

PASSOS PARA UMA COMPREENSÃO FENOMENOLÓGICA DO DIREITO

José Carlos Henriques¹

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira²

RESUMO: O presente trabalho pretende perscrutar a senda fenomenológica do direito. Trilha através da qual se acaba por perceber a inevitabilidade temporal do fenômeno jurídico, o que então seria o que o constitui e o forma, transpassando sua existência e a constituindo. Nesse sentido, o trabalho, fundado sob o viés de Gerhart Husserl, tenta dar luzes a esta tragédia que é o direito mesmo, um possibilidade apenas, e ainda, temporalizada, ou seja, medida e limitada pelo tempo no qual ele se cria e finda.

PALAVRAS CHAVE: Tempo, Direito, Husserl, Fenomenologia.

ÁREA DE INTERESSE: Teoria Geral do Direito, Filosofia do Direito.

1 INTRODUÇÃO

Partimos atrás da compreensão do direito a partir de uma perspectiva fenomenológica, nesse caso, aquela intentada por Gerhart Husserl, filho de Edmund Husserl, fundador do que veio a ser conhecido, posteriormente, com movimento fenomenológico, e que foi dos primeiros a tentar fazer frutificar, para a compreensão do direito, os dividendos alcançados pela aplicação do método e das aquisições da fenomenologia.

Gerhart Husserl coloca em diálogo a fenomenologia, como direção principal, e outras sugestões especulativas, dentre as quais a corrente heideggeriana, fenomenológico-existencialista e o neokantismo.

Interessa-nos aqui, para a exposição das relações que se travam entre direito, mundo e tempo seguir, de preferência, as reflexões apresentadas por Gerhart Husserl no ensaio *Recht und Zeit* (*Direito e tempo*) publicado pela primeira vez em 1929, de claro influxo heideggeriano, tendo sido publicado apenas dois anos após o aparecimento da obra fundamental de Heidegger, *Ser e Tempo*. De outro lado, interessa-nos também a compreensão do direito enquanto ser-no-mundo temporal. Aqui, o ensaio de referência deverá ser *Recht und Welt*, (*Direito e mundo*) também de 1929, do mesmo Gerhart Husserl.

2 A COMPREENSÃO DO FUNDAMENTO DO DIREITO: UM SER-NO-MUNDO TEMPORAL.

São claras as influências de Heidegger, em ambos os ensaios. O *Dasein*, ser-aí humano, é um ser-no-mundo. Do mesmo modo, as coisas jurídicas (*rechtliche Dinge*) pertencem à constituição do mundo, própria do *Dasein* e, por isto mesmo, partilham com o *Dasein* sua mais própria condição de ser-no-mundo temporal.

Não são as coisas jurídicas produtos artificiais, meros artifi-

cios técnicos, são radicadas no mundo humano, co-pertencendo ao ambiente humanizado de suas manifestações.

O que as diferencia dos demais objetos do mundo, é a forma de sua doação ao homem. O direito comparece como um *modo de ser* que constitui o *proprium* humano, sendo por ele mesmo constituído. É criação do homem e, como tal, participa de sua própria gestação, como humano que é, em duas direções.

Uma porque, produto humano, partilha sua condição de *ser-aí*, inscrito no tempo que, para ele e por ele, se faz história. Outra porque, ao aparecer, no tempo, o direito, de uma só vez, é história e constitui, neste movimento, seu constituendo, o homem se pensa e se faz pela via do direito.

Entre direito e o seu constituidor, o homem, há um movimento de dupla inscrição: o homem se projeta pelo direito e realiza (se realiza), na medida mesmo que coloca em marca a atuação fática de seus próprios projetos.

Aristotelicamente, bem ao gosto dos fenomenólogos, o direito é potência, possibilidade conducente, projeto dirigido, plano de auto afirmação humano-social e, ao atuar-se, firma-se como efetivação dos projetos traçados, como ato que, retirando o projeto do regime da mera possibilidade, o torna mais seu, menos projeto e mais realidade do que é. Neste sentido, o direito é esperança possível para a civilização que se constrói ao construir-se enquanto comunidade juridicamente empenhada.

