultados do pensamento jurídico e do que talvez pudéssemos chamar aqui de desenvolvimento da Ciência Jurídica, oferece a prova da falta de eternidade de uma ideia e de um autodesenvolvimento interminável desse pensamento jurídico e por conseguinte, do Direito. Isso nos conduz, necessariamente, ao surgimento de soluções modernas para os problemas que as várias etapas produzem e provoca a capacidade de conhecimento de formas e ideias básicas ou fundamentais. Foi assim para Marx que muito bem estudou o sistema capitalista e não conheceu o sistema do capitalismo financeiro que gera riqueza sem produção e é assim para os bens jurídicos independentes de uma titularidade atual e concreta para uma titularidade futura e abstrata (ou mesmo volúvel), como ocorre nas ações nas bolsas de valores com seus peculiares mercados, os chamados mercados de capitais.

A contemporaneidade **complicada**¹⁷¹ do mundo e a comunicação instantânea, próprias de um horizonte histórico que já foi estoico, mítico, artístico, científico, líquido e hoje cansado, guardam vínculos que expressam peculiaridades com os elementos dinâmicos da ordem e das leis a que estão submetidas. Esses vínculos, os jurídicos, como os de posse e propriedades, a partir de um que se sabe sujeito de direitos universais, figuram em uma universalidade absoluta e sem limites, a partir da interconexão de ideias de formas unitárias que o mundo demanda e se apresenta e a individualidade em um momento no tempo desse mundo objetivo, que são as condições possíveis e necessárias para a formação do conhecimento que temos das coisas, sem as quais não haverá impedimentos para que sejam tomadas umas pelas outras.

Pensamos aqui como era a vida dos gregos de outrora, como era o lar dos sábios e filósofos. A casa de Sócrates era sua posse e propriedade, mas é no processo da vida do pensamento jurídico que a propriedade e o contrato se distinguem, é no desenvolvimento complexo da sociedade que a propriedade surge não somente em razão de um contrato – é o caso do contrato de compra e venda, por exemplo. Nossas atuais interpretações de ato fato e

¹⁷¹ No sentido de *complicare/com plico/viver junto a*.

negócio jurídico nos diz que o contrato transforma a propriedade e sua indiscutível exclusividade em uma propriedade exclusiva apenas no tempo, para um mesmo imóvel, por meio de uma multipropriedade e sua transmissão pela “*Seisine*”. O comportamento humano está estruturado e acoplado a um pensamento jurídico de tal maneira que pode não somente receber e processar a informação do que é propriedade e do que é obrigação ou contrato, como ainda formular um plano de ação e levar a cabo certa direção ativa em seus atos para a realização no propósito de compreender o significado de propriedade e de contrato e a ideia de ambos, não somente para diferenciá-los, mas, também, para correlacioná-los. Eis aqui nosso caminho: nossas ideias, nossas capacidades de captar, entender e compreender a nós mesmos e o que nos cerca, nesse exato momento, através da lente do jurídico. Eis os meandros da interpretação jurídica do direito feita pelos juristas para o *homo juridicus*.

Pensemos então no conceito existencial de existência. Já trouxemos que o conceito de existência, a questão do Ser na filosofia surge inicialmente no momento histórico do fim da relevância dos mitos que integravam o todo harmonioso de outrora e em outro momento histórico, em Husserl, surge a questão fundamental de como e qual a nossa capacidade de enxergar (percebemos e compreender) a realidade, como entendemos a realidade no interior da qual vivemos, sentimos que vivemos o tempo todo. A pergunta filosófica dos gregos antigos – que é isso? – a qual – praticamente inventa a filosofia e os debates sobre a definição da existência, das certezas das coisas, e se faz sempre pela linguagem humana, e sempre pensada sob a ótica dos sujeitos, objetos e seus predicados, a resposta será uma definição da coisa e na mesma toada, qual a essência dessa coisa, qual a coisa primeira, seja ela o que é, a água, o fogo, o impermanente ou a mutabilidade, serão sempre predicados dessa coisa, elementos essenciais sem a qual ela não existe, qualidades essenciais, condição sem a qual ela não existe, ela é um Não-É, mas sempre adjetivos de uma coisa definida. Ao articular esses sujeitos e predicados, deixamos, pela própria linguagem, nossa noção existencial de existência, necessariamente, a função da “gramática mental” desse substantivo é dissolvida, senão mesmo implodida na própria existência a partir de uma nova dinâmica que não é mais substantiva, e sim uma dinâmica verbal. A noção existencial do fenômeno, ou seja, o *existir* da existência, verbaliza a experiência imediata de mundo sem a mediação predicativa da qualidade e sim do próprio existir, do ser.

Levinas¹⁷² escreve sobre a teoria da intuição da fenomenologia de Husserl, e entre outros textos de artigos explica sobre a teoria existencial. Nessa obra Levinas nos desvela que Heidegger transforma o substantivo em verbo. Nessa medida Heidegger deixa o legado essencial para entender fenomenologia – a força dos verbos. Assim os substantivos deixam de ser originários como são os verbos e em nosso pensamento gramatical restituímos o verbo como condição originária da percepção do mundo. Assim a noção de existência, que tem em Kierkegaard um dos primeiros interlocutores e deriva as diferentes linhas existenciais nos obriga a “des-substantivar” a noção de existir, de ser.

Em outras palavras, o caráter existencial da existência significa que não há caráter substancial na nossa condição de existir nesse mundo. Ou seja, não temos propriedades substanciais, não temos propriedades substantivas e assim não podemos mesmo perguntar pela condição humana, pela ótica grega tradicional no questionamento clássico que é isso – o ser humano? Essa pergunta coloca o ser humano necessariamente como objeto da frase, sujeito, com propriedades, características e predicados e, nessa medida, esconde o que para a fenomenologia de Heidegger é mais originária: quem é o Ser Humano? Como se dá esse que existe, como e onde. Esse “quem” vem sempre acompanhado pelo questionamento “como”, como se dá esse *quem* do ser humano? E são questionamentos mais originários porque a pergunta “o que é isso?” visa propriedades, exige um predicado fixo e, nessa dinâmica, está conectada, invariavelmente, à noção de substantivo. Já “quem?” e “como?” não buscam exatamente propriedades muito menos explicações, mas sim descrições, como algo se dá e não qual a causa do que se dá. A noção de existência traz consigo, em toda a fenomenologia, a exigência de repensar a maneira como nos aproximamos, como percebemos um ser, ser esse que somos, que não se caracteriza pelo conjunto de propriedades que podem ser esclarecidas mediante a pergunta o “*que é isso?*”, por mais que cheguemos as propriedades intrínsecas, sem as quais a coisa deixa de ser coisa, e chamamos de propriedades essenciais. Esse ser, pensando de forma existencial, possui tais propriedades essenciais, mas não são a essência do ser, a qual encontramos somente nas propriedades verbais desse ser.

¹⁷² LEVINNAS, Emmanuel. Descobrimo a Existência com Husserl e Heidegger. -São Paulo: Instituto Piage, 1997. ISBN-10 : 9728407882, ISBN-13 : 978-9728407889.

Assim, **nossa existência não é substantiva - somos verbo**, e não podemos ser substantivados nem hermeneuticamente explorados como coisas subsumidas em um sistema normativo. Existir é atuar e atuar, atuando, é atualizar verbos, é perceber a verbalidade do Ser, sendo Ser. Existir é *performar*, é atuação, é verbo, a existência traz para a condição humana o tornar-se, o de-vir. Esse tornar-se não se fixa, não se sedimenta, não se substantiva e nessa medida não sou estudante, professor ou juiz, só sou estudante “enquanto estudando”, ou magistrando no decidindo ou professor no educando. A noção de Ser conjugada com essa noção de existência se apresenta em dois modos verbais da nossa gramática, um primeiro no infinitivo do verbo - a existência - que em Heidegger está sempre em aberta, somos abertura, pois nunca nos definimos cabalmente, nunca se nos concluímos, o Ser não se totaliza em É, e, em um segundo modo verbal – o gerúndio – o exercício da existência não nos deixa ser uma pura indeterminação, um *apeiron*, não somos sem limites no mundo, nossas determinações são sempre performance, somos Sendo, somos segundo e conforme estamos Sendo aí no mundo, nesse caso agora, Escrevendo – eis meu existente – Sendo enquanto abertura ao que ao *Dasein* se apresenta. Em nossa gramática clássica, estou sendo Ser-escritor de tese porque escrevendo estou.

Essa verbalidade do ser, do existir do ser, foi muito bem colocada por autores existencialistas e trazemos, entre tantos, o exemplo de Simone de Beauvoir na famosa frase, citada sempre de forma incompleta: “a mulher não nasce mulher, ela se faz mulher”, em suas próprias palavras:

Ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado, que qualificam de feminino.¹⁷³

Texto que inaugura uma nova fase do movimento feminista e que além disso nos traz exatamente a ideia de existência a partir do existencialismo, onde ninguém nasce ninguém, como coisa determinada ou objeto identificado, os humanos se fazem existir na própria elaboração de Ser. Ao longo da história do pensamento, falar sobre existência não se refere, normalmente, ao conceito existencial de existência, mas sim à factibilidade de algo, o acontecimento de algo da vida, positivamente imposto como realidade, se essa coisa é factível.

¹⁷³ BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo – Vol. 2: A Experiência Vivida**. Vigo: Xerais De Galicia Edicions, 2010, p.11.

Esse conceito existencial de existência, é mais que algo que foi positivamente imposto como uma realidade, podemos ir além (ou aquém) mesmo e perguntar que é isso a existência? Existência não é um fato dado, o ser que existe, o ser do eu, é uma performance radical da condição humana, mais especificamente a redução da condução humana aos atos performáticos dessa condição e, nesse sentido, a vida é uma radical atuação, sem distinção, mas sim identidade entre o que realizamos e quem somos. Com isso dizemos que não há uma essência um *a priori* como causa que emite consequências que são os atos, pelo contrário, os atos, as condutas humanas, essa performance, ao atuar, existimos. Assim nossa arte hermenêutica que adquire essa performance e se atualiza a cada tempo de cada conduta, e dessa forma temos a vida como uma radical atuação e sem distinção entre o que realizamos e o que somos. Fora do binômio aparência/essência, somos radicalmente o modo como atuamos, ou seja, nós nos determinamos ao agir. O que também é diferente da ideia de que nos completamos ao agir, é mais que isso, nós nos determinamos ao agir e somente nesse momento, fora desse agir somos essencialmente indeterminados, nunca completos, sempre a nos completar.

A materialidade do ato não necessariamente comporta mesmo sentido, o mesmo significado, nesse caso no conceito existencial de existência o que está em jogo não é o “o que é”, mas sim o “como acontece”, “como” se dá a conduta humana, a qualidade do ato, a qualidade do comportamento humano, a qualidade do exercício de si em relação ao mundo, horizonte histórico de possibilidades. Não existem assim essências dadas, não falamos aqui de essência dadas, pré-formas, e nesse sentido a pergunta o que é o homem cai por terra face a questão como o ser humano se dá, como esse ser acontece. Não há que se falar de uma essência nem de um caráter que define o ser, a existência, como humano não prospera no conceito existencial de existência.

2.1.2 Necessidades de Novas Certezas Pós-Iluminismo: o Trans-Iluminismo

A Fenomenologia revela uma qualidade da época em que surgiu: a do abandono da mera especulação teórica e da imaginação no conhecimento em geral e isso significou a verdadeira revolução do momento e serviu como um marco para o rompimento com a forma de pensar do Século XIX e dos que lhe antecederam. Na passagem para o Século XX, o esforço foi o de tomar a experiência e a observação como o divisor de águas do conhecimento no novo tempo sempre vindouro que não se demora com as fontes passadas. Esses movimentos reunidos em

torno do Empirismo e do Positivismo, ou mesmo pelo Realismo, elevaram o conhecimento ao patamar da superação do que existe e é real ao invés de considerar os meros influxos especulativos. Mas, de outro lado, não resolveram os problemas relativos às coisas que não existem, ou que não sejam reais ou, ainda, que se encontram no plano ideal. Para reconhecer o que não existe ou aquilo cuja existência é posta em dúvida e que também haveria de ser conhecido, as formas da experiência e da percepção pelos sentidos já não seriam suficientes para produzir algum resultado. Se tomássemos a figura mitológica do unicórnio, numa indagação sobre o que significaria, o fato de não ser encontrado na realidade, não permitiria que se lograsse algum resultado. Nesse caminho do abandono da mera especulação teórica e da imaginação no conhecimento em geral, entramos nas dimensões do *topoi*, ou melhor, dos *topos*, e do “senso comum dos juristas” que Warat nos ensina a partir do seu conhecimento crítico do direito¹⁷⁴ que “uma soma de argumentos, que podem ser vistos como atuais respostas intelectuais a funções camufladas do saber jurídico, produzido pelo contexto acadêmico e profissional”¹⁷⁵ e aqui renovamos a proposta revisionista dos valores epistemológicos que regulam o processo de constituição das verdades jurídicas consagradas que não se faz aqui, como em Warat, pela supremacia da razão sobre a experiência, tampouco pela experiência sobre a razão, mas pelo primado da política sobre ambas onde a análise das verdades jurídicas se faz pela explicitação das relações de força entre os sujeitos e assujeitados que constituem de per se formas de domínios de conhecimentos com consequentes saberes e sujeitos como causado poder e do conhecimento. E estamos diante do senso comum teórico dos juristas, como ensina Warat, nas palavras de Lenio Streck, “[...] quando observamos a forma da concepção de racionalidade científica é apropriada na práxis do Direito, verificando como nenhum dos fatores, aparentemente rejeitados, deixa de manifestar-se”¹⁷⁶. O método fenomenológico trata de uma purificação da subjetividade pela *epoché*, assim para entendermos a intencionalidade

¹⁷⁴ Warat

¹⁷⁵ Warat, Luis Alberto. *Saber Crítico e Senso comum teórico dos Juristas: A significação dada ou construída via senso comum teórico contém um conhecimento axiológico que reproduz os valores sem, porém, explicá-los.* Consequentemente, essa reprodução (inautêntica dos pré-juízos, no sentido de Gadamer) conduz a uma espécie de conformismo dos operadores jurídicos. O senso comum teórico sufoca as possibilidades interpretativas. Quando submetido a pressão do novo, (re)age institucionalizando a crítica. Para tanto, abre possibilidades de dissidências apenas possíveis (delimitadas previamente). Ou seja, no interior do sentido comum teórico, permite-se, difusamente, (apenas) o debate periférico, mediante a elaboração de respostas que não ultrapassem o teto hermenêutico prefixado (horizonte do sentido).

¹⁷⁶ Lenio artigo STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

em Husserl e nas discussões filosóficas do conceito de evidência no Direito, partiremos do Discurso do Método, onde Descartes afirma que o objetivo do método filosófico consiste em “conduzir bem a razão” e em “procurar verdades nas ciências”. Por isso, Descartes¹⁷⁷ elabora um método universal composto por quatro regras, inspirada no rigor matemática. Cito-as: **regra da evidência** consiste em

[...] nunca aceitar como verdadeira qualquer coisa sem a conhecer evidentemente como tal; isto é, evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção; não incluir nos meus juízos nada que não se apresentasse tão clara e tão distintamente ao meu espírito que não tivesse nenhuma ocasião para pôr em dúvida.¹⁷⁸

Assim na logica cartesiana, a regra que pode ser entendida como a **Regra da Análise** nos diz que devemos “[...] *dividir cada uma das dificuldades que tivesse de abordar no maior número possível de parcelas que fossem necessárias para melhor as resolver*”¹⁷⁹. Junto a essa regra, podemos trazer o que O Método chama da **Regra da Síntese**, que consiste em conduzir por ordem os nossos pensamentos, dividindo o universo e começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir pouco a pouco, gradualmente, até ao conhecimento dos mais compostos, e admitindo mesmo certa ordem entre aqueles que não se prendeu naturalmente uns aos outros”¹⁸⁰. E por último, Descartes nos traz a regra da enumeração segundo a qual sempre devemos “[...] fazer sempre enumerações tão completas e revisões tão gerais que tivesse a certeza de nada admitir”¹⁸¹. Eis o nosso Método cartesiano. Para conduzir bem a razão, inata para Descartes e que surge da mente racional que duvida de tudo, em Husserl, ainda é incerta essa razão, ainda não é a essência, mas uma das formas em que a forma da consciência se apresenta.

O fato de Husserl introduzir o conceito de **intencionalidade como essência da consciência** já na crítica a Descartes, na questão da origem da razão na Segunda Meditação de forma subsequente à sua tese de que **todo cogito pressupõe um cogitatum**, não pode ser tomado como um mero acaso. A própria definição de **intencionalidade** da consciência enquanto “consciência de algo” parece estar em perfeita harmonia com a tese de que **todo o**

¹⁷⁷ DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Lisboa: Sá da Costa, 1984, pp. 17-8.

¹⁷⁸ **Ob. Cit.**, p. 15-17.

¹⁷⁹ **Ob. Cit.**, p. 17.

¹⁸⁰ **Ob. Cit.**, p. 18.

¹⁸¹ **Ob. Cit.**, p. 18-19.

cogito preserva íntima relação com a **corrente de cogitationes** não podendo ser tomado independente e, assim sendo, semelhante tese poderia parecer conflitante com o próprio significado que a *epoché*, o método da redução desempenha na fenomenologia. A questão aqui é de que o fato de que o **cogito se constitui como uma “vida intencional”** poderia causar certo desconforto com o papel de **“purificação” da subjetividade desempenhado pelo método da redução fenomenológica** e Husserl apressa-se em desfazer esta possível interpretação dizendo que dentro deste contexto, a redução fenomenológica que conduz a investigação ao ego puro não modifica o fato de que a **consciência transcendental** constitui-se a partir de uma “indissolúvel correlação” *cogito-cogitatum*. E a tarefa da fenomenologia transcendental consiste precisamente em descrever esta correlação muito tênue que se estabelece no domínio da consciência. Neste sentido, o método da redução fenomenológica tem a função de tornar explícita esta estrutura transcendental da consciência e mostrar que esta dualidade aparente se dissolve no âmago de um mesmo domínio. E pensamos mesmo que sem esta continuidade objetiva, a consciência íntima do tempo não poderia existir, ela seria não somente inconcebível como também necessariamente inexistente. E a partir daí nada autoriza a dizer que a evidência da existência do mundo toma como pressuposto a evidência da existência dos sujeitos, pelo contrário, estas duas evidências se situam no mesmo degrau e, neste caso, o sujeito é qualquer coisa que já pressupõe a antecipação do mundo no qual existe, ou melhor onde existe, já pressuposto de existência. Aqui Husserl parte do subjetivismo transcendental de Descartes para a sua fenomenologia transcendental.

No final do Século XIX e primeiros anos do Século XX, a filosofia e seus saberes formas desafiadas pelas ciências ditas naturais, empíricas, por todos os meios acadêmicos. Os docentes de filosofia, nas faculdades, tentavam recuperar seu papel de liderança no mundo do saber e, nesse contexto, Husserl tenta consolidar a filosofia no status de ciência fundamental pela precisão científica do seu método, fundamento esse, ao contrário do que acontece nas ciências empíricas, o qual não deveria situar-se na empiria como *a priori* último, mas na consciência transcendental, na consciência além da própria existência do “eu” do sujeito. Por isso a filosofia fenomenológica é, em todos os sentidos, a única ciência absolutamente rigorosa, pois fornece antes a si própria os seus fundamentos, para então fundamentar todas as outras ciências. **O objeto de Husserl e onde o filósofo da fenomenologia desempenha maior esforço é mostrar que, enquanto regras meramente empíricas, ou seja, “aproximativas”, inferidas através da indução exercida pela ciência psicológica, tais “leis gerais” carecem de exatidão**

absoluta, pois a validade dessas leis depende de “circunstâncias” e, deste modo, não são “leis genuínas”. Para Husserl, todas as leis alcançadas por indução consistem, na medida em que carecem de valor absoluto, em leis de probabilidade. Neste sentido, essas mesmas leis psicológicas não poderiam ser confundidas com as leis da lógica, nem com os princípios lógicos ou as leis da silogística, cuja validade é sempre a priori, cuja fundamentação e justificação se dão não por meio da indução, por meio de suposições probabilísticas, mas por evidências apodíticas apreendidas por intelecção¹⁸².

Assim temos a intencionalidade da consciência entre os atos mentais e seus correlatos sintéticos jurídicos - explicando melhor - a intencionalidade da consciência husserliana se constitui a partir da relação que sujeito pensante, pensamento e objeto pensado se trespassam – *cogito e cogitatum*. Isso nos revela que Husserl, **mesmo entendendo o caminho do eu cartesiano, e o ser do Eu de Descartes como a primeira verdade apodítica, rejeita o modo como Descartes o concebeu**, porque a consciência é sempre de alguma coisa e as coisas só têm sentido para uma consciência. A intencionalidade representa esse direcionamento que a consciência tem em relação ao objeto e se apoiando no conceito de intencionalidade de Brentano, desvela algo que as ciências positivas haviam separado: a unidade entre sujeito e objeto pela intenção de ambos. A consciência do mundo é, essencialmente, a intencionalidade do ato de atribuir um sentido a algo. Nesse sentido, a intencionalidade é o que unifica, em fluxo, a consciência e o objeto, o sujeito e as vivências desse sujeito e o mundo que aparecem da mesma forma ao mesmo tempo. A intencionalidade, então, traz o reconhecimento de que o mundo não é pura exterioridade e o sujeito não é pura interioridade, que não há que se falar em dentro e fora, e que a saída de si para o mundo tem uma significação para ele. Após o contato com a ideia de intencionalidade de Brentano, Husserl referencia Descartes por ter sido aquele que inaugurou um novo modo de ver a subjetividade. E, parte, principalmente, da leitura das *Meditações*, na qual é sua inspiração para escrever *Meditações Cartesianas* que considera como sendo uma introdução à fenomenologia, e um novo tipo de filosofia: "Descartes inaugura, de facto uma filosofia de tipo inteiramente nova. Esta, ao modificar todo seu estilo, empreende

¹⁸² HUSSERL, Edmund. *Investigações Lógicas*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

uma viragem radical do objetivismo ingênuo para um subjetivismo transcendental, que em tentativas novas, e, no entanto, sempre insuficientes, aspira a uma forma final pura”¹⁸³.

Com a intencionalidade há o reconhecimento de que o mundo não é pura exterioridade e o sujeito não é pura interioridade, mas a saída de si para o mundo que tem uma significação para ele. Husserl faz referência a Descartes por ter sido ele quem inaugurou um novo modo de ver a subjetividade. E parte, principalmente da leitura das *Meditações*, a qual é sua inspiração para escrever *Meditações Cartesianas*, que considera como sendo uma introdução à fenomenologia e um novo tipo de filosofia:

"Descartes inaugura, de facto uma filosofia de tipo inteiramente nova. Esta, ao modificar todo seu estilo, empreende uma viragem radical do objetivismo ingênuo para um subjetivismo transcendental, que em tentativas novas, e, no entanto, sempre insuficientes, aspira a uma forma final pura”¹⁸⁴.

Essa ingenuidade que de que tratou Husserl, o motivou a se debruçar, ainda mais, no tema da subjetividade transcendental e contribuiu para que ele elaborasse uma Fenomenologia da Consciência. Husserl deixou, em toda em sua obra, sua clara opção por reconhecer os passos do filósofo francês, visto considerar que ele deu consideráveis contribuições, grande passo para compreender a subjetividade, apesar de ter tido uma perspectiva diferente. Sob a questão das funções intencionais da experiência, no epílogo de *Meditações Cartesianas*, Husserl nos traz que a vida cotidiana é ingênuo. Viver, assim, é engajar-se no mundo que nos é mostrado pela experiência, pelo pensamento e nos limitar a agir, onde agir passa a ser emitir julgamentos de valor. Todas essas funções intencionais da experiência, graças às quais os objetos estão simplesmente presentes, completam-se de maneira impessoal: o sujeito nada sabe delas. E aqui Husserl destaca também a sua diferença no modo de abordar o ego, esclarecendo que Descartes estruturou sua dúvida metódica para explicitar o *ego res cogito*, coisa pensante, **como modo de ser da razão que coisifica o ego; já Husserl vê o ego como a própria consciência enquanto resíduo fenomenológico, pois ele é o polo ideal de onde parte a consciência** intencionada ao objeto, que é seu correlato. Discute, então, a necessidade que o filósofo no exercício da fenomenologia terá de passar da atitude natural para a atitude fenomenológica.

¹⁸³ HUSSERL, Edmund. *Investigações lógicas – Primeiro volume – Prolegómenos à Lógica Pura*: de acordo com o texto da Husserliana XVIII editado por Elmar Holenstein. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2005. (Phainomenon - Clássicos da Fenomenologia)

¹⁸⁴ Idem.

“Fenomenologia” designa uma ciência, uma conexão de disciplinas científicas; mas, ao mesmo tempo e acima de tudo, “fenomenologia” designa um método e uma atitude intelectual: a atitude intelectual especificamente filosófica, o método especificamente filosófico sobre o olhar.

Compreender que a fenomenologia proposta por Husserl é antes de tudo, uma postura filosófica além de um método de rigor metodológico, abre outra perspectiva para se acessar o fenômeno que aparece a consciência no resgate da relação entre Filosofia e outras ciências que Husserl faz em "*A Filosofia como Ciência de Rigor*", onde critica e aprofunda a perspectiva que refletiu sobre o avanço desenfreado do pensamento naturalista, no historicismo e do idealismo. Discutiu o apego ao psicologismo, as consequências do historicismo, da ideologia e, principalmente, a naturalização da consciência e das ideias, no momento em que a ciência e a psicologia tentaram nivelar a consciência aos fatos naturais e as normas da razão lógica. Tratar a consciência como um fato natural é “coisificá-la”, apenas como um objeto separando-a do sujeito. Nas palavras de Husserl, consciência é "resíduo fenomenológico"¹⁸⁵. A consciência não é conteúdo, é um fluxo, um movimento, um feixe em movimento de atos mentais em direção ao objeto que se apresenta a esse ato de forma correlata apresenta o sujeito de forma síncrona. Os cientistas do modelo geral das causas e consequências tentam a todo custo encontrar causas para fenômenos humanos e sociais, ainda com a perspectiva das ciências naturais como a lei da gravidade, infelizmente. E ao fazerem isso perdem de vista o fenômeno em si, tentam enclausurá-lo, isolam as variáveis que interferem, testam outras e perdem o fenômeno em seu movimento. Eles cercam o fenômeno percebido de explicações, dão a ele a configuração de um fato isolado, criam relações e explicações e por perdem sua essência de vista. Por exemplo, a ciência ainda tenta reproduzir o mundo-da-vida em laboratório, procura ainda responder às situações cotidianas prendendo-as no laboratório. Assim como o jurista cerca o fenômeno jurídico político de explicações dogmáticas e tentam reproduzir a vida a partir do laboratório positivista normativo da hipótese husserliana contida na Teoria Pura e esquecem a obra Sociologia do Direito do mesmo cientista.

Na sua época, Husserl se preocupou com os destinos da cultura e da humanidade, preocupação esta que ainda pode ser validada. Passadas mais algumas décadas, vale lembrar que as escolhas que a ciência fez para o progresso da humanidade fizeram tornaram-se concretas. Tudo se justifica e se explica pelo viés científico e tecnológico. Husserl enxergou

¹⁸⁵ HUSSERL, Edmund. **Ob. Cit.** Coimbra: Atlântida, 1965, p. XIII (pp. 12-3).

com clareza as consequências futuras do apego à técnica, à ciência, a naturalização da consciência e da subjetividade e ao uso método experimental, na mesma medida que Nietzsche também o fez. Dentre estes pontos, Husserl também se pronunciou dizendo não ter nada contra a ciência, mas que era preciso repensar de modo urgente os rumos que ela seguiria se optasse por tornar o método científico seu Deus, a técnica seu serviçal e o capitalismo seu agente financiador.

Na 2ª parte da obra *Investigações Lógicas*, que tem como título *Investigações sobre a Fenomenologia e a Teoria do Conhecimento*, em especial na 5ª e 6ª investigações, Husserl se dedica ao estudo e análise *do que é o conhecimento e o que é ser consciente*. Além das análises do como se consegue adquirir uma consciência. E Husserl vai além e busca responder em que consiste a consciência, como ela se dá, além da fisiologia, neurociências ou teoria do conhecimento, e usa algumas formas como exemplo ao perguntar “[...] *o que significa imaginar um unicórnio galopando, esperar a próxima colheita de vinho ou pensar na raiz quadrada de 4*[...]”¹⁸⁶, claramente debatendo realismo e idealismo, pois pensa exatamente em conhecer e descrever nossas experiências como elas acontecem em primeira pessoa, na estrutura imutável e essencial em sentido estrito da consciência, na dimensão cognitiva da consciência tal como são as nossas experiências em cujas vivências não conhecemos a maioria dos processos que se dão em nosso cérebro, orientando nesse especial sentido por Franz Brentano. Assim Husserl *já elimina, de pronto, pressupostos metafísicos na fenomenologia* que deve ser nem mais nem menos que a detalhada e pura descrição daquilo que aparece ser um ato da consciência de algo na consciência desse algo, tal como Descartes usou o movimento da dúvida hiperbólica, seu próprio método para achar como acontece essa coisa, esse fenômeno – a consciência.

Em suas análises Husserl observa e percebe, através dessas descrições que sempre, invariavelmente, que a consciência é consciência de algo, sempre um estar dirigida para algum objeto e essa propriedade essencial da consciência, essencial pois sem a qual não se trata de consciência, designou como intencionalidade. Assim, e nas palavras de Zahavi¹⁸⁷, não se ama ou se teme algo, ama-se algo desejável, teme-se algo ameaçador¹⁸⁸ e nesse sentido não se julga algo, julga-se sempre um estado de coisas, ou seja, todas as formas o que está em questão é a

¹⁸⁶ ZAHAVI, Dan. **A Fenomenologia de Husserl**. Rio de Janeiro: Via Vertia, 2015, pp. 18-20.

¹⁸⁷ ZAHAVI, Dan. **A Fenomenologia de Husserl**. Rio de Janeiro: Via Vertia, 2015.

¹⁸⁸ ZAHAVI, Dan. **Ob. Cit.** Rio de Janeiro: Via Vertia, 2015, p.22.

percepção de quem ama, teme ou julga. O pensar, o julgamento, a lembrança o avaliar, o duvidar de tudo, a expectativa, o decidir, o arquitetar, todas essas formas de consciência são determinadas pelo seu próprio tender ao interior do objeto percebido, e não podemos falar deles, sem inserir aí o seu correlato objetivo, o percebido, o duvidado, o esperado, o avaliado, o julgado, o pensado, o lembrado, o arquitetado etc.

No decurso da elaboração da fenomenologia, até onde sabemos, Husserl concentra seu interesse mais em duas questões sensíveis da existência e da percepção dessa existência no mundo da vida: em primeiro lugar como o mundo real em sua temporalidade, em sua consistência intersubjetiva, em sua objetividade se constitui em nossa consciência e uma segunda questão de como passar da atitude natural para a atitude filosófica. O autor nos demonstra que a lógica é o *a priori*, para uma teoria da ciência e Husserl rejeita a ideia de que os fundamentos de uma lógica normativa e da teoria do conhecimento se encontram na psicologia. Da mesma maneira não aceita a consequência empírica do psicologismo, no sentido de que as leis do pensamento também sejam as leis da natureza, que produziria o pensar racional. Critica, sobretudo, as concepções de Stuart Mill¹⁸⁹ e Herbert Spencer¹⁹⁰, na metade do Século XIX, que tentaram fundamentar a lógica de forma antropológica. Husserl critica esse psicologismo na lógica, que é comum a essas posições de Mill e Spencer, por conduzir a um relativismo cético. Diante disso, Husserl persegue as condições que possibilitam ciência ou teoria em geral, e distingue, inicialmente, dois campos da lógica pura: de um lado, a lógica das categorias de significação como o conceito, proposição, conclusão e, de outro, a lógica das categorias objetivas tais como objeto, conteúdo, unidade, pluralidade, relação etc. Dentro dessa esfera de essências ideais, distingue, mais uma vez, entre um sistema de categorias semióticas (e não semiológicas), e um outro sistema, extremamente objetivo para o qual o primeiro indica. E nos traz que, entre ambos, existe uma correlação específica e uma forma especial de atingi-

¹⁸⁹ John Stuart Mill (1806 – 1873) foi um filósofo e economista britânico, o filósofo de língua inglesa mais influente do século XIX, conhecido principalmente pelos seus trabalhos nos campos da filosofia política, ética, economia política e lógica, além de influenciar inúmeros pensadores e áreas do conhecimento. Defendeu o utilitarismo, a teoria ética proposta por Jeremy Bentham.

¹⁹⁰ Herbert Spencer (Derby, 27 de Abril de 1820 — Brighton, 8 de Dezembro de 1903) foi um filósofo, biólogo e antropólogo inglês, bem como um dos representantes do liberalismo clássico, admirador da obra de Charles Darwin e é dele a expressão "sobrevivência do mais apto", e em sua obra procurou aplicar as leis da evolução a todos os níveis da atividade humana e conhecido como "Pai do Darwinismo Social" apesar de jamais ter utilizado esse termo, na verdade foi opositor de governos militares e autoritários, de qualquer forma de coletivismo, do colonialismo, do imperialismo e das guerras, estudou o comportamento humano como um órgão biológico.

los e mais tarde, designou esses dois sistemas com os termos de lógica apofântica¹⁹¹ e lógica formal¹⁹² ou ontologia formal e teoria formal dos objetos. Aqui podemos entender mesmo como a ciência das possibilidades, as possibilidades de uma vivência, em especial da vivência do fenômeno jurídico de uma fenomenologia jurídica.

Repetimos então que consciência não é receptáculo e não é um algo que está contido em outro algo, ou no cérebro ou no espírito ou na mente, não é dado e não é dom, não é parte física do corpo nem metafísica. Não está dirigida a um objeto de maneira causal, ou seja, não é uma relação causal mente/objeto, causa e consequência. Negando assim as concepções materialistas e naturalistas, Husserl explica que os objetos ao nosso redor, efetivamente existentes, são apenas uma muito pequena parte daquilo em que nossa consciência “se acha dirigida a”, pois, usando analogicamente o exemplo de Husserl, enquanto escrevo aqui em minha sala, no meio da pandemia, posso pensar também no lado escuro da lua, em quadrados redondos, no saci-pererê e em Oxaguiã, ou mesmo unicórnios, dragões, no justo, no método e na lógica. Pensamos, então, em objetos, coisas, fenômenos, não ao meu redor, em coisas existentes e não existentes, fantasiosas e abstratas, passados e futuros e em objetos ideais. Assim, nosso pensar não advém do resultado causal nem do fato dessas coisas todas terem exercido uma relação causal em mim.