Assim, o direito é projeto humanizado e humanizante, que quer perdurar, que quer construir-se como atualidade (ato), mesmo em tempos históricos diversos do seu aparecimento, tende a vencer o tempo cronológico, em favor de um tempo de realização qualitativa do projeto humano que ele sempre é, superando-se assim como evento fugaz.

Na experiência ingênua, exatamente porque se permanece

preso à experiência vivida do mundo, adota-se uma atitude natural. Nesta, reina a dubiedade, fundada na temporalidade do *Dasein*, caracterizado como evento transitório.

Enfim, o *Dasein* é ser em direção à morte (*ein auf den Tod auflaufendes Sein*), apontado, de alguma maneira para o fim. Disto brota a dubiedade do *Dasein*: em seu ser permanece esquecida sua condição mais própria, seu fim, como possibilidade inarredável.

Uma transitoriedade que parece remanescer ofuscada pela vida humana ocupada e pré-ocupada. O humano tende a negar ou, ao menos, a esquecer esta sua mais própria condição, verdadeiro destino, já que a liberdade da vontade humana aqui se nega: isto é, pode se movimentar rumo a um querer-colocar-fim à condição que, sendo sua mais própria forma de ser, se mostra refratária a qualquer possibilidade de ser bem sucedida, por isto se nulifica e se aliena, tornando-se inautêntica.

O direito, enquanto projeto humano que tende a perdurar, a estender-se na e como história, lança-se como autêntica tentativa de atualizar e construir o humano, desvelando e tirando do esquecimento suas potencialidades, enquanto possibilidades projetadas de sucesso humanizado.

3 O DIREITO ENQUANTO POSSIBILIDADE DE ESCOLHA DO FIM.

Fala-se aqui de fim, no sentido de término, de cessação, de um deixar de ser.

Por influência de Heidegger, em Gerhart Husserl, o direito é pensado enquanto ser-no-mundo, mundo a que pertencem, radicalmente, as coisas do direito. Assim, compreende-se que as coisas do direito não sejam meramente transitórias, no sentido de que parece não se verificar um horizonte no qual o direito não mais pertença ao mundo humano.

O direito é uma permanência deste e neste mundo. É permanência, mas que não nega a si o movimento, o seu mover-se histórico é, a um só tempo, movimento de autoconstituição.

Há uma dubiedade também aqui. De se reconhecer que as coisas jurídicas *fluem com o mundo*, ademais o direito, exatamente pelo enraizamento temporal, participa da sorte do humano. Isto é, as coisas do direito são destinadas ao fim, enquanto término ou, pelo menos, pode ser antecipada esta possibilidade.

Direito e mundo se pertencem, o direito vai marcado como constituinte do humano e como constituído por ele, co-pertencimento que ocorre no tempo.

Mas, no direito, o tempo é abstrato, as coisas do direito têm vigência e, durante este interstício de vigor, têm êxito, valem de uma vez para sempre.

Possível pensar que a temporalidade, entendida como categoria fundante de todo o plano gnosiológico e prático, seja cânone de interpretação do jurídico: postar o direito e a lei no mundo signi-

fica, antes de tudo, conceder-lhes a originária estrutura temporal.

Enfim, encontra-se também enraizada no direito uma possibilidade que lhe é própria como, de resto, a todo *Dasein*: ser-para-o-fim, ao menos como possibilidade, sempre passível de ser antecipada.

Mas o ser-para-o-fim, como limite do direito, deve ser visto junto a seu vigor e êxito plenos, nos limites de sua vigência. O direito não se destina a um fim, cria-se para durar, abstratamente, mas vai nele enraizada ainda a antecipação de um fim.

Para nós, clara a diferença: se o ser-para-a-morte é o modo de ser mais próprio do humano, irremediável e, como termo último, infenso à liberdade; para o direito, o fim pode ser sempre uma escolha, seu vigor é criação disponível para um prorrogar livre, *eternizando-se enquanto durar*.

4 A ÉTICA E O DIREITO: A ESSÊNCIA DO DIREITO ENQUANTO EXISTÊNCIA HISTORICAMENTE EMPENHADA – À GUIA DE UMA CONCLUSÃO.

Importante o conceito de duração. No direito e pelo direito sempre se antecipa o encontro com o outro, de uma maneira que quer perdurar ou, ao menos, define-se com vigor e êxito, enquanto perdura a escolha que lhe empresta os fundamentos.

Impossível, então, não reconhecer a confluência do direito com a eticidade. Para nós, a responsabilidade ética antecede e funda o encontro com o outro, de maneira originariamente não limitada por condições. Neste sentido, podem ser de valia os desafios postos, a nós, pela ética da alteridade.

Neste contexto, se o direito se deixa compreender como estabelecimento de limitações, como condição da responsabilidade, que ele mesmo regula, pensá-lo a partir da in-condição firmada, pela ética da alteridade, indica que a principal questão está em reconhecer que o dizer do direito – dito - pode não ser o dizer da justiça (José Manuel Aroso Linhares).

Se a ética, enquanto filosofia primeira, aponta para uma originalidade na relação com o outro, que já vem antecipada em qualquer encontro; o direito, enquanto pretende estabelecer condições reguladoras do encontrar-se, é um *a posteriori*, sempre já antecedido por uma possibilidade, a alteridade, radical e originária, que aliás funda sua própria possibilidade, de fato, não há um direito estabelecido por mim e que tenha como destinatário e fim o meu próprio eu. No direito, sempre se antecipa o encontro de um outro.

A ética da alteridade, tal como pensada por Lévinas, representa um *prius*, a desafiar as regulações do estar e do ser-com-o-outro. É no contexto de reconhecimento de uma relação dialética e problemática que podem ser travados os embates frutíferos entre ética da alteridade e direito.

O encontro com o outro se dá mediado, no tempo, nele enraizado e por ele mesmo moldado. O direito, ao estabelecer con-

dições, o faz historicamente, mas de uma maneira que parece rejeitar o tempo sucessivo e cronologicamente mensurável e mensurado, parece querer nascer para durar.

Tornando à via de Heidegger, o fim, enquanto cessação, para além de ser o modo mais próprio de ser do *Dasein*, não se escolhe, é limite para a própria liberdade. Não em relação a um certo momento de ocorrência, sempre possível de se antecipar, mas exatamente como limite extremo da existência, não é possível não morrer. O tempo marca, demarca, estiola, verga a arrogante liberdade de escolher. O *Dasein*, sito nesta condição, resolve-se autenticamente ou inautenticamente, a depender de como se postar frente à ameaçadora e angustiosa possibilidade do fim. O ser-para-o-fim não é construção humana a não ser como antecipação.

Assim, o direito se apresentará como construção humana, um ser-no-mundo temporal. Não se constrói por indivíduos, em isolamento, mas resulta da comunidade. O direito é obra da vontade da comunidade jurídica. Esta não é idêntica ao somatório de indivíduos que compõe a sociedade política, nem tampouco se configura como grupamento de indivíduos justapostos. Trata-se de uma unidade em si subsistente, fruto da comunhão dos indivíduos que dela participam, consorciados.

Vai-se da comunidade ao indivíduo e deste àquela, em um movimento de mútua auto-constituição, que resulta da relação entre comunidade e indivíduos constituídos e já constituídos neste movimento.

Enquanto algo que tem vigor, vale em um definido tempo, o direito permanece escolha, precisamente de quem o constituiu, tendo pleno êxito. Eis porque não se destina a um fim, enquanto termo de seu vigor, mas se resolve por inteiro, no intervalo de tempo em que é admitido como válido pelos consortes comunitários.

O direito não é um-ser-para-o-fim. Seu fim, que não é seu destino, não ao menos necessariamente, é ainda escolha.

Se o direito é obra da vontade criadora da comunidade jurídica, esta deve subsistir nos indivíduos que, para mantê-la, sempre não de atualizá-la, no sentido de permanência da unidade, num atualizar-se no tempo, mantenedor da ordem que o direito é.

Comunidade jurídica e ordenamento jurídico são criados, não dados. Criações, no tempo. Toda norma tem início de vigência e, por isto, “vale desde”. Como, então, uma vontade ligada ao hoje, aquela de um certo tempo da produção da norma, poderia encontrar continuidade, numa espécie de validade temporalmente distendida, pelo menos até encontrar vontade oposta que lhe coloque fim?