Em Husserl o fato de ser possível e corriqueiro dirigir nossa consciência, dirigir intencionalmente, para coisas que não existem, coisas ou não coisas, já “demonstra” com argumento decisivo, contra a teoria da causalidade que exige que o objeto precisa exercer efeito causal em mim, ou melhor dizendo, minha intenção não cessa de se relacionar, intencionalmente, com esse seu (da intenção) objeto, mesmo quando vem à tona que esse objeto não existe. Com isso, a interpretação objetivista de intencionalidade não se sustenta, muito menos a subjetivista que entende que objeto intencional é imanente ao ato mental, uma relação entre consciência e seu objeto que só existe se ambas conexões existirem, pois *intencionalidade não é objeto psíquico no interior da consciência* pois podemos, em diversos atos de consciência

¹⁹¹ Em um sistema que procede ao estudo formal das proposições, suas propriedades e características, assim precede a validade formal das proposições linguísticas e matemáticas, que é o que ele busca nas suas pesquisas sobre o que é o número, em especial a unidade número um. Mais em Geometria como um problema histórico intencional (*Die Frage nach dem Ursprung der Geometrie als intentionalhistorisches problem*), melhor usada por Derrida que aproxima Husserl de Wittgenstein tardio (2°).

¹⁹² Aqui como como a ciência das leis do pensamento e a arte de aplicá-los “corretamente” na procura e demonstração da verdade.

estar dirigidos para o mesmo objeto assim a identidade do objeto não pode depender da identidade do ato, pois se o objeto de minha intenção fosse efetivamente imanente ao ato, eu nunca poderia experimentar o objeto além de uma única vez e, pela mesma razão, sujeitos diversos não poderiam perceber o mesmo objeto.

Outra questão trazida à tona por Husserl, desde os Prolegômenos até as Conferências de Paris é que o modo de aparição de nossos atos e o modo de aparição dos objetos na consciência são diferentes. O modo através do qual as coisas aparecem de forma e em perspectiva (aparição perspectivística) é aquela onde podemos considerar, como exemplo, as coisas na minha frente, agora, as teclas do meu notebook que aciono nesse momento. Para Husserl, a caneta tinteiro¹⁹³ de seus escritos diários, o objeto fenomênico *não se confunde com a aparição dele*, vez que ele nunca aparece em sua totalidade, mas sempre a partir de uma perspectiva limitada. É aqui é importante notar que da mesma forma, o mesmo acontece quando pensamos, lembramos e falamos sobre um objeto, pois sempre pensamos nele sob certa forma, sob determinada descrição, sob um determinado conceito, assim nenhum fenômeno particular consegue esgotar todo objeto que nunca se esgota em uma única ação, em um único dado, mas transcende constantemente o seu ser dado. Todavia isso não quer dizer que esse objeto se esconde por detrás do fenômeno como uma coisa em si incognoscível e nessa medida Husserl se afasta e nega a hipótese kantiana, muito menos que esse objeto seria a soma de todas as aparições, mas sim que o objeto é o elemento inteiramente idêntico que conecta todas as suas aparições diversas e é sempre possível experimentá-lo a partir de perspectivas diversas, assim em todo fenômeno jurídico, do pensamento jurídico do ato/fato/negócio jurídico ao acontecimento no mundo de um contrato de locação à definição de possuidor de boa fé na alienação fiduciária simples.

Por outro lado, em uma não aparição perspectivística, as coisas se mostram de maneira diversa em relação ao modo de aparição da consciência ela mesma. Ou seja, quando meu ato de ver, na reflexão da mente, não é perspectivamente dado, quando não possui outros lados velados, quando o ato se estende no tempo ele nunca pode ser dado nessa totalidade temporal na reflexão, ou seja a dogmática jurídica, acontece uma incompletude desse ato e objeto, diferente da aparição dos objetos físicos em suas perspectivas. Assim, se o objeto estivesse contido na consciência e fosse parte desse fluxo, necessariamente precisaria tomar parte no

¹⁹³ Hua 3/86-89, ou uso ZAHAVI, Dan. A Fenomenologia de Husserl – Rio de Janeiro: Via Vertia, 2015, p24-26.

modo de aparição do ato, o que não acontece nem para objetos reais e efetivos, muito menos para intenções que se dirigem a objetos transcendentem em relação à consciência. Zahavi¹⁹⁴ explica melhor quando diz que quando penso em um fauno tocando flauta, estou lidando com um ato intencional de uma estrutura determinada, que tem um fauno por objeto. Até aqui vamos bem, quando penso em entes, seres coisas estruturas essa coisa a tenho por objeto. E continua: “[...] mas esse fauno não está realmente contido no ato [...]” e isso porque por mais fundamentalmente que se possa analisar o ato, o fauno não tem como ser encontrado nesse ato como um dos componentes do ato mental da consciência. Isso porque o fauno tem um conjunto de propriedades que faltam à minha consciência, como seus chifres, a propriedade de saltar, de tocar flauta, todavia, e aqui está a questão, esse mesmo fauno, de modo oposto ao ato, também aparece perspectivamente.

Voltando a Husserl, o que está em questão, é exata e precisamente o fato de os respectivos atos mentais serem intencionais sempre, independentemente de seus objetos existirem ou não, e assim se dá nos atos intencionais do jurista em relação aos objetos jurídicos. Lembramos que o objeto intencional não é um constructo mental e sim objeto mesmo de minha atenção, que é intencionada a ele, ou seja, meu objeto intencional não é uma mera imagem mental, não é cópia imanente ou representação do real ou do objeto, é mesmo o objeto intencional¹⁹⁵. Já que a percepção possui acesso direto e imediato ao seu respectivo objeto que é sempre intencionado, a fenomenologia de Husserl considera esse acesso como um “realismo perceptivo direto”¹⁹⁶. A relação intencional da consciência com o objeto, aqui, não quer dizer que o objeto esteja “fora” da consciência e a sua representação estaria “dentro” da consciência como quer o representacionismo, que parte da ideia de que a consciência está dentro de algo como na mente ou no nosso cérebro. No exemplo de Husserl, quando percebo um quadro uma moldura, um pano, pinturas cores e formas, o entendimento e o conhecimento dessa coisa se dá por meio *da concepção intencional* que entende e conhece a Monalisa ou o Abapuru de Tarsila do Amaral.

¹⁹⁴ ZILES, Urbano. A fenomenologia husserliana como método radical. In.: A crise da humanidade e a filosofia. 3. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. p. 12-5. (Coleção Filosofia, 41).

¹⁹⁵ Hua 3/207-208,22/305 e em ZAHAVI Dan. ZAHAVI, Dan. *A Fenomenologia de Husserl* – Rio de Janeiro: Via Vertia, 2015, p 27.

¹⁹⁶ Idem, p27-29.

Fato é que a intencionalidade não distingue objetos efetivamente existentes de representações de fantasias, memórias ou imaginação, todos os objetos são intencionais, em nossa consciência intencional a partir dos atos dessa consciência como pensar, calcular, lembrar, imaginar, sonhar entre outros tantos. Esses atos, esse fluxo *em direção a*, não é a subjetividade, não está encapsulada em si mesma como um artefato de conhecimento e usa do instrumento da razão e da lógica, usa também da emoção, esse fluxo *vê e sente o mundo fora dela* e o interpreta é uma ideia equivocada. Consciência não tem dentro nem fora, não contém nem está contida, para Husserl, consciência é um fluxo, um movimento, um deslocamento, tal qual uma brisa ou o movimento do mar. Nesse sentido e nessa forma a analogia do Vedas vem a calhar, quando vemos a onda no mar, a espuma, tudo é mar, como a onda é mar, assim também é a corrente marítima, e o conjunto é o oceano, ao mesmo tempo tudo é água em fluxo. Com isso queremos dizer que o fluxo da consciência não é um órgão, um recipiente um existente hermético, é um fluxo, um feixe de atos de consciência que acontece em fluxo. Os atos de consciência como ver, lembrar, observar, meditar, sonhar, sentir, entender se dão em fluxos na consciência de algo. Esses atos, em fluxo, em consciência de algo, percebem esse algo, as coisas que se apresentam nessa consciência, nesse devir, nesse eterno presente, no existir mesmo como ele se apresenta para o que existe, em um presente contínuo, deixam alguns precipitados, deixam algum fundo de chão, um sedimento, alguns registros que se mantem constantes nesse fluxo.

A redução fenomenológica, a *epoké*, é arte da descrição do que se mostra, pondo em suspensão esses precipitados, esse fundo de chão, esses conhecimentos prévios e direcionando o fluxo da consciência ao que se nos aparece, que não é o objeto já pré-concebido muito menos nominado. E para se constituir um algo, uma coisa, um objeto, esse fluxo, esse feixe deve construir esse objeto a partir da descrição do fenômeno e sua essência que se apresenta ao mesmo tempo e que deve deixar a coisa se apresentar, ou seja, acolher, a partir da experiência mediata de algo, experimentar a auto revelação mediata desse algo, e não viver na simbolização desse algo. Experimentar então a realidade como é, como se mostra a cada vez, pois a significatividade é correspondente à existência¹⁹⁷. Assim, o sujeito de direito só existe para o ato mental de interpretação intencional jurídica do ser humano, nesse caso, ato de consciência

¹⁹⁷ E diferente de Heidegger que entende que coisas em si não têm significado, só existência, em Husserl ainda existe uma essência subjetiva.

de direito do mundo, o que faz do ser um mero ente jurídico ao mesmo tempo em que o Direito dá existência a esse ser.

2.1.3 *Intuição Categorical em Husserl*

O objeto da “VI investigação” das Investigações Lógicas de Husserl é a intuição categorial. Para encontrarmos os universais¹⁹⁸ precisamos mais que a mera percepção, para alcançarmos as coisas elas mesmas, precisamos entender que a coisa, o objeto observado é intencional, intencionado pela consciência que o observa e não é um objeto sensível, também não é meramente físico, mas sim um objeto como o próprio autor das Investigações Lógicas o denomina, *ideal de ordem superior*. E a percepção desse objeto acontece pela intuição do objeto, na medida que a intuição é o dar-se, é o parecer da coisa como tal, um conjunto de pré-entendimentos e dos sentidos humanos que se direcionam a algo que está a nossa frente, que se mostra como um dispositivo que tem uma tela onde aparecem palavras. É essa explosão na direção da coisa intencionada, é esse imediato, esse direto que acontece ao percebermos as coisas. O objeto intencional pode ser uma cor, a cor dessas letras pretas, ou um categorial como a ideia do preto como cor, ou como ausência de cor. Assim, duas são as intuições, as semânticas de categorias vazias cujos significados são dados por signos em predicacões vazias, a saber: “a mula sem cabeça tem fogo saindo do pescoço” ou “o saci-pererê é preto e tem uma perna só, fuma cachimbo e usa gorro vermelho chamado carapuça”. Por outro lado, temos as intuições categoriais preenchidas quando o objeto de que se fala é um dado intuitivo, do mundo empírico, como por exemplo, eu vejo pessoas na minha frente pela tela e penso “meus examinadores estão sentados em frente à câmera dos computadores”.

O ato categorial é um *objeto sintético*, ou seja, a síntese de todos esses atos mentais que a consciência da coisa mostra, percebe e identifica, em uma forma de conhecimento onde um material pré-dado adquire forma lógica e, para Husserl, esse material é também sensível, ou seja, tudo que é categorial acaba por se apoiar em intuições sensíveis, não há pensamento

¹⁹⁸ A querela dos universais aqui é o debate sustentado pelos historiadores da filosofia sobre questão de saber se os universais são coisas dos realistas, empíricas, ideais ou meramente palavras dos nominalistas.

possível sem uma fundação, um pré-reflexivo, sensível. O mesmo para os juízos que Kant chama de “*a priori*”, são baseados em experiências sensíveis, pois sabemos que vermelho é diferente do amarelo e do verde, o justo é diferente do injusto e o falso é diferente do verdadeiro. As intuições categoriais não são as intuições intelectuais de Kant, das coisas em si mesmas, divinas para Kant, em Husserl essas intuições de fenômenos sensíveis são as percepções, mas as intuições categoriais nada mais são que intuições categoriais, nesse sentido a intuição sem pensamento é cega e o pensamento sem intuição é vazio. Aqui, o conceito de intuição em Husserl é mais abrangente: toda intuição sensível é válida e tanto quando a intuição categorial, um ato de pensamento autêntico que se sustenta na experiência sensível.

O modelo moderno imediato de subjetividade é a pressuposição de que a subjetividade se relaciona com os objetos por meio de representação de imagens, de conceitos e de juízos, de julgamentos. Sujeito como uma instância que percebe e capta as imagens das coisas, estruturando a partir dessas imagens, suas experiências e produzindo juízos e julgamentos sobre as coisas em geral. Esse modelo de consciência é marcado pela ideia de faculdade, captadora do mundo fora do sujeito, através de suas capacidades específicas, que tornam possível uma relação com os objetos que estão no mundo. Assim, a consciência cartesiana tem uma propriedade que torna possível ao sujeito uma relação específica com os objetos. Esse modelo é questionado pela fenomenologia na medida em que não somos uma consciência que existe dentro da mente, ou do cérebro ou de relações neuronais dotada de propriedades específicas por meio as quais nos relacionamos com as coisas. Também não somos constituídos por uma forma de relação de auto-referencialidade, não entro em mim mesmo para encontrar em mim a consciência que me conecta com o fora, ao contrário – já existimos no fora, no para fora, expulsos de “eu” autorreferenciado diferentemente da ideia de sujeito separado do objeto, pois a essência da consciência é a intencionalidade. A consciência é consciência de algo exatamente porque esse “eu” só acontece junto aos objetos sendo ele mesmo, objeto da consciência. Intencionalidade significa “tender para o interior de”, e nessa medida os atos da mente, os atos da consciência se constituem a partir dessa intencionalidade à coisa intencionada.

A consciência, então, deixa de ser uma coisa dotada de propriedades e se constitui como uma dinâmica de realização das suas possibilidades de ser, é uma dinâmica de realização de atos, uma performance de si, o ser da consciência é a performance de si, uma síntese de vivências intencionais em fluxo. Esses atos, esse fluxo de atos de consciência, que já vimos que não é a subjetividade, não tem dentro nem fora, não contém nem está contida. E insistimos,

consciência é um fluxo, um movimento, um deslocamento, tal qual uma brisa ou o movimento do mar. Nesse sentido e nessa forma a analogia do Vedas vem a calhar, quando vemos a onda no mar, a espuma, tudo é mar, como a onda é mar, assim também é a corrente marítima, e o conjunto é o oceano, ao mesmo tempo tudo é água em fluxo. Com isso queremos repetir a ideia de que esse movimento da consciência não é um órgão, não está contida é um fluxo, um feixe de atos de consciência. Os atos de consciência como ver, lembrar, observar, meditar, sonhar, sentir, entender se dão em direção ao visto, lembrado, observado, meditado, sonhado. Esses atos que intencionam algo através da consciência de algo, percebem esse algo que se apresenta nessa consciência, nesse devir, nesse eterno presente, no existir mesmo como ele se apresenta para o que existe, em um presente contínuo, que deixam alguns precipitados, deixam algum fundo de chão, um sedimento, alguns registros que se mantem constantes nesse fluxo.

A resposta da fenomenologia parte de duas constatações: por primeiro, colocando-se acima da mera experiência prática, num atitude anti-naturalista; e, por segundo, despindo-se de todos os preconceitos, orientando-se apenas por uma evidência apodítica (destituída de toda a possibilidade do seu contraditório). Neste sentido, Husserl afirma que não pode haver a dúvida cartesiana, mas sim a evidência que exclui a possibilidade de erro e de dúvida. Essa Evidência caminha junto com a intuição que é a apreensão imediata da vivência à consciência e desse significado para a consciência se manifesta. É na sua imediatez que a evidência se apresenta e Husserl propõe que tenhamos uma atitude transcendental que é característica da atividade filosófica, da postura de uma filosofia fenomenológica, aquela diferente da atitude natural (ingênua, presa ao fato) e a imersão no mundo natural depende da consciência e estar ou sair dele depende de uma atitude – o mundo natural permanece então à disposição de todos nós e nele permanecemos de modo irrefletido, motivo pelo qual é possível afirmar que “*a fenomenologia husserliana buscou constituir-se como uma filosofia primeira, ou seja, uma autêntica filosofia, genuína e fundamental, em uma época em que a razão perdeu crédito em relação à ciência*”¹⁹⁹.

Pensando nessa busca pela autêntica filosofia e, em especial, na era de valores científicos tecnicistas, repetimos Husserl quando ele afirma o que cabe muito bem neste momento de nossa reflexão que existem ainda Congressos Filosóficos nos quais os filósofos se

¹⁹⁹ GOTO, Tommy Akira. Introdução à Psicologia Fenomenológica: a nova psicologia de Edmund Husserl. São Paulo: Paulus, 2008. (Coleção Temas de Psicologia), p. 33.

encontram, mas não a filosofia e o que falta a ela é um lugar, um campo de presença comum em que possa tocar-se e fecundar-se mutuamente. Que esse campo seja um encontro de psicólogos, antropólogos, filósofos, juristas e que as jus fenomenologias, as psicofenomenologias e as antropofenomenologias se encontrem e, independente do ponto de vista que temos, consigamos perceber outros pontos de vista no exercício de um pensamento plural. Eis aqui a proposta do exercício intelectual de conhecer e comparar perspectivas teóricas dissonantes. Para isso, precisamos sair de nossos “Eus”, de nós mesmos e nossos Egos através de uma disponibilidade interior de mudança, cada vez mais escassa, e uma flexibilidade de pensamento antidogmática.

Ao escolhermos as portas de acesso e janelas de vistas, aprendemos a perceber diferentes aspectos da realidade, que nos possibilita viver com, *conviver*, ou seja, nos demorar (de-morar) como outro, “de-morarmos” em outra realidade, na tolerância com a alteridade, a expressão tensa e potencialmente conflitiva entre intuições e lógicas diversas de pensar e viver nesse horizonte de possibilidades que se nos apresenta. A primeira meditação cartesiana de Husserl ao tratar a evidência e a questão do fundamento, tem-se o seguinte:

[...] o estudioso quer não apenas emitir julgamentos, mas fundamentá-los. Ou mais exatamente, ele se recusa a atribuir a um julgamento o título de "verdade científica", para si e para os outros, se de antemão não o fundamentou perfeitamente, e se não pode a cada momento retornar livremente a essa demonstração para justificá-la até em seus mínimos elementos. (2001, p. 29).

Nesse ponto nos recorreremos mais uma vez a Aquiles Guimarães que explica a importância de se compreender o que é fundamento: “[...] *nesta perspectiva fenomenológica, o fundamento de todas as coisas é o mundo da vida que antecede todo juízo sobre ele. A natureza antecede as ciências naturais, a sociedade antecede o Direito e assim por diante*”²⁰⁰. O fundamento de tudo para Husserl é a consciência, não como um ato, não como um conteúdo, mas como um modo de ver, modo este ver que é direto, livre de pré-julgamentos. Em relação a isso é importante que este modo de ver não é aquilo que muito entendem como neutralidade científica, isso quem faz, ao fazer usa os fundamentos do positivismo lógico.

²⁰⁰ GUIMARÃES, Aquiles Cortes. *Edmund Husserl e o fundamento fenomenológico do Direito*. In: **Cadernos EMAF, Fenomenologia e Direito**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 67-79, abr./set. 2009. Disponível em: <https://sfjp.ifcs.ufrj.br/revista/downloads/edmund_husserl_e_o_fundamento_fenomenologico.pdf>.

É importante destacar que a fenomenologia mais une que separa pessoas e perspectivas de diferentes áreas do conhecimento no mundo da vida. Ela pode ser observada em várias práticas profissionais, mesmo que muitos não se deem conta que a utilizam. Existem ainda alguns profissionais que não compreendem a fenomenologia como uma atitude intelectual e, a utilizam apenas como um método. Para alguns é possível, porém observo que ao fazer isso sem conhecer os propósitos centrais, sem compreendê-la como uma postura filosófica em primeiro momento, comete-se um reducionismo, pois muitas vezes, a veem apenas como uma "ferramenta". Ao "utilizar" a fenomenologia como um modo de acessar o fenômeno é necessário lembrar a orientação central de Husserl²⁰¹ para que não se acabe fazendo uso de modo positivista.

Vendo a fenomenologia como uma Ciência das Possibilidades: Possibilidades de uma vivência, Husserl chegou a falar de uma situação precária da filosofia acadêmica de sua época em uma revista acadêmica²⁰², onde desenvolveu seu programa no artigo “*A Filosofia como ciência de rigor*”. Como a fenomenologia não se baseia em dados da experiência ou vivência de realidades, sua tarefa é a pesquisa das possibilidades ideais da vivência e o meio para de chegar a ela é a **intuição direta autêntica**, uma intuição direta, a partir da redução às coisas mesmas e da *epoké*, momentos do método fenomenológico, nesse sentido afirma:

Mas é precisamente próprio da filosofia, desde que remonte às suas origens extremas, o seu trabalho científico situar-se em esferas de intuição direta, e constitui o maior passo a dar pela nossa época, reconhecer-se que a intuição filosófica no sentido autêntico, a percepção fenomenológica do Ser, abre um campo imenso de trabalho e leva a uma ciência que, sem todos os métodos indiretamente simbolizantes e matematizantes, sem o aparelho das conclusões e provas, não deixa de chegar a amplas intelecções das mais rigorosas e decisivas para toda a filosofia ulterior.²⁰³

Pode aparecer incongruente que Husserl, querendo estabelecer uma ciência de rigor, escolha uma instância cognitiva que representa um órgão do conhecimento mais indeterminado e difuso. E isso vai ao encontro de concepções da chamada “filosofia da vida”, como as

²⁰¹ Husserl, Edmund. *Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia*. Tradução Maria Gorete Lopes e Souza. Porto: rés, 2001.

²⁰² ONATE, Alberto Marcos. Ética e infinito em Husserl. VERITAS Porto Alegre v. 54 n. 2 maio/ago. 2009 p. 172-186

²⁰³ HUSSERL, Edmund. **Ob. Cit.** Coimbra: Atlântida, 1965, p. 73.

encontramos no *intuicionismo* de Henri Bergson²⁰⁴, o qual, em breve suma, acaba por rejeitar como filosofia a “*mundividência*” pois a intuição não poderia se constituir, por si só, um fundamento estável para o processo do conhecimento científico. Para enfrentar e superar isso, Husserl recorreu ao argumento do *cogito cartesiano*, derivado do elemento metodológico da proposta da dúvida hiperbólica, no movimento de excluir tudo que é empírico do seu campo de certezas e da própria existência. Por sua vez, a fenomenologia não nega o empírico a coisa propriamente dita nem seu a priori, ao contrário, usa a estratégia de colocar esse conhecimento *a priori* entre parênteses, suspendendo as predefinições e pré-conhecimentos que são os preconceitos da realidade, em uma suspensão temporária, para captar a descrição do fenômeno. *Onde Descartes duvida, Husserl suspende.*

Para Husserl, a fenomenologia é o acabamento da tentativa de Descartes de fundamentar todo o conhecimento na certeza reflexiva do *ego cogito* e de suas *cogitationes*. A reflexão fenomenológica parte da correlação de cada *cogito* com seu *cogitatum*, que nunca é um objeto isolado, mas desde logo deve ser concebido como objeto em seu mundo. Nas Conferências de Paris, Husserl afirma que tudo que é mundano, tudo que é “espaço-temporal” é, para ele, na medida em que o vivência, percebe, lembra, pensa, julga, valoriza, deseja entre outros tantos atos mentais possíveis. Tudo isso Descartes designa com o *cogito*. O mundo para o pensamento fenomenológico não é outra coisa que a consciência em tais *cogitationes*²⁰⁵. A conclusão a partir do *cogito*, o “eu penso” cartesiano, apresenta esse caráter *a priori*, necessário e absoluto, sem o qual a filosofia é impossível, porque ver-se-ia lançada na contingência das coisas empíricas e jamais poderia pensá-las como apodíticas. O *cogito* permanece idêntico sob a multiplicidade das vivências em uma atitude natural do “cogitar”. A atitude natural, não-fenomenológica, faz o homem olhar o mundo de maneira ingênua como mundo dos objetos, fora de um suposto “eu” que os percebe, diferente dele. A fenomenologia, ao contrário, busca uma fundamentação totalmente nova, não só da filosofia, mas também das ciências singulares. Enquanto as ciências positivas consideram os objetos como independentes do observador, a fenomenologia tematiza

²⁰⁴ Bergson foi o expoente da linha de filosofia intuicionista, assim chamada porque afirma constituir o verdadeiro conhecimento não nos conceitos abstratos, do intelecto racionalmente, mas na apreensão imediata, na intuição, como é evidenciado pela experiência interior.

²⁰⁵ HUSSERL, Edmund. Investigações lógicas – Primeiro volume – Prolegómenos à Lógica Pura: de acordo com o texto da Husserliana XVIII editado por Elmar Holenstein. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2005. (Phainomenon – Clássicos da Fenomenologia).

o sujeito, o eu transcendental e os coloca ao lado dessa categoria cartesiana de objetos percebidos.

Husserl nos traz que **a atitude natural**, nossa forma corriqueira de ver as coisas, não fenomenológica, faz o homem olhar o mundo de maneira ingênua como mundo dos objetos. A fenomenologia, ao contrário, busca uma fundamentação totalmente nova, não só da filosofia, mas também das ciências singulares. Enquanto as ciências positivas consideram os objetos como independentes do observador, a fenomenologia tematiza o sujeito, o eu transcendental, que “coloca” os objetos. Colocar o mundo entre parênteses (*epoké*) não significa negar sua existência, mas metodicamente renunciar ao seu uso. Ao analisar, após essa redução fenomenológica, a corrente de vivências puras que permanecem, a dinâmica das percepções das coisas é quando Husserl constata que a consciência é consciência de algo. Esse algo chama de fenômeno. Husserl usou o termo fenomenologia, pela primeira vez, nas Investigações Lógicas²⁰⁶, em lugar da expressão “Psicologia Descritiva”, que usara até então. A consciência funda sentido como compreensão de algo que é (sentido do ser), através da intencionalidade, ou seja, através de *sua orientação intencional* para encher o vazio. O conceito de intencionalidade da consciência, por isso, é fundamental e constitutivo na fenomenologia de Husserl e dele trataremos com mais cuidado, por enquanto, nessa intencionalidade constituem-se os *cogita* do *cogito* cartesiano, os “objetos” da consciência. A intencionalidade constitui a síntese ou unidade, uma constituição ativa e passiva, conceito esse de síntese que se distingue do tradicional, pois não se limita à síntese no juízo e sim *para a coisa*. Para Husserl, a fenomenologia é uma descrição da estrutura específica do fenômeno, *que se dá em fluxo imanente/transcendente de vivências* que constitui a consciência e, como estrutura dessa consciência enquanto tal, ou seja, como condição de possibilidade do conhecimento, só é, na medida em que é fluxo de existências, enquanto consciência além do consciente de si, além do ser do “eu” cogito, ou seja, que transcende em direção ao objeto conhecido.

Portanto *transcendental constitui as significações*, na medida em que conhecer algo é pura e simplesmente apreender esse algo no plano empírico ou constituir esse algo no plano

²⁰⁶ HUSSERL, Edmund. *Investigações Lógicas: 6ª. Investigação*. São Paulo: Nova Cultural, 1996 e em *Investigações lógicas – Primeiro volume – Prolegómenos à Lógica Pura*: de acordo com o texto da Husserliana XVIII editado por Elmar Holenstein. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2005. (Phainomenon – Clássicos da Fenomenologia).

transcendental sem que haja um dentro e um fora nesse fluxo. Assim temos os significados naturais e “espirituais” (captados pelo espírito). Para entender essas funções de perceber, conhecer, constituir, significar e compreender e suas dimensões de profundidade em sua abrangência, precisamos de um método que nos permita captar e diferenciar as coisas captadas em cada uma dessas próprias dimensões, o método da redução fenomenológica. A redução fenomenológica, conceito fundamental na fenomenologia de Husserl, tem o sentido de tematizar a consciência pura. Começa colocando o mundo entre parênteses, suspendendo temporariamente nosso pre-visto conhecimento do mundo e das coisas do mundo. Prossegue na redução eidética, termo usado para o procedimento metódico que leva à visão da essência, descrevendo o fenômeno e deixando (esperando) o fenômeno se apresentar ao fluxo da consciência. A meta da redução eidética é a compreensão do *a priori* como eidos (essência). O pressuposto é que a já existente oposição entre sujeito e objeto é superada para voltar-se à análise dos dados constituintes na consciência que é “consciência de...”, pondo-se o mundo com seus objetos ao eu (consciência). Dizer que a consciência é intencionalidade significa que ela se dirige para, visa alguma coisa, daí o mote da expressão: Toda consciência é consciência de.

Esse modo ingênuo, essa atitude natural, foi combatido pela experiência filosófica da Fenomenologia de Husserl que é um método e uma filosofia chamada de corrente filosófica normativa do Século XIX, que influenciou e foi objeto de teorias críticas pela maioria do pensamento filosófico²⁰⁷ desde então. O mérito Epistemológico da fenomenologia pode ser apresentado aqui em uma redução para fins dessa abordagem em quatro situações, a saber: a fenomenologia oferece um complexo de análises teóricas do conhecimento, da capacidade de se conhecer algo e das ciências naturais e humanas como os conceitos de fato, e verdade, da lógica do raciocínio, evidencia, fundamentação, interpretação, intuição, pre-compreensão, finitude, percepção, conhecimento e entendimento das coisas; de outro lado, cuida de um modelo por assim dizer normativo da existência humana, ou melhor uma proposição normativa “lógica-consciente” do ser das coisas que compreende o ser humano com um sujeito que existe em um momento próprio de possibilidades à disposição dele, ou seja, no mundo. Assim, compreende o sujeito como “ser-no-mundo”, que aqui significa um ser ontologicamente

²⁰⁷ Podemos citar como exemplo desses autores Theodor W. Adorno, Jacques Lacan, Hans Georg Gadamer, Michael Foucault, Jünger Habermas entre outros. E ainda como representantes da corrente fenomenológica Max Scheler, Martin Heidegger, Arin Gurwitsch, Roman Ingarden, Alfred Schütz, Jean Paul Sartre, Maurice Merleau-Ponty, Emmanuel Levinas, Paul Ricouer, Jaques Derrida, Michel Henry e Jean Luc Marion.

definido como assentado corporal, social e culturalmente nos limites que esse mundo oferece, se apresenta a esse ser; além disso tem uma posição crítica ao psicologismo da época e das posições da ciência do conhecimento e suas teorias (epistemológicas) do eliminativismo, da dicotomia entre subjetivismo e objetivismo, do cientificismo e em especial supera a dicotomia tradicional do que é real tanto no subjetivismo como no objetivismo, rejeitando a doutrina dos dois mundos; e por fim, oferece um método e uma teoria de análise relevante para todas as ciências.

Para chegarmos ao fundamento do fenômeno observado devemos nos colocar acima da mera experiência prática, numa atitude antinatural e, despidos de todos os preconceitos, orientando-nos apenas por uma evidência apodítica, e nesse sentido, **não pode haver a dúvida cartesiana, mas sim a evidência que exclui a possibilidade de erro e de dúvida.** Evidência caminha junto com a intuição, onde a apreensão imediata da vivência à consciência e do significado que para a consciência se manifesta. Diferente da “apercepção²⁰⁸” de Descartes que vem descrita no Tratado Sobre as Paixões da Alma, e ainda diferente da apercepção em Kant (tanto a apercepção transcendente como a imanente), a intuição é a percepção mediata da coisa, cujo pressuposto fenomenológico é a suspensão do residual conhecimento da apercepção. É na sua imediatez que a evidência se “presentifica”, acontece, se torna presente. Husserl propõe que tenhamos uma atitude transcendental que é característica da atividade filosófica, da postura de uma filosofia fenomenológica, que é diferente da atitude natural, ingênua, presa ao fato pré-concebido e não percebido. Diz o autor que a imersão no mundo natural depende da consciência e estar ou sair dele, depende então de uma outra atitude que não a natural, pois o mundo natural permanece então à disposição de todos nós e nele permanecemos de modo irrefletido.

A fenomenologia husserliana é uma filosofia primeira, ou seja, uma autêntica filosofia, genuína e fundamental, em uma época em que a razão iluminista perdeu crédito em relação à ciência e onde passa a ser essencial, então, propor o exercício intelectual de conhecer e comparar perspectivas teóricas dissonantes. Para isso, são necessárias uma disponibilidade interior de mudança, cada vez mais escassa, e uma flexibilidade de pensamento antidogmática. Afinal, ao escolher janelas conceituais, ao trocar as lentes, aprendemos a perceber diferentes aspectos da realidade, que possibilita a tolerância com a alteridade - uma tolerância que não

²⁰⁸ processo pelo qual uma nova experiência é assimilada e transformada pelo resíduo de uma experiência passada de um indivíduo gerando um novo todo.

significa aceitação passiva ou conversão de qualquer espécie, mas expressão tensa e potencialmente conflitiva entre lógicas diversas de pensar e viver, de conviver (viver-com). Essa tolerância tem como princípio o ato de aceitar e defender a existência real e concreta "do outro", daquilo, daquilo que, não "sendo eu", provoca em mim um estranhamento. Em suma, ela gera uma expectativa esperançosa de uma contrapartida semelhante.

Na primeira meditação cartesiana, Husserl esclarece como tratar a evidência e a questão do fundamento e ensina que:

[...] o estudioso quer não apenas emitir julgamentos, mas fundamentá-los. Ou mais exatamente, ele se recusa a atribuir a um julgamento o título de "verdade científica", para si e para os outros, se de antemão não o fundamentou perfeitamente, e se não pode a cada momento retornar livremente a essa demonstração para justificá-la até em seus mínimos elementos.²⁰⁹

Aquiles Côrtes Guimaraes explica a importância de se compreender o que é fundamento: "[...] nesta perspectiva fenomenológica, o fundamento de todas as coisas é o mundo da vida que antecede todo juízo sobre ele. A natureza antecede as ciências naturais, a sociedade antecede o Direito e assim por diante"²¹⁰. O fundamento de tudo para Husserl é a consciência, não como um ato, não como um conteúdo, mas como um modo de ver, modo este ver que é direto, livre de pré-julgamentos. Em relação a isso é importante que este modo de ver não é aquilo que muito entendem como neutralidade científica, isso quem faz, ao fazer usa os fundamentos do positivismo lógico. O método fenomenológico geralmente nos é apresentado como possuindo dois passos, o primeiro passo consiste em uma *epoché*, ou *epoké*, a suspensão provisória da nossa crença na vigência de uma ciência ou teoria psicológica, colocando-se tudo isso "entre parênteses". Com essa atitude, o fenômeno que se apresenta à consciência, aparecerá, para sermos vícios a expressão husserliana, ele mesmo em "carne e osso"²¹¹.

À fenomenologia e a filosofia fenomenológica de base fenomenológica e fenomenológica – existencial interessa o 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

²⁰⁹ Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia. Tradução Maria Gorete Lopes e Souza. Porto: rés, 2001.

²¹⁰ Idem, grifo nosso.

²¹¹ GUIMARÃES, GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Para uma eidética do Direito. Cadernos EMAF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 15-31, abr./set. 2008.

indissolúvel. A *epoché* fenomenológica, a colocação das teorias psicológicas "entre parênteses", é uma atitude psicológica representada por um regresso à subjetividade, pois o que está posto como objeto de esclarecimento é a conexão ente o ser do fenômeno psicológico e o saber do fenômeno psicológico. É, pois, na subjetividade, na consciência, no ego transcendental (além da si consciência) que a sua verdade aparece na manifestação absolutamente radical, já que toda objetividade só pode ser legitimada a partir da subjetividade. Um objeto só terá sentido, só adquire sentidos a partir *da intencionalidade intuitiva da consciência*, pois a verdade é o acontecimento que interliga o sujeito humano ao mundo vivido²¹². A segunda etapa, etapa transcendental, corresponde ao momento articulado da evidenciação formal das categorias entrelaçadas no conjunto de significações ou essências intuídas na imediatidade da manifestação do mundo da vida. Essa etapa 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 o lugar de toda evidenciação possível²¹³

A fenomenologia não se interessa imediatamente pelos objetos ou pelos fatos, mas pelos sentidos que neles podem ser percebidos. **Fenomenologia é o ato de perceber e descrever as essências ou sentidos dos objetos.** Enquanto as ciências positivas buscam suas verdades nos fatos, a fenomenologia descreve essas verdades a partir da percepção das essências dos fatos, pois é nelas que os seus sentidos se revelam tais quais são.²¹⁴

Essa fenomenologia inaugurada por Husserl é resultado de intensas leituras, aproximações e reflexões que o autor fez das obras e pensamentos de Aristóteles, Tomás de Aquino, Franz Brentano, René Descartes e Immanuel Kant e, principalmente do seu próprio caminho de investigação. Apoiando-se no conceito de *intencionalidade de Brentano*, Husserl caminha e descobre algo que as ciências positivas haviam separado o sujeito do objeto, a intenção, a consciência do mundo. Entendemos que a intencionalidade é, essencialmente, perceber e deixar o fenômeno ser percebido e, nisso, atribuir um sentido. Dessa forma a intencionalidade unifica a consciência, o objeto pensado, o sujeito e o mundo. Com a intencionalidade há o reconhecimento de que o mundo não é pura exterioridade e o sujeito não

²¹² Op cit p21.

²¹³ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Para uma eidética do Direito. Cadernos EMAF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 15-31, abr./set. 2008. p. 25-26

²¹⁴ Op. Cit., p. 73

é pura interioridade, mas a saída de si para o mundo que tem uma significação para ele, aí-no-mundo.

A verdade das coisas, então, acontece na relação, nem no sujeito, nem no objeto em si, mas sim no sentido que a consciência atribui dentro das próprias possibilidades. Após o contato com a ideia de intencionalidade de Brentano, Husserl referencia Descartes por ter sido aquele que inaugurou um novo modo de ver a subjetividade. E, parte, principalmente, da leitura das *Meditações*, na qual é sua inspiração para escrever *Meditações Cartesianas* que considera como sendo uma introdução à fenomenologia, e um novo tipo de filosofia: "Descartes inaugura, de facto uma filosofia de tipo inteiramente nova. Esta, ao modificar todo seu estilo, empreende uma viragem radical do objetivismo ingênuo para um subjetivismo transcendental, que em tentativas novas, e, no entanto, sempre insuficientes, aspira a uma forma final pura"²¹⁵.

Essa ingenuidade que de que falou Husserl, o motivou a se debruçar, ainda mais, no tema da subjetividade transcendental e o contribuiu para que ele elaborasse uma Fenomenologia da Consciência. Husserl deixou, em toda em sua obra, sua clara opção por reconhecer os passos do filósofo francês visto considerar que ele deu consideráveis contribuições, grande passo para compreender a subjetividade, apesar de ter tido uma perspectiva diferente. Sob esta questão no epílogo de *Meditações Cartesianas*, Husserl nos diz que a vida cotidiana é ingênuo. Viver assim é engajar-se no mundo que nos é mostrado pela experiência, pelo pensamento; é agir, é emitir julgamentos de valor. Todas essas funções intencionais da experiência, graças às quais os objetos estão simplesmente presentes, completam-se de maneira impessoal: o sujeito nada sabe delas. Na mesma obra Husserl destaca também a sua diferença no modo de abordar o ego, esclarecendo que Descartes estruturou sua dúvida metódica para explicitar o ego *res cogito*, coisa pensante, como modo de ser da razão que coisifica o ego, já Husserl vê o ego como a própria consciência enquanto resíduo fenomenológico, pois ele é o polo ideal de onde parte a consciência que está sempre voltada para o mundo⁵. Discute a necessidade que o filósofo no exercício da fenomenologia terá de passar da atitude natural para a atitude fenomenológica.

Fenomenologia designa uma ciência, uma conexão de disciplinas científicas, mas, ao mesmo tempo e acima de tudo, 'fenomenologia' designa um método e uma atitude intelectual: *a atitude intelectual especificamente filosófica*, o método especificamente filosófico.

²¹⁵ HUSSERL, Edmund. Conferências de Paris. Trad. Artur Morão e Antônio Fidalgo. Lusosofia. Disponível em: <www.lusosofia.net>. último Acesso em: 26 julho de 2010.

Compreender que a fenomenologia proposta por Husserl é antes de tudo, uma postura filosófica e não apenas um método, mas ambas, abre outra perspectiva para se acessar o fenômeno que aparece a consciência.

Em seu artigo, Guimarães²¹⁶, revendo suas considerações anteriores ao tratar de uma teoria fenomenológica para o Direito ratifica que a fenomenologia é uma atitude e não um método propriamente dito. E explica que como atitude, o pensar fenomenológico visa a descobertas dos sentidos e significados dos objetos, independentes das categorias explicativas exatamente pela via da intuição e descrição das suas essências e suas conexões de sentidos. E completa que esse fato não significa, em absoluto, abandonar as categorias explicativas utilizadas pelas ciências positivas, mas sim, fenomenologicamente suspender a sua vigência para atingir o objeto naquilo que ele é, como um complexo de sentido²¹⁷. Dentre estes pontos Husserl também se pronunciou dizendo não ter nada contra a ciência, mas sim que era preciso repensar de modo urgente, os rumos que ela seguiria se optasse por tornar o método científico seu Deus, a técnica sua serviçal e o capitalismo seu agente financiador.

A definição de conceito de Aristóteles de algo se faz através da determinação do gênero mais próximo, ou seja, a categoria mais próxima daquela coisa objeto da definição e a sua diferença específica que a torna peculiar dentro do gênero próximo e a identifica, a difere das outras coisas semelhantes dentro desse gênero. O homem, gênero próximo do animal, segundo o estagirita, tem a peculiaridade de ser racional, portanto, o homem (ser humano) é um animal racional, um *zoon* (gênero próximo) *lógos* (razão) *errón* (é), talvez a definição mais conhecida do que é o ser humano. Fato é que essa razão que diferenciava o ser humano dos outros animais sem a faculdade da razão, começa a ser questionada, em especial no Século XIX por autores que entendiam que a razão não é fenômeno originário do animal humano, não se trata de uma qualidade inerente que o diferencia desde logo, ela se faz e é uma produção de outros fatores, portanto não pode ser diferencial próprio do humano pois produzida ao longo da vida, uma produção, segundo Marx dos interesses mobilizados na luta de classes do materialismo histórico e dialético, que abala o conceito tradicional de razão. Assim como a dimensão apolínea do

²¹⁶ 2010, p. 15, ref. atual: GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Para uma eidética do Direito. Cadernos EMAF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 15-31, abr./set. 2008.) 2010, p. 15, ref. atual: GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Para uma eidética do Direito. Cadernos EMAF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 15-31, abr./set. 2008.)

²¹⁷ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Para uma eidética do Direito. Cadernos EMAF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 15-31, abr./set. 2008.)

humano, em Nietzsche, tem sua origem na dimensão dionisíaca do humano, ou seja, o humano é um oceano de paixões e a razão é um derivado desse oceano e brota de forma castrada, restrita, e lamentável da condição mais originária do humano. E em Freud o importante do humano não é possuir uma consciência, mas sim aquilo que determina no humano a estrutura que suporta a consciência e por sua vez a razão, e nesse sentido atua no sentido de uma meta psicologia não do além, mas do fundamento do psicológico, do aparelho psicológico e suas instâncias sedes das forças inconscientes que determinam o modo de operar da consciência e da razão.

A razão que desde os gregos de outrora identificou o humano como tal, deixa de ser consenso nessa medida moderna do humano, deixa de ser qualidade própria ou peculiaridade humana. Na formação fenomenológica do conceito, a grande difusão histórica e progressiva não é premissa, sem a qual se torna inacessível uma pesquisa rigorosamente científica. De conformidade com a concepção fenomenológica, todo o processo cognitivo, no qual os antigos chegaram, são substituídos pela metodologia do dado e da consciência intencional. O tempo próprio de formação de um conceito tradicionalmente formulado é substituído na Fenomenologia pelo método de pôr entre parênteses, de modo a eliminar tudo o que não é essência, o que não é qualidade necessária sem a qual a coisa não se destaca do gênero mais próximo e não se identifica, tais como a existência e a opinião dos outros, e, desse modo, na ação consciente do sujeito estará a função criadora do mundo inteiro e diretora do seu movimento e desenvolvimento.

O conceito é então formado a partir de uma busca orientada que tem o próprio conceito como objetivo, como alvo, como intenção. Não interessa ao fenomenólogo as variações subjetivas ou a atividade do sujeito, ainda que se trate de um jurista, um psicólogo, psicanalista, um físico mecânico ou quântico. A única tendência é aquela orientada totalmente para o objetivo onde o “objeto” (alvo) da investigação, chamado de dado, é mostrado e a função da Fenomenologia é a de esclarecer esse dado. Assim, se o dado é o conceito, a Fenomenologia se encarregam de descrever, e até definir mesmo, esse dado, independentemente de ser uma realidade ou uma mera aparência, pois haja o que houver, a coisa estará aí, dada ao sujeito. E a ele incumbirá descrevê-la, fenomenologicamente, suspendendo as buscas históricas, estatísticas ou literárias, o fenômeno dado, que aparece diante da consciência, é o alvo do esclarecimento.

A melhor e mais pura fonte, e única legítima, de todas as afirmações é o que se exprimirá diante de nossa consciência que doa sentido a essa coisa, nossa consciência doadora original. O próprio processo tradicional formador do conceito poderá ser objeto da atitude do

fenomenólogo, pois cada parte da formação de um conceito pode ser objeto, o objeto no qual se funda o saber do dado. é que cada objeto possui uma essência, que precisa ser captada diretamente. Esses objetos não devem ser apenas fatos contingenciais, mas, sim, conexões essenciais, seu caráter descritivo fará com que a essência seja descrita, ao ser processada em esclarecimento gradual, que progride de etapa em etapa, mediante a intuição intelectual da essência percebida imediatamente. O conhecimento de algo prescinde o preconceito do mundo, a noção previa, as vivências alheias, saber o que é uma cadeira, por exemplo, é tomá-la como um dado para compreendê-la e estar diante de uma cadeira não é, entretanto, determinante para conhecê-la, a não ser que o conhecimento seja o da presença da cadeira, o que também conduziria ao raciocínio de que poderia tal presença ser apenas um dado.

A Fenomenologia, a redução fenomenológica e a atitude fenomenológica resultam uma forma de conhecer autônoma e independente, então a formação fenomenológica do conceito jurídico se dá a partir da percepção direta, imediata (sem mediação do preconceito do mundo) e do exercício de colocar em suspensão temporária nossos conhecimentos sobre a coisa. E isso não é lógica. A atitude fenomenológica se difere da lógica clássica assim como e da experiência empírica, pois a fenomenologia se propõe a conhecer os problemas todos, e aqui em especial, os jurídicos, sem se apresentar como uma corrente filosófico-jurídica.

Não pensamos em uma Jusfenomenologia no sentido que nos trouxe Gerhart Husserl em Fenomenologia do Direito pois a Fenomenologia pode tomar os objetos especificamente jurídicos como um dado próprio e independente e assim reconhecer que há nesses objetos essências jurídicas próprias, função da *epokè*, que é a de suspender esse conhecimento para buscar a essência da essência. Dessa forma não dispensa nem nega as outras formas de entendimento, apenas se posiciona como conhecimento direto, imediato pela intuição imediata fenomenológica que possibilita esse conhecimento. A Fenomenologia é forma primeira, primeva, a meta originária de toda ciência, a *mathesis universalis* e por serem irrealis as ideias no mundo prático, embora existam como entes do num mundo jurídico, precisam ser apreendidas e compreendidas, pois somente com a compreensão consciente algo se torna algo para o sujeito consciente. Em um mundo de horizontes, é a Fenomenologia que serve para entender o direcionamento da atividade do pensamento e penetrar no nosso entorno, no horizonte que nos circunda para capturar os conceitos, mediante a reflexão intuitiva da consciência.

Assim essa Fenomenologia, método e filosofia, nos mostra como analisar os conceitos de verdade e certeza, no nosso caso as verdades e as certezas jurídicas, a partir do pensamento que visa o jurídico, da intencionalidade jurídica das coisas, uma campo do *hominis juridicus* que é o sustentáculo desse pensamento geral jurídico e das suas dinâmicas como as da Metodologia e da Lógica jurídicas. Ao partimos dos desdobramentos da própria origem da ciência jurídica (jurisprudência), nos direcionamos para uma redução ao pensamento jurídico que neles existem. Ao mesmo tempo, nossa proposta de uma fenomenologia hermenêutica jurídica descreve a epistemologia jurídica em função e em direção ao justo social, só alcançado pela igualdade em uma fenomenologia da ratio da proporcionalidade que é trazer o justo ao senso comum teórico dos juristas como essência do pensamento jurídico. Esse justo talvez pudesse ser a finalidade e o fim do direito, mas antes propomos uma hermenêutica que parta da essência do fenômeno jurídico, reduzindo o fenômeno ao que ele é, pela descrição, pela suspensão dos saberes científicos e dos pre conceitos da coisa, e pela forma com que aparece no mundo.

Assim, o esforço filosófico de *abster-se da atitude natural*, colocando o mundo entre parênteses (*epoché*), sem negar sua existência, renunciar ao seu uso, descrevemos o fenômeno sem a mediação do preconceito do mundo, a corrente de vivências puras que permanecem entre os atos da mente humana e as coisas intencionadas por estes atos e constata que a consciência é sempre consciência de algo, de um fenômeno. Dessa maneira não há que se falar de transição da abstração para as ciências. Husserl afirma, de maneira apodítica, que esses *noemata*²¹⁸ são os últimos momentos transcendentais, mas como isso não evidencia grande vantagem da fenomenologia para uma teoria fundamental e uma metodologia das ciências naturais, e Husserl percebe essa dificuldade oriunda da estratégia de não partir do empírico, ou melhor, de colocar todo fato empírico entre parênteses, a questão precisava de uma solução. Desde o começo, tinha como meta buscar um fundamento último para toda a argumentação filosófica na consciência do Ser do “eu” pensado transcendentemente (além do Ser do eu) e, para isso, o caminho da redução às coisas mesmas, colocando o empírico (preconcebido) entre parênteses, tinha que conduzir, forçosamente, também à suspensão desse “eu” empírico. Entretanto, como outros pensadores contemporâneos, queria salvar esse “eu”, diferente de seu aluno Heidegger, ainda queria salvar e preservar a reflexão solipsista do “eu”

²¹⁸ A coisa ela mesma seria, todo o complexo sistema de suas aparências, o sistema de noemata onde estão contidos noese (ato intencional da consciência do objeto) e noema (o objeto intencionado em um ato particular).

da percepção transcendental que tinha entre outra, essa função específica de conservar a individualidade, mas de uma individualidade no sentido imaterial, sentido próprio e independente, não de uma individualidade natural.

2.2 Filosofia fenomenológica Jurídica

Há muito nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho, em suas noções preliminares do direito²¹⁹, quando declara que não oferece maior dificuldade apresentar um conceito de filosofia meramente operacional em nossa época de pensamentos técnicos-científicos e expoente desenvolvimento da dita inteligências artificiais. E explica o autor que duas formas possíveis de se enfrentar a filosofia de enredam a partir daí: “uma prisão do pensamento filosófico nos debates circulares entrípetos para mostrá-la e delineá-la numa linha imaginária do tempo, tempo esse próprio ficção e ilusão humanas”²²⁰. A partir do caminho do autor e aqui também vários vetores de interpretação e de potencialidades que transversam²²¹ áreas do conhecimento e estéticas existências. Talvez a filosofia do direito seja mesmo para fazer o direito mais justo e as relações das pessoas mais humanas. Além de debater o seu valor e urgente necessidade em um tempo dominado pela técnica científica, apanágio da salvação, e além de mero instrumento político-ideológico, o sentido de uma filosofia em nosso tempo, em especial de uma filosofia crítica de pensamentos é trazer à tona as experiências de existências possíveis no nosso horizonte de possibilidades no tempo.

A questão do Ser na filosofia aparece no momento histórico em que os mitos começam a perder a sua relevância dentro das culturas, em especial no Oriente fértil, mitos que representavam e proporcionavam uma integração entre as pessoas e fazia com que a vida aparecesse como algo que fazia sentido. Deste modo, a vida, a realidade, a verdade das coisas e a natureza eram um todo harmonioso, integrado na unidade desse mito. Quando o mito perde a capacidade de satisfazer as necessidades humanas de entendimento da realidade, e caem, recuam, se afastam da realidade humana, deixam em dúvida a própria realidade que

²¹⁹ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

²²⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 23.

²²¹ Na própria concepção de transversalidade da esquizoanálise de Deleuze e Guatarri que sustentam que tal conceito comunga com a perspectiva de se pensar a realidade como produção política, múltipla e plural, abrindo sujeitos e grupos a novos tipos de crises, críticas e possibilidades.

respondiam, entre elas, fundamental, o que é essa realidade. De onde vem a determinação da organização de tudo isso que existe no mundo, questão trazida por Parmênides ao se perguntar, por que antes o Ser, e aqui como existência e realidade, e não o nada. Heidegger traz o corolário dessa questão ao se perguntar por que antes o Ente e não o nada, e eis a questão fundamental da metafísica que para o autor de Ser e Tempo é toda a filosofia ocidental desde Platão até Nietzsche. Além da resposta básica de que o Ser é, e o Não Ser é o que não é, acaba por nos levar, em Husserl na questão fundamental de como é que nós enxergamos ou percebemos a realidade, como entendemos a realidade no interior da qual vivemos, sentimos que vivemos o tempo todo. Talvez o limite da nossa relação com a realidade acontece mesmo na morte, onde somos jogados para fora da realidade, mas nesse momento, já não Somos.

Dois modos básicos de interpretar essa realidade se produzem a partir daí, em uma forma em que peço pela simplicidade, são os conceitos trazidos por realistas e idealistas, tudo aquilo que É, é uma coisa, assim a realidade é um conjunto que reúne tudo aquilo que É, sem mesmo perceber o todo, as coisas aparecem para nós como algo que É, e pode ser real ou não real. Para o interdito judicialmente ou para os “loucos de todos os Gêneros” ou incapazes de entender a ilicitude da sua própria conduta, essa pergunta é essencial para aquilatar a capacidade de entender a realidade dos outros, de nós, que entendemos o real como o verdadeiro e o ilusório como não real pois não pertencem ao conjunto realidade. Assim, real passa a ser qualidade de tudo o que existe, qualidade sem a qual a coisa não existe, o conjunto de tudo o que É, o Ente na totalidade.

Outra forma de entender a realidade é pensá-la como um movimento e nesse fluxo, real é um movimento, uma realização, que transita entre o que ainda não é, passa pelo É e se dirige ao que Não É mais, assim, não é coisa, não é um conjunto mas sim uma qualidade dos Entes que acontece enquanto essa coisa se movimenta entre passado que não é mais e o futuro do que não é ainda. Essa é a realidade, a qualidade desse momento transitória que se apresenta como movimento e aqui volto a Husserl, que se aparece a nós como movimento, insistindo na subjetividade do “sujeito”²²² na fenomenologia husserliana, a partir da possibilidade das coisas que ainda não são reais que, realizando-se, caminham na direção que não é mais. A realidade deixa de ser uma coisa fixa e passa a ser um movimento transitório, como em Heráclito, que nossa própria linguagem tem dificuldade em diferenciar como veremos à frente. Todavia, nossa

²²² **Nota do Autor:** não existe sujeito separado de objeto em Husserl.

experiência direta do mundo percebe exatamente que o que chamamos de realidade é um momento que o presente escapa pelos dedos, escorre pelo tempo e é líquido, em eterno movimento, percebível apenas em sua dinâmica, cuja referência fundamental é o tempo de onde a verdade é retirada. Neste momento, a verdade, que por segurança existencial deve ser permanente, deve se expandir além do tempo que ela existiu, para um tempo que ainda não É. Eis a ontologia da fenomenologia – reconhecer a realidade enquanto um processo de realização onde o real, presente no Ser agora do momento presente, que une o momento passado que não é mais porque já foi, ao momento futuro que não é ainda. Assim, repetindo – já que o passado é um Ser que já foi e não mais é como realidade e o futuro ainda não é realidade do Ser –, a condição humana fenomenológica faz do momento real uma parte de um conjunto maior que reúne esses tempos de passado e futuro junto como presente no tempo agora. Em nossa proposta essa condição leva o humano moderno buscar o jurídico como certeza, pois é ele a expectativa de uma solução futura, a motivação fundamental das soluções jurídicas para o justo, para viver em sociedade, e isto se dá através de uma hermenêutica jurídica histórica a partir da construção, na história da existência do direito que não É mais, em direção às novas possibilidades da essência do direito que ainda não É, mas um Ente-direito sempre em constante atualização sintética correlata na realidade da consciência.

A filosofia da Fenomenologia, aqui a filosofia fenomenológica, se interessa por essa totalidade que reúne esses tempos passado-presente-futuro em uma única totalidade, assim, a resposta a nossa pergunta de porque antes o Ser e não o Nada e na nossa simples resposta, agora não mais simplista, de que *o que É, é o real, e o que não-É não é real*, explicamos que o que é real só pode *a-parecer*, na nossa especial condição humana, junto ao que não é real de um passado como sedimento pré-reflexivo das coisas do mundo e junto a um futuro de expectativas em construção a partir do que se apresentará, uma reunião que não é um processo da natureza, não é ciência natural como a física de Newton, mas sim um lugar-momento onde o presente nunca está junto ao futuro. Nesse lugar-momento essa natureza de Ser, não é nada ainda e no onde-quando o passado não é nada mais. Somente nessa nossa condição, que une esses três elementos temporais, é que faz sentido essa ontologia da realização do real, esse movimento que acontece na consciência das coisas dos mundos, a qualidade, essencial das coisas para o humano, que se mostram no presente, que se apresentam a nós. Essa ontologia é objeto de reflexão somente a partir da condição humana, ontologia essa que, a partir da fenomenologia se dá em Husserl em uma mônada a partir da intencionalidade da consciência humana que

contém os atos mentais que intencionam as coisas que se constituem (a si mesmo) em campos correlatos sintéticos, em constante atualização²²³, uma ontologia não subjetiva.

Assim, para entender a fenomenologia radical de Husserl, é preciso compreender como ele apresenta a **estrutura da consciência como intencionalidade**. Se todo o sentido e valor a dar ao Ser são baseadas em intenções dirigidas à coisa, ou seja em funções intencionais, o Eu se manifesta como condição de possibilidade de relação intencional com o mundo, uma relação de “ver” o mundo onde o que vê também é simultaneamente “visto”, ou seja, o fenômeno que se apresenta, na verdade, “se faz apresentado a” ao Eu²²⁴. Sob esse aspecto, a redução fenomenológica (*epokè*) conduz ao Eu como “o Ser” do eu, à subjetividade própria, ao “sujeito” como Ser do eu, um “ente ontológico”, e *é através da redução fenomenológica que chegamos, de maneira reflexiva, ao conhecimento do Ser do Eu como fonte original de toda a certeza e de todo o saber e ter do mundo*. Neste sentido, todo o conhecimento filosófico fenomenológico fundamenta-se como “conhecimento universal de si mesmo”²²⁵. De fato, a filosofia husserliana, para fins dessa básica apresentação, se dá como uma *filosofia transcendental*, a partir do Ser do eu em direção ao além do Eu, enquanto uma análise descritiva da constituição da subjetividade transcendental. Seu princípio metodológico não é dúvida hiperbólica de Descartes mas sim a tentativa de descrever a vida da consciência como se apresenta à reflexão da condição humana. Pretende Husserl purificar a filosofia transcendental iniciada por Kant, distinguindo seu trabalho através da elaboração do método e construção sistemática.

Na abordagem desses problemas, percebemos que os focos de interesse de Husserl em sua pesquisa se movimentam no tempo. Onde, inicialmente optou por elaborar uma Teoria da Lógica Pura, a partir da Matemática e da Filosofia da Matemática, passa para a delimitação do psicologismo, ápice intelectual da época, ao mesmo tempo em que se dedica ao terreno da análise das capacidades de conhecer e entender o mundo e nossos limites dessas capacidades, área própria da origem do seu método fenomenológico, assim como utilizar a vontade, em seu procedimento de pesquisa. Usa conceitos psicológicos como percepção, entendimento,

²²³ Isso se fará de outra forma em Heidegger a partir da discriminação entre ôntico e ontológico, onde somos abertura constante que encontra sentido e determinação pela própria condição humana que interage nesse tempo presente da realidade, que é o Ser.

²²⁴ Dentro dessa dinâmica tanto o “eu” vai em direção da coisa visada, como é a própria coisa que se apresenta, em uma de suas faces, a esse *eu* que a visa.

²²⁵ Diferente de Descartes onde o conhecimento das coisas parte da ontologia de conhecer as coisas a partir do Eu cogito, uma filosofia imanente.

conhecimento, prescindindo de seus componentes empíricos para chegar a uma ideação independente da experiência. Husserl não funda sua pesquisa na mera introspecção, construindo um mundo de objetos ideais, e, nesse processo, ocupa lugar central a elaboração do chamado de “intencionalidade da consciência” e que chamamos aqui de “*princípio da intencionalidade*”, um conceito que Husserl herdou da psicologia descritiva de Brentano²²⁶. A intencionalidade, segundo Brentano, constitui uma característica do ser psíquico que é a relação desse do psíquico que é a relação desse “eu” com um objeto. Esse relacionar ou melhor colocando, esse “orientar-se a” pertence ao sentido do psíquico no sentido de que “eu vejo”, “eu amo”, “eu valorizo algo” e isso não decorre do simples encontro de um corpo com outro, pois os atos psíquicos os permanecem quando o objeto visado é irreal ou ideal, engano da percepção ou ocupação com “coisas” abstratas, assim o autor busca as leis essenciais últimas.

Quando indagamos ao estudar sobre as razões e os interesse do empenho de Husserl na busca das leis essenciais últimas, entendemos como resposta e deduzimos seu motivo que é a justificação da filosofia como saber rigoroso e científico e, em seu já mencionado artigo “A filosofia como ciência de rigor”, afirma na conclusão:

A filosofia, porém, é por essência uma ciência dos inícios verdadeiros, das origens, dos *rizómata pánton*. A ciência do radical tem que proceder também radicalmente, e sob todos os respeitos. Sobretudo ela não deve descansar antes de ter chegado aos seus inícios, isto é, aos seus problemas absolutamente claros, aos métodos delineados no próprio sentido desses problemas, e ao campo ínfimo da elaboração das coisas de apresentação absolutamente clara.²²⁷

O início da fenomenologia das Investigações Lógicas em que Husserl analisa o pensamento sem intuição e a função substituta do signo, se soma à sua crítica ao psicologismo, tema dominante de sua época, e a fenomenologia nos ensina que lógica não é psicologia, pelas próprias consistências internas que se sustentam por si só, a saber, o pensamento não pode estar completa e estritamente submetido à psicologia e a fenomenologia aparece com seu método de redução fenomenológica das coisas do mundo. Esse elemento do método fenomenológico de reduzir as coisas, de irmos em rumo às coisas mesmas, trata das coisas do mundo que existem independente do pensamento, mas que nos são produzidas pelo próprio pensamento, captadas

²²⁶ Franz Clemens Honoratus Hermann Brentano (1838-1917) foi um filósofo e psicólogo alemão fundador da psicologia do ato.

²²⁷ HUSSERL, Edmund. **Ob. Cit.** Coimbra: Atlântida, 1965, p. 72.

e constituídas pela intencionalidade da consciência que pensa a coisa. Neste sentido, supera os objetivistas/realistas que entendem que *o que “É” no mundo, lá está*, corrente de pensamento a dificuldade reside exatamente no fato de acessá-la como a coisa já É. E, já que entendem que nossos sentidos são limitados, sua proposta é eliminar o máximo possível a contaminação da nossa percepção para ver melhor. E nessa linha de interpretação da realidade, as máquinas são melhores para medir e acessar as coisas reais, acessar a realidade das coisas, pois mais precisas, menos propensas a erros, daí medidas de distâncias e tamanhos do metro até o micrômetro, de tempo de séculos até milésimos de segundo e todos os instrumentos como cronômetros, microscópios, micrômetros, hodômetros, bafômetros, entre outros. Doutro lado, também supera os subjetivistas/idealistas para quem o mundo real, a realidade, está na ideia da coisa e não no empírico, quando falo cadeira o que existe é a ideia da cadeira e não a coisa em sua manifestação concreta, cadeira é uma ideia do mundo real que não existe no mundo das coisas do devir, onde há um processo de auto gestão daquilo que se apresenta para a consciência, para se tornar consciente, ou seja, o que se mostrou já se mostrou de determinado modo, a partir dele mesmo e da minha forma de perceber o mundo sedimentada não sou eu que decido o que vejo nem como eu vejo, há uma autossugestão daquilo que eu vejo, capto entendo e me adequo em relação a cadeira do exemplo é um conceito, uma ideia, ideia prévia *a priori* da cadeira, identifico similaridade com esse modelo ideal e reconheço em um processo de acesso à memória e identificação da ideia com a coisa, e a categorizo como cadeira.

Um dos temas da filosofia em geral é a verdade das coisas, o tema da verdade como uma questão da área do conhecimento da Lógica, o que distorce a visão da essência da verdade. Lógica essa que, para Martin Heidegger, é uma disciplina, uma matéria da área da filosofia, uma das partes nas quais dividimos as coisas para fins didáticos no modo escolar das disciplinas. Algumas dessas questões não são mais “questionadas”, são outrossim fixadas, dogmatizadas e as respostas encontradas são, de tempo em tempo substituídas, assim esses problemas, essa dogmática, encobrem as questões mais autênticas. Propomos então um caminho além desse dogma-questão característico da erudição filosófica, *transfilosófica*, por um método que transcenda os conhecimentos, para um questionamento filosófico que “penetre no seu fundamento e emerja do fundamento”²²⁸. Assim e invariavelmente, partimos de problemas já

²²⁸ Cf. HEIDDEGER, Martin. *As questões Fundamentais da Filosofia: “problemas” seletos da lógica*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2017.

tratados, os problemas da lógica, do saber, do conhecer algo, problemas acerca do *lógos*²²⁹, cujos enunciados já entregam algo sobre esse ente, em uma dimensão mais profunda que um mero objeto do saber, mais que um objeto da categoria da lógica. Como critério de correção para o próprio enunciado – que é isso o *lógos*? Ou que é a verdade do *lógos*? Ou seja, a verdade das coisas aqui, já é a forma fundamental das declarações que podem ser verdadeiras ou falsas, e isso faz do enunciado a sede da verdade e por consequência, da não verdade. Além da própria questão gramatical e das teorias da linguagem sobre capacidade e construção do mundo, o enunciado já é sede e o lugar da correção das coisas, o enunciado é verdade. Na medida que há na lógica, a explicitação do *lógos*, também há o problema (e o dogma-problema) da verdade e assim o é na teoria do conhecimento que sempre será uma teoria da lógica do conhecimento sem trazer a questão do conhecimento em si.

A palavra *philosophía* nos diz que a *filosofia*, que contém a lógica como uma das suas disciplinas, é algo que, pela primeira vez, e antes de tudo, marca a existência do mundo grego, “assujeita” o sujeito mortal e determina as existências. Não só isto – a *philosophía* determina também a linha mestra de nossa história ocidental-europeia, pensamento, ética e raciocínios, só existe, parece, filosofia europeia branca como origem do pensamento das coisas. A expressão “filosofia ocidental-europeia”, aliás, é uma tautologia pois a “filosofia” como a conhecemos em nosso preconceito do mundo, é grega em sua “essência” – a filosofia é sim a origem da essência da natureza do pensamento humano no nosso universo conhecido, mas de certa forma ela primeiro se apoderou, para o ocidente, do mundo Grego de outrora e só dele. A explicação para isso é que, dadas suas condições históricas do *ócio criativo*, o povo grego antigo teve a possibilidade, naquele horizonte histórico, para se desenvolver. Somente naquele mundo, naquele horizonte de possibilidades poderia acontecer *às consciências às filosofias*. Essa tradição de forma de pensar filosófica ocidental, designada por esse nome grego “*philosophía*”, nos demonstra desde logo a direção de um caminho, caminho esse não limitado nem preso ao passado irrevogável, mas livre no transmitir, no entregar a liberdade do diálogo de como foi e como continua sendo a relação da busca do entendimento das coisas, da verdade das coisas.