Somente da vontade, comunitariamente empenhada, poder-se-ia esperar, a um só tempo, a manutenção do direito e a realização do homem, nele e por ele. *As coisas do direito constituem presença no ser-mundo do homem.*

Então, deve haver um nexos entre a comunidade jurídica e as

pessoas - termo que passa a ser empregado por Gerhart Husserl, neste contexto de empenho voluntário do indivíduo no sentido de *con-formar-se* e *con-firmar-se* na vontade da comunidade.

Mas o que seria este nexos entre indivíduo e comunidade? Qual o sentido de pessoa? Gerhart Husserl não resolve todos os problemas por ele mesmo suscitados quanto à configuração deste noticiado nexos entre comunidade jurídica e pessoa.

Aliás, o emprego do termo pessoa não vai totalmente esclarecido. Pode-se pensar que queira referir-se ao empenho do consorte da comunidade jurídica, que se reconhece como tal, sem perder, por isto, a individualidade, mas sem torná-la tão saliente a ponto de deixar de pertencer á comunidade, num misto de integração e preservação da diferença, de reconhecimento de si no comunitário e adesão à vontade da comunidade já estabelecida...

Enfim, parece haver uma relação dialética entre a negação e a afirmação da diferença, constituinte da comunidade e, ao mesmo tempo, da pessoa que nela se reconhece. Vemos aqui mais um corolário da adesão a Heidegger: se pertence ao *Dasein*, como existencial identificável, o ser-com - *Mitsein* - entende-se que este se resolva e se realize autenticamente, mantendo-se como é, exatamente no confronto dialético com o outro, a um só tempo, diferente e um seu igual, em condição incondicionada: é condição porque é seu ser, é incondicionada porque não dirigimos esta condição, não ao menos enquanto condição posta, apenas dirigimos seu exercício, sua essência enquanto existência.

Participar da vontade da comunidade jurídica, sem nela solver-se, nem dissolver-se, empenhando-se pelo direito, *sendo si mesmo*, nos remete a um tipo de *empenho de caráter ético*, a um só tempo, realizador do homem, dito pessoa, e da comunidade que, com outros, ele constitui, sendo por ela constituído, em um duplo movimento de ação e reflexão plasmadora.

É o que fica evidenciado no ensaio *Recht und Welt: (Direito e mundo)*

Um empenho da pessoa (...) não pode ser entendido como um 'natural' comportamento voluntário. Quem se torna consorciado jurídico e como tal desenvolve a própria intenção jurídica, não se move no campo da ação do mundo ingenuamente experimentável (...) Mas se o ser empenhado-pelo-direito do homem não é fundado em um comportamento ingênuo, trata-se de um comportamento que é diverso na existência de todo aquele empenhar-se pelos objetivos 'mundanos'. (...) O empenho do homem pelo direito é de caráter ético-religioso. A intenção dos consorciados jurídicos que, na essência, está na base do direito, é uma atitude ética que pode provir somente de um impulso

verdadeiramente religioso. O conceito, prevalente nas primeiras civilizações, de uma origem divina do direito traz uma profunda compreensão da sua essência. (HUSSERL, G: 1964, p. 80)

Passagem algo enigmática. Haveria referência a um direito natural de suporte, fundante da intenção jurídica do indivíduo e constituidora da comunidade do direito? O empenho do indivíduo pelo direito, precisamente aquilo que o tornaria pessoa, no contexto da concretização de sua intenção na comunidade jurídica, antecede ou sucede a intenção jurídica comunitária? Ou tudo se resolve ao mesmo tempo? Como seria traduzido tal empenho como atitude de caráter ético-religioso? Trata-se aqui apenas de analogia: a atitude de empenho da pessoa pelo direito mira-se em algo que, a um só tempo, posta-se nela e fora dela, à maneira de uma correlata experiência ético-religiosa, que envolveria um *eu* e um *tu*, diversos, mas semelhantes? Não cremos em uma adesão ao discurso jusnaturalista, não ao menos às correntes essencialistas. Mesmo que o discurso se mostre interessado em apontar a ocorrência de núcleos de sentido que, destemporalizando-se, haveriam de pretender validade universal, o que a custo poderia ser vislumbrado como ponto comum, já que também os jusnaturalistas assim pensam, reconhece-se, lado outro, que a força normativa de tais núcleos, supõe a temporalização normativa que lhes confere validade.