Se estivermos “verdadeiramente” atentos à palavra e meditarmos o que ouvimos, o nome “filosofia” nos convoca ao historicismo e a penetrarmos na história da sua origem Grega,

²²⁹ O *Lógos*, em Grego λόγος: palavra, lugar de, significava inicialmente a palavra escrita ou falada – o Verbo, e passa a ser um conceito filosófico traduzido como razão, tanto como a capacidade de racionalização individual ou como um princípio cósmico da Ordem e da Beleza.

nos oráculos e nos diálogos de Platão, na Academia e no Liceu e a partir desse momento e dessas histórias, a partir dessa certidão de nascimento de nossa própria história ocidental, desvendar as outras oportunidades de pensamento. E não apenas aquilo ou isso está em questão – a filosofia, origens e desenvolvimento –, mas também e antes disso, a maneira como perguntamos e mesmo a nossa maneira atual de questionar, que ainda é grega, de uma filosofia “lógica” aristotélica. Perguntamos: que é isto, a justiça? Que é isto (*ti estin*), e a questão relativa ao que algo seja, pode significar diversas coisas, de onde derivam respostas polissêmicas, plurívocas. Partindo de um senso comum, definimos a coisa pela sua função, ou em uma experiência mais detalhada, quando vamos mais a fundo, a definimos pela sua *episteme*, pelo *lógos* da lógica ou pela sua essência, a verdade dessa coisa.

Para os filósofos Gregos, o deslumbramento, o espanto é a *dis-posição*²³⁰ na qual e para a qual o *ser* do *ente* se abre, o espanto é a disposição, dispor a, ser aberto a, ser aberto ao meio à qual estava garantida para os filósofos gregos a correspondência entre o *ser* e o *ente*. O iluminismo, outro tempo de existência, dos pensantes da Razão e outros campos que se apresentavam à disposição, levou o pensamento humano a colocar a questão tradicional do que era o Ser das coisas *como ele se apresentava* e enquanto *É*, de um novo modo e a filosofia do direito nessa época navega teorias de fontes, teorias hidráulicas e passa a se apresentar no universo possível como um *objeto* do estudo. Assim, Descartes, no deslumbramento de si, buscando o *Ser* desse *ente* que é o humano, em suas digressões, pergunta e em primeiro lugar *ti tò ón* – que é o ente, enquanto é ente? Superando assim todo o período medieval europeu e o desenvolvimento filosófico que não foi expressivo em relação ao período anterior na medida em que imperavam os saberes do cristianismo que instituiu seus poderes políticos econômicos e sociais, instalaram seu dogmatismo nas diversas áreas do conhecimento em grande parte da cultura europeia da época. Durante a maior parte da Idade Medieval Europeia, o escasso

²³⁰ Dis-posição (*Stimmung*) não é essência, mas um modo de existir originário de ser do ser-aí (*dasein*), vinculado mesmo à sensação de situação (*Befindlichkeit*) que acompanha a derelicção (*Geworfenheit*) ou seja, o desamparar, o fato de não ter proteção, o abandono. Por essa (dis)posição, por esse abri-se ao mundo o ser-aí -no-mundo é radicalmente aberto, abertura essa que é a própria condição de possibilidade de qualquer orientar-se para próprio da intencionalidade (Ser e Tempo, § 29) onde o da *sein* esta cada vez e sempre aberto em estado de animo nesse seu abrir originário a esses estados conduzindo o Ser do *dasein* como aí. Em estudo linguístico empesatdo, observamos a semântica de *Stimmung* e suas derivações: *bestimmt*, *gestimmt*, *abstirnen*, *Ges!imnitheit*, *Bestimmtheit*, pode ser então que Heidegger procura dizer como esta disposição é uma abertura que determina a correspondência ao ser, na medida em que é instaurada pela voz (*Stimme*) do ser. O filósofo toca aqui nas raízes do comportamento filosófico, da atitude originalmente do filosofar.

interesse pela natureza restringiu muito o desenvolvimento das matemáticas e das físicas sociais. Todavia, foi nesse período que as chamadas então “ciências” evoluíram, a partir do conceito de precisão e exatidão que levavam ao certo e ao bom sob as verdades divinas. As ciências, ditas exatas, floresceram entre os árabes e os hindus com a noção algébrica, que no princípio era apenas uma forma abreviada da linguagem discursiva usual, mas que acabou por dar origem a um sistema simbólico bastante flexível capaz de expressar em sinais os termos numéricos, as operações e os raciocínios aos quais as quantidades denotadas por esses termos estão submetidas, superando o sistema pitagórico em signos e símbolos infinitos. Os estudos filosóficos, de igual modo, não suscitaram questionamentos para além daqueles que desde a Grécia Antiga já eram abordados. Para o ser humano medieval, a época foi um período de mudanças radicais importantíssimas e substanciais que, a partir daquele momento, possibilitaram a ocorrência das universidades como centros de estudos e o esforço de alguns filósofos em sustentar que a racionalidade opera de modo independente da fé, abrindo novos horizontes de possibilidades, inclusive o da ciência que se separou da teologia e da filosofia. E o que nos suscita curiosidade epistemológica ao estudar esse período é, com efeito, o desenvolvimento científico expansivo e acelerado que tomou conta da Europa a partir Século XV, início da Idade Moderna, a *Belle Époque*, o surgimento de ideias inovadoras e de pensadores ousados impulsionados pelo Renascimento, período intermediário entre a dominância da Igreja Católica e o cientificismo da Idade Moderna e a transição do sujeito medieval centro e herdeiro do universo físico e metafísico para um sujeito moderno.

Para tratar do estudo da filosofia jurídica, e o filosofar crítico, trazemos as palavras de Willis Santiago Guerra Filho em suas *Noções Preliminares*²³¹ quando declara que “não oferece maior dificuldade apresentar um conceito de filosofia meramente operacional em nossa época de pensamentos técnicos-científico e expoente desenvolvimento da dita inteligências artificiais”, explica o autor que duas formas possíveis de se enfrentar a filosofia se enredam a partir daí: o primeiro enredo - uma prisão do pensamento filosófico nos debates circulares centrípetos - para mostrá-la e delinear-la numa linha imaginária do tempo, tempo esse mesmo própria ficção e ilusão criadas pelo ser humano, trazendo o pensamento filosófico de outrora e seus desdobramentos e doutro lado, um outro enredo – o de pensar junto com os autores de outrora – e na prática, as questões que sempre nos afligem. A partir desse caminho trilhado pelo

²³¹ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

autor e desenvolvidos sempre em seus trabalhos docente, trazemos aqui um pensar fenomenológico, uma filosofia a partir da Fenomenologia de Edmund Husserl, assim como vetores de interpretação fenomenológicos, métodos fenomenológicos e potencialidades que transversam²³² áreas do conhecimento e estéticas existenciais.

A *filosofia não pode ser um mero palpite*, um *solipsismo*, ou seja, impressões sobre um determinado fenômeno onde além de nós só existem nossas experiências, não pode se limitar tão pouco a um *achismo*, uma narrativa vã, sem fundamento nem tão pouco uma *doxa* – o lugar comum, uma mera crença ou opinião popular. Platão²³³ costumava opor o conhecimento filosófico à “doxa”, talvez daí tenha originado a *clássica oposição de erro à verdade*, cuja análise desde então se tornou um grande interesse na filosofia ocidental²³⁴ onde o erro é considerado como *negatividade pura*, a qual pode tomar várias formas, dentre elas a forma de ilusão, tratada depois pelos monoteísmos como categoria moral e a invenção do pecado e da culpa.

Na história humana a filosofia teve seus primeiros registros ocidentais, talvez, na Grécia, local e época propícios para o nascimento do pensar com profundidade assuntos da existência,

²³² Na própria concepção de transversalidade da esquizoanálise de Deleuze e Guatarri que sustentam que tal conceito comunga com a perspectiva de se pensar a realidade como produção política, múltipla e plural, abrindo sujeitos e grupos a novos tipos de crises, críticas e possibilidades.

²³³ Platão, em seus diálogos, costumava opor conhecimento à “doxa”, o que levou à clássica oposição de erro à verdade, cuja análise desde então se tornou um grande interesse na filosofia ocidental. A partir de Platão o erro é considerado no Ocidente como negatividade pura, a qual pode tomar várias formas, dentre elas a forma de ilusão., e doxa é a falha ou erro no pensamento. Na Retórica Clássica, ela é contrastada com “episteme”, o pensamento puro com base na lógica e na razão do filósofo. De sua parte, Aristóteles utilizou o termo endoxa como crenças comumente sustentadas, aceitas pelos sábios e pelos mais antigos e influentes retores, um lugar comum de argumentação dos sábios para reconhecimento das crenças da cidade. Endoxa é uma crença mais estável do que “doxa”, porque ela é “testada” e “comprovada” na Agroa, nos debates da pólis. A utilização do termo endoxa pelo estagirita pode ser encontrada nas suas obras “Tópica” e “Retórica”.

²³⁴ Ao tratar dos conceitos de *doxa* e *episteme* na obra de Platão, levamos em conta uma “evolução” desses termos, no que se refere a sua precisão terminológica. Nos primeiros Diálogos esses termos apresentam certas nuances terminológicas que não correspondem, precisamente, ao compreendido no diálogo da República., onde doxa e *episteme* estão sempre misturados e por vezes assemelhados a outros conceitos e só podem ser definidos a partir da relação dialética entre eles, arte do dialogo platônico, assim, nos primeiros diálogos, entendemos *doxa* como simples opinião, termo que encerra a significação de uma certa noção de julgamento e sentimento, no sentido de resolução e decisão parcial, baseada unicamente nos dados presentes, em um juízo subjetivo que tem valor apenas momentâneo e não poderá ser referência ética já que presente a possibilidade da falsidade das crenças que suportam a ação. *Episteme*, nesses primeiros diálogos, é uma *techné* - uma habilidade para fazer algo, um tipo de saber que tem seu suporte no conhecimento especializado e preciso da coisa – como em Górgias, como sinônimo de *didaskaliké*, logo abandonado por Platão pela proximidade com a arte de Górgias. Na República, esses termos adquirem uma nova delimitação e, apesar de serem radicalmente opostos, mantêm entre si uma relação intrinsecamente necessária onde Doxa é reafirmada como simples opinião e se distancia de episteme: conhecimento da realidade das coisas que se manifesta diretamente ligado à Idéia do bem, que garante a veracidade do conhecimento no que concerne ao valor do conhecimento.

com Tales de Mileto, no século VI a.C. e segundo Heidegger²³⁵, foi “acabada” e teve seu fim, como finalidade e término, na Alemanha com o filósofo Hegel, no século XIX d.C. O próprio Heidegger se preocupa com questões fundamentais dispostas de forma didática da medida em que a filosofia entrou em seu estágio final na época presente, assim como, qual tarefa ainda está reservada para o pensamento nesse fim da filosofia. O autor se ocupa com o fim, objeto e término, da filosofia e entendia na sua época que a sociedade está passando por um período de transformações que acarretam numa nova necessidade intelectual e a filosofia não possuía mais os instrumentos necessários para dar conta desse problema, cuja solução se dará através da mera técnica. Como o fim da filosofia proposto por Heidegger, não entendemos como o ponto limite da atividade filosófica, mas sim um ponto de reflexão que permite olhar os desdobramentos da atividade filosófica numa perspectiva de compreensão do mundo, a partir da técnica. O filósofo alemão, existencialista, aponta para o fim de um projeto metafísico do Ser na ciência, herdado da tradição grega antiga, deixando apenas o pensamento, o que se consubstancia em uma continuação como atitude metafísica no seu modo de operar através de sua transmutação de representação, enquanto uma representação que corresponda de fato ao ser. **Aristóteles utilizou o termo “*ta endoxa*”²³⁶ (*opinião*)** para definir crenças comumente sustentadas, aceitas pelos sábios e pelos mais antigos e influentes para reconhecimento de algumas das crenças da cidade. Podemos então considerar *Endoxa* como uma crença mais estável do que “doxa”, pois submetida a debates públicos. A *endoxa*, em Aristóteles se torna um consenso, como ponto de partida em comum para a compreensão e para o aprendizado de algo, em determinada comunidade, no tempo e no espaço definidos, a partir do que se apresenta a essa comunidade num dado horizonte de possibilidades. Uma compreensão válida e eficaz, que pode ser entendida como *aprender e interpretar* algo em suas diversas relações e obter um sentido do todo, holístico, dedutivo e indutivo da coisa em si, para o maior número de dimensões possíveis como a ética, a estética, a científica, a artística e outras.

Não menosprezando o interessante assunto, **o estudo descritivo das escolas de filosofia, nem os saberes epistemológicos do jurídico, nem mesmo a ontologia jurídica - não é nossa proposta** - assim, para além do importante historicismo filosófico e da própria História da Filosofia, mas sem nos afastarmos das origens e métodos ocidentais derivados da

²³⁵ HEIDEGGER, O fim da filosofia e a tarefa do pensamento, 1999, p. 71

²³⁶ Ética a Nicomaco: EN I 5, 1095a27-29, EN VII 1, 1145b5, Retórica: Ret. I 2 1356b30-34, δόξα (dóxa).

Grécia Antiga no pensamento contemporâneo tratamos da, nas palavras de Santiago Guerra, *filosofia de primeiro grau*²³⁷, que acontece quando Heidegger nos coloca a pergunta: *O que é isto, a filosofia? Quando filosofamos?* E respondemos alinhados com esses autores que “filosofamos quando entramos em diálogo, em dialética com esses filósofos, quando discutimos com os filósofos aquilo sobre o qual eles falam”²³⁸. E aqui, em especial a *ars* da filosofia do direito, a filosofia do pensamento jurídico, e, para tanto, traremos uma breve história do pensamento ocidental, para aquele escovar à contrapelo a verdade do direito, que não vem da lógica jurídica, mas assim a partir do pensamento argumentativo jurídico, e dessa forma, de uma hermenêutica jurídica.

Se nos fosse dado o tema da história do pensamento traríamos que os seus grandes momentos surgem no auge de uma curva, de um movimento uniformemente variado com ápice, trazendo consistência e definição a um momento do processo histórico, e se aglutinam em uma intuição potencialmente criadora, imediatamente após esse longa cauda do período de criação, que o horizonte de possibilidades nos permite em nosso tempo e lugar e permite quando acontece a sempre inevitável cristalização e a esterilidade, quando surgem os pretensos seguidores. E aqui sem venerar as ideias mortas dos gregos, nem os mortos e suas memórias, sabendo que suas próprias intuições originárias se perdem em alguma escolástica ou numa frase de efeito de um grego de outrora, respeitando o filosofar mais que a História da filosofia, respondemos à intuição envelhecida em conceitos cartesianos, com uma nova intuição, para que o processo do filosofar continue, uma intuição mediata do fenômeno jurídico, indissociável de uma consciência do jurídico.

2.2.1 Retorno às Coisas Mesmas

A autorreflexão da consciência faz com que a fenomenologia husserliana caminhe, cada vez mais, movida pelo lema do “*retorno às coisas mesmas*” (*zu den Sachen selbst*), para superação de uma fenomenologia meramente empírica, constituindo-se, de certa forma segundo alguns autores, um novo “Idealismo Transcendental” no Século XX, pois o projeto filosófico

²³⁷ Filosofia de primeiro grau como coloca Willis Santiago Guerra. Teoria da Ciência Jurídica, 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009. .P.21-23

²³⁸ Referências completar - 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2009

anunciado pela fenomenologia transcendental de Husserl nos leva a pensar em pelo menos duas dimensões da relação entre a consciência e o mundo, revelados a partir de dois modos distintos de consideração desse mundo. De um lado, deparamo-nos com um **modo de consideração das coisas**, a partir do qual o mundo se revela para a nossa consciência “empírica” como o domínio empírico-natural dos fatos, daquilo que se encontra submetido a uma dimensão espaço-temporal fixa, inerte, tratamento e modo de consideração do mundo das coisas próprio das ciências positivas. E, paralelamente, na mesma dinâmica dessas coisas do mundo, como um recurso metodológico para o alcance das evidências apodíticas, o exercício da denominada *epoké* (ou *epochè*) e, conseqüentemente, da redução fenomenológica, que promove o salto para o modo de consideração transcendental fenomenológico das coisas, fazendo agora com que o mundo se revele, de imediato, **na consciência e para a consciência pura** (ou transcendental ao Eu), como o futuro “horizonte de sentidos” de Heidegger e em Husserl como domínio das idealidades inteligíveis. “Puro” aqui significa “não mundano”, ou melhor, “não-factual”, aquilo que não pode ser pensado em termos de dados empíricos para não ser.

Voltando à linha imaginária do tempo da história medieval para a história moderna, insistimos nas mudanças paradigmáticas que são marcadas por uma consagrada descontinuidade das soluções que tem origens em fundamentos antropológicos diferentes, no iluminismo, depois que o deus único deixa de ser o centro do universo, causa e consequência do todo, o ser humano se percebe mais um, entre todas as coisas do universo e se enche de dúvidas, com a única certeza da morte. A busca de certezas, de fatos demonstráveis e das garantias da existência encontrou em Descartes, nova sombra de Budha, novo aparato para manter o eixo transcendente binário hierárquico de validade do mundo. Fato é que antes do tempo de René Descartes nunca foi necessário ter tanta certeza, não havia a necessidade de se certificar de nada, não havia a hipótese a se discutir com os gregos antigos da existência de deuses e dos mortais. No tempo da modernidade pós-Copérnico, acontece a dúvida, e não só a dúvida, como também a certeza hermenêutica-histórica, que somos os donos da verdade e sabemos realmente, através de um método científico que sabemos mesmo a verdade das coisas com clareza e distinção e conhecemos as verdades todas das coisas. Mas todos nossos preceitos têm data de validade. **Da dúvida à certeza da verdade, caminho trilhado por Descartes** em seu questionamento bem próprio do Método, um critério, segundo ele universal, para estabelecer algo como verdadeiro que parte da evidência das coisas, do *evidere*. **O evidenciar é ver com clareza**, é identificar aquilo que se apresenta ao seu intelecto como **claro e distinto**.

Claro pois facilmente visível e **distinto** pois não se mistura nem se confunde com nada, esse algo então é verdadeiro e, se não puder duvidar, pois claro e distinto, ou seja, não se mistura com nada que seja obscuro - então esse algo tem que ser verdadeiro. Assim, qualquer coisa que a concepção e interpretação da mente, que eu mesmo conceba como claro e distinto é, então, verdade. E o nome disso é a *verdade desse eu, de ser eu*, que ao pensar através de ideias claras e distintas conheço-me sem erro e sem sombra de dúvidas, a verdade do sujeito “eu”. Já o contrário, o oposto, o de fora, o do outro lado dessa descoberta desse “ser eu” é ser outra coisa – “o objeto” –, o que está diante de mim, dos meus sentidos, o *ob iectum*, isto é, nasce aqui e por esse raciocínio lógico um cogito do Ego um “*cogito ego sum*”, que deriva um sujeito que observa e um objeto que somente é observado. Para Descartes *não há verdade fora do modo como o sujeito posiciona a realidade como verdadeira*, a partir dele próprio e como esse sujeito vê e observa o objeto é a realidade posicionada desse sujeito, é a única representação possível, assim, a única verdade é a representação do mundo desse sujeito que pensa através de ideias claras e distintas para conhecer a verdade. Verdade passa a ser representação e essa verdade para ser dita exige a re-representação de tudo como objeto do meu conhecimento claro e distinto, ou seja, somente existe verdade por meio da objetificação. Reapresentamos os objetos segundo a medida racional de clareza e distinção, a cada vez, para nosso intelecto. Isso é a verdade como representação a partir de Descartes.

Necessidade de certezas no direito versam sobre a certeza da lei ou da experiência jurídica concreta? Essa é uma questão que pode ser superada por uma hermenêutica jurídica que parta das coisas como elas são, além da legalidade e da certeza do conhecimento da lei transpassada pelo conhecimento dessa lei como se conseguisse afastar as arbitrariedades dos poderes políticos que dominam a lei. Da mesma forma a sociologia realista que nos prova e mede a distância do formalismo legal da realidade das transformações sociais. Certeza, estabilidade, justiça são valores humanos, são necessidades humanas buscadas a todo momento, entre outras. Se o direito é capaz de criar segurança para o humano do grupo se orientar no futuro, e se nossa condição humana é de unir o que já não É com o que ainda não É nos momentos de existência, temos a necessidade de certezas desses vínculos com o que ainda não É (futuro) partindo do que não É mais. Essa previsibilidade não se coaduna, na condição humana temporal, com o direito positivo. Além de Niklas Luhmann e sua ruptura na percepção do tempo nos Sistemas Sociais trazemos a volta às coisas mesmas como atualização dos campos da realidade jurídica e da experiência temporal entre norma e conduta humana. A subsunção do

ato, fato, negócio jurídico à norma se faz pela interpretação humana da previsão do futuro com o acontecimento do já passado imediato. Essa interpretação histórica é possível e coerente a partir das Teorias e das Doutrinas da essência do ente Direito pelo viés da formação do conjunto de princípios de condução social, todavia na dimensão da aplicação da norma na função jurisdicional do Estado Juiz, produz além do hiato temporal, uma volta ao aqui já tratado *eixo de validade da existência humana* onde a dimensão do ideal/real é a Lei, dogma direcionador e criador das certezas do devir jurídico humano, vetor das decisões de um humano sobre outros humanos.

Para não confundirmos certeza do direito com o dogma positivista normativo vamos arear essa terra, esse terreno sempre fértil do debate do juspositivismo, não em contrapartida ao jusnaturalismo, mas sim a partir da intuição do direito, um ente desse mundo. O direito natural é um direito certo por excelência, existem poucas dúvidas quanto à sua estrutura normativa como Raffaele De Giorgi, seguindo a linha de seu antecessor Bobbio o caracteriza, a saber, uma “ontologia racional”, segundo a qual “o dever ser que se exprime em diretiva ou norma do agir era construído a partir de princípios do ser”²³⁹. O direito natural se organiza sob a forma de um sistema de tipo externo, ou seja, organizado com base em um princípio unitário do qual as categorias normativas são extraídas por dedução lógica em um sistema de direito pré-determinado formado por valores fixados previamente onde a norma jus naturalista é fruto de um processo de revelação, que entendemos como um processo de intuição, de conhecimento imediato, onde a norma ulterior denota sua premissa, tornando explícito o conteúdo do Ser. Esses sistemas externos partem de um método de pesquisa da verdade²⁴⁰ deduzida logicamente do princípio que a determina em uma relação intrínseca entre princípio e norma que se apresenta como verdade, deduzida do princípio que possui certeza e a determina. Essa relação de “ser” e “dever ser” do jusnaturalismo ao ser levada ao positivismo resulta em uma confusão entre os processos de cognição e produção normativa, entre ciência e direito que Savigny enfrentou de modo inaugural. No chamado sistema interno pelo filósofo italiano, o sistema da produção positivista normativa se dá por meio do arbítrio de uma decisão, expondo essa relação do “ser” e “dever ser”, própria do direito natural, a uma lógica diferente em um método de pesquisa da verdade que varia de acordo com as complexidades dos grupos e das sociedades. Do trovão

²³⁹ GIORGI, Raffaele de. *Scienza del diritto e legittimazione*.

²⁴⁰ Idem op cit.

como sanção e das enchentes como pena à decisão do superior tribunal de um povo sobre prisão de devedor civil. Essas decisões obtidas em um sistema tão complexo e por meio de um plano semântico que, ao se distanciar da realidade, ainda pretende assumir o papel de condutor da vida social e emissor de princípios. São a autopoiese semântica produzidas em um sistema de invariáveis pré-modernas que faz da teoria se afastar da complexidade e reprime a realidade de forma a se adequar ou se moldurar aos postulados científicos do sistema jurídico moderno. Uma redução eidética nos mostra que a reflexão persiste nas teses e certezas do direito Natural sob nome de jus racionalismo e o direito nesse passo adquire uma fórmula de contingência pois o jusnaturalismo produz “naturalmente” a verdade das coisas e as certezas do mundo quase de forma invariável, ou seja, dotado de pouquíssima capacidade de mutabilidade que nega sua própria premissa onde não há espaço para incertezas e meias verdades, ou verdades por semelhança, por verossimilhança nem mesmo espaço para a “fumaça do bom direito”. Essa mutabilidade que é essencial para a vida contemporânea não comporta a certeza do direito a qual não é objeto da epistemologia jurídica do direito natural, não é objeto de questionamento, mas sim sua própria manifestação.

2.2.2 *Certezas Essenciais em Descartes – Raciocínio, Lógica e Dedução*

Cogito ergo sum, somos então uma consciência evidente a si mesma quando pensa, e o significado da realidade está ligado a esse fato de uma consciência pensante inserida no “eu” que duvida de tudo e eis aqui o conceito de evidência no pensamento de Descartes. Uma segunda certeza originada da dúvida é que esse “eu” pensa ideias, vários tipos de ideias, que tem suas origens nos cinco sentidos do corpo desse mesmo “eu”, tanto no conhecimento como na imaginação através de correlações de ideias anteriores e ideias inatas. Para René Descartes existem algumas ideias inatas como a ideia de proporcionalidade e de perfeição que alimentam a matemática, a ideia da circunferência perfeita da geometria, assim perfeição, proporcionalidade, infinitude, e a ideia de que do menos não surge o mais são inatas, ideias que já nascem junto a esse “duvidador”.

Descartes, dessa forma, ancorou e trabalhou com o conhecimento produzido pela função intelectual da mente, ou seja, um conhecimento intelectual, portanto racional, que consiste em ideias e juízos onde ideias são conceitos e juízos são argumentos. Além dessas funções de formar ideias e juízos, a inteligência também executa a operação de **raciocinar** que são

inferências que se constituem em deduções que relacionam juízos (argumentos) para chegar a um outro juízo (também argumento) chamado conclusão. Essa conclusão cartesiana, além de negar o pensamento escolástico e trazer um novo paradigma para a razão humana, traz também esse “ser” racional como o centro das razões do mundo. Em suma, Descartes duvidou dos sentidos, duvidou da imaginação e até mesmo do entendimento, chegando, portanto, pelo elemento metodológico da dúvida hiperbólica, à conclusão de que dúvida é a única verdade que existe. Nossa observação é que esse uso da razão, o “raciocínio” lógico, designa tanto uma das atividades da mente quanto o produto resultado dessa atividade como, a exemplo, o raciocínio lógico jurídico. No *Organon* de Aristóteles a diferença entre raciocínios lógicos são aqueles que partem de premissas necessariamente verdadeiras e, através de inferências válidas, derivam conclusões necessariamente verdadeiras, diferente dos raciocínios analíticos que transferem à conclusão a necessidade e a verdade das premissas que determina que é impossível que a conclusão seja falsa se as premissas são verdadeiras, ou seja, através do silogismo das premissas maior e menor, concluímos uma verdade no exemplo clássico: se todos os B são C e se todos os A são B, então todos os A são C, e a verdade da inferência independe da matéria sobre a qual raciocinamos, mas sim a forma do pensamento, a lógica é que lhe garante validade, nesse caso a lógica formal como a usada na álgebra e através das qual Husserl iniciou seus estudos. Por sua vez, nos raciocínios dialéticos ou na “lógica dialética” nem todas as premissas são anunciadas, algumas são subentendidas sem serem anunciadas pelo auditório, pelo senso comum, esse raciocínio não se dá por silogismos e sim por entimemas, de fundamentos verossímeis e plausíveis.

A função do raciocínio é levar a uma decisão, diferente do silogismo que de premissas passamos imediata e diretamente à conclusão e o que o Direito faz é usar o senso comum dos juristas e transformar uma argumentação em um silogismo através da inserção de premissas suplementares ao raciocínio formal que transformam a lógica em analítica. Assim, uma lógica formal jurídica no sentido próprio do texto não existe, mas sim uma “lógica analítica” voltada ao convencimento por argumentos inseridos como premissas não anunciadas na própria formação do raciocínio jurídico cujos fins específicos são a jurisprudência. A “lógica” jurídica é uma lógica material que nos obriga normativamente ao chegarmos em conclusões de juízos jurídicos verdadeiros, ou ao menos correto, cuja função jurídica nos leva a entender e concluir que são juízos verdadeiros, os justos, ou equitativos, proporcionais ou razoáveis. Nesse raciocínio formal podemos manter a questão “que é direito, então?”, que não é resposta da

lógica jurídica e sim da ontologia, da epistemologia que nos remete à Ciência do direito que isola esse objeto de estudo e traz existência a esse ente jurídico. Voltaremos a esse ente ao definirmos a forma e as capacidades humanas de entender como definimos as coisas, em especial, o Direito.

Entendemos que a teoria da intersubjetividade de Husserl, que modifica a ciência egocêntrica cartesiana, teoria que Husserl chama de Egologia radical, nas mesmas linhas repensada por Warat, e agora por nós, que se apóia, ao menos em parte, na psicologia do sentimento, da percepção e dos afetos humanos, recorreremos também a elementos semióticos do pragmatismo de Charles Peirce que alimentou a visão do filósofo argentino radicalizado brasileiro. Essa influência se manifesta na exploração de conceitos como signo, expressão e sentido. Com a ideia da semiótica abstrativa do corpo, de uma hermenêutica cotidiana prática, Husserl busca uma compreensão *intersubjetiva de sentido*, a saber – não olha o mundo que o cerca de fora, de maneira objetiva, mas sim quer compreendê-lo na perspectiva do sujeito, do sujeitar-se, o ser. Considera a contemplação objetiva como um obstáculo, porque, em última análise, conduziria ao positivismo, como expôs em sua obra *A crise da ciência europeia e a fenomenologia transcendental*. O mundo da vida (*Lebenswelt*) é dado ao sujeito em um horizonte de experiências, centrada no ser que está fundado fisicamente, constituindo-se em camadas desde o animal até o cultural, podendo desenvolver-se ontologias regionais das diferentes camadas e assim como o conceito mais amplo de mundo no sentido de horizontes de possibilidades, também o conceito de “mundo da vida” é, para ele, um fenômeno dado na consciência. Esse mundo da vida é onde o sujeito encontra o que chamamos de valores sociais, a axiologia que a teoria do Direito tanto teme e tão cara e próxima à filosofia, psicologia e outras ciências humanas.

Com sua teoria *do mundo da vida*²⁴¹, Husserl procura um chão no qual todos os juízos predicativos, com os quais operam as ciências especializadas, possam encontrar uma referência antipredicativa. O recurso ao mundo da experiência é recurso ao mundo da vida, ou seja, ao mundo no qual sempre já vivemos e que fornece o ponto de partida para todas as conquistas do conhecimento e para toda a determinação científica. Segundo Husserl, primeiro se deve perder o mundo, através da *epoché*, do exercício de redução fenomenológica, da suspensão de todos

²⁴¹ Usaremos essas correspondências com o lugar comum de argumentação do mundo da vida dos juristas em Warat

os saberes pré-constitutivos das coisas, para recuperá-lo mediante a reflexão universal sobre si mesmo. Essa é a meta e a intenção da reflexão radical. Com o conceito de “subjetividade transcendental” e da intersubjetividade, na sua obra tardia, que indica um aspecto lógico teleológico próprio, e o usa para esclarecer a reivindicação de que a fenomenologia conduz o ponto de partida egóico de Descartes ao acabamento que trazemos de Warat da ecologia do Direito.

Até certo ponto, a fenomenologia pode ser compreendida como explicação do que está implícito, desde o início, no conceito de intencionalidade da consciência que se orienta para a subjetividade absoluta e que se constitui de maneira transcendental, que Husserl também designa como intersubjetividade transcendental ou vida transcendental pois vai além da consciência de si. Todo o empenho intencional realiza-se na relação entre intenção vazia e plena. Assim o próprio conceito de intencionalidade pode ser entendido em sua construção como uma teleologia jurídica, e nessa medida a intencionalidade é uma teleologia da razão jurídica trazida pela lógica jurídica usada pelo pensamento jurídico do *homo juridicus*, assim transformamos a razão jurídica latente em razão patente. Já no início de “A crise da humanidade europeia e a filosofia”, Husserl afirma:

Nesta conferência quero ousar a tentativa de suscitar um novo interesse para o tão freqüentemente tratado tema da crise europeia, desenvolvendo a idéia histórico-filosófica da humanidade europeia” (Husserl, 2002, p. 65). Creio que nós sentimos (e, apesar de toda obscuridade, este sentimento provavelmente tem sua razão) que à nossa humanidade europeia está inata uma entelêquia que domina todas as mudanças de formas europeias e lhe confere o sentido de uma evolução em direção a um pólo eterno [...]. O télos espiritual da humanidade europeia, no qual está compreendido o télos particular das nações singulares e dos homens individuais, situa-se num infinito, é uma idéia infinita, para a qual tende, por assim dizer, o vir-a-ser espiritual global. À medida que, no próprio desenvolvimento, se torna consciente como télos, torna-se também meta prática da vontade (Willensziel), iniciando com isso uma nova forma de evolução, colocada sob a direção de normas e idéias normativas (Husserl, 2002, p. 71-72)²⁴².

O conceito de “mundo da vida” serve a Husserl para uma crítica radical das ciências, cuja idealização já é resultado de métodos de conhecimento fundada em nossa experiência

²⁴² HUSSERL, Edmund. A crise da humanidade europeia e a filosofia / Edmund Husserl; introd. e trad. Urbano Zilles. 2 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. (Coleção Filosofia; 41) ISBN: 85-7430-285-6.

imediate, tais como o espaço exato da geometria, o tempo exato da física ou ainda a causalidade exata. Husserl questiona, nessa medida, certezas ingênuas das ciências e, embora argumente apenas de maneira sistemática a partir de sua teoria do mundo da vida, na perspectiva da história da ciência, mostra a que a questão da gênese de certos paradigmas científicos só encontra solução histórica. Husserl chama a atenção para experiências pré-científicas não menos legítimas que a aceitação de modelos de conhecimento científico e, como instâncias de fundamentação última, tais experiências até são mais importantes.

Segundo Husserl, também é preciso colocar entre parênteses, suspender o mundo resultante da visão das ciências modernas, pois tal visão também é elaborada a partir da vida natural. A própria Ciência deve ser compreendida como uma determinada *práxis* da vida na qual, sob determinadas condições históricas, nasceu como formação subjetiva de uma *práxis* teórico-lógica-especial, assim a Ciência do direito nascida no berço das disputas à codificação francesa. A vida moderna, sua consciência científica e cultural, é apenas uma entre outras possíveis e o pai da fenomenologia se pergunta então por aquilo que é comum e possibilita uma comunicação entre todas as culturas humanas. Analisando a crise da cultura europeia, Husserl constata que comum é o *Lebenswelt* (mundo da vida). Dele emerge o próprio mundo da ciência. Husserl afirma: O investigador da natureza não se dá conta de que o fundamento permanente de seu trabalho mental, subjetivo, é o mundo circundante (*Lebensumwelt*) vital, que constantemente é pressuposto como base, como terreno próprio da atividade, sobre o qual suas perguntas e seus métodos de pensar adquirem um sentido, o sentido de viver.

O recurso ao mundo da vida e a análise de sua estrutura impede que formas culturais, historicamente condicionadas, sejam hipostasiadas, ou seja, sejam tomadas como substância ou coisa real o que é apenas uma ficção ou abstração, formas culturais não são um *a priori*, ou seja, o mundo da vida é equívoco cognitivo que se caracteriza pela atribuição de existência concreta e objetiva (existência substancial) a uma realidade não percebida diretamente e sim pré-concebida, e nessa medida, fictícia, abstrata ou meramente restrita à incorporeidade do pensamento humano. Por outro lado, indica a linha mestra das atividades da subjetividade transcendental na constituição do mundo da vida. A fenomenologia é conhecimento das estruturas essenciais da vida transcendental como o devir de Heráclito, e, nesse sentido, a fenomenologia é experiência transcendental que visa a experiência absoluta. Por isso Husserl a considera o acabamento do racionalismo do qual o racionalismo histórico não passa de pré-forma. Mas, na fenomenologia, também permanecem a verdade do empirismo, a justificação

da constituição imediata do mundo da vida, da subjetividade e sua *dóxa*, e é nessa mesma fenomenologia que se encontra o fundamento no qual as oposições, entre racionalismo e empirismo, têm suas raízes comuns. A subjetividade transcendental é absoluta e se manifesta com suas estruturas essenciais no processo teleológico da história. Entretanto, indagar do sentido da história é tema da metafísica, que Husserl não desenvolveu completamente em seus textos até agora publicados.

As concepções da fenomenologia, apresentadas por alguns contemporâneos e seguidores de Husserl, em grande parte são incompatíveis com sua concepção transcendental-idealista. Alguns fenomenólogos aceitaram as teses husserlianas da fenomenologia como atitude e método, a visão das essências, mas não assumiram o recurso ao mundo (pré-científico) da vida, ao vínculo situacional e ao horizonte da vida humana, nem seu conceito de corporalidade. O que fazem, em parte, é acompanhar a redução fenomenológica e a redução *eidética*, mas não a redução transcendental como condição *a priori* do conhecimento filosófico e científico. Entendemos mesmo que Husserl não encontrou um continuador de sua filosofia, como ele a entendia, apesar disso, em meados do século XX, quando a fenomenologia já parecia condenada ao esquecimento, renasceu o interesse por ela e aqui a trataremos como método de pensamento jurídico.

2.2.3 Representação Racional da Verdade e os Fenômenos: Clareza e Distinção

Essa verdade como representação segundo a medida racional de clareza e distinção executada por um sujeito em relação a tudo e a todos como “o resto”, como objetos, muda, inclusive, a posição do sujeito gramatical. Nós, os sujeitos, passamos a ser apenas os seres capazes de pensar através de ideias claras e distintas que têm a aptidão, inata de conhecer a verdade, ou seja, passamos a ser então, desde Descartes, o substrato onde a realidade aparece como objeto, e nós sujeito na medida e enquanto nos asseguramos racionalmente que somos portadores de ideias claras e distintas que re representam toda a realidade possível como objeto. O ser humano, agora sujeito absoluto, entra em um movimento de “voltar para si”, de se assegurar dessas ideias e de “re-apresentar” a realidade a si próprio. Essa ideia reflexa parra a ser o eixo do mundo, o eixo de existência e de realidade do mundo. Eis o racionalismo moderno, esse egocentrismo da confecção da realidade, esse *EGO sum*. Dada esta configuração, o

grande enigma que paira sobre as discussões cartesianas da verdade orbita em torno da necessidade de mostrar como se dá o movimento que rege a relação consciência objeto. Traduzida para a relação consciência-objeto, tal formulação significa que este vínculo se estabelece segundo uma natureza de “recíproca exterioridade”. Em decorrência desta formulação, origina-se o *dualismo cartesiano que tem servido de paradigma às chamadas “filosofias da consciência”, consolidadas na tradição filosófica pós-cartesiana, a saber: o eu-sujeito diferente do outro objeto.*

As funções da operação desse conhecimento são as funções sensoriais e as funções intelectivas, dentre essas intelectivas, em especial as chamadas de teórico-racional, pois dependem de mais de uma operação indireta para se fazer existir como conhecimento do mundo, como a lógica. Esse conhecimento não é um órgão sensório, muito menos uma inteligência, mas sim um modo de operar que não é separado da operação realizada. Nessa medida eu só “penso” o “pensado” e o conhecimento, as capacidades e os limites do conhecer, o conhece-te a ti mesmo, só podem acontecer na medida em que esse conhecimento pode ser objeto de estudo. Assim o não conseguir pensar o impensável, como por exemplo uma cor que não existe, e conhecer-se o conhecimento do conhecer – o que conhece a si mesmo – ou seja, o *cogito do cogitatum*, será uma nova dimensão na Fenomenologia de Husserl a partir de seus estudos iniciais da matemática e seu questionamento básico sobre o que é um número, cuja verdade da coisa só é desvelada quando o conhecimento de dá na experiência do fenômeno.

Acontece que essa falsa imagem cartesiana de que existem duas operações, ou seja, a origem é diferente do modo de operar que por sua vez são diferentes dessa operação de conhecimento, que em Husserl existem separadas como noese e noema, só se dá por deficiência da sintaxe da nossa língua que exige um predicado ao sujeito, separando-os numa análise no texto escrito. Essa separação de sujeito e objeto, como a fenomenologia de Husserl demonstra, não se verifica quando estudamos o campo fenomenológico, existência essa que em Heidegger perde completamente a subjetividade, mas que desde Husserl perde essa suposta relação entre sujeito e objeto, essencial para o cartesianismo, mas inexistente para a fenomenologia e o mundo passa a ser uma totalidade existente, as existências dos entes se dão em função de todas as existências, uma forma “defluente” de entender a existência. Não é objeto desse breve encontro, nem poderia ser pelo *tempo*, nem pela propriedade desse estudo, o *dasein*, o ser-aí-no-mundo. Assim, voltemos ao dilema cartesiano clássico da dúvida hiperbólica. Essa solução metodológica cartesiana dedutiva não é aplicada ao sentido que o ser humano percebe das

coisas. E aqui, falamos de um humano no mundo, a existência humana é um fenômeno emocional e não se limita à razão e ambas não estão em campos distintos dos saberes. Fato é que, para adquirir saberes, necessitamos aprender, desenvolver e utilizar esse fenômeno chamado razão. Questão é como usá-la? Pode ser como uma das formas do pensamento e de seu uso o conhecimento, mais especificamente como forma de chegar à demonstração da verdade, e a isso chamamos *Lógica*. Dessa forma, *lógica é propedêutica da ciência*, ou seja, é anterior e preparatória do pensamento científico lógico racional, pois a lógica não serve para descobrir a verdade nem inventar soluções de problemas para serem provados ou não, serve sim para ordenar o que já foi descoberto, dar coerência e sistematização a esses descobrimentos, categorizar e alinhar possíveis formas de argumentos. Assim também a filosofia é propedêutica para o pensamento das coisas do mundo humano. Para alcançarmos as formas propedêuticas de saberes jurídicos, trazemos nossa filosofia do direito de base fenomenológica que traz a percepção mediata da coisa pela epoké e suspensão dos saberes, sem negá-los, apenas abordando a coisa como ela se mostra, em especial a coisa antes de ser jurídica, que se mostra ao humano antes de ser *homo juridicus*.

A lógica, lida não com a realidade do mundo, mas como a realidade das ideias, com a realidade dos pensamentos quando abstraídos de suas relações com o mundo, trata das condições objetivas ideais para justificar a verdade, mas não cuida da própria verdade e isso é consequência dessa separação cartesiana de sujeito/objeto que nos afasta da essência do próprio pensar jurídico, as certezas do direito natural só são certezas no pensamento humano jurídico do direito natural que faz essa distinção a outro pensamento jurídico da necessidade de certezas do pensamento jurídico positivo normativo cuja solução é a certeza científica do direito.

2.3 Subjetividade como consciência intencional dirigida

Partimos da questão “que é isso?” dos Gregos para “qual a verdade das coisas?”, que para Descartes é aquilo que verdadeiramente se mede, o é de uma outra maneira, ou seja, o elemento metodológico da dúvida hiperbólica se torna aquela “*dis-posição*” do ente que é, que existe, com toda *certeza* através do processo, desse filósofo francês, de compreensão da

existência. A certitude²⁴³ torna-se aquela fixação do *ser ele mesmo em ser* que resulta da indubitabilidade absoluta do fenômeno de questionar, do questiono, do *cogito (ergo) sum* para o ego (ser ele mesmo) do homem. Assim, o ego se transforma aqui, por um raciocínio lógico, no *sub-iectum*²⁴⁴, “su-jeito” por excelência e *a priori* e, desta maneira, a essência do ser humano que se desvela pelo raciocínio. Da dúvida do próprio pensante, abre-se o horizonte de subjetividade no sentido do ego, novo centro do mundo. Esse conceito *de evidência no pensamento de Descartes* foi duramente criticado por Husserl, em especial, o modo como Descartes propõe superar esta dualidade em busca de uma legitimação e aplicação da clareza e distinção a partir dos conceitos de representação, correspondência e realidade objetiva. Entende Husserl que essa elucubração lógica racional ainda permanece no domínio da atitude natural de preconceito da realidade, e, como consequência, como reação a esta configuração dualista sujeito-objeto e ao modo como Descartes propõe superá-la, propõe o tratamento fenomenológico condicionado ao domínio da subjetividade transcendental de forma que, mesmo as noções como verdade e evidência, somente adquirem sentido no campo de investigação delimitado e constituído pela subjetividade transcendental. Portanto, a evidência deve ser assumida enquanto valor ou sentido expresso pela subjetividade transcendental, pelo sujeito ao de fazer sujeito. Em uma crítica aos limites impostos ao conhecimento pela filosofia da dúvida de Descartes, pelo transcendental de Kant e pelo fenômeno de 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, não se atinham ao fato de que as considerações acerca desse objeto eram, elas mesmas, “construções mentais”.

A subjetividade, enquanto consciência intencional dirigida aos objetos, consciência de alguma coisa, para Husserl, é “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

²⁴³ *certitūdō* feminino (genitive *certitūdinis*); 3ª declinação de *certitudinis*, a certeza de tudo, absoluta, primeva, antes mesmo de entender e compreender, a certeza de que há “ad initio” para deduzir outras certezas.

²⁴⁴ Do latim genitive *subiectī*); segunda declinação de *subiectii*, *subjectum*, sujeito.

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* – “visão da essência” – ou, no sentido fenomenológico, **intuição**. Daí que, para a Fenomenologia, o ser é um ser de relação e esses seres, esses ontológicos existem dentro de um tempo e campo de possibilidades afetas a eles mesmos, como condições que se apresentam possíveis.

2.3.1 Fenomenologia dos Conceitos Jurídicos

Cada fenômeno traz em si mesmo, os elementos suficientes para a sua compreensão, não precisamos, agir para comprovar teorias, nem para refutá-las, em fenomenologia caminhamos, com um olhar atento ao que se mostra diante de nós, descrevendo os fenômenos e buscando compreender o que é que se mostra e como se mostra. Como se mostra à consciência que o intenciona, que escolhe, que percebe, que deseja, que fantasia, que age, que produz. *Noema* e *noesis* são termos que Husserl utiliza para demonstrar a ligação e a inseparabilidade entre Consciência e Mundo, entre o que chamamos de Eu e o outro, entre a intenção e o objeto intencionado e é através da compreensão da relação entre o pensar e o pensado, entre o lembrar e o lembrado que o vivido, na sua pureza é compreendido. Por mais complexo e abstrato que isso possa nos parecer uma disposição a nos debruçarmos sobre os escritos de Husserl nos leva a acompanhar a mudança do paradigma científico cartesiano onde tudo se explica e se comprova e da maneira mais sedutora possível, como uma garantia de "quase certeza". Na solução de problemas jurídicos, a concepção de ideias, ou melhor, de conceitos, tem uma especial importância pois ao delimitar um conceito já o tratamos na própria órbita do Direito desde o seu aparecimento, porque é ele, o conceito, que formula a significação de unidade de ligação do homem com a natureza, da arte com a técnica e do humano com a sociedade. Mas o mundo circundante dos conceitos depender da sua própria autogerida formulação, ou seja o mundo depende da formulação do conceito. E essa tarefa se converteu na fonte clássica do conhecimento do Direito, e a multidão de conhecimento aplicada e aproveitada é o mais legítimo resultado da tomada de algo como um dado, como um fenômeno, tal como leciona a Fenomenologia.

Hoje, para se fazer pesquisa ou realizar uma prática profissional tendo a fenomenologia como fundamento é necessário principalmente compreender que ela não é apenas um método ou um método qualquer, em que se decide aplicar para se chegar a um resultado e pronto. É preciso estar disposto a conhecer, a estudar os fundamentos para se ter clareza do que se está fazendo e do que se fará e é imprescindível desenvolver uma atitude fenomenológica diante do mundo, diferente da atitude natural do nosso preconceito das coisas, uma atitude diante da vida e do fenômeno que se revela, o que requer disciplina, estudo, leitura, experientiação, enfim viver a fenomenologia. Se apenas o pesquisador se decidir a usá-la como um simples método, dentro de caixinhas teóricas, terá grande decepção ou dirá: isso é uma abstração da realidade, não é possível se ter validade. E nessa questão de validade, assim como nas de certeza, lembramos que uma teoria são lentes para visualizar o fenômeno – às vezes de aumento, às vezes de redução, que o cientista utiliza para investigar um fenômeno. Ao contrário dessa perspectiva, Edmund Husserl propôs que olhássemos para o fenômeno, aqui o convite é observar descrever o fenômeno jurídico *direito*, sem lentes, suspendendo nosso olhar preconcebido da coisa, já viciado, onde o nome da coisa já a completa e traz à existência, antes mesmo dela acontecer. A proposta de Husserl é, ao invés, olhar o fenômeno tentando perceber nele mesmo o que ocorre, como ocorre e no momento em que ocorre. A fenomenologia de Husserl fez uma proposta de rigor no sentido de abandonarmos a atitude natural e ingênua perante o mundo da vida.

Se o pesquisador não deixar de lado as lentes da construção positivista legalista ou normativa, não conseguirá compreender o que é tal fenômeno, como ele é utilizado e nem tampouco para que serve o próprio método fenomenológico. É preciso estar disposto a ter uma atitude intelectual diferente da atitude natural, é preciso ter uma atitude crítica, uma atitude fenomenológica. Tendo admitido a influência de outros pensadores, Husserl propôs um modo de ver que extrapolou o campo da filosofia e se estendeu para outros campos, tais como: a ética, a psicologia, a sociologia, o direito, a educação, a geografia, a literatura, a enfermagem, a psiquiatria entre outras ciências.

Diante destas questões iniciais que apresentamos, as obras de Husserl, ao menos às que temos acesso, nos dá uma aproximação mais íntima com a fenomenologia e nos mostra a influência desse autor em outros que também atuam a partir da fenomenologia como Paul Ricouer, Karl Jaspers, Maurice Merleau-Ponty e Alfred Schutz, por exemplo. É possível também que se tenha um esclarecimento com os trabalhos de pesquisadores brasileiros mais

recentes tais como os dos professores Adriano Holanda, Aquiles Cortes Guimarães, Tommy Akira Goto e Carlos Tourinho. Husserl propôs *uma Fenomenologia da consciência* e acima de tudo, deixou claro que, quem opta pela fenomenologia, antes de tudo, por uma atitude intelectual filosófica, e não simplesmente um método analítico ou crítico, deverá, nessa medida, sempre buscar a passagem da atitude natural ingênua de crer na possibilidade de cisão homem-mundo para uma atitude fenomenológica que visa à essência e tem uma postura crítica.

Um jurista que tenha a fenomenologia como atitude filosófica estará sempre preocupado em não usar lentes teóricas, nem produzir explicações com base em hipóteses formuladas, ele buscará nessa postura filosófica libertar-se da atitude natural e de conceitos prévios que o impeçam de ver, sentir, perceber e olhar o fenômeno como ele se apresenta e não naturalmente a partir do preconceito do mundo. Ao reduzir a coisa a ela mesma, suspendendo temporariamente as pré-concepções das teorias das fontes, da norma e do ordenamento, consegue descrever o fenômeno pelo que ele é, assim uma decisão de um juiz pode ser justa, injusta, política, econômica, construtivista histórica, além de um instituto processual jurídico moderno, para isso um método de interpretação do fenômeno do fato e do direito novo é fundamental.

2.3.2 *Husserl e o Sentido Originário das Coisas Jurídicas*

Lembramos que Husserl propôs um processo inverso das ciências naturais, ou seja, descrever e analisar as essências, promovendo a elucidação do sentido originário, independente do preconceito do mundo, ou seja, independente da observação ou posição em que o objeto se encontra, devemos também ter sempre claro que o sujeito jamais está separado do objeto, que a consciência nunca está separada do mundo e, ainda que, em fenomenologia reduzir tem o sentido de reconduzir e não de reduzir no sentido natural. *A relação entre consciência e mundo é sempre indissolúvel.* Ao buscarmos essa opção, essa possibilidade de voltar à origem do fenômeno, buscar aquilo que o funda, não como causa, mas como essência, ou seja, como estrutura invariante não podemos perder de vista, também, que a marca característica de todos os fenômenos psíquicos é a intencionalidade: a Consciência é intencional, tema que abordaremos mais detalhadamente.

O que se apresenta como uma limitação metodológica da escola da Exegese deriva justamente do fato de que ela era organizada em volta de uma cegueira teórica que as “luzes da

razão” não tinham o alcance para iluminar, pois os profissionais do direito que nela se alinhavam desconsideravam as bases teóricas da sua própria atividade, o que os convertia em meros “operadores” do direito, homens práticos que estudavam os códigos como se eles contivessem em si todas as chaves e essências para a sua própria compreensão. Ou seja, partiam do pressuposto epistemologicamente ingênuo e politicamente falso, de que o caráter sistemático da própria elaboração legislativa dispensaria os saberes derivados desse poder instituidor, os saberes do jurista e os da necessidade de elaborar um arsenal conceitual e teórico para desenvolver sua atividade. O conhecimento das leis positivas dispensava a produção de teoria, pois o seu sentido era claro a qualquer um que as estudasse com cuidado.

Não existe método para identificar a literalidade, pois a percepção do sentido gramatical e sua transdução, é imediato ao nativo da língua e não mediado pela aplicação de uma metodologia hermenêutica qualquer²⁴⁵. Assim, o critério básico para a interpretação era fundado em uma espécie de “evidência gramatical”: confiantes na clareza das leis modernas, os operadores do direito acreditavam que a simples observação das leis conduziria o intérprete ao sentido correto, pois o sentido correto era o sentido literal evidente para qualquer pessoa devidamente educada. Esse modo de pensar é *anti-metodológico*, pois ele desconfia, e assim garante seus poderes, que toda metodologia é uma forma de escapar da evidência, que a interpretação é uma espécie de malabarismo retórico que tem como função distorcer o sentido correto das normas. Por isso, a Escola da Exegese desenvolveu alguns conceitos hermenêuticos relevantes, *mas não podia oferecer uma metodologia hermenêutica propriamente dita*, na medida em que ela se constituía por meio de uma quase negação da própria interpretação judicial, que deveria reduzir-se a uma mera aplicação. Assim, não nos parece ser mero acaso o fato de que o mais próximo que essa corrente chegou de uma metodologia foi o oferecimento de uma descrição do processo de aplicação da lei, apresentado como um modo racional de subsumir fatos (ideais) a normas (abstratas e impessoais). Partindo do pressuposto de que o juiz recebe do legislador as normas e que o jurista conhece os fatos do mundo, resta-lhe apenas realizar uma operação quase mecânica para verificar a adequação entre o fato e a norma. Com isso, a aplicação do direito e o próprio pensamento jurídico ficam reduzidos a uma operação lógica dedutiva simples e direta, que infere da norma jurídica a solução aplicável aos fatos, a

²⁴⁵ Em posição contrária, autores que entendem que a interpretação primeira, a decodificação gramatical, antes mesmo da sintática já seja forma hermenêutica, com a devia vênua, discordamos.

todos os fatos da vida, que nela se “encaixam”. Assim, o raciocínio lógico jurídico é apresentado como uma forma de pensamento silogístico e se justifica, falsamente, que a aplicação do direito não é uma operação voluntarista, mas uma operação objetiva, na justa medida em que ela representa a aplicação das regras da lógica racional ao campo jurídico, inclusive na antiga disciplina “metodologia e lógica jurídica” do início dos anos 80 no currículo das faculdades de direito do nosso país do Pau-Brasil.

2.3.3 *Logica Jurídica: de Descartes ou Husserl*

Vêm a propósito, também, os denominados fundamentos lógicos do pensamento racional e a chamada verdade nos parâmetros de clareza e distinção, sob o aspecto da metodologia e da lógica jurídica moderna, parte da lógica analítica clássica. Acontece que a lógica cuida apenas das leis ideais do pensamento e não das leis reais do mundo vivido. As “leis” das “coisas mesmas” devem ser encontradas na percepção da manifestação dessas coisas mesmas, depois de reduzidas, conhecidas imediatamente e entendidas, e não numa estrutura lógica *a priori*. Daí a relevância de “re-entendermos” aqui a erroneamente denominada “Lógica Jurídica”, na medida em que o Direito Positivo criado na modernidade após a crise existencial humana, para ter certezas das coisas, encontra a sua coerência em uma *lógica imanente à própria vida jurídica*, sendo assim, as leis ideais do pensamento são apenas instrumentos auxiliares na argumentação, e em especial na nossa área jurídica.

Ora, falar de fundamentos lógicos de uma argumentação é fazer referência apenas à demonstrabilidade da lógica chamada de apoditicidade²⁴⁶ do raciocínio, com as certezas

²⁴⁶ Apodítica. Do latim apodictica. Parte da lógica que tem por objeto a demonstração. Esse nome foi usado por alguns lógicos do século XVII, como por exemplo Jungius, cf. ABBAGNANO, N. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Mestre Jou, 1970. O Apodítico, do grego apodeiktikós, **demonstrativo, uma modalidade do juízo que é necessário de direito, exprimindo uma necessidade lógica e não um simples fato.** "Os juízos são problemáticos quando admitimos a afirmação ou a negação como simplesmente possíveis (arbitrárias); são assertóricos quando os consideramos como reais (verdadeiros); e apodíticos quando os consideramos como necessários" (Kant). Assim, um juízo apodítico representa a característica de universalidade e de necessidade. Ex.: um círculo é uma curva fechada de que todos os pontos são equidistantes do centro em JAPIASSÚ, Hilton e MARCONDES, Danilo. Dicionário Básico de Filosofia. 5.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. E o Apodítico (apodictique) que designa a necessidade lógica, tal como encontramos nas demonstrações (a palavra vem do grego apodeiktikós, demonstrativo). Também é uma **das modalidades do juízo:** uma proposição qualquer pode ser assertórica (se enuncia um fato). problemática ou hipotética (se enuncia uma possibilidade), enfim apodítica (se enuncia uma necessidade). É importante distinguir esses dois sentidos, porque o primeiro vale como certeza, e o segundo, de forma alguma. A certeza de uma proposição não depende da modalidade do juízo que ela anuncia, mas da validade da sua demonstração. Uma proposição assertórica ("Deus existe"), problemática ("Pode ser que Deus exista") ou

imediatas daí decorrentes para uma decisão. Com isso queremos dizer que o silogismo dentro de um raciocínio lógico dedutivo parte de premissas necessariamente válidas e verdadeiras e que contenham um termo maior e médio já tidos como verdadeiros, que são seu próprio fundamento lógico, apodítico, para que a terceira dedutiva contenha o termo maior e médio na conclusão e, assim, demonstre a sua veracidade, a verdade das coisas. *Mas o silogismo não atinge o fundamento.* Se um instituto jurídico, diferente das institutas que usam a tópica para as intuições do justo, na era moderna, o instituto jurídico é um silogismo jurídico, assim a conclusão do que é o instituto não fala dos fundamentos das hipóteses levantadas, apenas se mostra como dogma jurídico, como a definição de conflito, partes, sentença, embargos declaratórios, e jurisdição como divisão territorial e por matéria da competência estatal, entre outros exemplos.

Assim também vários outros exemplos de invocação da ideia de fundamento suscitados historicamente poderiam ser trazidos à discussão para salientar a complexidade do tema e todos eles nos alertam para o fato de que a busca de fundamento é a tarefa essencial do pensamento, na sua dimensão de clarear sobre a explicação do que é algo e não apenas a dimensão prescritiva. Em geral, estamos habituados em confundir fundamento com argumentação justificadora ao deduzirmos as nossas pretensões ou mesmo quando estamos face ao **dever de decidir**, nas decisões mais simples e nas decisões judiciais mais complexas. Justificamos as pretensões e as decisões usando os argumentos da razão, da lógica, da causalidade, dos princípios e até mesmo da própria linguagem, sem atentarmos para o fato de que esses e outros elementos dos atos cognitivos têm sua origem fundante na atividade da nossa consciência, instância última e primeira das formas de conhecer as coisas, as verdades e os fundamentos do próprio existir, essa consciência que descobre os sentidos operantes da própria razão na função ordenadora do conhecimento e na sustentação das decisões das condutas humanas. Assim, traremos a história do pensamento jurídico como a arte da criação e interpretação do direito.

apodítica ("Deus existe necessariamente") só será certa se sua demonstração for apodítica - em outras palavras, se for verdadeiramente uma demonstração. É o que explica que seja possível duvidar de uma necessidade ou de um fato, e ter certeza de uma possibilidade in COMTE-SPONVILLE, André. Dicionário Filosófico. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011.

Notas finais - Hermenêutica Jurídica Fenomenológica

Nossa *tradição do pensamento jurídico moderno se orienta pela lei*, sua aplicação, sentido, alcance, lacunas e por uma busca e descoberta da lei aplicável ao caso concreto. Assim como o ensino da lei e do litígio é mote em nossas universidades que tratam da ciência jurídica sempre a partir do pensamento moderno cartesiano ocidental. O que pensamos aqui são métodos de descoberta do jurídico se desvelar, desse ente que habita nosso imaginário, e pensamos em especial o Direito que é um pensamento resultado do positivismo normativo codificado e suas especulações que se *co-criam* desde os juristas Romanos até as contemporâneas formas derivadas de Robert Alexy e Ronald Dworkin, desde a teoria do direito fundamental, conceito e validade das normas até as categorias de normas sob a classificação de regras e princípios. O que pensamos aqui, como juristas, são então formas de perceber, compreender, desvendar mesmo as essências, as formas essenciais das coisas mesmas, do direito, do jurídico, ao mesmo tempo que tangenciaremos a questão da capacidade humana de conhecer as coisas e ainda sob a ótica do justo e da justiça.

O direito não se resume à lei na mesma medida em que a lei não traz o direito, mas sim regras de condutas humanas na medida de prêmios e castigos para adequar tais condutas a um tempo social próprio, mutável e impermanente. A lei, produção humana, do ente legislativo, não é nem origem nem fundamento de existência do Direito, nem sua causa ou consequência. Assim também, *a percepção do justo não nasce da lei*, nasce de outra fonte, da essência valorativa do julgamento humano do justo, que é um estado pré-reflexivo do humano, axiológico, variável nos tempos e nos espaços já que criados por culturas que existem nesses tempos e espaços. O que nos faz perceber a necessidade de buscar no nascimento da experiência jurídica essa espécie de evento, que oscila entre o justo e o vingativo, que não se apresentam diacronicamente, ou seja, não se opõem a uma análise detalhada dessa descrição ou dessa evolução (autopoiese) através do tempo. Não se opõe a um caráter dos fenômenos jurídicos estudados do ponto de vista de uma suposta evolução no tempo, mas sim olha o evento jurídico nascente como um *chiasma*, uma fissão fundamental, em que a profundidade do Direito estudado, em determinado tempo e cultura, “revela” uma negação da profundidade escondida. Deriva daí o sentimento do justo e as sombras da vingança. Temos, desse modo incomum de ver, uma atitude não natural e fora do lugar comum de argumentação dos juristas, a percepção de que o direito positivado é incapaz de lidar com a profundidade das necessidades humanas,

dos sentimentos humanos, do sofrer o crime e da dificuldade de nos relacionarmos entre crime e castigo. Ou seja, a punição efetiva pode consistir em qualquer punição em grau pré-estabelecido, mas aquilo que se oferece às vítimas não alcança jamais o sentimento de satisfação e onde as fronteiras indefinidas entre o pedido de justiça e o sentimento de vingança se entrecruzam na experiência jurídica. Por isso entendemos que o Direito não busca o justo, simplesmente existe para regular o social e seus componentes em seu biopoder e sua melhor aplicação se dá no entendimento, na percepção intuitiva desse justo aí no mundo das coisas.

Através do questionamento fenomenológico, percebemos que nossos atos mentais jurídicos já intencionam seus correlatos sintéticos jurídicos, que a todo momento se atualizam, a cada nova vivência, a cada nova experiência, a cada novo acúmulo dessas atualizações de campos jurídicos que fazem parte da interpretação do fenômeno jurídico, na mesma medida em que essa intuição fenomenológica é uma forma imediata de aquisição de sentido desses fenômenos. Essa atualização de sentidos é propriamente hermenêutica jurídica. Nossa tradição da filosofia, a partir de Descartes e do seu aparato mental²⁴⁷ de descobrimento da verdade, nos traz que a unidade do sujeito humano era assegurada pela continuidade que flutua do desejo ao conhecimento, do instinto ao saber e do corpo à verdade das coisas (e assim da verdade do **justo**), o que assegurava a certeza da existência pela essência do sujeito moderno cartesiano como Ser do Eu (existência pelo *cogito*).

A ciência moderna, como paradigma do conhecimento da verdade das coisas, remove o encontro entre o “ser” humano com o mundo. Daí a expressiva abertura exigida por Husserl de ir às coisas mesmas (*zurück zu der Sache selbst*), pois somos condenados ao preconceito da realidade. Esse é o apelo filosófico da fenomenologia – invocar um olhar para a História em movimento nascente – e aqui, nossa proposta de entender o direito, *ente* da criação humana, e a *justiça* - ente valorativo da percepção individual – pelo instrumento hermenêutico fenomenológico, o que exige uma volta ao *Apocripho* (de *apo*: emanção, e *kryphos*, o secreto) ao secreto, ao velado, que é existente, mas encoberto por véus e de sabedorias científicas, éticas, estéticas, étnicas, sociais, culturais, temporais e atemporais. E aqui está a importância da arte fenomenológica (*ars e techné*) para chegar ao *imane das coisas mesmas*, que também é função da literatura, do teatro, da música, da poesia, do relato mítico – mas, pela via fenomenológica, em especial, um olhar nu, despido de conceitos pré-formados, dos

²⁴⁷ O elemento metodológico da dúvida hiperbólica aqui já tratado.

preconceitos do mundo, a partir da profundidade da alma do ser, para só então conseguir olhar melhor e talvez arranhar a superfície das coisas e desse ente do mundo – *o Direito*.

Ente esse que aparece em nosso horizonte histórico de significações e que se apresenta sempre, a cada vez que aparece e reaparece, como um caminho de signos e significantes, que trata de sair da obscuridade única, íntima e incomunicável dos segredos do coração humano para a transparência das regras vistas pelo senso comum jurídico, que se desvenda, que desvela-se e, ao se desfazerem esses véus, iluminam nosso estudo como a luz de uma chama de vela pequena, que, de perto, bem de perto, *junto a*, na intimidade do real e escovando a contrapelo essa realidade, traz a essência das coisas. Essa proximidade com as coisas do mundo, as coisas mesmas, além das coisas dogmáticas é um jogo, uma dança, uma busca por essência, nas letras de uma música regional cantada por um sábio brasileiro no estrangeiro, “vem perto, bem de perto, que aqui o andamento é lento, é justo, é angola pequena, quero ver você jogar”²⁴⁸. Para atingir essa intimidade do perto, do “viver com” (conviver) e do “morar com” (demorar) tempo “em que” acontece o justo, é preciso jogar com o que a realidade nos trás, criar uma forma de chegar ao *ontos* da ontologia, à *epistème* do sujeito, do humano, que joga com o jurídico que naturaliza a sociedade jurisdicionada para, a partir daí, alcançarmos um direito que nunca se positiva. Nesse nosso sentido, podemos ver, por mero exemplo, em Kelsen e na sua Doutrina Pura do Direito, um ente jurídico (direito) que não é apenas uma Teoria do Direito Positivo pois, ao observar de perto, ao voltar às coisas mesmas e descrever, e de certo modo a contragosto de Kelsen, ela se mostra como uma espécie de metafísica do direito, desse direito irredutivelmente apócrifo (sem autor, anônimo, de autoria dúbia).

Em todas as áreas do conhecimento e em especial nas epistemologias, está presente a disputa entre o *saber tradicional e saber crítico*, e no caso do Direito não é diferente. O formalismo jurídico é o saber hegemônico que recebe o nome de Dogmática Jurídica, um dogma divino que perpetua as sombras nitzschienianas de Budha devidos às necessidades humanas de certezas das coisas, que se mostra em nossos ensinamentos de saberes de nossas faculdades de direito, através de suas disciplinas biopoderosas foucaultianas, uma das formas

²⁴⁸ Referência da tradição e ensinamentos nos cânticos das músicas de capoeira brasileira de Angola no estúdio Môa de práticas na França, Roda com mestre Môa do Catendê. No Festival Angoleiros do Mar, Paris, 2017, que leva a tradição do debate em rodas de conversações e histórias do Brasil, que são trazidas nessa tradição oral riquíssima chamada “o jogo da capoeira”. O andamento lento traz a sensibilidade de re-reconhecer o momento presente a partir do lugar de fala do brasileiro no mundo.

de conceber o estatuto teórico do Direito, positivado na disputa da era moderna dos saberes, e determinar uma forma de entender, conhecer, pensar, além de pesquisar, praticar e ensinar os conteúdos determinados como jurídicos. O saber crítico do Direito não vem dos poderes instituídos do Direito, ele se forma a partir da denúncia, da resistência e da reconstrução de compreensões paradigmáticas desse senso comum dogmático jurídico de modo esquizoanalítico. E aqui existe um antagonismo metodológico onde a filosofia do direito assume um papel e um lugar de reflexão privilegiado, não só por sua própria natureza cognitiva mas também pela constante reflexão, indagação e questionamento que, entre outros caminhos, se apresenta como “contra dogmática”. Nossa proposta de filosofia do direito, é *antropofagiar* a ideia de repasse de conteúdos historicamente encapsulados e alimentar o pensamento reflexivo vencendo as barreiras do tecnicismo utilitarista pela interpretação a partir do conhecimento das coisas mesmas do direito, da sua redução em um campo de suspensão de dogmas e predefinições pelas teorias ou costumes a partir de uma outra hermenêutica. A racionalidade jurídica hoje é um paradigma político que estrutura postos (pontos de força de poderes) de partidas de decisão, argumentação e ensino do direito que busca a legitimação de um determinado poder político, poder esse exercido por normas que organizam e norteiam as condutas humana, ou as ações humanas que segundo Hannah Arendt são as interferências dos seres humanos na natureza, a “vida activa” na busca do melhor caminho para a polis.

As filosofias dos direitos, antes de serem uma criação própria, são discursos sobre saberes postos, mas, e especialmente, são discursos contra o saber anterior constituído por outras filosofias precedentes de outros poderes superados. *O discurso imperativista em geral, e a Escola da Exegese*²⁴⁹ em particular, equivocou-se ao apresentar o direito como um comando dirigido pelo legislador aos cidadãos²⁵⁰. Engana-se quem pensa que o direito é fruto da vontade dos parlamentares, pois a perspectiva teórica que reduz a história a uma série de ações de determinadas pessoas iluminadas, ilustres ou detentoras do poder, perde de vista que é meramente eventual o fato de terem sido esses os indivíduos que ocupavam os postos de comando da sociedade em que viviam. Assim, ao invés de reduzir os fenômenos jurídicos às

²⁴⁹ Entendemos como a Escola da Exegese, ou “Escola filológica” como tratamos aqui, uma das primeiras correntes de pensamento juspositivista que floresceu na França de inícios do século XIX, a partir do Código Civil de Napoleão como descrito na Parte I desse texto, Narrativas Jurídicas.

²⁵⁰ Cf. COSTA, Alexandre Araújo. **Ob. Cit.** Tese de Doutorado em Direito. Brasília: Universidade de Brasília (UnB), 2008.

coisas mesas, os teóricos jurídicos têm o hábito de sobrepor umas coisas às outras, em especial ao discurso das fontes e dos vários direitos positivos que são via de regra a base empírica das questões suscitadas. A imperatividade pode ser aludida mesmo em Hans Kelsen quando ele nos diz que por meio do direito o ordenamento jurídico, e aqui, ordenamento jurídico significa os fatos geradores do direito, tende a dar a quem estão submetidos a seus preceitos um impulso em relação a um determinado comportamento de forma que ele seja uma dada ação ou omissão²⁵¹. Além da semelhança do ordenamento jurídico como reforço a comportamentos humanos na linha skinneriana do behaviorismo, podemos entender que esse imperativismo advém da ideia de um direito contido unicamente em um conjunto de normas imperativistas, ou imperativos que podem ser de duas espécies positivos ou comando e, negativos ou proibições, cujos destinatários são os cidadãos.

Embora a historiografia tradicional nos traga a ilusão de que são os líderes que guiam o povo, vemos isso como um mito, que é melhor estudado e explicado pela psicologia social, pois, embora as decisões de alguns indivíduos certamente inspirem e contribuam para apressar ou retardar certos acontecimentos, somos nós quem legitimamos ou deslegitimamos certo conjunto de valores e a história humana segue basicamente os mesmos lentos passos. Pobre do povo que precisa de heróis, mas sem heróis somos mais pobres de alma²⁵². Não negamos a importância e a magnitude dos ícones e “amalgamadores” como Adi Shankara Chaaria, Gengis Khan, Budha, Alexandre o Grande, Jesus de Nazaré, Mahatma Gandhi, Dr. King, Malcom X, D. Pedro I, entre outros mitos e símbolos. E trazemos à luz aqui o fato de que a modernidade, em seu processo de revalorização do humano frente ao divino e da escolha frente ao fado, terminou por supervalorizar a figura desses mitos heróis, como se um personagem só conduzisse a história. O que acontece é o contrário, é a história que cria condições para que um determinado humano se destaque e simbolize a mudança em seu meio, em um mundo, ou seja, em um horizonte de possibilidades de existências específicas nesse tempo do mundo histórico. Com isso entendemos que dentro de um processo histórico, importa muito pouco a vontade individual dos líderes de uma comunidade, pois o personagem maior do desenrolar histórico é o próprio povo que, inspirado pelos líderes, são a “vontade do povo”. Tratamos dessas

²⁵¹ Como nos traz a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

²⁵² Em Bertold Brecht: “miserável país aquele que não tem heróis. Miserável país aquele que precisa de heróis.” Em explicação a “Infeliz a nação que precisa de heróis.” - “Life of Galileo” [Vida de Galileu] (1938), Cena 12, p. 115

possibilidades de existências aqui, das reações do ser humano com os entes por ele criados e as dinâmicas relacionais, vetores de resultados dessas relações em uma hermenêutica própria que percebe a essência da natureza jurídica e a interpreta a partir dessa percepção, pré-reflexiva ao senso comum dos juristas.

Dessa interpretação, ou seja, dessa hermenêutica a partir da filosofia fenomenológica, entendemos que, *no horizonte de possibilidades da modernidade aparece a ilusão de que os atos do legislador criam o direito, como se o legislador pudesse criar um direito que não fosse o exigido pela própria consciência social e exigências das verdades e certezas próprias das possibilidades de sua época*. As funções de liderança são sustentadas pelas forças que conformam a sociedade e, no fundo, entendemos que são essas forças que definem o desenrolar da história e que criam os saberes propícios a isso. Sempre a vontade das pessoas que eventualmente ocupam as posições proeminentes (de poder sobre outros) em uma dada sociedade (vetor dessas forças) muda o sistema de forças a seu favor, e sempre esse sistema gera saberes próprios e correspondentes. Longe de simplificar por um determinismo que ignora as decisões individuais, entendemos que o desenrolar da história é composto por uma infindável rede ações praticadas por humanos e suas interações de poder de uns sobre os outros e as respectivas resistências, na medida de suas possibilidades, e do que se apresenta a eles, nos seus tempos e nas suas histórias. Porém, por mais que determinadas preferências subjetivas possam influenciar a evolução histórica, o conjunto de ações praticadas pela maior parte das pessoas obedece a padrões razoavelmente estratificados em cada época, padrões culturais, o que faz com que as idiosincrasias de cada participante do processo não sejam capazes de redefinir os rumos da história. Assim, mesmo que seja revelado por meio de atos legislativos e judiciais, o direito é fruto da história e das possibilidades que naquele momento e naquele horizonte de possibilidades formam aproveitadas, e não da vontade dos parlamentares ou dos aplicadores.

A moderna filosofia do direito se entende intérprete de rigor e identificadora do fundamento da racionalidade do direito²⁵³, é seu ofício colocar sempre e mais uma vez em questão o fundamento da ordem jurídica de um povo em um tempo através de um horizonte de conhecimento específico. Pensaremos além dos paradigmas do saber jurídico²⁵⁴ entendidos

²⁵³ A partir do Método racional Científico de origem Cartesiana do “cogito”.

²⁵⁴ Celso Lafer trata essa forma de entender a filosofia do direito que traz a gênese a evolução histórica da filosofia do direito. (Cf. LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1991. pp. 97-9).

como a gênese e sua evolução histórica, além da teoria do direito natural que domina o questionamento dicotômico do pensamento jurídico natural-positivo que é uma abordagem de eterno debate e embate, sobre o que é *natural*, o que é positivado e o que é justo, em momentos histórico-culturais que se apresentavam aos pensadores e quais as possibilidades com as quais trabalhavam.

O direito, ente do nosso mundo que se apresenta a nós como norma e sistema normativo, em nosso pensamento jurídico derivado do senso jurídico comum waratiano, além de ser norma, é também o conjunto de conceitos enunciados nas normas de um grande sistema, o sistema normativo, sempre a partir da teoria da norma e do ordenamento jurídico, naquela ideia de pirâmide já trazida aqui onde o vértice explica e fundamenta todos os degraus até a base. Dessa forma, e partir desse sistema escalonado de funcionalidades, regras e organização que se origina nele mesmo, fechado em si mesmo, sem contato com o meio axiológico onde foi produzido, vemos no sistema normativo a dimensão jurídica que se dá à mercê de textos de lei, sua produção e execução e, atualmente, de coisas como medidas provisórias com força de lei, ou mesmo na ausência de qualquer disposição legislativa. Os direitos humanos ditos essenciais e categorizados como fundamentais são nossos exemplos didáticos desse fenômeno que sempre são e serão a medida de compreensão, o vetor de compreensão e interpretação das normas jurídicas como um todo. Ou seja, o melhor exemplo de uma desnecessidade de previsão constitucional expressa para seu reconhecimento, num mundo ideal.

Edmund Husserl logo cedo combateu o modo ingênuo com que nos situamos no mundo, e ao qual ele denominou de atitude natural, carregada de conceitos sedimentados e que pré-operam em nossa mente nos afastando da percepção do momento e criando o mundo pré-conceitual – e aqui, tanto no senso comum geral como no senso comum jurídico²⁵⁵ – a exemplo: que o justo é o objeto do direito, ou seja, o lugar comum de argumentação, e em especial esse da finalidade do direito, se nos determos no que é o direito e, especialmente, nossa capacidade de perceber, entender e conhecer o direito. Através dessa atitude natural estamos voltados às

²⁵⁵ Nas palavras de Lenio Luiz Streck em artigo de 15/02/2021, a expressão “senso comum teórico” vem de Luís Alberto Warat, eminente professor argentino que desvelou as máscaras do “óbvio”, mostrando/denunciando, no âmbito da Teoria do Direito, que as “obviedades, certezas e verdades” transmitidas pela dogmática jurídica não passam de construções retórico-ideológicas. Não que todo o discurso dogmático-jurídico seja ideológico; mas parcela considerável o é, na medida em que se constitui em um espaço simbólico de “retaliações discursivas”, “justificações ad hoc” e “neosofismizações”, dado que o jurista (entendido como aquele que lida com o Direito), quando convém, ignora qualquer possibilidade de as palavras terem DNA. Um dos objetos de sua crítica era a produção de ementários, com pretensões de universalização.

coisas, aos entes do mundo, como se já fossem dados fáticos certos e verdadeiros, sem a preocupação mais detida com a crítica do conhecimento, sabemos mesmo que como o Sol é o centro do nosso sistema de estrelas, o seu movimento em relação ao observador na Terra é aparente. Da mesma forma o conhecimento científico do Direito acaba por se limitar ao acúmulo de opiniões valorativas e teóricas, que se manifestam de modo latente no discurso, com a aparência de ser deduzido e controlado pela epistême. O Direito oferece um **campo de reconhecimento** e uma certa base de pensamento, e lugar comum de debates, a partir de uma interpretação e contexto jurídico de uma conduta humana como vemos nos direitos dos contratos, no direito de propriedade, nas obrigações, que existe fora do sistema normativo e acontece nas condutas diárias do ser humano. A razão jurídica que conhece o mundo e explora o entendimento dessas condutas, a partir das capacidades humanas de poder conhecer o mundo e seu próprio entorno, assim como o próprio entendimento das coisas, está adstrito a um campo limitadíssimo de conhecimento e aplicação e, objetivamente, para essa Ciência do Direito, é necessário ser parte do próprio sistema para conhecer, diversificar e tornar concreta suas manifestações e tentar cumprir sua essência a saber, apresentar-se como uma imagem daquilo que a realidade reflete. A isso os juristas entendem como subsunção do fato da realidade à norma, como se ambos fossem distintos e como se o reconhecimento da realidade empírica necessitasse de olhos jurídicos para dar existência ao fato, ao ato ou até mesmo ao negócio, negociações e acordos. A ideia jurídica de um contrato não é outra senão a cognição parcial de uma conduta humana que se apresenta categorizada dentro, e limitada, pela esfera de disponibilidade e de compreensão da Jurisprudência que é o saber-força-dizer o direito. O objeto inicial da cognição humana – o contrato por exemplo – não existe como coisa aparente e empírica, é um ente que se faz existir através das propriedades dadas pela categoria jurídica de relações de obrigação de um Código de regras, nesse caso, na categoria jurídica, nosso as condições especiais das obrigações e contratos do Código Civil brasileiro, contudo, dívida prescrita pode ser saldada por uma norma diversa, a moral da boa-fé e do bom pagador de promessas. O fluxo cultural, social, familiar, econômico e político da consciência que entende a atitude do ser humano como uma parte de um contrato, um contratante, assim como a forma através da qual esse “ser contratante” atua junto a outra parte, nos traz a concepção jurídica de contrato, da teoria das obrigações do direito Civil nesse tempo histórico. Mas nem sempre foi assim, a mesma conduta pode ser reconhecida como outra coisa em diferentes momentos e existências por diferentes formas de categorização que opera o pensamento.

Os atos conscientes da nossa mente humana não acessam diretamente o ente jurídico “contrato”, muito menos o termo inicial ou as “arras”, pois a consciência do ente contrato não acontece se não houver um pré-conhecimento da categoria jurídica e dentro dela, a dos contratos. O conhecimento, então, é um modo de existir do contrato, tal como essa categoria jurídica é percebida por nós, no nosso senso comum jurídico e tal como o contrato é um correlato de uma síntese de conhecimentos jurídicos acessadas por nossa mente, ao procurar e reconhecer, através de nosso saber jurídico, de nossos atos de consciência, a categoria jurídica. No campo das práticas humanas, cada conduta livre e consciente tem objetivo e funções próprias que existem no campo de possibilidades que as naturezas trazem ao pensamento, que julgamos essências das coisas percebidas, sempre a partir do prévio conhecimento daquela coisa, tal qual um sedimento pré-reflexivo que nos permite conhecer a coisa depois de percebê-la e entendê-la. Eis o que chamamos comumente de noção das coisas, ter a noção, notar o fenômeno que se apresenta no horizonte histórico das vivências é conhecer a coisa. Essa linha, essa conexão, esse acoplamento, essa ligação indissolúvel do acontecimento empírico, na atividade cognitiva prática do ser humano ao conhecimento das coisas é a base sobre a qual são construídos os significados do que se entende por Direito e, através da prática e uso desse conhecimento, o ser humano transforma o mundo natural e social. Além da antropologia jurídica já debatida e estudada em outros momentos, trazemos a questão desse nosso pré-conhecimento que alia a memória ao aprendido como arcabouço de conhecimentos vários, guardados em algum lugar da mente que me permite escrever esse texto sem ter que ser alfabetizado a cada vez, esse é o mote da proposta hermenêutica, além e aquém da dogmática, a intuição da coisa como ela É, e não como a doutrina a denomina, ou um brocardo romano antigo a explicava.

Todo conhecimento científico é datado, tem data de validade curta ou longa no tempo da história. Nesse sentido e voltando ao exemplo do pacto, o contrato é uma declaração de vontade dupla, livres e conscientes, sob as formas e modos convencionados de maiores capazes e objeto lícito e não defeso em lei. Seria então a declaração de várias vontades ao mesmo tempo um contrato multipartes de forma multilateral, um negócio jurídico complexo multidinâmico como querem os da teoria contratual da sociedade que nos entendem sob a égide de um contrato social? Que diria Aristóteles, Justiniano, Simão Pedro ou Savigny – a sociedade é um contrato multilateral ou plurilateral, ou é um negócio jurídico complexo? Além do anacronismo evidente contido na questão, outro detalhe nos é interessante – só podemos compreender as coisas que

podemos perceber e reconhecer nos nossos horizontes temporais de possibilidades a exemplo do contrato de casamento, desquite, divórcio e união homo afetiva com filhos e direitos sucessórios.

Os resultados do desenvolvimento da Ciência Jurídica oferecem a prova cabal da falta de eternidade de uma ideia e de um autodesenvolvimento interminável do Direito, que conduz, necessariamente, ao surgimento de soluções modernas para os problemas que as várias etapas produzem e provoca a capacidade de conhecimento de formas e ideias básicas ou fundamentais. É assim a movimentação para os bens jurídicos independentes de uma titularidade atual e concreta para uma titularidade futura e abstrata (ou mesmo volúvel), como ocorre nas ações nas bolsas de valores com seus peculiares mercados, os chamados mercados de capitais. Próprias de um mundo concreto e dinâmico, guardam essas figuras vínculos que expressam peculiaridades com os elementos dinâmicos da ordem e das leis a que estão submetidas. Esses vínculos de propriedades universais, de união de humanos e direitos sucessórios, entre outros tantos exemplos que figuram em uma realidade absoluta e sem limites, podem ser melhor percebidos por nossa hermenêutica do fenômeno que se apresenta e a todo tempo se renova.

Uma interconexão de ideias e de formas unitárias que o mundo nos demanda, assim como nossa individualidade em um espaço objetivo, são as condições necessárias para a formação de conhecimento que temos das coisas. É no processo da nossa vida que o sujeito de direito acontece, que a posse, propriedade e o contrato se distinguem, mas é no desenvolvimento da sociedade que a propriedade surge, não somente em razão de um contrato, como o compra e venda, mas também ainda aquele negócio jurídico que transforma a propriedade, e sua indiscutível exclusividade, em uma propriedade exclusiva no tempo, para um mesmo imóvel, por meio da multipropriedade²⁵⁶. O comportamento humano está estruturado de tal maneira que pode não somente receber e processar a informação do que *é propriedade* e o *contrato*, como também formular um plano de ação e levar a cabo certa direção ativa em seus atos. Uma realização no propósito de compreender o significado de propriedade e de contrato e a ideia de ambos, não somente para diferenciá-los, mas, também, para correlacioná-los e isso nos leva ao

²⁵⁶ De acordo com a norma, que incluiu o artigo 1.538-C no Código Civil, a multipropriedade imobiliária é “o regime de condomínio em que cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, à qual corresponde a faculdade de uso e gozo, com exclusividade, da totalidade do imóvel. Isso significa que você poderá usufruí-la em todas as ocasiões. A grande diferença é que, na prática, na multipropriedade imobiliária um mesmo imóvel tem diversos donos. Logicamente, cada um deles pagou por apenas uma fração do valor total da propriedade.

caminho das ideias jurídicas, atos mentais voltados para conhecimento das coisas jurídicas, dos conceitos jurídicos.

Todo pensamento é parcial e nunca neutro, toda interpretação tem embutida em si uma ideologia e uma limitação humana da capacidade de compreender as coisas, assim o dilema desse texto é, ao mesmo tempo, reconhecer a Coruja Grega original da sabedoria grega antiga e a *Galinha de Angola do Brasil*²⁵⁷ da sabedoria dos povos originais e de nossa descendência africana, do caboclo, mameluco povo brasileiro. Não se trata, eis outra dimensão desse dilema, de assumirmos ou não uma posição, mas descrevê-la com espírito crítico, com o espírito da dúvida, que sempre foi, quando a Filosofia soube ser fiel a si mesma, a essência do pensamento filosófico. Além do assombro, a dúvida! eis o porquê o mito das imparcialidades e neutralidades das pessoas responsáveis pela aplicação das normas jurídicas em uma sociedade revelam, por detrás das falsas e mal acabadas máscaras de isenção e objetividade científica, nossa fraqueza primária: a ausência de risco²⁵⁸, a certeza, a segurança, valor moral que foi apropriado pelo ente jurídico Direito em seus princípios basilares. A incapacidade de ver no conhecimento um empreendimento a mais, uma invenção a ser levada a termo, uma surpresa e nessa surpresa a potência criativa de dissolver oposições, de não radicalizar e na melhor interpretação da *doxa* “dar um jeitinho brasileiro nas coisas”. Eis a fonte de nosso orgulho, da nossa necessidade de seriedade e alegria, de gozo das potências de existir, do ser eclético, todos elementos de nosso “ceticismo pau-brasil” - a autocrítica impiedosa e castradora de um personagem que ainda não se libertou do *imprimatur*²⁵⁹ europeu, mas percebe e conhece Macunaíma, nosso herói e filósofo primordial.

O momento exato de surgimento da filosofia é impreciso, desde quando o humano se pergunta quem é, de onde veio, e para onde vai? Como procuram entender e explicar o universo? Karl Jaspers²⁶⁰ nos diz que é no momento em que despertaram os homens, Platão e Sócrates nos dizem que acontece no assombro ou na admiração diante do cosmos, ou quando a homem duvida de tudo e até de si mesmo como em Descartes, ou mesmo na dúvida da

²⁵⁷ Como propõe Renato Nogueira em *Denegrindo a Filosofia: O pensamento como coreografia de conceitos Afroperspectivistas* em <https://orcid.org/0000-0002-6609-9360>

²⁵⁸ op cit.

²⁵⁹ Gomes, Roberto, 1944- *Crítica da razão tupiniquim* / Roberto Gomes. — 11. ed. — São Paulo : FTD, 1994. — (Coleção prazer em conhecer) ISBN 85-322-0333-7

²⁶⁰ Karl Theodor Jaspers (1883 – 1969), filósofo existencialista e psiquiatra alemão, O pensamento de Jaspers foi influenciado pelo seu conhecimento em psicopatologia e, em parte, pelo pensamento de Kierkegaard, Nietzsche e Max Weber.

capacidade de se chegar a uma resposta segura sobre a essência das coisas, como em Kant. A consequência dentre os conceitos a serem produzidos pela filosofia, lógica, ética, existência, verdade, essência, princípios e, entre outros vários, o próprio conceito da filosofia é a de gerar uma pluralidade de escolas de filosofia com uma infinidade de respostas. Esta é uma característica específica da filosofia, uma forma de conhecimento voltada para si própria e que toma a si mesma como objeto a ser conhecido, como coloca Willis Santiago Guerra Filho, formando um processo circular de conhecimento autor referenciado que se autor reproduz²⁶¹. Que é isso – a Filosofia? nos pergunta Martin Heidegger, aluno de Edmund Husserl, e já nos traz que, com essa simples pergunta, tocamos em tema por demais vasto e por isso mesmo indeterminado, e de tão indeterminado podemos abordá-lo sob os mais diferentes pontos de vista e sempre atingiremos um alvo, um algo certo. Ao determinarmos mais exatamente a questão visceral do próprio questionamento do ser humano com a devida concentração, direcionando os diversos diálogos a um caminho seguro de questionamento, esse diálogo conduzido a um caminho, não concebido como único, e ele mesmo em aberto se o caminho para o qual desejaria chamar a atenção, no que segue, é na verdade um caminho que nos permite levantar a questão e respondê-la. A nossa própria suposição se seremos capazes de encontrar um caminho para responder à questão já é uma questão, vez que ao perguntamos: Que é isto – a filosofia? Falamos, obviamente, sobre a filosofia e nos colocamos em um ponto espacial acima da filosofia, ou seja, fora dela apesar de nossa meta ser adentrá-la, transpassá-la e a ela nos acoplarmos irritando e produzindo “*insights*” e “*outsights*”.

A Filosofia não é apenas algo que pertence ao âmbito da racionalidade, filosofia não é ciência iluminada pela razão, é sim a própria guarda e construção da razão e campo onde os pensamentos, as intuições e o métodos racionais se manifestam, o que o próprio Heidegger nos ensina que, se assim a observarmos, isso nos leva muito longe em nossa busca e à outra questão – que é isso, a razão? Onde e por quem foi decidido o que é a razão? Pertence a filosofia ao âmbito da razão do cogito cartesiano ou melhor “pensando” – seria a filosofia de um sistema fora do racional, e isso faria dela irracional? O que nos levaria à observação de que se, por um lado, é problemático tomarmos a filosofia como algo racional a priori, determiná-la como algo irracional é, novamente, tomar o racional como padrão e régua de medida do mundo e pressupor

²⁶¹ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Filosofia do Direito Aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição**. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 28.

como óbvio o que seja a razão. E, por outro lado, se dissermos que para a possibilidade de que aquilo a que a filosofia se refere concerne a nós homens em nosso ser e nos toca, então pode ser que esta maneira de ser afetado não tenha absolutamente nada a ver com aquilo que comumente se designa como afetos e sentimentos, ou seja, o irracional. A conclusão de Heidegger, nessa breve análise da questão que é filosofia²⁶², cuida do maior e mais excepcional cuidado ao tratarmos desse tema e ousarmo-nos a essa pergunta.

Conceituar, entendido aqui como definir algo, quando o conceito só acontece a partir dos atos de consciência que o buscam, que intencionam o fenômeno, e aqui o conceito jurídico é construído a partir da intencionalidade da consciência, do fluxo do ato mental jurídico, da sua origem, através da consciência intencional em direção ao fenômeno jurídico das coisas jurídicas por ele intencionado, e, como vimos, se dão ao mesmo tempo em um feixe de existências. Essa função mental da capacidade de partir de ideias assume uma concepção extrema na figura do conceito. A exemplo disso nosso conceito jurídico de propriedade que é rígido se comparado a uma mera ideia de propriedade, ainda que não se saiba exatamente o que seria um conceito de propriedade. Uma simples comparação entre propriedade e domínio, em se pensando nas fontes tradicionais do conhecimento do Direito, permitiria manifestar o alto nível de debate que o conceito de propriedade suscita no senso comum dos juristas. A construção das formas das ideias no Direito segue concepções que, para se falar em *ideias* e em *conceito*, parecemos sempre lograr o resultado de certa meta conceitual e não apenas de ideias soltas desprendidas.

Um modelo ideal, ou seja, a ideia do que se quer entender e alcançar é correspondente à busca de conceitos e não apenas conhecimentos, plasmados por impressões mortas e de imagens criadas sem certa capacidade de previsão que os conceitos oferecem. A forma elementar que converte a base teórica na atividade prática e na alteração da realidade é o conceito. E todo aporte no conhecimento no mundo da natureza é o reflexo de uma ciência única de sistemas de conceitos dinâmicos destinados a identificar a informação. Ideias afins, mas conceitos que podem não ser afins, mas idênticos. A ideia da faculdade mental “jurídica” que se tem de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas não se confunde com a ideia de faculdade jurídica que compõe o conteúdo dos direitos subjetivos, já que o conceito de faculdade jurídica significa a identidade de se criar, modificar e extinguir relações jurídicas, justamente porque é o próprio conteúdo dos direitos subjetivos.

²⁶² Cf. HEIDDEGER, Martin. **O fim da Filosofia e a tarefa do pensamento**. São Paulo: Abril Cultural, 1987.

A concepção, o conceito de direito, se dão a partir da formação do conceito, nesse caso, conceitos jurídicos. Essa premissa abre caminho para todo pensamento que pode ser caracterizado como *jurídico*. Ao se respaldar o conhecimento de esferas concretas do saber em torno do conceito, o Direito pesquisa e elabora ideias cada vez mais profundas da essência dos fenômenos em Direito. E esse caminho difícil, nada retilíneo, ao longo de concepções de mundo variadas em razão de épocas, lugar ou simplesmente na falta de constância nas coisas, seja por razões semânticas ou não nos apresenta uma realidade de incertezas de sentidos onde o “tratante”, já não é quem trata, o “amante” já não é quem ama e lidar com a atual Ciência do Direito significa basearmo-nos em um profundo estudo dos conceitos e da nossa capacidade de compreender as coisas do mundo do direito, sua hermenêutica.

A fixação do objetivo conceitual é o próprio objetivo que intencionamos ao submeter algum ato consciente. Lograr objetivos, então, passa pelos processos mentais de perceber, entender, compreender, formular e trazer conceitos ao mundo, não apenas ideias. Assim também a lógica, parte da filosofia, que trata de parte do sistema de pensamento e das relações e operações mentais que se direcionam a um objetivo, operações tais como as deduções, inferências, hipóteses, e, entre outras tantas, as jurídicas que se inserem dentro do sistema de pensamento jurídico, como o raciocínio jurídico, a partir da lógica jurídica, *sub sistema* da Lógica analítica que tem como parâmetro analógico a lógica clássica. Notamos que, de forma simples, todo esse sistema é iniciado por atos da mente humana que intencionam os fenômenos da categoria jurídicos.

O uso da Fenomenologia, método e filosofia, pode nos conduzir a solucionar cada indagação feita, e muitas outras. E pretende ser, acima de tudo, o caminho para alcançar cada conceito, não somente para identificá-lo e descrevê-lo em sua tarefa de método (fenomenológico jurídico) mas também para analisar cada conceito de forma crítica, o próprio pensamento como filosofia e as capacidades de compreender o mundo. Em oposição a toda cultura histórica, social e jurídica, a formação de um conceito para a Fenomenologia não demanda o decurso do tempo muito menos da tradição ou do amadurecimento do qual esse conceito se origina. Os direitos fundamentais, por exemplo, no processo de sua evolução possibilitaram a capacidade de se refletir e de se formar um sistema aberto, que guarda perfeita correlação com o desenvolvimento de um povo e uma nação, que tendem a um patamar de reconhecimento universal, tal como se proclama nos conhecidos direitos humanos internacionais. Sublinhar os direitos das mulheres (cisgênero feminino), ainda em evolução,

serve de substrato para o surgimento de novas percepções e necessárias novas formas para se atuar e compreender. A proclamação de um racismo estrutural presente e intimamente enraizado na sociedade colonial brasileira e o desbaratamento de um delicadíssimo aparato nervoso que consta nas inúmeras células sociais engendra percepções quase inacessíveis antes, mas que não devem escapar de uma pesquisa dos cientistas e teóricos.

O método fenomenológico é uma possibilidade hermenêutica. Quando pensamos em Ciência, pensamos em um estudo daquilo que dentro da variação constante da realidade permanece invariável, o *conceito de verdade científica* é aquilo que não se movimenta dentro de uma realidade que se define pelo próprio movimento constante, assim pensamos na ciência como um fixo, um constante no tempo para nos dar certezas de saberes, de existências, de sermos. Mas o próprio do humano é a característica de criar essa totalidade dos tempos todos (passado, presente e futuro) ao existir nesse mundo, onde ser é tempo, onde presente é aquele movimento que aqui já descrevemos (em outro tempo inclusive) que flui entre futuro e passado, em uma passagem daquilo que não é ainda e cheio de expectativas, daquilo que não é mais, cheio de lembranças. Eis a condição essencial do humano, um lugar onde o Ser se manifesta, onde a realidade se manifesta no ente que Heidegger chama de *Aí-Ser*²⁶³, ou *Dasein*, normalmente traduzido por ser-aí, a clareira do ser, como uma clareira no meio da floresta Negra de Baden-Württemberg, o lugar vazio, a abertura iluminada onde o movimento de realização do real pode ser percebido, o lugar que junta o que não mais é, com o que não é ainda, de tal modo que na simultaneidade dessas três características do tempo, percebemos o presente como transito, movimento entre o futuro e o passado. Assunto específico da fenomenologia existencialista de Heidegger, que trouxemos aqui apenas como curiosidade epistemológica de uma das consequências de pensar fenomenologicamente no fenômeno que se revela, mas que nos permite reafirmar as possibilidades hermenêuticas do método fenomenológico desde Husserl.

Cada fenômeno traz, em si mesmo, os elementos suficientes para a sua compreensão, assim o fenômeno jurídico é o que se revela a nós e nesse sentido não precisamos agir para comprovar teorias, nem para refutá-las, nossa proposta nessa fenomenologia é direcionar nosso olhar atento ao que se se mostra diante de nós, buscando perceber e compreender o que é que

²⁶³ Terminologia usada por João Augusto Pompéia na obra *Na Presença do Sentido - uma Apresentação Fenomológica a Questões Existenciais Básicas*.

se mostra, e mais importante, como se mostra e como isso nos afeta. O “como se mostra” aqui significa como a coisa se mostra à consciência que a intenciona, essa consciência composta dos atos mentais que escolhe, que percebe, que deseja, que fantasia, que age, e que produz. *Noema* e *noesis* são termos que Husserl utiliza para demonstrar a íntima ligação e inseparabilidade entre Consciência que intenciona o mundo e o próprio mundo intencionado, em outras palavras, entre o Ser do eu e o Ser do outro, entre o que entendemos como sujeito e objeto, entre a intenção e o objeto intencionado. É através dessa compreensão desse sistema de relações entre o pensar e o pensado, entre o lembrar e o lembrado, que o vivido, na sua pureza, é compreendido.

A concepção ontológica do fenômeno, e aqui, em especial do nosso fenômeno jurídico intencionado, para além do ser e do dever ser normativo, deve se debruçar sobre a ontologia do Ser no social como resposta aos questionamentos sobre as interpretações do fenômeno jurídico, sempre mergulhada em uma dialética - um diálogo de opostos em relação ao concreto - e, assim sendo, trata das condições pré-existentes e àquelas condições atuais que os seres sociais, os sujeitos de direitos e destinatários da norma jurídica, buscam superar. E aqui tentamos mesmo superar o determinismo simplista da tríade dialética – seja esta material ou ideal – e trazem à baila o imenso mosaico estrutural composto de uma infraestrutura²⁶⁴ e de uma superestrutura²⁶⁵ do sistema de relacionamentos e aparições dos fenômenos jurídicos ao Ser jurídico do direito.

Nesse ponto nos cabe definir o que tratamos como estruturas dinâmicas além da tríade de tese antítese e síntese da dialética hegeliana formal. Chamamos de infraestrutura, aqui, o conjunto de elementos estruturais que enquadra, que são a moldura nas palavras de Kelsen, que tem a função precípua de suportar uma estrutura maior, que é base indispensável à edificação, à manutenção e ao funcionamento da estrutura, concreta ou abstrata, visível ou percebida racionalmente como direito. E, de Superestrutura os campos de projeção a partir da infraestrutura, sua expressão axiológica, cultural, das formas e relações de produção do sistema jurídico, a expressão cultural da infraestrutura, fruto de estratégias dos grupos dominantes para a consolidação e perpetuação de seu domínio econômico, político e social, no sentido dos

²⁶⁴ Aqui como conjunto de elementos estruturais que enquadra, que são a moldura nas palavras de Kelsen, que tem a função precípua de suportar uma estrutura maior, que é base indispensável à edificação, à manutenção e ao funcionamento da estrutura, concreta ou abstrata, visível ou percebida racionalmente do direito.

²⁶⁵ Superestrutura no sentido de projeção a partir da infraestrutura, a expressão axiológica, cultural, das formas e relações de produção do sistema jurídico, a expressão cultural da infraestrutura, fruto de estratégias dos grupos dominantes para a consolidação e perpetuação de seu domínio econômico, político e social, no sentido dos macros biopoderes de Foucault, onde as hermenêuticas como saberes derivados, são elementos da sua própria essência.

macros biopoderes de Foucault, onde as hermenêuticas como saberes derivados, são elementos da sua própria essência. Uma hermenêutica própria que reduz as coisas a si mesmas transpassa, a partir dessa superestrutura, a infra estrutura, até o fenômeno percebido, transcende as estruturas categoriais das coisas e do senso comum do jurista para perceber a essência e, a partir daí, “re-conhece” o fenômeno e suas possibilidades de existências e reflexos no grupo humano.

Nosso direito é poder, é instrumento de poder, e é um sistema econômico-social-político em suas acoplagens o torna incapaz de ser modificado enquanto instrumento voltado à regulação social, um sistema de essência positivista normativa mecânica ao mesmo tempo que um sistema de essência reguladora orgânica, fim do próprio sistema judiciário, onde a infraestrutura mantém a superestrutura mecânica orgânica e previsível. Neste panorama, uma nova compreensão do Direito pode ser processada na transformação da infraestrutura pela superestrutura mais dinâmica, muito embora, nesta nossa proposta, quase ideal, não são acionados os processos de composição epistemológicos e sim somente os de interpretação, visto que não representa apenas a ideologia do poder e seus frutos, e sim, concretiza a produção da vida humana, do *homo juridicus*.

A resistência à hegemonia positivista do direito na lei surge e ressurgem em fissuras do nosso sistema como um mosaico multicomposto do social e antropológico do Direito, produz as modificações dos meios de produção jurídicos da “justiça”, da decisão pelo justo, da norma e do ordenamento na direção de uma ação concreta do Ser em sociedade, ontologicamente disposto na luta por uma justiça pessoal e comum, capaz de redimensionar e reinserir uma nova realidade dessa existência do Ser presente no sistema do direito. No entanto, apenas a modificação positivista dos meios de produção da ciência do direito não é suficiente para atingir este nosso proposto propósito - a verdadeira transformação ocorre nas relações sociais, no senso comum do direito e no *homo juridicus*, não na reprodução dos meios de se aplicar o direito da hermenêutica histórica positivista normativa. Nessa medida o Direito assume a finalidade de atualizar o sistema de interpretar e de reprodução das relações de produção do conhecimento, e nesse caminho, a inserção entre a infra e a superestrutura poderá se materializar, na qualidade de uma unidade realmente dialética, que direcionada ao propósito epistêmico de rediscutir o fenômeno jurídico em outra compreensão, possibilita a construção de mecanismos objetivos de transformação da realidade social.

O Direito não é mero produto da superestrutura política de poderes pois a forma, assim como o conteúdo jurídico do Direito, não é determinada pelas atuações, na medida em que o

Direito atua em todas as relações indiretas, por se vestir e revestir do absurdo mito da “impessoalidade” e da “neutralidade” na resolução de casos concretos. E nem tampouco na infraestrutura indissociável da super estrutura que fazem acontecer as mudanças das forças e dos saberes. O *humano juiz* não foi, não é, nem nunca será neutro e definitivamente é pessoa humana na qualidade de “sujeito” às tonalidades afetivas do ser-aí-no-mundo. Ademais, a ideia do imperialismo e da coercibilidade geral do Direito é causa principal do efeito de submissão e reconhecimento ao Poder estatal jurídico que emana as ordenações sociais, tanto dos sistemas mais despóticos aos mais sociocráticos, desde os mais arcaicos aos contemporâneas. É comum que as condutas humanas se adaptem por meio da regulação do Estado pela legitimação contratualista (do contrato social) do ser-em-sociedade, o que faz do Estado um ente público “macro estruturado” necessário, e até agora o único eficaz na organização da vida em comunidade. Assim, ao construir uma crítica ao Direito é mais que natural, que a concepção do senso comum reproduza os discursos acerca da injustiça e das éticas e morais como parâmetro de aplicabilidade das normas, também é aceitável que estes reclames advenham daqueles que são destinatários dos preceitos legais, muito embora, tais entendimentos sejam inadmissíveis àqueles – os juristas - que se ocupam a discutir o Direito internamente. Essa discussão epistemológica do jurídico proporciona uma análise fundante nas concepções primeiras do fenômeno jurídico. Afirmarmos essa crise e não revelarmos soluções, quando possíveis, exaure demais qualquer categoria ou debate acadêmico e pretendemos fugir desse exaurimento. O que propomos aqui, é conceituar as premissas de uma epistemologia fenomenológica introdutória ao pensamento do mundo jurídico, reduzindo o direito das coisas às coisas mesmas como aparece no tempo histórico, deixando a esse tempo que já não é mais, não a origem, indeterminada, mas que traz consigo a essência da coisa “direito”. Talvez na teoria interna de auto constituição do ente jurídico em lei, normas, regras e princípios isso seja mais impróprio, mas a proposta de uma hermenêutica fenomenológica jurídica acontece também na própria ontologia jurídica, na infraestrutura, e tem por base o próprio Ser social-jurídico cujo sujeito se “reassujeita” historicamente nos modos de ser aí no mundo.

O sujeito mortal dos deuses gregos, o cidadão do Império romano, a pessoa humana do Princípio da dignidade moderna, todos eles em seus momentos históricos são, pelo direito, sujeitos de direito e destinatários de deveres, sujeitos-membros fundantes da sociedade política (polis e poderes) e têm suas relações reguladas pela imposição de normas editadas pelo Estado. E são também mais que isso, se os reduzirmos às coisas mesmas o humano do Ser. Ao

definirmos o Direito como mecanismo próprio de consideração das atividades entre os indivíduos, sujeitamos e o coisificamos pelos institutos jurídicos dogmáticos, da mesma forma identificamos o ente Estado e reafirmamos o caráter coercitivo e a função de mediador ente seus sujeitos, porém, tal mediação é de controle social que ocorre a partir da natureza distinta de impor determinado regramento, ou seja, a dimensão jurídica do complexo social, autônoma, imperativa, um fenômeno social político. Essa dissociação que a doutrina do direito nos traz aos grupos sociais, infere um grupo de pessoas hierarquicamente acima dos estratos da sociedade e que comportam para si as posições teleológicas vigentes de regulação e harmonia entre os seres e entes sociais. Tratamos aqui da alienação enquanto modo de distinção entre o indivíduo e sociedade provocada pelo positivismo normativo que teme os valores sociais e axiologias do Ser humano “demasiadamente” humano e constrói uma ciência nos moldes das ciências naturais como uma “física jurídica”, elaborada para explicar e dar certezas aos sistemas mecânicos e não orgânicos, não humanos.

Tanto aos filósofos jurídicos como aos juristas filosóficos cabe a insistência nos direitos naturais individuais que repercute a imposição de Universais em quaisquer esferas de convívio social na medida em que o direito atua como regra geral e abstrata em aparência (aparece como e se parece com), enquanto, em sua essência (qualidade sem a qual não é direito) determina e reproduz o individualismo, sujeição do Ser humano então jurídico. Naturalizamos a compreensão de liberdade individual como ideal universalista, direito natural intrínseco à condição de humanidade de cada pessoa ou ser humano de forma que a condição humana se tornou um Ente, e não um Ser da categoria Heideggeriana, um algo imaterial protegido por ideais de legalidade, igualdade, liberdade, abstração e generalidade, ou em quaisquer um ou todos esses pressupostos, mas sem nenhum sentido diante da alucinação e delírio em que se transformou a vida em sociedade. Este axioma da autossuficiência e autonomia individual constitui a segregação do ser à sociedade, lembrado apenas nos momentos de fissura em que o discurso da coerência, da diplomacia e da unidade volta a fazer parte da temática do direito natural.

Nesse sentido, a todo tempo se faz mais que necessário o debate acadêmico das compreensões sobre o *locus* do Direito, em especial em nossa sociedade em crise, em tempos de rememoração e realocação das teorias epistemológicas, ônticas e ontológicas da sociedade líquida e do cansaço. Discutir o Direito enquanto instrumento de sujeição do Ser em ente e como legitimação de uma ordem desigual concretiza-se como possibilidade definidora de uma

práxis referendada no desnudamento da sua forma original moderna imperialista e no devir emancipatório civil (social) e humana (Ser humano) em meio à sociedade de classes, formas, categorias e regras. Assim, atitude fenomenológica em Husserl nos libera do nosso sistema hermético de categorias das coisas, antes de percebemos as coisas do mundo a partir de categorias, ou seja, antes do preconceito do mundo, necessariamente percebo a partir das coisas mesmas desse mundo. Essa atitude quer perceber a coisa pelo que ela é, como ela se apresenta, sem que o nome construa a existência da coisa. Assim, fazemos uma *epoché* (*redução fenomenológica*) – uma vez que teorias, toda e qualquer espécie de pré-concebimento que já nos digam o que uma coisa é, deve ser ou será, iniciamos nossas investigações e devemos nos manter rigorosamente afastado de pré-definições, no sentido de colocá-las, temporariamente, de lado, ou melhor acima, suspensas, para podermos entrar em contato com a coisa mesma, nesse sentido Husserl nos dá a introdução nesse pensamento fenomenológico e seguimos seu ensinamento no sentido de que as teorias entram em nossa esfera apenas como fatos de nosso mundo circundante, não como unidades de validade, efetivas ou supostas.

A *epoché*, a já trazida aqui, atitude que se caracteriza pela abertura da consciência à experiência, ao mesmo tempo da suspensão dos pré-conceitos das coisas, constitui o método fenomenológico da redução eidética, por isso precisamos ter o cuidado de não fazer **uma epoché no sentido positivista**, pois não se trata de uma ciência livre de teoria ou livre de metafísica, quer pela redução ou outro meio, como assegura Husserl é preciso "tirar de circuito", "pôr entre parênteses" nossa atitude natural em especial nossa atitude natural jurídica derivada do senso comum dos juristas. Tiremos pois, de circuito, todas as ciências que se referem a esse mundo natural, por mais firmemente estabelecidas que sejam para mim, por mais que as admire, por mínimas que sejam as objeções que pense lhes fazer: eu não faço absolutamente uso de suas validades. Não me aproprio de uma única proposição sequer delas, mesmo que de inteira evidência, nenhuma é aceita por mim, nenhuma me fornece um alicerce – enquanto, notemos bem, for entendida tal como nessas ciências, como uma verdade sobre realidades deste mundo. Só posso admiti-la depois de lhe conferir parênteses, com isso queremos dizer que somente na consciência intencional modificante, que tira o pré-juízo de circuito, justamente não da maneira em que é proposição na ciência, mas de uma proposição que tem pretensão à validade, e cuja validade eu reconheço e utilizo, uma forma de entender a coisa pelo que ela é: válida, reconhecida e utilizável, eis o método da nossa hermenêutica fenomenológica.

Husserl nos diz que somente dessa maneira, na consciência desperta, eu sempre me encontro referido a um único e mesmo mundo, sem jamais poder modificar isso, embora este mundo varie em seu conteúdo, ele continua sempre "disponível" para mim, eu mesmo, pertencente a ele. Este mundo, além disso, não está para mim aí como um mero mundo de coisas, mas, em igual imediatez como mundo de valores, como mundo de bens, como mundo prático. Analisadas fenomenologicamente as essências das instituições servirão, aprioristicamente, para unicamente possibilitarem o conhecimento crítico dos demais objetos.

Cada conceito delimitado é um a priori, que integra a estrutura fundamental do pensamento jurídico do Direito. E esse conhecimento apriorístico sempre suspenso a cada momento, não acumulado de significados, significará a amplitude do campo de atuação fenomenológica do Direito e possibilitará a mais fecunda pesquisa no esclarecimento do dado. Cada progresso alcançado, com um conceito fenomenologicamente testado, integra o “mecanismo” do sistema conquistado do conhecimento do Direito. Mesmo que não compreendamos todas as implicações da Fenomenologia ao Direito, e do método fenomenológico como forma geral de conhecimento de todas as Ciências, uma coisa é certa: o extenso campo do a priori que cada conceito, cada ente pode significar e produzir, torna fecundo e prolífero o conhecimento do Direito. E é dessa maneira que os institutos jurídicos são colocados à disposição de todos pela função “apriorística” que exercem nos negócios e nas relações pactuadas em um processo de hermenêutica jurídica fenomenológica.

O Positivismo, a partir de Comte, marcou época com a afirmação do abandono de uma ciência baseada no que passou a ser conceituado como mito, fantasia e imaginação, para lutar pela observação e pela nova objetividade científica dos fatos. Mas, tal como os adeptos do Empirismo, e do Realismo, confundem os positivistas o “ver” em geral com o “ver” algo meramente sensível e experimental, não compreendem que cada objeto sensível possui, antes de tudo, uma essência, e essa essência, como a essência em geral das coisas, pode ser capturada imediatamente sem mesmo que a coisa exista empiricamente ao alcance dos sentidos. Eis a compreensão fenomenológica do átomo dos quarks e do quântico que são fenomenologicamente compreendidos, sem necessidade, ou melhor, sem possibilidade de ser visto ou mesmo tocado em sua unidade. Muitas das mais ricas obras de juristas, foram elaboradas com riqueza de conteúdo, que prescindiu a experiência de cada um dos institutos jurídicos comentados. E, a rigor, todo conhecimento contemporâneo de algo não depende diretamente da experiência, da auto experiência ou da observação empírica. Assim escrevemos

sobre crime, sem a necessidade de praticá-lo, ou descrevemos o divórcio e separação judicial sem ter experimentado o fim do matrimônio ou mesmo ter o autor se casado. Na solução de problemas jurídicos, a concepção de ideias, ou melhor, de conceitos, tem uma especial importância e acentuamos a ideia de que o conceito não é outra coisa senão uma circunstância igualmente incontestável, que já foi assinalada, de que o conceito jurídico está incluído nas dimensões do Direito desde o seu aparecimento, em tempos pretéritos indeterminados e mesmo agora, pois é ele – o conceito – que formula a significação de unidade de ligação do humano com o a natureza, com a técnica, a arte e com a sociedade. Mas o mundo circundante dos conceitos depende da sua formulação, da formulação do conceito. E essa tarefa converteu-se na fonte clássica do conhecimento do Direito, e a multidão de conhecimento aplicada e aproveitada é o mais legítimo resultado da tomada de algo como um dado, como um fenômeno, tal como nos traz a Fenomenologia.

Essas três dimensões da consciência estão ligadas umas às outras, e Husserl nos mostra que é nas vivências intencionais presentes na consciência que um objeto é significado, e temos a consciência dos objetos ao retornarmos a um mundo interior, transcendental, onde encontramos os objetos da consciência sob a forma ideal pois nosso objetivo com a fenomenologia é investigar como esse fenômeno se apresenta à consciência. Vivências intencionais significam o objeto jurídico, assim, partindo desse pressuposto - consciência é sempre consciência de alguma coisa, é sempre aquilo que dá sentido às coisas exatamente porque essas coisas em si, não têm sentido próprio – entendemos que é somente na consciência que as coisas têm sentido. Se eu me sento numa cadeira, e vejo uma formiga na outra cadeira, eu estou sentado, mas para a formiga, ela mesma não está sentada naquela estrutura de ferro contorcido e espuma que não é uma cadeira. Nessa forma, os objetos jurídicos do mundo não o são para todos senão para aqueles que tem a consciência do direito, que acontece no mundo a partir do ato mental que se correlaciona com o fenômeno jurídico em um campo correlato de sínteses jurídicas. A atualização dessas sínteses que se dá momento a momento e caso a caso é tarefa da hermenêutica fenomenológica jurídica do *homo juridicus*. A hermenêutica fenomenológica jurídica a partir da intuição do fenômeno como experiência imediata é a vivência intencional do mundo jurídico

Com esse quase infantil exemplo da cadeira e do, mais elaborado, fenômeno jurídico queremos dizer que a consciência está sempre direcionada para um objeto que só pode ser definido em relação à consciência dele, ou seja, ele é sempre um objeto-para-um-sujeito. Assim,

podemos dizer que existe um objeto intencional na consciência no sentido que o objeto só tem sentido para uma consciência e sua essência é sempre o termo da visada, visada de intenções de, e essa é a particularidade intrínseca e geral da fenomenologia - que a consciência tem de ser consciência de alguma coisa sempre, de trazer, na sua qualidade de cogito, o seu *cogitatum* em si próprio, e aqui o método hermenêutico fenomenológico quando o *cogitatum* for jurídico.

Assim, entendemos que a intencionalidade representa esse direcionamento, essa visada ao objeto que está no mundo em um horizonte histórico de possibilidades. A consciência é sempre consciência de alguma coisa e o objeto é sempre para essa consciência. Sem essa relação consciência-objeto-consciência não aconteceria (existiria) nem um, nem outro, não existe nem consciência nem objeto. Além disso, todo estado de consciência visa alguma coisa, e, por conseguinte, a consciência traz em si mesmo o seu objeto receptivo, de modo que todo querer, todo amar, todo perceber corresponde a algo querido, a algo amado, a algo percebido. Deste modo, podemos afirmar a existência de uma intencionalidade da consciência, ou seja, o objeto só tem sentido para a consciência, de modo que a essência do seu objeto se refere ao termo que visa um objeto e sem essa visada não há a possibilidade de se falar sobre o objeto.

O marco do direito contemporâneo são as formas de pensamento jurídico que elaboraram as regras jurídicas as quais deram origem ao Código Civil Francês de 1804, que enfrentava a crítica direta dos alemães da necessidade de uma ciência do direito, cuja história revela bastante de como o desenvolvimento de novos padrões de legalidade advindos do pensamento jurídico inovador, tanto no conteúdo quanto na abrangência das leis, que abarcaram uma maior gama de assuntos e passaram a tratá-los de modo mais exaustivo, com elencos de casos a casos das possíveis ocorrências e descrições de condutas à subsunção legal, quanto também nos modos de se legislar e de se ensinar o direito²⁶⁶. Fatos esses que colaboraram para o surgimento de uma mentalidade positivista que reduz o Direito à letra seca da lei. E lembramos aqui as premissas do biopoder Em Foucault²⁶⁷, onde os juristas dóceis e obedientes são mais produtivos na rede de poderes e de forças que atuam na sociedade. O filósofo francês nos explica que cada **sistema de poder** engendra um **sistema de saber**, e como iniciamos esse texto, aqui, em pauta, os saberes jurídicos, e sistema de poder entendido como a relação de forças e de poderes de uns sobre os outros, relação de forças que determina o sujeito moderno,

²⁶⁶ o que nos transforma em leitores de códigos e intérpretes gramaticais rasos em conteúdos propedêuticos.

²⁶⁷ Foucault, Michel. A ordem do discurso: Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970 (Leituras filosóficas) - trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. eBook Kindle.

o *homo juridicus* moderno. Mas isso não significa que podemos simplesmente descrever as mudanças na compreensão do direito, ou seja, sua origem, essência ou natureza, como um mero resultado geral das mudanças ocorridas na própria estrutura da organização social. A ordem do discurso²⁶⁸, ou seja, a organização dos saberes das gentes, é parte integrante da ordem de poder, que a executa e que não existe sem aquela ordem do discurso que organiza a sua compreensão e aplicação. Assim, a nova ordem jurídica onde o direito emana do Estado, a partir das leis elaboradas pelo legislativo independente em um positivismo legalizado e codificado nasce juntamente com um **novo discurso**, parte integrante da nova ordem do poder, pautado por regras diversas das que organizavam o discurso jurídico do antigo regime.

A ortodoxia epistemológica do direito não realiza a análise das forças cogentes produtoras de poderes e saberes que criam o sujeito de direitos, está preocupada, - como o restante da epistemologia das ciências sociais - com o enclausuramento lógico referencial dos discursos produzidos em nome da ciência desde os déspotas da Idade média, do direito canônico e, apenas como exemplo, da Lei da Boa-Razão²⁶⁹ quando foram modificadas as regras de interdição de conteúdo, pois já não mais se podia fazer referência a certas fontes normativas antes comuns como a *juris prudência* romana ou as *ordálias cristãs*. No passar do tempo modificamos os poderes que instituíram novos saberes, também modificamos as regras de abertura, pois a codificação deveria tornar o conhecimento do direito acessível aos cidadãos comuns, não especialistas no trato jurídico, democratizamos os saberes jurídicos comuns e o ciclo natural episteme/doxa/episteme/dogma se estende no tempo do direito. Novos mitos e novos dogmas foram introduzidos na base da compreensão do estudo e aplicação do direito, especialmente com a consolidação uma concepção democrática da legitimidade do poder político, a partir dos Contratualistas, em especial do contratualismo de Rousseau, segundo a

²⁶⁸ A ordem do Discurso (L'Ordre du discours) é o livro que traz a versão integral do texto que Michel Foucault deveria enunciar em 2 de Dezembro de 1970 em sua aula inaugural e sua posse no Collège de France na nova cátedra criada para substituir a de Jean Hyppolite, morto em outubro de 1968. E pode mesmo ser considerada um texto de ligação entre as obras: História da loucura de 1961, As Palavras e as coisas de 1966 e A Arqueologia do saber (1969), sobre a análise das condições de possibilidade das ciências humanas.

²⁶⁹ A Lei da Boa Razão assim foi batizada porque ela se justifica pelo fato de que, embora as Ordenações Filipinas mandassem obedecer ao direito romano apenas na medida em que ele era fundado na boa razão, muitos juízes tomaram essa permissão por pretexto para aplicar quaisquer normas romanas, sem fazer diferença entre as que eram baseadas na boa razão e as que “têm visível incompatibilidade com a boa razão, ou não tem razão alguma, que possa sustentá-las, ou têm por únicas razões, não só os interesses dos diferentes partidos, que nas revoluções da República, e do Império Romano, governaram o espírito dos seus Prudentes, e Consultos, segundo as diversas facções, seitas, que seguiram” (COSTA, Alexandre araujo. O legalismo Positivista. Último acesso em 12 março 2020. http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-i-o-legalismo-positivista#_ftn18)

qual uma lei é legítima na medida em que é criada por um legislador cuja autoridade deriva da representação popular. Dessa forma, passamos a entender que a lei passa a ser uma expressão direta da vontade do legislador e, nessa medida, uma expressão indireta da vontade popular, que elegeu o legislador como seu representante e criou essa figura de maior destaque nas teorias políticas e jurídicas em especial nas hermenêuticas derivadas da escola histórica de Savigny.

Naquele contexto civilista francês, a atividade dos juristas não era mais apresentada como uma prudência, a arte do conhecer, entender ponderar e responder proporcionalmente, tal qual sua origem romana, mas sim como uma mera técnica, que sequer aspirava ao estatuto de ciência, e nossos tribunais e juristas bem definidos como mero operadores da máquina direito, seguem firmes nesse caminho. Não se tratava, na França de Napoleão, em recuperar a arte do justo e do equitativo, tampouco se tratava de produzir ciência acerca do campo do direito e saberes jurídicos, pois não se buscava a produção de uma teoria. Seguindo os moldes das narrativas jurídicas imperativas da época, após a publicação dos códigos, ponto culminante do sistema de poder de Napoleão, a atividade do julgador deveria limitar-se a interpretar as regras jurídicas, à exegese, seu sentido original, qualificar os fatos relevantes avaliando de forma simples o encaixe das situações fáticas aos conceitos normativos, o chamado processo de subsunção, que se existente, efetuar a aplicação do direito, especificando as consequências cabíveis. Esse sistema originou o que conhecemos por lacunas da lei, a prova humana que prever e descrever tudo é impossível e que a interpretação vai muito além da gramatical.

A ideia moderna que orienta essa concepção é a da tripartição dos poderes, e que a competência para criar normas deve caber ao Poder Legislativo e, eventual e excepcionalmente, ao Poder Executivo, pois a autoridade para estabelecer regras de conduta é derivada da delegação popular, mediante o voto e como o Poder Judiciário, em nossas terras, não é escolhido pelo voto, a ele não pode ser estendido de forma alguma o poder de criar o direito, pois quem cria não aplica nessa hipótese da tripartição clássica dos poderes, sendo ao Judiciário reservado apenas a competência de dizer o direito, ou seja, de solucionar os conflitos sociais mediante a aplicação das normas jurídicas elaboradas pelos legisladores democraticamente instituídos. Concepção a partir do contratualismo em um sistema republicano e democrático. Ao juiz, portanto, não caberia a criação do direito que vem pronto e se esgota na legislação, muito menos a definição e implementação de políticas públicas cuja competência é do Executivo, e sim, somente, a aplicação das normas positivas, mas ao julgar todo juiz cria direito ao aplicar o direito. Eis nosso legado da hermenêutica sistemática do estado moderno com os novos poderes

ramificados para policiarem-se uns aos outros e competências delimitadas e limitadas sem interferências nos reinados, mandos e desmandos de cada uma das três coroas. Devemos substituir o controle conceitual pela **compreensão do sistema de significações biopolíticas através de uma interpretação da vida do direito e da vida pelo direito em uma hermenêutica não só técnica, mas que transcende a moldura e percebe as forças de poderes das normas postas**, tal qual o que aconteceu em nossos tribunais sobre a prisão civil do devedor, além do espetacular exercício de interpretação e transversão dogmática em subsumir a norma ao fato, a partir de uma orientação estrangeira *contra legem*, onde seria muito mais honesto decidir o direito por princípios políticos e axiológicos pela simples redução das coisas ao fato moral de que não é justo manter em cárcere devedor por dívida cível, exceto em se tratando de pensão de alimentos.

Ao judiciário, Coroa Decisória de conflitos, não cabe uma atividade criativa e solucionadora da outra Coroa, a Legislativa, pois não é a coroa do Estado Juiz quem determina o significado da norma, o magistrado, usando em sua cabeça jurídica a coroa decisória, apenas identifica através de um raciocínio que não é lógico formal, mas sim argumentativo, todavia disposto em um formato de silogismo jurídico de subsunção para decidir questões de procedimentos. Nessa formação de poderes que geram esses saberes do atual sistema de pensamento jurídico, o jurista encarregado de realizar essa atividade técnica e tecnicista, não é cientista nem filósofo e não usa da *ars jurídica*, pois lhe é indicado apenas ao saber técnico, prático, e o domínio dessa técnica de aplicar sentenças a partir da sua identificação da subsunção – aqui a imagem dos Tempos Modernos de Charles Chaplin se faz aos técnicos “ajustadores” e aos “operadores” do direito, pois o saber do Juiz é eminentemente e limitadamente, prático – dele exigido uma perfeição técnica formal de sentença e não o conhecimento e desenvolvimento de uma teoria, e aqui tratamos teoria como o saber das explicações fundamentadas para descrever esses eventos jurídicos cuja percepção, conhecimento e entendimento envolvem hipóteses já testadas, fatos, leis naturais e normas sociais axiológicas. Nesse horizonte histórico de possibilidades, os campos da reflexão teórica e filosófica ficam ligados às concepções jus naturalistas que não tinham mais lugar no discurso dos juristas e a única referência normativa possível era o próprio direito positivo. Esse “primeiro positivismo”, marcadamente tecnicista e legalista, era justamente o saber jurídico e o discurso que mediava a aplicação da lei aos fatos pelos “operadores” do direito.

A Hermenêutica, *a arte da interpretação*, a partir da intuição categorial fenomenológica, trata da arte do desvendar os segredos como uma ciência da interpretação, mas antes de tudo, como a mediação entre percepções e conhecimentos das coisas políticas sobre razão e experiência no mundo e nos traz outro prisma a partir da era histórica, vai além da nossa hermenêutica histórica. Isto só se perfaz em uma mediação entre *campos de sentidos das coisas em horizontes historicamente diversos, consciente das atualizações* (o tempo todo) dos campos correlatos sintéticos e trazendo o sentido particular apreendido imediatamente do tempo das coisas, e, ao mesmo tempo, mediação entre pensamento, língua e linguagens, poderes e relações de forças que possibilita tanto a percepção imediata e mediata como a compreensão de um fenômeno jurídico. A Hermenêutica, que tem sua origem grega de verbo e substantivo que podemos traduzir como *declarar, anunciar, expressar, interpretar e traduzir*, assim não só desvelar o sentido, a essência, como também comunicar essa descoberta, a descoberta de Hermes, o deus mensageiro dos deuses, aquele hermeneuta astuto. Nossa “*démarche*” conceitual, que procura colocar, fora de dúvidas e fora da política, a fala da ciência se apoia na lógica racional, disciplina da filosofia, razão essa constituída também na hermenêutica, ambas com as suas tarefas de explicitar o núcleo e essência do pensamento, assim como o sagrado, o oculto, a mensagem dos deuses a ser desvelada, revelada, apresentada e é, ainda, a arte de perceber, captar, entender e transmitir o conteúdo de discursos e narrativas. Assim, a hermenêutica aparece a nós como *a arte de desvelar e traduzir conteúdos*, adequada à filologia, às religiões e ao fenômeno jurídico desde os tempos da Roma antiga e as categorias do direito civil sobre interpretações e como poder político. Com isso fugimos das descrições pormenorizadas do ato interpretativo e nos aproximamos, na medida de nossa capacidade e do que se apresenta para nós nesse horizonte de possibilidades, *de forma crítica a caminhos já percorrido para construirmos mais uma das possibilidades do hermeneuta jurídico moderno*.

Conceito Intuitivo de Direito: Essência da Interpretação e da Aplicação

A Hermenêutica tradicional que **distingue entre interpretação e aplicação**, ambas que eram vistas como etapas diferentes de um raciocínio lógico jurídico na tripartição do silogismo de duas premissas, maior e menor, e conclusão, parte de uma analogia da própria lógica racional científica de Descartes e não da clássica lógica aristotélica. Nessa lógica cartesiana, ao se

deparar com um caso, o jurista deveria, antes de mais nada, identificar as normas aplicáveis. Feita essa identificação, era preciso verificar se havia obscuridade que exigisse a sua interpretação, procedimento pelo qual seria esclarecido o seu verdadeiro significado. Entretanto, caso a norma fosse clara, seria possível realizar diretamente sua aplicação aos casos concretos, definindo as consequências jurídicas dos fatos analisados. Assim, havia problemas específicos de interpretação, ou seja, dificuldades relativas à definição do sentido de normas com significado obscuro e de aplicação, que são as dificuldades relativas à aplicação de normas gerais a casos concretos. E foi justamente com base nessa distinção conceitual que Schleiermacher²⁷⁰ deixou de lado a hermenêutica jurídica em seu projeto de hermenêutica geral, pois a ciência hermenêutica que ele propunha tratava da determinação dos sentidos verdadeiros (interpretação) e não tratava das implicações concretas desses significados (aplicação). Com base nessa diferenciação (interpretação/aplicação), houve quem defendesse que a aplicação do direito deveria caber aos juízes, mas que a interpretação deveria caber ao próprio legislador, houve quem defendesse o oposto e outras correntes. Assim, em caso de obscuridade da norma, a questão deveria ser enviada ao próprio poder legislativo, a quem cumpriria esclarecer o sentido correto, mediante o que se convencionou chamar de interpretação autêntica, ou seja, aquela realizada pela própria autoridade legislativa, por meio de uma lei interpretativa.

Essas “leis interpretativas”, por terem como única função explicitar melhor o sentido de normas anteriormente válidas, não trariam qualquer inovação no campo jurídico e, nessa medida, não seriam submetidas ao princípio da irretroatividade que determina que as normas somente podem ser aplicadas a situações ocorridas após a sua entrada em vigor, não atingindo os fatos anteriormente ocorridos. Porém, o recurso ao legislador nunca se impôs como modo regular de interpretação do direito nos Estados contemporâneos, tendo se firmado a possibilidade de os juízes interpretarem os textos legislativos.

De toda forma, perdurou durante muito tempo a ideia de que a interpretação era um procedimento aplicável apenas a textos com sentido gramatical obscuro (origem da exegese). Chegamos mesmo a considerar no projeto do Código Civil Francês um dispositivo

²⁷⁰ Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher foi pregador em Berlim na Igreja da Trindade e professor de Filosofia da Teologia na Universidade de Berlim, traduziu as obras de Platão para o alemão, influenciado por Kant e Fichte e suas doutrinas exerceram grande influência na teologia protestante e foram estudadas por Wilhelm Christian Ludwig Dilthey, filósofo hermenêutico, psicólogo, historiador, sociólogo e pedagogo alemão, um empirista contra o idealismo dominante na Alemanha em sua época, cujos conceitos fundamentam as "ciências do espírito" (ciências humanas) como forma de conhecimento, em oposição às "ciências da natureza".

que, apesar de não ter sido incluído na versão definitiva, traduzia muito bem a concepção dominante naquele momento histórico e que perdura em nossos momentos interpretativos de que quando uma lei é clara, não devemos nos esquivar de sua letra à pretexto de lhe respeitar o espírito ²⁷¹. Essa noção, mesmo não tendo sido positivada, foi absorvida pelo senso comum dos juristas da época e permaneceu bastante arraigada na cultura jurídica. Assim, sendo claro o texto, não se admitia a pesquisa acerca da vontade do legislador, ideia essa que normalmente é transmitida por meio do brocardo latino *in claris cessat interpretatio* (havendo clareza, não deve haver interpretação).

Entretanto, passamos gradualmente a entender que mesmo o sentido literal era objeto de interpretação, consolidando-se na tradição imperativista a diferença entre interpretação gramatical (fundada na literalidade da lei) e interpretação lógica (baseada no primado da intenção sobre a literalidade). Essa interpretação literal tinha um caráter meramente declarativo, na medida em que a literalidade expressava adequadamente a vontade do legislador. Já a interpretação lógica seria adequada apenas aos casos em que o sentido do texto fosse claramente diverso do sentido intencionado, o que poderia levar o jurista a realizar uma interpretação restritiva nos casos em que o legislador utilizasse uma redação que fosse além de sua própria intenção, de tal forma que o intérprete precisa restringir a letra da lei para preservar o seu espírito, ou uma interpretação extensiva quando o legislador utilizasse uma redação que não expressasse toda a sua vontade, forçando o intérprete a ampliar o sentido para além da letra da lei, de modo a respeitar a vontade do legislador. Assim, havia um predomínio do critério gramatical de interpretação, que somente poderia ser ultrapassado em situações muito especiais. Mesmo quando os adeptos dessa teoria admitiam uma abertura um pouco maior, em que a interpretação também deveria ser usada quando, apesar de clara, a letra da lei não exprimisse o verdadeiro pensamento do legislador, essa abertura vinha coberta de ressalvas, asseverando que tal possibilidade deveria ser usada com o máximo cuidado e quando houvesse uma iniquidade manifesta ou quando fosse tão absurda que não se poderia esperar do legislador uma inconsequência tão flagrante.

Após enumerar certos princípios interpretativos ligados à interpretação lógica, que por maior que fossem os esforços e valor incontestável das indicações dos juristas, o procedimento

²⁷¹ Alexandre Araújo Costa. *Hermenêutica Jurídica*. Capítulo II - O legalismo positivista. Obra digital disponível em https://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-i-o-legalismo-positivista#_ftn1

mais certo era sempre interpretar o Código Napoleônico por ele mesmo²⁷² em uma exegese legislativa autêntica, o que indica que o jurista sempre daria prioridade à literalidade da lei, evitando perder-se nas sutilezas hermenêuticas que o poderiam desviar do seu verdadeiro sentido. Naquele tempo do jovem Savigny era essa a **interpretação declarativa²⁷³ da norma**, pois a extensão e a restrição são operações que contradizem totalmente o caráter da então ciência jurídica, na medida em que são operações tão arbitrárias que não podem ser consideradas interpretação, dado que o magistrado não reconstrói a vontade do legislador, mas impõe seus próprios valores e interesses a pretexto de fazer interpretação²⁷⁴.

Essa era a tensão latente entre a literalidade da lei (fonte de segurança e objetividade) e a vontade do legislador (fonte de legitimidade) e foi justamente a busca de garantir a autoridade do legislador que conduziu ao fortalecimento da interpretação gramatical. Contudo, tanto imperativos de ordem teórica quanto prática tornaram necessário estabelecer uma válvula de escape que possibilitasse evitar decisões literais absurdas, de tal forma que se consolidou no discurso jurídico imperativista a possibilidade de realizar interpretações restritivas ou extensivas nos casos em que a letra da lei fosse evidentemente incompatível com a intenção legislativa.

Quando falamos da origem da ciência jurídica falamos também da dogmática jurídica, a disciplina científica que tem por objeto o ordenamento sistemático dos conceitos jurídicos, que se forma de acordo com os preceitos científicos e técnicos, a física do direito que se diz não ideológica e não axiológica. Vimos já na origem do positivismo que pressupõe que não existe direito além do ordenamento estabelecido através de leis validas e vigentes do código geral que une todos sob as mesmas regras. Assim como a interpretação dessas regras limita-se, nesse sistema, à exegese ou a sistemas de reprodução e explicação do conteúdo do direito então vigente, cuja legitimação e justificação são, dogmaticamente, inquestionáveis. A busca pelo significado exato, a partir do epistemológico das diversas ciências do direito buscam decifrar o significado exato pela própria ontologia jurídica, ou seja o conceito de direito determina o

²⁷² Aubry et Rau, Cours de droit civil, 1o tomo, p. 247 in COSTA, Alexandre Araujo. A escola da Exegese. http://www.arco.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-i-o-legalismo-positivista#_ftn27

²⁷³ Savigny texto espanhol SAVIGNY, Friedrich Carl von. De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho. Buenos Aires: Atalaya, 1975 p 37.

²⁷⁴ Miranda, Custódio da Piedade U.. M672 Teoria geral do direito privado / Custódio da Piedade U. Miranda. - Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 264p.- 15,5x22,5 cm ISBN 85-7308-650-5

significado da lei e da ordem, fazendo do conceito uma categoria conceitual e da hermenêutica uma lógica dedutiva cuja premissa maior é a própria ontologia jurídica, da exegese, da histórica, dos conceitos ou dos valores que fixam esses dogmas por meio da criação das proposições, categorias e princípios a partir do conceito jurídico de direito e norma e podemos ver os princípios gerais de direito como estereótipos (símbolos semiológicos) vazios, sem significação base fora da sua teoria pura. Um dos papéis dessa dogmática jurídica é criar o entendimento que as teorias são parte integrante do direito positivo que se legitima como tal, articulado sempre sobre discursos descritivos e hermenêuticas decorrentes desse dogma de apresentar problemas axiológicos como problemas semânticos.

Assim interpretação e aplicação, assim como literalidade e vontade encontraram na Teoria do Direito o ápice da sistematização lógica jurídica da dogmática do direito como vemos na obra de Hans Kelsen e, o conteúdo do direito ao se identificar com a norma gera uma interpretação dogmática, um método técnico-jurídico que levou Warat a entendê-lo como abstrato-lógico²⁷⁵ que não dispõe das categorias valorativas do equitativo, do razoável e do justo e que ignora a função política do direito.

Da mesma forma, além da epistemologia, entendemos que a hermenêutica jurídica pode atuar no sentido de substituição do controle conceitual pela compreensão do sistema de significações, em especial do conhecimento jurídico, na medida em que é purificado pela razão da dogmática que limita, maldosamente, a percepção dos efeitos políticos das verdades. Tais efeitos apenas podem ser percebidos quando concebemos a história das verdades como jogo estratégico e então admitir a existência de certos efeitos de verdade, detectados a partir da observação do discurso de objetivação, quando este torna-se estratégico e estereotipado.

Quando a vigilância lógico-conceitual é invocada em nome de uma ordem de relações políticas, produz um “exorcismo” semiológico o qual impede de deixar velada a intenção e os efeitos políticos de um discurso. Assim, uma *hermenêutica fenomenológica* que reduza a essência da norma a ela mesma, antes de se deparar com o inafastável poder político das interpretações e aplicações, que parta da redução às coisas mesmas do direito para perceber o momento em que a vigilância dogmática lógico-conceitual é invocada em nome de uma ordem

²⁷⁵ Warat, Luis Alberto. Introdução geral ao direito. Vol. I (Interpretação da lei: temas para uma reformulação). Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

de relações políticas, parte do momento intuitivo original do justo, antes do legítimo e do legal. Aqui, então, a proposta de suspender a atitude natural jurídica, ou seja, apropriar-se de um atitude anti-natural referida por Husserl é o caminho da hermenêutica fenomenológica jurídica para suspender os efeitos políticos das verdades postas pela dogmática e dissolver, ao menos temporariamente, o entendimento que as teorias jurídicas são parte integrante do direito positivo e que problemas axiológicos não são problemas semânticos e perceber que são o campo onde é criado e onde atua o Direito.

Essa problemática nos mostra que quando epistemólogos tentaram respondê-la instauram critérios fixos e extremamente rigorosos de demarcação entre o que *deve ser* considerado ou não como ciência (tópica e jurisprudência) e opõem o conhecimento científico às representações ideológicas e as representações metafísicas, distinguindo a verdade do erro, distanciando assim o sentido referencial de suas narrativas, na mesma medida em que diferenciam as opiniões comuns (*doxa*) do conhecimento científico (*episteme*), conhecimento este que acaba por abranger todas as anteriores, pois a *doxa* é constituída por um sistema conglomerado de argumentos verossímeis, formados a partir das representações ideológicas, das configurações metafísicas tanto quanto das “evocações conotativas”²⁷⁶. Assim o nosso dito *conhecimento científico jurídico* é a purificação, através do processo mental racional da lógica cartesiana, da necessidade científica para as certezas da vida, que contém todos esses sistemas acoplados. E quando percebemos a forma em que esta concepção de racionalidade científica é apropriada pelo hermeneuta jurista na práxis do direito, verificamos como nenhum dos fatores, aparentemente rejeitados em nome da ciência do direito, deixa de se manifestar claramente, fazendo do conhecimento científico do direito um acúmulo de opiniões valorativas, teóricas em interpretações políticas que se manifestam de modo latente no discurso, aparentemente controlado pela epistemologia. Voltamos então a reconhecer o *senso comum teórico dos juristas*, um conhecimento constituído, também, por todas as regiões do saber, embora aparentemente, suprimidas pelo processo epistêmico que não deixa de ser uma significação extra-conceitual no interior de um sistema de conceitos, uma ideologia no interior da ciência, uma *doxa* no interior da *episteme*.

Nos juntamos nesse exato ponto a Warat e entendemos que se trata mesmo de uma *episteme* convertida em *doxa*, mas pelo *programa político das verdades*, executado através da

²⁷⁶ Palavras de Warat. Op.cit.

praxis jurídica e, nesta ordem de ideias, o saber crítico pode ser definido como uma *doxologia*, que procuraria o valor político do conhecimento científico do direito, tornando este, *opinião de ofício* pela práxis jurídica alcançado por uma hermenêutica que considere a axiologia e transcenda dogmas e *epistemes* sem negá-los. No momento em que o discurso epistemológico, em nome do método científico para as certezas do mundo, pretende buscar a solução dos conflitos do conhecimento, de modo imanente ao mesmo conhecimento, transforma-se em um discurso fácil de ser estereotipado, que serve para reivindicar, miticamente, um lugar neutro, lógico racional jurídico, para a própria atividade profissional, cuja solução é uma busca transcendente a esse conhecimento na forma de uma fenomenologia transcendental dessa episteme jurídica dada e assim o é desde o clássico de Carlos Maximiliano.

A epistemologia tradicional procura resolver, idealmente, as relações conflitantes entre a teoria e a práxis jurídica, ignorando, fundamentalmente, o valor político (polis e vetores de poderes) do conhecimento na práxis, que uma hermenêutica fenomenológica jurídica descobre a partir da redução às coisas mesmas, identificando esses poderes pela intuição categorial e, a partir daí, *deixa de propor um saber que seja puro como teoria*. Com isso impede que essa proposta seja ideologicamente recuperada, servindo para que juristas contaminem a práxis de pureza científica hermenêutica, impedindo a criação da ilusão de uma atividade profissional pura. Não existem em nossos horizontes de possibilidades os chamados critérios de purificação metodológica que determinam essa crença vinculada a uma atividade profissional. Assim os “juristas de ofício”²⁷⁷, apoiados na ideia de um conhecimento apolitizado, acreditam que o advogado é um manipulador das leis, descompromissados politicamente, um técnico neutro das normas.

Essas nossas observações sobre a prática jurídica, apresentada como um lugar fora do poder, serve para colocar e datar uma observação crítica sobre os postulados metódicos da teoria Kelseniana, já que seus efeitos ideológicos e políticos não provêm, isoladamente, dos valores que Kelsen propõe para a construção de uma Ciência do Direito em sentido estrito, senão pelos efeitos de seu discurso como guia e representação da práxis jurídica. É o discurso positivista normativo, próprio elemento kelseniano da pureza do direito, que se fez senso comum e influência de tal modo o jurista que o impede de ver a necessidade de ponderar as relações sociais e se ver como um operador dessas relações sociais, restando-lhe apenas ser um *operador*

²⁷⁷ Idem op.cit.

jurídico, um mero técnico dos textos legais. A Hermenêutica Fenomenológica Jurídica vem a tempo de operar as significações como complementação da atual epistemologia dos conceitos na mesma medida em que os correlatos sintéticos dos atos mentais de compreensão do direito são atualizados a cada horizonte de possibilidades debatendo e organizando um sistema de interpretação que inclua e atualize os sentidos políticos dos saberes do Direito.

O conceito da chamada Lógica jurídica deixa passar um entendimento que são produzidos pela razão e pelas categorias da razão o que não permite discutir o sentido político dos saberes do direito com o claro objetivo de suprimir das ideias e dos atos de interpretação da realidade seus vínculos com as representações ideológicas ou metafísicas das suas relações com os poderes instituídos e a tentativa de manutenção desses poderes. E, na mesma medida, uma Metodologia e Lógica Jurídica que não exprima as possibilidades das argumentações políticas, exclui também a análise dos conceitos ao serem trazidos para a prática social da aplicação do direito, da *práxis jurídica*, o que faz dos conceitos fenômenos difusos, impessoais, gerais e estereotipados, permitindo os juristas técnicos funcionais reapropriarem os sentidos dentro da estratégia do senso comum dos juristas e convertê-los em outras tantas significações que lhe convierem. Esse movimento aconteceu no tempo histórico com Savigny, cujas intenções foram relativizadas em organização técnica pela escola Pandectista que usou do formalismo extremo para fugir do enfrentamento político da hipótese científica da escola histórica e transformou norma em signo de outra evocação conotativa – o formalismo do positivismo jurídico de base normativa.

Esse movimento dialético, que já foi trazido por Aristóteles em *Ética* e mais contemporaneamente por Warat, tem características específicas a saber: uma doxa, um argumento habitual significativo que encontra os conceitos formados dentro de um método científico cartesiano logico formal do cogito e é somado ao senso comum teórico que é a reincorporação, dentro do sistema, dos conceitos no hábitos significativos dos operadores técnicos do direito. Como Warat nos alerta, é exatamente esse retorno da “episteme” à “doxa”, que nos permite perceber, de imediato, o valor político dos processos de objetivação. E na mesma medida é exatamente esse ciclo vicioso da dialética epistem-doxa que gera o da doxa-episteme, e como já nos posicionamos não há discurso não ideológico e esse, em especial, é um discurso transfigurado em elemento mediador de uma integração, falsamente trazida à imposição da solução de disputa pelo direito como não conflitiva das relações sociais.

Um senso comum teórico dos juristas, a partir da hermenêutica de origem, filosofia e método da fenomenologia é condição de significação para os discursos jurídicos que buscam o justo e nos impõe significações de base que determinam, definem e desenvolvem as condições semiológicas de existência da racionalidade do direito. Os juristas chamam esses hábitos semiológicos de ciência, de lógica jurídica, conseguindo com isto a uniformidade dos pontos de vista em nome da verdade produzida pelo jurídico. Uma verdade que foi construída em luta contra as representações costumeiras e que, no entanto, volta como um grau diferente dessas mesmas representações e pode ser re-conhecida a partir da suspensão da dogmática jurídica por essa nossa proposta hermenêutica.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis e outros (org.). La normatividad del derecho. Barcelona: Gedisa, 1997.
- AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.
- ALMEIDA, Candido Mendes de (editor). Ordenações Filipinas: Livros II e III. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985.
- APEL, Karl-Otto. Transformação da filosofia. São Paulo: Loyola, 2000.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. 2ª ed. Brasília: UnB, 1992.
- ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2000.
- BELLO, Ângela Ales. Introdução a Fenomenologia. Bauru, SP: Edusc, 2006.
- BRUNS, Maria Aves de Toledo, HOLANDA, Adriano Furtado (org.). Psicologia e Fenomenologia: reflexões e perspectivas. Campinas, SP: Alínea, 2003.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. Será que a comunicação emancipa? Tópicos para a reflexão social e jurídica da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas. Em Milovic, Miroslav; Sprandel, Maia e Costa, Alexandre (org.). Sociedade e Diferença, 2ª ed. Brasília: Casa das Musas, 2006
- BEVILAQUAQUA, Clovis. Teoria geral do direito civil. Brasília: Ministério da Justiça, 1972 (1928).
- BEAUVOIR, Simone de. O segundo Sexo. Volume 2. A Experiência vivida. P.11
- BRESSAN Leonir, O Conceito De Evidência Nas Meditações Cartesianas: A Crítica De Husserl A Descartes
<https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/9049/LEOCIRBRESSAN.pdf?sequence=1&isAllowed=mestrado>
 mestrado de Bressan: O CONCEITO DE EVIDÊNCIA NAS MEDITAÇÕES CARTESIANAS: A CRÍTICA DE HUSSERL A DESCARTES. BRESSAN Leonir. : O Conceito De Evidência Nas Meditações Cartesianas: A Crítica De Husserl A Descartes. UFSM
- COSTA, Alexandre Araujo. Introdução à Hermeneutica Filosófica.
<http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-filosofica/>.
- BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. São Paulo: Ícone, 1995
- BODENHEIMER, Edgar. Teoría del Derecho. México: Fondo de Cultura Económica. 2ª ed., 1994.
- BRANDÃO, Roberto de Oliveira. Introdução. Em: Aristóteles et alii. A poética clássica. São Paulo: Cultrix, 1997.
- CABRAL, Alexandre Marques. Psicologia Posidentitaria: da resistecia à crítica das matrizes cristãs da psicologia clínica modrna- Rio de Janiro: Via Verita, 2018
- CAMARGO, Margarida Lacombe. Hermenêutica e argumentação. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

- CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989., agora em CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 5ª ed- Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbekina, 2012
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 5ª ed- Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbekina, 2012.
- CAPELA, Juan-Ramón. El derecho como lenguaje: un análisis lógico. Barcelona: Ariel, 1968.
- CORREAS, Óscar. Crítica da ideologia jurídica: ensaio sócio-semiológico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.
- COSTA, Alexandre Araújo. Introdução ao direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- DAVID, René. Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo. trad Herminio carvalho – São Paulo: Martins Fintes, 1986.
- DE GIORGI, Raffaele. Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- _____. Scienza del diritto e legittimazione. Lecce: Pensa, 1998.
- DESCARTES, René. Discurso do método. 13. ed. Tradução. prefácio e notas de Newton de Macedo. Lisboa: Sá da Costa, 1984.
- _____.Meditações sobre a filosofia primeira. Tradução Fausto Castilho. Campinas: Cemodecon, 1999.
- D'AGOSTINI, Franca. Analíticos e Continentais. São Leopoldo: UNISINOS, 2002
- DELEUZE, Gilles e Guattari, Félix. Mil platôs, vol. I. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1995.
- _____. O que é a filosofia. Rio de Janeiro: 34, 1992.
- DERRIDA, Jacques. Força de lei. Porto: Campo das letras, 1994.
- DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A. Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis. Prefácio a: Ferrara, Francesco. Interpretação e aplicação das leis. Coimbra: Armênio Amado, 1987.
- DWORKIN, Ronald. Law's Empire. Cambridge: Harvard, 1986.
- _____. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard, 1977.
- EHRlich, Eugen. Fundamentos da sociologia do direito. Brasília: UnB, 1986
- ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 6ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.
- ENNECCERUS, Ludwig e Nipperdey, Hans Carl. Derecho civil (parte general). Barcelona: Bosch, 1947 (1931).
- GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Para uma eidética do Direito. Cadernos EMAF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 15-31, abr./set. 2008.
- _____. Para uma teoria fenomenológica do Direito – I. Cadernos EMAF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 1-132, abr./set. 2010.
- GOTO, Tommy Akira. Introdução à Psicologia Fenomenológica: a nova psicologia de Edmund Husserl. São Paulo: Paulus, 2008. (Coleção Temas de Psicologia).

- _____. Edmund Husserl e o fundamento fenomenológico do Direito. Cadernos EMAF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 67-79, abr./set. 2009.
- FERRARA, Francesco. Interpretação e aplicação das leis. Coimbra: Arménio Amado, 1987 (1921).
- FERRAZ Jr. Tercio S. Função social da dogmática jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980
- _____. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988.
- FORGHIERI, Yolanda Cintrão. Psicologia fenomenológica: fundamentos, método e pesquisa. São Paulo: Pioneira Thonson Learning, 2002.
- FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso. São Paulo: Loyola, 1996.
- _____. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau, 1996.
- FRANÇA, Limongi. Hermenêutica jurídica. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FRANCASTEL, Pierre. Pintura e sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 1990
- FREGE, Gottlob. Sentido e Referência. Em: Frege, Gottlob. Estudos sobre semântica. Barcelona: Folio, 2002. (ROMANTISMO em Savigny e Puchta co referência sócio cultural)
- FORGHIERI, Yolanda Cintrão. Psicologia fenomenológica: fundamentos, método e pesquisa. São Paulo: Pioneira Thonson Learning, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Petrópolis: Vozes, 1997, Verdade e Método II. Petrópolis: Vozes, 2001.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Teorías de la tópica jurídica. Madrid: Civitas, 1988.
- GÉNY, François. Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique. 2ª ed. Paris: Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1954 (1899).
- GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2a ed., 1995.
- GOMBRICH, E. H. The Story of Art. London: Phaidon, 1995.
- GOTO, Tommy Akira. Introdução à Psicologia Fenomenológica: a nova psicologia de Edmund Husserl. São Paulo: Paulus, 2008. (Coleção Temas de Psicologia).
- GRONDIN, Jean. Que é hermenêutica? São Leopoldo: UNISINOS, 2000
- GUATTARI, Félix. Cartografias esquizoanalíticas. Buenos Aires: Manantial 2000.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria da Ciência Jurídica, 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Estudos Jurídicos – Teoria do Direito, Direito Civil* – Fortaleza: Imprensa Oficial do Estado do Ceara, 1985.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Crise Autoimunitária na Autopoiese Jurídica da Sociedade Mundial*. FMU DIREITO - REVISTA ELETRÔNICA, v. 27, p. 143-150, 2013.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Fenomenologia em direito processual. Revista Autônoma de Processo, v. 4, p. 59-80, 2007.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Notas Para Uma Teoria Hermenêutico-Jurídica*. UNOPAR CIENTÍFICA: CIÊNCIAS JURÍDICAS E EMPRESARIAIS, v. 7, p. 23-29, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria possibilita do direito e da filosofia* (como teoria filosófica fundamental de base fenomenológica). REVISTA OPINIÃO JURÍDICA (FORTALEZA), v. 4, p. 245-258, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma crítica fenomenológica ao formalismo da ciência dogmático-jurídica. REVISTA OPINIÃO JURÍDICA (FORTALEZA), v. 3, p. 311-320, 2005.

GUERRA FILHO, W. S.. O Pensamento Jurídico como Imaginação Institucional: Direito, Instituições, Juízes. Fortaleza: Revista Nomos, 1996 (Transcrição de Palestra)

GUERRA FILHO, W. S.. Introdução a uma Teoria Possibilista do Direito (como teoria filosófica fundamental de base fenomenológica): Proposta de Investigação 2010

GUERRA FILHO, W. S.. Psicologia e Direito: Uma Conversa Cada Vez Mais Interessante. 2019

GUERRA FILHO, W. S.. Direitos Subjetivos, Direitos Humanos e Jurisprudência dos Interesses (Relacionados Com O Pensamento Tardio de Rudolf Von Ihering. In:

GUERRA FILHO, W. S.. Princípio da proporcionalidade e Teoria do Direito. In: Eros Graus et. id.. (Org.). Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001,

GUERRA FILHO, W. S.. Sobre o Princípio da Proporcionalidade. In: George Salomão Leite. (Org.). Dos Princípios Constitucionais - Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, v. , p. 237-253

GUERRA FILHO, W. S.. Noção essencial do Princípio da Proporcionalidade. In: Ives Granda da Silva Martins; Eduardo Jobim. (Org.). O Processo na Constituição. São Paulo: Quartier Latin, 2008, v. , p. 608-630.

GUIMARAES, Aquiles Cortes. Edmund Husserl e o fundamento fenomenológico do Direito. Cadernos EMAF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 67-79, abr./set. 2009.

_____, Aquiles Côrtes. Para uma eidética do Direito. Cadernos EMAF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 15-31, abr./set. 2008.

_____. Para uma teoria fenomenológica do Direito – I. Cadernos EMAF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 1-132, abr./set. 2010.

J.M.LEITÃO Adeodato. (Org.). IHERING E O DIREITO NO BRASIL. RECIFE: EDITORA UNIVERSITARIA, 1996, v. , p. 227-258.

HABERMAS, Jürgen. Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: MIT, 1996.

_____. Moral consciousness and communicative action. Cambridge: MIT, 1990.

_____. Técnica e ciência como ideologia. Lisboa: Edições 70, 1997.

_____. Verdade e Justificação. São Paulo: Loyola, 2004.

HART, Herbert L. A. O conceito de direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2a ed., 1994

HAUSER, Arnold. História social da arte e da literatura. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HESPANHA. António M. Justiça e legitimosidade: história e prospectiva. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

_____. Panorama histórico da cultura jurídica europeia. Mem Martins: Europa-América, 1997.

HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Petrópolis: Vozes, 2006.

HENNING, Fernando Alberto Corrêa. Ação concreta: relendo Wach e Chiovenda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 2000

HOBBS, Thomas. Leviatã. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

HOBBS, Eric. A era das revoluções. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

_____. A era dos impérios: 1875-1914. São Paulo: Paz e Terra, 6ª ed, 2002.

HOLMES, Oliver Wendell. The common law. 47ª ed. Boston: Little, Brown and Company. (1881).

HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo – Campinas, SP: editora UNICAMP, Petrópolis, RJ ed Vozes, 2012.

HESPANHA, António Manuel Botelho. Pluralismo Jurídico e Direito Democrático. Prospectivas do direito no século XXI_ Coimbra: edições Almedinas, 2109.

HUSSERL, Edmund. *A crise da humanidade europeia e a filosofia*. Introdução e Tradução de Urbano Zilles. Porto Alegre: Edpucrs, 1996.

HUSSERL, Edmund. A crise da humanidade europeia e a filosofia / Edmund Husserl; introd. E trad. Urbano Zilles. 2 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. (Coleção Filosofia; 41) ISBN: 85-7430-285-6.

HUSSERL, Edmund.. *A filosofia como ciência de rigor*. Trad. Albin Beau. 2ª ed. – Coimbra, editora Atlântida: 1965.

HUSSERL, Edmund. A ideia da fenomenologia. Trad. De Artur Morão. Lisboa: Edições 70. 1986, 1989.

HUSSERL, Edmund. CONFERÊNCIAS DE PARIS, 1929. Tradutores: Artur Morão e António Fidalgo. Lusosofia press. Lusosofia net acessível em <https://nucleodefemenologia.files.wordpress.com/2018/08/husserl-conferc3aancias-de-paris.pdf>
<https://nucleodefemenologia.files.wordpress.com/2018/08/husserl-conferc3aancias-de-paris.pdf>

HUSSERL, Edmund. Conferências de Paris. Trad. Artur Morão e António Fidalgo. Lusosofia. Disponível em: <www.lusosofia.net>.

HUSSERL, Edmund. *Conferências de Paris*. Lisboa: Edições 70, 1992.

HUSSERL, Edmund.. *Ideia para uma fenomenologia pura e para um filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. Aparecida, SP: Ideia & Letras, 2006. (Coleção Subjetividade Contemporânea).

HUSSERL, Edmund. Introduzione all'etica (1920-1924). Trad.Nicola Zippel. RomaBari: Laterza, 2009b.

HUSSERL, Edmund. Investigações lógicas – Primeiro volume – Prolegómenos à Lógica Pura: de acordo com o texto da Husserliana XVIII editado por Elmar Holenstein. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2005. (Phainomenon – Clássicos da Fenomenologia).

HUSSERL, Edmund. *Investigações Lógicas: 6ª Investigação*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

HUSSERL, E. L'idea di Europa. Cinque saggi sul rinnovamento. Trad. Corrado Sinigaglia. Milano: Raffaello Cortina Editore, 1999.

HUSSERL, Edmund. *Lições para uma fenomenologia da consciência interna do tempo*. Tradução, introdução e notas de Pedro M. S. Alves. Lisboa: Casa da Moeda, 1994, 52 Argumentos, Ano 1, N°.1 – 2009.

HUSSERL, Edmund . *Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia*. Tradução Maria Gorete Lopes e Souza. Porto: rés, 2001.

HUSSERL, Edmund. *Meditações Cartesianas*. Trad. Frank de Oliveira, São Paulo: Madras, 2001., Teresina, ano 9, n. 335, 7 jun. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5046> . Último acesso em: 27 fev. 2021.

HUSSERL, Edmund. *Meditações Cartesianas* – Cidade do Porto: Rés, (s/d).

HUSSERL, Edmund. *Ricerche logiche*. Trad. Giovanni Piana, Milano: Net, 2005.

HUSSERL, Edmund. Ducat, Patrick Lang e Carlos lobo, Paris: PUF, 2009^a.

HUSSERL, Edmund. *Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia*. Tradução Maria Gorete Lopes e Souza. Porto: rés, 2001.

HUSSERL, Edmund. *Investigações lógicas* – Primeiro volume – Prolegómenos à Lógica Pura: de acordo com o texto da Husserliana XVIII editado por Elmar Holenstein. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2005. (Phainomenon – Clássicos da Fenomenologia)

HUSSERL, Edmund. *Ideia para uma fenomenologia pura e para um filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. Aparecida, SP: Ideia & Letras, 2006. (Coleção Subjetividade Contemporânea).

HUSSERL, Edmund. *Lições para uma fenomenologia da consciência interna do tempo*. Tradução, introdução e notas de Pedro M. S. Alves. Lisboa: Casa da Moeda, original 1994, hoje em 52 Argumentos, Ano 1, N°.1 – 2009

Husserl, Edmund. **Husserlinas** – grupo de guarda e estudos das obras originais de Edmund Husserl – Referências Bibliográficas HUA <https://hiw.kuleuven.be/hua>

JANSON, H. W. *História da Arte*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1ª versão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2a ed., 2002 (1933).

_____. *Teoria pura do direito*, 2ª versão. São Paulo: Martins Fontes, 3a ed., 1991 (1960)., atual ...

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2a ed., 1982.

LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito* – Porto: Fundação Calouste Gilbekian, 1997.

LLEWELLYN, Karl. *Jurisprudence: realism in theory and practice*. Chicago: The University of Chicago Press, 1962.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LYRA FILHO. Roberto. *A reconciliação de Prometeu*.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 9a Ed. Rio de Janeiro, 2006.

MIRANDA, Custódio da Piedade U.. *M672 Teoria geral do direito privado / Custódio da Piedade U. Miranda*. - Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 264p.- 15,5x22,5 cm ISBN 85-7308-650-5

MARCONDES, Danilo. Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos A Wittgenstein. 6. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

MASSAGUAÇU, Guilherme Camargo. *Usus Modernus Pandectarum*. artigo na revista Razão e Fé, Pelotas, 13(1): 77-93, Jan.-Jul./2011.

MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. A hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. São Paulo: Revista Forense, 1999 (1924).

MAZEAUD, Henri; Mazeaud, Léon; Mazeaud, Jean. Leçons de droit civil. Tomo I, Vol. I. Paris: Montchrestien, 1967.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. Introdução a: Canaris, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

MILHOMENS, Jonatas. Hermenêutica do direito processual civil. Rio de Janeiro, 1970

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Interpretação e integração dos negócios jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989

MONTESQUIEU. Do espírito das leis. Rio de Janeiro: Ediouro.

MORRIS, Clarence (org.). Os Grandes filósofos do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NIETZSCHE, Friedrich. *Acerca da verdade e da mentira; O anicristo*. São Paulo: Riedel, 2005.

_____. *Assim falou Zaratustra*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. *Crepúsculo dos ídolos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

NIÑO, José Antonio. La interpretación de las leyes. Mexico: Porrúa, 1971

OLIVECRONA, Karl. Law as fact. London: Stevens & Sons, 1971.

OLIVEIRA, Paulo Cesar Pinto de. Filosofia do direito e Hermenêutica Filosófica : do caráter hermenêutico da filosofia do direito - RJ: Via Verita ed., 2017.

OLIVEIRA, Benerval. A fenomenologia no Brasil. Rio de Janeiro: Pallas, 1983.

ONATE, Alberto Marcos. Ética e infinito em Husserl. Revista Acadêmica VERITAS Porto Alegre v. 54 n. 2 maio/ago. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, vol. I, 19a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. Ética e direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERELMAN, Chaïme Olbrechts-Tyteca, Lucie. Tratado da argumentação: a Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PESSÔA, Leonel Cesarino. A teoria da interpretação jurídica de Emilio Betti. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

- PIRES, Amom Albernaz. Mediação e Conciliação: breves reflexões para uma conceituação adequada. In: Azevedo, André Goma de (org.). Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- RADBRUNCH, Gustav. Filosofia do Direito. Coimbra: Arménio Amado, 1997
- REALE, Giovanni e Antiseri, Dario. História da Filosofia, vol II. São Paulo: Paulus, 1990.
- RICOEUR, Paul. Teoria da interpretação. Lisboa: Edições 70, 2000.
- RIBEIRO JR., João. A fenomenologia. São Paulo: Pancast, 1991.
- SILVA, Fernando Antônio Nascimento da. Fenomenologia e Psicologia: uma relação epistemológica. Psicologia & foco, Aracaju, Faculdade Pio Décimo, v. 2, n. 1, jan./jun. 2009.
- RISKIN, Leonard L. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes. In: Azevedo, André Goma de (org.). Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia jurídica e democracia. 2ª ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- RORTY, Richard. Pragmatismo, filosofia analítica e ciência. Em: Pinto, Paulo R. Margutti e outros (organizadores). UFMG: Humanitas, 1998.
- ROSA, João Guimarães. Grande sertão: veredas, 19ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.
- ROSS, Alf. Direito e justiça. São Paulo: EDIPRO, 2000.
- SALEILLES, Raymond. Préfácio a: Gény, François. Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique. 2ª ed. Paris: Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1954 (1899).
- SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Edipro, 2000.
- SAPIENZA, Bile Tati; POMPEIA, Joao Augusto, Na presença do Sentido – Uma aproximação fenomenológica das questões existenciais básicas, São Paulo, Educ, 2010.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho. Buenos Aires: Atalaya, 1975.
- _____. Metodología Jurídica. Buenos Aires: De Palma, 1994 (1802-1803).
- SCHLEIERMACHER, Friedrich. Hermenêutica. Petrópolis: Vozes, 2000.
- SILVA, Kelly Susane Alflen da. Hermenêutica jurídica e concretização judicial. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- SOLER, Sebastián. Interpretación de la ley. Barcelona: Ariel, 1962
- SOUZA, José Crisóstomo de (org). Filosofia, Racionalidade, Democracia: os debates Rorty & Habermas. São Paulo: Unesp, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. *Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal*: o problema das mixagens teóricas. Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 626-660, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2165>. Acesso em: 30 set. 2013.
- _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus*. Ensaio sobre a função antropológica do direito.- São Paulo: WMF. Martins Fontes, 2007.

VILLEY, Michel. *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*. Paris: Dalloz, 1969.

VANDER EYCKEN, Paul. *Méthode positive de l'interprétation juridique*. Bruxelles, 1907.

VERÍSSIMO, Érico. *O tempo e o vento, I: O continente*, 34a ed. São Paulo: Globo, 1997.

WARAT _____. *Introdução geral ao direito. Vol. I (Interpretação da lei: temas para uma reformulação)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. *Introdução geral ao direito. Vol. III (O direito não estudado pela teoria jurídica moderna)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. *O direito e sua linguagem, 2a versão. 2a ed.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WARAT Luis Alberto. *Introdução geral ao direito. Vol. I (Interpretação da lei: temas para uma reformulação)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. *Introdução geral ao direito. Vol. III (O direito não estudado pela teoria jurídica moderna)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. *O direito e sua linguagem, 2a versão. 2a ed.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WARAT, Luis Alberto e Pêpe, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996.

WIEAKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993 (1967).

WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette. Vol. I, parte I*. Torino: Editrice, 1902 (1886).

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico e Investigações Filosóficas. 2a ed.* Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil. 2a ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ZILES, Urbano. *A fenomenologia husserliana como método radical*. In.: *A crise da humanidade e a filosofia*. 3. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. p. 12-5. (Coleção Filosofia, 41).