Se não há respostas específicas para as questões aventadas, ao menos uma resposta geral, ainda que incipiente, para a relevante questão da relação entre tempo e direito, pode ser identificada na compreensão do ser mesmo do direito, *enquanto ser-no-mundo temporal*, pensado no contexto da comunidade jurídica e da presença nesta de pessoas, todos empenhados-pelo-direito.

As perguntas sobre o início do direito, suas coordenadas histórico-temporais, a incontornável historicidade dos ordenamentos, dentre outras, poderiam ser pensadas no horizonte da determinação de um *Zeitsein*, (*Ser-tempo*) exclusivo da experiência jurídica, por isto mesmo, fundador desta mesma experiência.

Com isto, se muito não nos enganamos, são afastadas as teses jusnaturalistas, que conferem validade universal, essencialmente, a um conjunto de verdades pré-humanas, figurando estas como paradigmas e medida de toda justiça.

Na jusfenomenologia gerhartiana, a validade do direito, de suas normas, decisões, supõe uma temporalização, um resolver-se no tempo. O direito vale como que antecipando uma vontade de valer para sempre, de uma vez por todas, perdurando.

Inobstante, para alcançar validade, os *núcleos de sentido* do direito devem se atualizar, vencer a abstração, renovando-se no tempo a cada vez.

Nos marcos de uma compreensão fenomenológica do direito,

este se resolve entre *Welt* (*mundo*) e *Zeit* (*tempo*), como ser-no-mundo temporal, sua essência, a do direito, é sua existência historicamente empenhada.

5 REFERÊNCIAS

BRITO, José de Souza e. *Fenomenologia do direito e teoria egológica*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina, 1963.

COELHO, Nuno M. M. dos Santos, *O princípio ontológico da historicidade radical e o problema da autonomia do direito: Ensaio de uma aproximação filosófica do jurisprudencialismo*, in, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, nº47 / Jul.-Dez., 2005.

CRISTIN, Renato. *Presentatione*. In: HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998.

GADAMER, Hans G. *Hermenêutica em perspectiva – Heidegger em retrospectiva*. Vol. I São Paulo: ed. Vozes, 2007.

GIOVANNI, Reale; ANTISERI, Dario. *História da filosofia – do romantismo até nossos dias*. Tradução de Álvaro Cunha. Vol. III. São Paulo: Edições Paulinas, 1991.

HEIDEGGER, Martin, *Ser e Tempo*, tradução revisada de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

HUSSERL, Edmund. *A filosofia como ciência de rigor*. Coimbra: Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina, 1952.

HUSSERL, Edmund. *Conferências de Paris*. Lisboa: Edições 70, 1992.

HUSSERL, Edmund. *Investigações lógicas: sexta investigação*. Trad. de Zeljko Loparic e Andréa Maria Altino de Campos Loparic. In: "Os Pensadores". Abril Cultural: São Paulo, 1975.

HUSSERL, Edmund. *Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia*. Trad. de Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001.

HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998.

HUSSERL, Gerhart. *Person, Sache, Verhalten*. Frankfurt: Klostermann, 1969.

HUSSERL, Gerhart. *Recht und Welt. Rechtsphilosophische Abhandlungen*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1964.

NEVES, António Castanheira, *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito – ou as condições da emergência do Direito como Direito*, in, Digesta Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros, volume 3º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SAFRANSKI, Rudiger, Heidegger – *Um mestre da Alemanha entre o bem e*

o mal. Tradução Lya Luft. Apresentação de Ernildo Stein. São Paulo: Geração Editorial, 2005.

NOTAS DE FIM

1 Mestre em Direito pela UNIPAC, mestre em Filosofia pela UFOP. Professor do curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito; Professor da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete.

2 Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva; Professor do curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito