

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA –
PPCJ CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

A FENOMENOLOGIA HUSSERLIANA COMO
INSTRUMENTO DE VALIDADE À INTERPRETAÇÃO DO
DIREITO: A POSSIBILIDADE DA EFETIVA VERIFICAÇÃO
DO FENÔMENO NO CASO CONCRETO

WILIAN MAURI FRIEDRICH NEU

Itajaí-SC, 10 de agosto de 2022.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A FENOMENOLOGIA HUSSERLIANA COMO
INSTRUMENTO DE VALIDADE À INTERPRETAÇÃO DO
DIREITO: A POSSIBILIDADE DA EFETIVA VERIFICAÇÃO
DO FENÔMENO NO CASO CONCRETO**

WILIAN MAURI FRIEDRICH NEU

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: **Professor Doutor Orlando Luiz Zanon Junior**

Itajaí-SC, 10 de agosto de 2022.

PÁGINA DE APROVAÇÃO

MESTRADO

Conforme Ata da Banca de defesa de mestrado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - PPCJ/UNIVALI, em 11/07/2022, às 14 horas, o mestrando **Willian Mauri Friedrich Neu** fez a apresentação e defesa da Dissertação, sob o título “A Fenomenologia Husserliana como Instrumento de Validade à Interpretação do Direito: a possibilidade da efetiva verificação do fenômeno no caso concreto”. A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutor Orlando Luiz Zanon Junior (UNIVALI), como presidente e orientador, Doutor Cristiano Becker Isaia (UFSM), como membro, Doutor Marcos Leite Garcia (UNIVALI), como membro e Doutor Marcelo Buzaglo Dantas (UNIVALI), como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Dissertação foi Aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), 11 de julho de 2022.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

AGRADECIMENTOS

Ao prof. Dr. Orlando Luiz Zanon Junior, meu orientador

Nada aparenta ser mais justo e honesto do que agradecer aqueles que realmente contribuíram ao desenvolvimento efetivo deste projeto. Particularmente, devo reconhecer que o prof. Orlando Luiz Zanon Junior, meu orientador nesse difícil e árduo empreendimento, exerceu notável e importante influência às conclusões, ainda tão provisórias, deduzidas em minha dissertação.

Não poderia, portanto, deixar de mencioná-lo, sobretudo, após ter revisto algumas considerações as quais considerava já tão firmes e seguras e que, depois de ler sua “Teoria Complexa do Direito”, humildemente, pude reavaliá-las e refazê-las. Também, devo elogiar sua postura acadêmica e democrática. Sua influência sobre o texto que se segue se deu, por princípio, pelas suas firmes e coerentes argumentações e, jamais, por imposição.

Ainda, não devo, de modo algum, queixar-me de seus apontamentos e inflexões. Sua orientação, sem qualquer tipo de vaidade, sempre me possibilitou visualizar equívocos, desde aqueles mais ínfimos, até os mais significantes, e que, ao final, contribuem, decisivamente, ao resultado da obra. Mesmo assim, devo isentá-lo de toda e qualquer crítica que possa recair sobre essa investigação, afinal, a proposta teórica — estudos fenomenológicos *no* direito — parte de um projeto de pesquisa que venho desenvolvendo desde meados de 2016.

Devo acrescentar, ainda, que sua importante contribuição intelectual demandou um esforço grande não só na pesquisa acadêmica, como também na revisão e elaboração dessa obra. Confesso que alguns atrasos nas entregas das etapas se deram, justamente, pelas dificuldades dos textos sugeridos e também pelo escasso tempo para se examinar a vasta bibliografia a mim recomendada.

Sinto que poderia ter aprendido mais contigo neste período. Claro que a situação toda da pandemia de Covid não pode ser desconsiderada, mas faço uma mea-culpa também de talvez não ter explorado de forma mais intensa o nosso contato e, mais especificadamente, seus conhecimentos sobre os temas trabalhados.

Ao final, meus sinceros agradecimentos. Que esse trabalho seja o início de uma parceria maior... Muito obrigado!

Ao prof. Dr. Cristiano Becker Isaia,

Estendo meus agradecimentos ao prof. Dr. Cristiano Becker Isaia, meu antigo orientador, e que muito contribuiu no meu percurso acadêmico, sobretudo, nos estudos sobre os paradigmas racionalista e positivista e também à difícil obra de Martin Heidegger. A origem desta dissertação certamente é fruto dos anos de estudo contigo. Obrigado!

Ao prof. Doutorando Mateus Renard Machado,

Meus agradecimentos pela sincera amizade, pela longínqua convivência enquanto sócio neste grande projeto de escritório no qual compartilhamos e, principalmente, por ter desde o início incutido e incentivado a minha pesquisa jurídico-filosófica. Obrigado!

Ao prof. Dr. Josemar Sidinei Soares,

Agradeço este grande homem que dedica incessantemente sua vida em prol do homem, da humanidade. Não teria tido a oportunidade de conhecer e estudar na Univali se não fosse sua influência em mostrar novos horizontes. Ao longo de todos estes anos de convívio, sinto que pude aprender muito contigo. Mais do que uma simples racionalidade jurídica, entendi a significância da vivência da racionalidade ontológica. Obrigado!

Ao prof. Dr. Ricardo Schaefer,

Um especial agradecimento a este grande professor que tanto me ajudou, pessoal e profissionalmente, e que abriu as portas da docência acadêmica no bacharelado em Direito. Não poderia deixar de lembrá-lo por sua decisiva influência na minha formação enquanto ser humano. Obrigado!

DEDICATÓRIA

Minha dedicação especial à amiga, sócia e amada companheira, amiga, Caroline Alana Friedrich, que tanto me ajudou durante todos estes anos e que, muitas vezes, entendeu a minha necessidade de ocupar o escasso tempo disponível ao projeto que se segue. Com amor, carinho e respeito, meus sinceros agradecimentos!

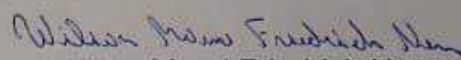
“Sofremos ainda demais os preconceitos que provém do Renascimento. Para quem é realmente isento de preconceito, é indiferente que uma afirmação seja de Kant ou de Tomás d’Aquino, de Darwin ou de Aristóteles, de Helmholtz ou de Paracelso. Não é preciso insistir para que se veja com os próprios olhos: é necessário, antes, não alterar, sob a coerção dos preconceitos, o que foi visto.”

Edmund Husserl, *Philosophie als strenge Wissenschaft*, 1911.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 10 de agosto de 2022.



Wilian Mauri Friedrich Neu

Mestrando

ROL DE CATEGORIAS

Positivismo Jurídico: movimento jusfilosófico que objetiva transformar e elevar o Direito ao patamar das demais Ciências — especialmente, as naturais — idealizando a objetificação do Direito, desdobrando-se em vertentes juspositivas, não uniformes, as quais se estruturam enquanto correntes de estudo do direito com vistas aos fatos verificados avalorativamente, rejeitando, regra geral, elementos constituintes de juízos de valor.

Ética: O mesmo que moral. Conjunto de ações e juízos de valor atribuídos a fatos humanos em uma perspectiva de implicância social, desdobrada em regiões de análise — sentido básico, reflexivo e normativo —, constituídas da própria condição racional humana, enquanto estruturante dos juízos de identidade (do ser) e de valor (do dever ser) e dos reflexos constitutivos da percepção ética em sociedade, nos costumes, hábitos, práticas, valores.

Moral: O mesmo que Ética. Conjunto de ações e juízos de valor atribuídos a fatos humanos em uma perspectiva de implicância social, desdobrada em regiões de análise — sentido básico, reflexivo e normativo —, constituídas da própria condição racional humana, enquanto estruturante dos juízos de identidade (do ser) e de valor (do dever ser) e dos reflexos constitutivos da percepção ética em sociedade, nos costumes, hábitos, práticas, valores.

Fenomenologia: em sentido amplo e geral (sem referência a algum autor em específico), caracteriza-se por ser um movimento filosófico que objetiva compreender o fenômeno em si mesmo. Em Edmund Husserl, pode ser compreendido como uma estrutura filosófica de rigor que busca investigar os fenômenos eles mesmos — “o retorno às próprias coisas” —, abstraindo quaisquer posições teóricas *a priori*, constituída na evidência pura da intuição e fundada em um método fenomenológico.

Decisionismo: fenômeno jurídico estruturado em *um modo de decidir*, isto é, no ato decisório de quem compete, judicialmente, julgar um caso concreto,

fenomenologicamente fundado em decisões/julgamentos pautadas(os) em pré-concepções que se originam de convicções pessoais, desarticuladas, juridicamente, de um método ou mesmo de uma ordenação lógico-racional da aplicação da ordem jurídica que implique certa previsibilidade.

Segurança Jurídica: categoria jurídica aberta e abstrata, polissêmica, usualmente utilizada como “princípio jurídico” ou “regra jurídica”, estruturada, fenomenologicamente, como função de determinação de um padrão jurídico estabelecido, previamente, enquanto paradigma, e que possibilita a previsibilidade da articulação jurídica.

Interpretação: em um sentido amplo, significa captar o signo visado, fenomenologicamente, disponível em seus múltiplos perfis acessíveis à intuição. Em um sentido restrito, especifica também o modo como o signo visado é tratado pelos modos de percepção (atos de consciência), na síntese da intencionalidade, enquanto “objeto” visado.

Linguagem: estrutura sistemática, orientada, natural *e/ou* artificialmente, mediante complexo conjunto de signos verbais e não verbais, articulados com a finalidade de concretizar a comunicação.

SUMÁRIO

RESUMO.....	
ABSTRACT.....	
INTRODUÇÃO.....	15
1 AS GENERALIDADES DA CATEGORIA SEGURANÇA JURÍDICA E A COMPREENSÃO DO DIREITO	21
1.1 As Generalidades do Conceito de Segurança Jurídica.....	26
1.2 As Premissas Gerais e Básicas das Correntes não Positivistas.....	33
1.3 O Caráter não Positivista das Generalidades do Conceito Segurança Jurídica..	50
2 A RELAÇÃO EPISTEMOLÓGICA DO DIREITO A PARTIR DA FENOMENOLOGIA DE EDMUND HUSSERL E AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS À INTERPRETAÇÃO E MUTABILIDADE DO DIREITO.....	57
2.1 A interpretação do direito e a relação entre o decisionismo e as generalidades da ideia de segurança jurídica.....	62
2.2 A mutabilidade interpretativa do direito e o decisionismo frente à possibilidade <i>a priori</i> de uma lógica formal.....	69
2.3 A possibilidade epistemológica <i>a priori</i> do conhecimento objetivo: a ideia de padrão frente ao decisionismo judicial e a estabilidade jurídica.....	78
3 A FENOMENOLOGIA COMO INSTRUMENTO DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E A SUA ESTRUTURAÇÃO NA SISTEMÁTICA JURÍDICA VIGENTE....	88
3.1 A Fenomenologia pura como base à estruturação da lógica-formal <i>a priori</i> ao conhecimento jurídico: a possibilidade da visão do Fenômeno Jurídico.....	93
3.1.1 O papel da linguagem na percepção fenomenológica.....	96
3.2 Os reflexos do decisionismo Judicial e a percepção pautada na representação.....	103
3.3 A Fenomenologia por de trás da ideia de padrão e a concreta possibilidade de uma lógica formal que garanta a segurança jurídica na pesquisa e aplicação do Direito.....	105

3.3.1. O método fenomenológico como pressuposto de validade ao conhecimento jurídico.....	105
3.3.2 O método fenomenológico <i>no</i> Sistema Jurídico.....	108
CONCLUSÕES.....	114
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	119
APÊNDICE.....	127

RESUMO

A presente dissertação objetivou verificar como interpretar o fenômeno jurídico na evidência do caso concreto. E, também, se a fenomenologia poderia servir como instrumento de validade à interpretação do direito. O objetivo geral foi verificar a possibilidade de identificar, fenomenologicamente, como o caráter intencional da consciência (im)possibilita a evidência do fenômeno jurídico e como isso se relaciona à interpretação do direito, sobretudo, em relação à fragilidade da ideia de segurança jurídica. Para concretizá-lo, foi necessário: *primeiro*, investigar como as generalidades da categoria segurança jurídica se relacionam ao entendimento do direito, com base na verificação dicotômica entre positivistas e não positivistas; *segundo*, pesquisar a relação epistemológica do direito a partir da fenomenologia e as suas consequências pragmáticas à interpretação do direito; e *terceiro*, descrever se e como a fenomenologia pode servir de instrumento à interpretação do direito e como se estrutura na sistemática jurídica vigente. O primeiro capítulo permitiu concluir que o direito e as generalidades do conceito segurança jurídica, fundamentalmente, sofrem a ingerência da ética, seja na sua fundação ou na sua *pós-legitimação*. A segunda seção permitiu visualizar algumas conclusões, dentre elas: que a racionalidade dualista que vigora desde os gregos em conceber a ideiação de *sujeito e objeto* como “coisas distintas” é, por princípio, superada a partir da fenomenologia; que toda interpretação que parte de uma “teoria” remonta não ao fenômeno em si, mas sim à sua “película”, ou seja, o fenômeno enquanto representação; que a visão e a compreensão com base nesses substratos teóricos estão previamente contaminadas, construindo-se em “relativismos”. Na *seção final*, demonstrou-se que a linguagem não é um “instrumento externo” que o ser humano constrói. É, em suma, uma faculdade da natureza animal em potência. Em conclusão ao estudo, foi evidenciada a hipótese estabelecida, inicialmente, de que o problema da interpretação do direito reside no campo epistemológico do direito. Com tal proposição não se está aduzindo que a ciência jurídica seja incapaz de produzir substrato científico através das suas pesquisas. Não obstante, a atividade jurídica ordinária, do cotidiano, de modo geral, é desempenhada de forma despreocupada de uma racionalidade científica. O presente estudo foi desenvolvido adequando-se à linha de pesquisa “Constitucionalismo e Produção do Direito”.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico, Ética, Moral, Fenomenologia, Discrecionalidade, Segurança Jurídica, Interpretação, Linguagem, Direito.

ABSTRACT

The aims of this dissertation are to examine how the legal phenomenon in the evidence of the concrete case should be interpreted, and whether phenomenology might serve as a valid instrument for the interpretation of law. The general objective was to determine whether it is possible to identify, phenomenologically, how the intentional character of conscience enables – or not – the evidence of the legal phenomenon, and how this relates to the interpretation of law, especially in relation to the fragility of the idea of legal certainty. This work begins by investigating how the generalities of the category legal certainty relate to the understanding of law, based on the dichotomy between positivists and non-positivists; It then examines the epistemological relationship of law based on phenomenology and its pragmatic consequences for the interpretation of law; thirdly, it describes if and how phenomenology can serve as an instrument for the interpretation of law, and how it is structured in the current legal system. The first chapter led us to conclude that the law, and the generalities of the concept of legal certainty, suffer, fundamentally, from the interference of ethics, whether in its foundation or in its post-legitimation. The second section sets out some further conclusions: that the dualistic rationality that has prevailed since the Greeks, in conceiving the ideation of subject and object as “distinct things” is, in principle, overcome by phenomenology; that every interpretation that starts from a “theory” goes back not to the phenomenon itself, but to its “film”, i.e., the phenomenon as representation; and that vision and understanding based on these theoretical foundations are already contaminated, having been built up through “relativisms”. The final section demonstrates that language is not an “external instrument” built by humans, but a potential faculty of animal nature. The study concludes by confirming the initial hypothesis; that the problem of the interpretation of law lies in the epistemological field of law. But this is not to say that legal science is incapable of producing scientific substrate through its research. Nevertheless, ordinary, everyday legal activity, in general, is performed in a

way that does not take into consideration scientific rationality. This study was developed within the line of research "Constitutionalism and Production of Law".

Key-words: Legal Positivism, Ethics, Morals, Phenomenology, Discretion, Legal Security, Interpretation, Language, Law.

INTRODUÇÃO

O Direito sofreu, sofre e sofrerá constantemente modificações, reinterpretações, expansão e compressão. É natural que a Ciência Jurídica seja, eminentemente, constituída pelo fenômeno “entendimento”, ou melhor, pela *necessidade* de se estabelecê-lo, uma vez que, constituindo objeto fundamental à coexistência da humanidade, a possibilidade de se interpretar também é, por princípio, a de se garantir segurança jurídica. A ideia de convivência em sociedade pressupõe regramentos e normativas que permitam, minimamente, um convívio coletivo. Portanto, em última instância, a finalidade teleológica da Ciência Jurídica é verificar e, de certo modo, buscar encontrar esses meios possíveis à realização do Direito, ainda que o ideário de bem-estar social e felicidade, muitas vezes agregado à ideia do ordenamento jurídico, não seja tão passível de concretização.

Mas a investigação não parte aqui de uma busca teleológica da finalidade do Direito, tão pouco da sua essência ou seu conceito. O que se pretende, em verdade, é examinar sob o ponto de vista da fenomenologia de Edmund Husserl a validade dos modelos atuais de interpretação do direito, a sua operação pragmática e, igualmente, se verificar efetivamente *como* e *se* o método fenomenológico pode garantir validade na práxis judicial. Objetivando a facilitação na compreensão das análises subsequentes, a presente dissertação tomará como base e como instrumento vários *cases* concretos, os quais serão objeto de estudo em relação às concepções de fragilidade da ideia de segurança jurídica, em suas generalidades, e de mutabilidade do direito no ordenamento jurídico, tendo um destaque especial o julgamento do famoso *case* Ellwanger pelo STF.

É importante registrar que a análise do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do *case* Ellwanger¹, por fidelidade ao leitor, não constitui uma crítica ao caso em si, nem mesmo uma verificação material “do modo correto de se

¹ É importante salientar que o *case* Siegfried Ellwanger (Habeas Corpus n.º 82.424-2) não foi de modo algum escolhido aleatoriamente para análise nesta investigação. Muito pelo contrário, o julgamento paradigmático pelo Supremo Tribunal Federal apenas evidencia de forma expressa e em fácil percepção como há demasiada controvérsia nas decisões judiciais, comumente nominadas como “ativismo judicial”, “decisionismo”, dentre outras, a partir de fundamentações inteiramente pessoais. O que interessa, nessa verificação, é compreender se as bases jurídicas são ou não justificáveis, congruentemente, em relação à Ordem Jurídica, ou se, por outro lado, apenas sustentam-se por um pensamento individual e subjetivo, como, por exemplo, no voto do Ministro Marco Aurélio, que, ao proferir seu posicionamento, adota uma teoria quase que “matemática” do que seria o “melhor custo/benefício”, fazendo uma ponderação entre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão.

interpretar”, mas tão somente servirá, quando necessário, de pano de fundo para a discussão que, aqui, poderia ser chamada de problema de base do direito ou, como comumente se atribuiu, de uma questão de “teoria do direito”. É, assim, apenas uma apresentação empírica da natureza investigativa do presente estudo.

Com a proposta lançada nestas linhas iniciais, não se está buscando concretizar uma teoria (fenomenologia, mais especificadamente), tampouco reformar as correntes vigentes, dentre elas, as que fazem parte do “positivismo jurídico” ou mesmo pós-positivistas, nem mesmo objetiva-se extinguir a discussão. O que se pretende, em verdade, é verificar a possibilidade de que a fenomenologia sirva como instrumento de validade à interpretação do direito a partir da visão do fenômeno no caso concreto. Toda adoção de teoria é, em suma, discricionária, qualquer que seja. No entanto, a fenomenologia não é, em si, uma construção teórica, propriamente, uma vez que se constrói, metodologicamente, em uma investigação de natureza apodítica, pautada na evidência do fenômeno em si mesmo.

A pergunta que orienta a investigação é, portanto, se a fenomenologia pode servir como instrumento de validade à interpretação do direito e se existe a possibilidade da verificação do fenômeno, ele mesmo, no caso concreto. O objetivo central, assim, é identificar a partir da estrutura fenomenológica, como o caráter intencional da consciência (im)possibilita a identificação do fenômeno jurídico e como isso se relaciona à interpretação do direito, inclusive, em relação à flexibilidade, à mutabilidade e, conseqüentemente, à fragilidade da ideia de segurança jurídica no ordenamento. Para concretizar o escopo principal, será necessário: investigar como as generalidades da categoria segurança jurídica se relacionam ao entendimento do direito, sobretudo, com base na análise dicotômica entre positivistas e não positivistas; pesquisar e demonstrar a relação epistemológica do direito, enquanto objeto da ciência jurídica, a partir da fenomenologia de Edmund Husserl e as conseqüências práticas à interpretação do direito, pragmaticamente; descrever e demonstrar *se e como* a fenomenologia pode servir de instrumento à interpretação do direito e como se estrutura na sistemática jurídica vigente.

A hipótese provisória aqui sugerida é que o problema da interpretação do direito não reside no campo da materialidade da norma jurídica, senão nas estruturas formais-apodíticas de como se interpretar a regra materializada. Significa deduzir, noutras palavras, que o problema da interpretação jurídica é, em verdade,

uma problemática de epistemologia da ciência jurídica, ou seja, que se relaciona à incapacidade de traduzir a operação do direito em termos científicos. O diagnóstico sugerido, portanto, deduz à atividade jurídica uma despreocupação de fundamentação científica, sobretudo, em relação aos operadores do direito (advogados, promotores, defensores, juízes, dentre outros).² É interessante perceber que o profissional que instrumentaliza o direito nas suas ocupações não possui, salvo raras exceções, preocupação metodológica (em termos de cientificidade) com sua própria prática ordinária das atividades, diferentemente do economista, do psicoterapeuta, do físico, do matemático, do psicólogo.

Como metodologia e por congruência científica, o presente trabalho adotará o método fenomenológico. Neste estudo, adotar fases de pesquisa com diferentes métodos tradicionais, como o cartesiano³, apenas violaria o preceito mais básico da estrutura fenomenológica, que é a própria *epoché*, ainda que utilizados apenas para fins de demonstração de resultados. A utilização de eventuais *categorias* e, respectivamente, *conceitos operacionais*, não visa, de modo algum, estabelecer concepções irreduzíveis do ponto de vista da escrita científica ou que não possam ser expressas, em identidade semântica, de outros modos⁴. A essas justificativas, acresce-se a necessidade da *epoché*⁵. Em um sentido semelhante, a

² O que não quer dizer, no entanto, que não haja pesquisa científica no âmbito da Ciência Jurídica pelos doutrinadores, pesquisadores.

³ O método cartesiano (duvidar, dividir, ordenar e revisar) não se afigura apropriado neste tipo de pesquisa, uma vez que caracteriza uma metodologia tendencialmente despreocupada com o sentido de ser (*Über den Sinn von Sein*). Não se trata de uma “oposição metafísica”, uma vez que não há nada mais metafísico que a própria linguagem ou se perguntar sobre o sentido de qualquer coisa. Toda e qualquer teoria, por mais bem formulada que seja, empírica ou não, contém necessariamente elementos metafísicos.

⁴ Não se pode olvidar a natureza da linguagem e sua forma de compreensão dentro de contextos específicos, como já demonstrou Wittgenstein nos seus jogos de linguagem.

⁵ Na explicação husserliana: “A tese geral, em virtude da qual se está constantemente consciente do mundo circundante real, não apenas por uma apreensão em geral, mas como ‘efetividade’, *estando aí*, naturalmente *não* consiste *num ato específico próprio*, num juízo articulado sobre existência. Ela é algo que permanece constante por toda a duração dessa orientação, isto é, enquanto se está imerso na vida natural desperta. Aquilo que a cada momento é percebido, clara ou obscuramente presentificado, em suma, tudo aquilo de que se tem empiricamente consciência a partir do mundo natural e antes de todo pensar, possui, na unidade de seu todo e na articulação de todos os seus aspectos relevantes, o caráter do ‘aí’, do ‘disponível’ [...] o ‘tirar de circuito’ se efetua em uma e com uma modificação da antítese, vale dizer, com a ‘inclusão’ *do não ser*, que constitui, portanto, o outro ponto de apoio do ensaio de dúvida. Em Descartes, ela prevalece tanto, que se pode dizer que seu ensaio de dúvida universal é propriamente um ensaio de negação universal. Dela fazemos abstração aqui, não é todo componente analítico do ensaio de dúvida que nos interessa e, portanto, tampouco sua análise exata e exaustiva. *Dele reteremos somente o fenômeno de ‘pôr entre parênteses’ ou ‘tirar de circuito’.*” Ver em: HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma**

aproximação da utilização da base fenomenológica, aqui, é similar a nova psicologia fenomenológica, que já alça voos em solo brasileiro no âmbito psicoterapêutico.

Aliás, não se pode olvidar, jamais, que a própria pesquisa jurídica, desenvolvida no campo da Ciência Jurídica, utiliza-se, na grande maioria das vezes, de metodologias “emprestadas”, as quais advêm, inclusive, de ideações puras ou essenciais de métodos criados a partir de regras *a priori*, isto é, independentes da experiência sensível para sua comprovação e que, regra geral⁶, são derivações ou, propriamente, aperfeiçoamentos dos métodos de origem aristotélica, cartesiano, baconiana ou galeliana.

A natureza científica da presente investigação não está puramente no campo abstrato ou teórico. Também esses preconceitos são equivocadamente imputados à fenomenologia, tão mal interpretada ainda hoje. Causa perplexidade que se tenha dado tanta ênfase às orientações tidas como “naturais” ou “positivistas”, quando, em verdade, toda ciência de caráter natural tem em suas bases princípios gerais eidéticos. Noutras palavras, o empirismo, que tanto ganhou força nos últimos séculos, assumiu o caráter de um movimento “científico” de massa⁷.

É inquestionável, não obstante, que o paradigma positivista de orientação filosófica e científica originou-se numa tentativa de afastar teorias metafísicas e proposições teóricas-epistemológicas de caráter essencial ou tidas como “idealistas”. Argumenta-se: é o retorno às objetividades dadas na própria experiência. É evidente que qualquer conhecimento tido como “natural” inicia-se na experiência e, em sua concepção, permanece na experiência. O horizonte investigativo, de modo geral, *é o mundo* e, justamente por isso, a compreensão

filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura. Trad. Márcio Suzuki. Aparecida: Ideias & Letras, 2006, p. 79-80.

⁶ Dificilmente se verá um trabalho científico, em qualquer área do conhecimento, que não esteja abarcado por metodologia que faça referência a estas escolas metodológicas. Não é, de todo modo, o objetivo aqui tratar deste tipo de questão. No entanto, é importante consignar que o método fenomenológico busca justamente partir do “zero” e evitar os problemas gerais e já conhecidos dos métodos “clássicos”. A exemplo, o método indutivo, que parte de dados particulares para dirigir e sustentar constatações gerais e que, comumente, sofre críticas pela incapacidade de produzir generalizações universais, ou seja, alcança resultados, via de regra, apenas “prováveis”; ou o dedutivo, que não consegue sustentar particularidades que não se “encaixam” em suas conclusões gerais.

⁷ Não no sentido ingênuo, mas quantitativo, de paradigma, eis que já se verificou que muitas vezes um paradigma tem suas premissas fortalecidas em detrimento de outro justamente pela sua “facilidade”, como apresenta Thomas Kuhn. Ver em: KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 2018.

originária dessas percepções são tidas como realidades, como “ser real”, por conseguinte, *Sein in der Welt*.

Toda ciência de orientação natural, positiva ou empírica, é considerada ciência de fato. O que funda essa ciência, portanto, é a experiência de um objeto real individual que é desta ou daquela forma. Não se pode negar, no entanto, que toda individualidade, por princípio, é contingente a uma temporalidade e também a multiplicidade de visões possíveis, por estar justamente nesse *devir* que é a vida. Dito noutras palavras, o *isto* é assim, mas poderia ser diferente. A isso se atribui a “facticidade”.

Essa contingência é justamente um dos fundamentos das teorias da razão pura ao questionar os cientistas empiristas, eis que um dado originário experimental sempre e novamente poderia ser percebido, na experiência, de outra maneira, por outros ângulos, etc. E, paradoxalmente, o que a orientação natural não percebe, é que se um objeto experienciado pode ser analisado de múltiplas formas, na percepção ser compreendido de modos diferentes, significa, justamente, que existe neste objeto experienciado uma *necessidade eidética*, algo que pode ser compreendido em sua pureza e que possibilita que este objeto “A” seja sempre compreendido como “A”, mesmo que na contingência seja interpretado de forma diferente por indivíduos diferentes. Juridicamente, é a essência eidética que permite, portanto, que a lei “X” seja sempre a lei “X”.

Assim um objeto individual, uma lei, dentre outros, possui predicativos essenciais ou eidéticos, que permitem determinações secundárias. Eis a *essência* eidética, princípio da identidade, tão abnegado pelos cientistas de orientação natural⁸. Assim, por exemplo, na intuição empírica, uma mesma lei pode ser compreendida por vários lados, isto é, de diferentes formas. Mas para que esta “mesma lei” seja sempre entendida como “a mesma lei”, deve, necessariamente, haver algo nela que permaneça *orientando* aqueles que a veem, no sentido de captarem imediatamente que todas as interpretações diferentes são “da mesma lei”. Assim, é evidente que há algo nela que pode ser compreendido em sua essência⁹.

⁸ O mais interessante é que o preconceito mais comum advindo do empirismo ou positivismo é a sustentação de que “teorias” desta natureza seriam puramente “metafísicas”. Aí se diz: “vamos prosseguir ao giro linguístico”, a uma “analítica da linguagem”. Sim, não há nada de metafísico na linguagem. Não há nada de metafísico na investigação da consciência.

⁹ Husserl explica: “Intuição empírica, e, em especial, experiência, é consciência de um objeto individual e, como consciência intuitiva ‘é ela que traz o objeto à doação’: como percepção ela o traz

Por outro lado, também o *eidos* ou essência eidética podem ser apreendidos originariamente a partir da experiência empírica, como dito acima. Igualmente, pode ser compreendido na consciência através dos atos de consciência não empíricos. É comum, por exemplo, que se faça cálculos “de cabeça”, como duas vezes cinco, ou que se faça medições, em metros, centímetros, etc. São todas operações não empíricas e classificadas como operações de “razão pura”, como propriamente Kant já demonstrou. A matemática, portanto, assim como a lógica, operacionaliza com conhecimentos de essência e não conhecimentos de fato, uma vez que não é preciso da experiência para a sua demonstração. Em qualquer lugar do mundo, contudo, uma mesma multiplicação será entendida ela mesma como sendo, em consciência, a mesma multiplicação.

Por fim, importante pontuar ao leitor algumas considerações fundamentais e de caráter preliminar que darão suporte à leitura. A presente pesquisa tem por objetivo não desconsiderar ou meramente formular críticas às concepções já existentes no âmbito da interpretação e da hermenêutica jurídica (substancialismo, pragmatismo, instrumentalismo, dentre tantas outras correntes). O que se pretende, em verdade, é buscar uma forma rigorosa e mais segura no difícil campo da subjetividade humana, no que concerne o conhecimento em si. Também, especialmente a primeira seção, com seus vários exemplos, possibilitará uma visão clara da tentativa de tornar esse trabalho compreensível não só em termos teóricos, mas, sobretudo, em seu sentido prático. Aliás, teoria e prática constituem uma via de mão dupla, eis que de nada adianta apenas agir, sem saber o que fazer e de nada adianta saber sem agir.

Uma última mensagem ao leitor, não menos importante, é de que embora possa parecer pretensiosa, busca-se, com tal investigação, em um certo

à doação originária, à consciência que apreende ‘originariamente’ o objeto em sua *ipseidade* ‘de carne e osso’. Exatamente da mesma maneira, a intuição de essência é consciência de algo, de um ‘objeto’, de um algo para o qual o olhar se dirige, e que nela é ‘dado’, como sendo ele ‘mesmo’, mas também é consciência daquilo que então pode ser ‘representado’ em outros atos, pode ser pensado de maneira vaga ou distinta, pode tornar-se sujeito de predicções verdadeiras ou falsas – justamente como todo e qualquer ‘objeto’ *no sentido necessariamente amplo da lógica formal*. Todo objeto possível ou, para falar como a lógica, *todo sujeito de predicções verdadeiras possíveis*, tem precisamente *suas* maneiras de entrar no campo de um olhar representativo, intuitivo, que eventualmente o encontre em sua *ipseidade de carne e osso*, que o apreenda. A visão de essência é, portanto, intuição, e se é visão no sentido forte, e não uma mera e talvez vaga presentificação, ela é uma intuição doadora *originária*, que apreende a essência em sua *ipseidade* ‘de carne e osso’.” Ver em: HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**, p. 37.

sentido, demonstrar que se pode construir conhecimento significativamente relevante, sem a necessidade de se “importar” de terras estrangeiras. Por isso, nenhuma construção teórica será “pega” aqui como “absoluta”, nem mesmo a fenomenologia. Aliás, a instrumentalização fenomenológica está muito mais avançada em outras áreas, como a Física, a Matemática, a Psicologia, a Filosofia, a Educação Física, dentre outras, do que propriamente na Ciência Jurídica. Ainda, é coerente admitir que a postura adotada nessa pesquisa, por princípio, coloca-me sujeito às mais diversas críticas, não impedindo, de modo algum, o risco de eventual fracasso, ao menos em termos de possibilidade. Também nenhuma pesquisa seria parte do consenso.

O presente estudo foi desenvolvido ao longo do Mestrado em Ciência Jurídica junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí (Univali), adequando-se à linha de pesquisa “Constitucionalismo e Produção do Direito”, uma vez que os pilares da discussão proposta são, justamente, a interpretação do Direito, inclusivamente, da Constituição, além de verificar as características do fenômeno da sua formação.

CAPÍTULO 1

AS GENERALIDADES DA CATEGORIA SEGURANÇA JURÍDICA E A COMPREENSÃO DO DIREITO

Antes de adentrar propriamente ao conteúdo deste primeiro capítulo, faço questão de mencionar, em primeira pessoa, ainda que de forma genérica e em linhas gerais, o quanto o prof. Orlando Luis Zanon Junior, orientador deste projeto, e sobretudo sua tese de Doutorado, intitulada *Teoria Complexa do Direito*, que posteriormente foi publicada como livro com o mesmo título,¹⁰ pôde contribuir decisivamente na construção dessa dissertação.

Faço essa referência singela, pois mesmo que tivesse claro em minha mente os contornos da investigação subsequente, possuía inúmeras dificuldades de entendê-la e de estruturá-la de modo que pudesse cumprir o objetivo proposto. Os

¹⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

aconselhamentos e seu brilhante trabalho, que, ressalvo, terão sim suas divergências, serviram-me como ponto de partida não só de *como* fazer, mas também, em um sentido muito singular, de o *porquê* fazer.

E confesso, ainda, que obtive ainda mais inspiração quando percebi que mesmo por caminhos diferentes, compartilhamos uma mesma preocupação. Pelos menos em um sentido prático e específico, humildemente, entendo que isso ficou claro quando li, logo na abertura do quarto capítulo da sua tese de Doutorado, subitem 4.1.1, denominado “Um novo Começo — Ciência Jurídica”, que “um pesquisador dedicado ao estudo das ordens sociais (Moral, Ética e Direito), que observe os métodos inerentes ao Paradigma da sua respectiva comunidade científica, é tão cientista quanto um físico ou teórico”.¹¹

Escrever tais proposições em primeira pessoa e, talvez, todo o restante, seria a expressão máxima não só da autenticidade que um autor pode ter, mas, igualmente, do caráter livre e autônomo do pensamento, em um sentido puramente cartesiano.¹² Muito mais por estilo do que por preocupação genuinamente científico-normativa que se abordará, na sequência, os conteúdos aqui pretendidos em um sentido comum a ideia “da pessoa neutra.” Feita tais considerações, passa-se agora efetivamente ao mérito.

¹¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Tese de Doutorado submetida ao Curso de Doutorado da Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí/SC, 2015, p. 328.

¹² O “discurso” científico imparcial é manifestamente inexistente. De fato, não há como abstrair-se ao ponto de que a produção intelectual aniquile completamente a vivência daquele que a produz. Por isso mesmo René Descartes escreveu seu *Discurso do Método* em primeira pessoa. Indicação para isso pode ser extraída logo dos seus primeiros parágrafos, quando diz que “o bom senso é a coisa mais bem distribuída do mundo: pois cada um pensa estar tão bem provido dele, que mesmo aqueles mais difíceis de se satisfazerem com qualquer outra coisa não costumam desejar mais bom senso do que têm. Assim, não é verossímil que todos se enganem; mas, pelo contrário, isso demonstra que o poder de bem julgar e de distinguir o verdadeiro do falso, que é propriamente o que se denomina bom senso ou razão, é por natureza igual em todos os homens; e portanto que a diversidade de nossas opiniões não decorre de uns serem mais razoáveis que os outros, mas somente de que conduzimos nossos pensamentos por diversas vias, e não consideramos as mesmas coisas. Pois não basta ter o espírito bom, mas o principal é aplica-lo bem. As maiores almas são capazes dos maiores vícios, assim como das maiores virtudes; e aqueles que só caminham muito lentamente podem avançar muito mais, se sempre seguirem o caminho certo, do que aqueles que correm e dele se afastam. Quanto a mim, jamais presumi que meu espírito fosse em nada mais perfeito que o do comum dos homens; muitas vezes até desejei ter o pensamento tão pronto ou a imaginação tão nítida e distinta, ou a memória tão ampla ou tão presente como alguns outros.” Ver mais em: DESCARTES, R. **Discurso do Método**. Tradução. MARIA ERMANTINA GALVÃO. Revisão da tradução. MONICA STAHEL. Martins Fontes. São Paulo 2001, p. 5-6.

Por opção teórica e, considerando-se o limitado espaço, delimita-se o resgate histórico do movimento positivista, inaugurado por Auguste Comte.¹³ O positivismo jurídico¹⁴ e sua máxima da “desvinculação” do direito e da moral fomentou uma ilusão de que todas as categorias jurídicas possam ser compreendidas em um caráter mais correto e seguro, a partir de sua estrutura fundamental positivista. Assim, o conceito “Segurança Jurídica”, dentre tantas outras categorizações jurídicas pensadas sob a perspectiva positivista, surge como exteriorização da própria certeza e seguridade positiva sobre o direito.

O positivismo jurídico, embora tenha se desenvolvido em várias vertentes, em certo sentido, busca afirmar duas premissas básicas: a *primeira*, de retirar qualquer caráter moral da norma, e a *segunda*, de teorizar um direito positivo fixo e não móvel, através de categorias jurídicas. Tudo com base na ficção jurídica de que seria possível formalizar um ordenamento compreensível coletiva e objetivamente.

Não obstante, há que se destacar que a compreensão positivista do direito enfrenta problemas teóricos que não são capazes de sustentar satisfatoriamente a ideia de um conceito imóvel e, antes de tudo, sem a ingerência

¹³ Apenas para fins de referência filosófica, cita-se a passagem que inaugura a obra o “Curso de Filosofia Positiva”, de Auguste Comte, na qual justifica sua posição radical, originando formalmente o que seria conhecido, posteriormente, como movimento positivista. Afirma que “Depois de ter assim estabelecido, tanto quanto o posso fazer sem entrar numa discussão especial que estaria deslocada neste momento, a lei geral do desenvolvimento do espírito humano, tal como a concebo, nos será mais fácil determinar com precisão a própria natureza da filosofia positiva, o objeto essencial deste discurso. Vemos, pelo que precede, que o caráter fundamental da filosofia positiva é tomar todos os fenômenos como sujeitos a leis naturais invariáveis, cuja descoberta precisa e cuja redução ao menor número possível constituem o objetivo de todos os nossos esforços, considerando como absolutamente inacessível e vazia de sentido para nós a investigação das chamadas causas, sejam primeiras, sejam finais. É inútil insistir muito sobre um princípio, hoje tão familiar a todos aqueles que fizeram um estudo um pouco aprofundado das ciências de observação. Cada um sabe que, em nossas explicações positivas, até mesmo as mais perfeitas, não temos de modo algum a pretensão de expor as causas geradoras dos fenômenos, posto que nada mais faríamos então além de recuar a dificuldade. Pretendemos somente analisar com exatidão as circunstâncias de sua produção e vinculá-las umas às outras, mediante relações normais de sucessão e de similitude.” COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista**. Traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 27-28.

¹⁴ É importante, desde logo, estabelecer a diferença entre o positivismo jurídico, tratado nesta dissertação enquanto teoria jurídica, e o positivismo, enquanto movimento sociológico, inaugurado por Auguste Comte, que teve por objetivo criar uma ciência sociológica pautada em parâmetros metodológicos das ciências naturais, valorizando, com o positivismo, a elevação da explicação racional da realidade pelas ciências, em detrimento das concepções filosóficas e religiosas.

da *Ethik*¹⁵, ou em sua criação fundamental, ou, em última instância, como pós-legitimação a *posteriori*. E, como aqui o objeto é examinar o conceito segurança jurídica sob a perspectiva não positivista, inevitavelmente, será necessário adentrar aos problemas estruturais gerais das teorias positivistas, ainda que obviamente não seja possível esgotá-las.

Toda e qualquer teoria positivista seria parte da máxima da separação do direito e da moral. Não é, como para alguns, o fato de a fonte do direito ser escrita ou não que garante o cerne positivista. A essência da discussão positivista, portanto, está na *tese da desvinculação*, como há tempos já demonstrou Robert Alexy. Diz o autor logo no início da obra *Conceito e Validade do Direito*: “todas as teorias positivistas defendem a *tese da separação*. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais.”¹⁶ Em sentido muito similar, explica Luigi Ferrajoli, em *Democracia constitucional y Derechos Fundamentales*, que: “em un primer significado, *assertivo y teórico*, la tesis de la separación entre el derecho y la moral es un corolario del *positivismo jurídico*;¹⁷ e complementa: “esto es, de la afirmación del principio de la legalidade como norma de reconocimiento del derecho vigente.”¹⁸ Significa, noutras palavras, que uma Ordem Jurídica escrita, parcial ou total, pode ser considerada não positivista, caso contenha elementos morais.

Para tanto, como objetivo central desta primeira grande seção, o presente estudo tem por finalidade evidenciar como o direito, mais especificadamente, as generalidades do conceito “segurança jurídica”, em sua base elementar, sofre a ingerência da ética, seja na sua fundação ou, posteriormente, na sua *pós-legitimação*. Como condições específicas para evidenciação do escopo principal, dever-se-á explicitar: o conceito de segurança jurídica; as premissas gerais e básicas das correntes não positivistas; e, por fim, o caráter não positivista do conceito de segurança jurídica, em suas generalidades.

¹⁵ Ética. Moral, em verdade, é apenas a tradução latina da palavra “ética” do grego, assim como a tradução *Ethik*, derivada do alemão. Na sequência será explicitado de forma mais aprofundada a origem etimológica desta palavra que, em suas traduções, designa “costume”, “hábitos”, “práticas”, dentre outras coisas.

¹⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 3.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia constitucional y Derechos Fundamentales**. In: FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Traducción de Perfecto A Ibáñez, et al. Madrid: trota, 2008, p. 135.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia constitucional y Derechos Fundamentales**, p. 135.

Assim, deve-se, aqui, revisitar e examinar criticamente a bibliografia estrutural-fundante das teorias positivistas e não positivistas, da historicidade da problemática da ética e da moral e, também, do conceito segurança jurídica, pautando-se, especialmente, pela orientação fenomenológica. Será igualmente necessário o aprofundamento teórico acerca das referidas concepções, utilizando-se como fio-condutor a própria delimitação referenciada pela proposta formulada. Como esclarecido na introdução, não se utilizará de métodos tradicionais.¹⁹

Ademais, importante consignar que não haverá espaço aqui suficiente para esgotar todos os problemas que o ideário positivista criou e influenciou, nos mais diversos contextos sociais, incluindo, obviamente, o direito. A questão que perpassa toda a primeira seção diz respeito ao esquecimento, ou mesmo, a confusão que se faz, pelo positivismo em geral, acerca dos conceitos de “ética” e “moral” e sua evidência prática. Para além da teoria, o que é o fenômeno ético-moral? Muitas considerações expostas na sequência servirão para demonstrar o grande equívoco cometido por muitos juristas a esse precioso tema.

Aliás, a investigação aqui proposta não visa simplesmente confrontar as ideias gerais de correntes positivistas *versus* não positivistas, mas sim refletir, inclusive em um sentido prático, acerca da importância da verificação de como o direito se *mostra ele mesmo* enquanto fenômeno, em um contexto cada vez mais digital e global, caracterizado pela desenfreada capacidade de comunicação sustentada pelo avanço tecnológico. Também, compreender o que é ética em sentido amplo (ou básico) e ética reflexiva, denota diferenciações gigantescas na influência direta na interconexão com o direito. Aliás, meditar sobre a ingerência da ética no direito é verificar como essas novas experiências vão refletir em sociedade.

Por fim, é importante consignar que a primeira seção desta dissertação foi desenvolvida a partir de vários trabalhos escritos ao longo do primeiro semestre do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, Curso de

¹⁹ Deve-se ter cautela em relação à presunção de “cientificidade” de qualquer coisa pelo simples fato de estar apoiada em um “método”. O modo de caminhar, a forma de percorrer, a metodologia, portanto, em nada garante a chegada ou o resultado do objeto pesquisado. É como quando Heidegger alerta em *Sein und Zeit* que a “Wissenschaftliche Forschung vollzieht die Hebung und die erste Fixierung der Sachgebiete naiv und rot.” Ver em: HEIDEGGER, Martin. Tradução de Fausto Castilho. **Ser e Tempo (1927)**. Edição Bilingue. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2012, p. 50. Contemporaneamente, o método criou uma *presunção-legitimação* de cientificidade para qualquer coisa que se escreve. Não é de se estranhar que grandes mentes, como Machado de Assis, tenham se ocupado de críticas desta natureza, como, a exemplo, na obra *O Alienista*. Ver: ASSIS, Machado. **O Alienista**. Porto Alegre: Editora L&PM, 2020.

Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. A referenciabilidade desse estudo pode ser interpretada como fundamento à qualquer discussão jurídica, uma vez que é da natureza do direito discutir sua própria interpretação.

1.1. As Generalidades do Conceito de Segurança Jurídica

A ideia de segurança jurídica está relacionada, modernamente, a um conjunto de sentidos embutidos, como, por exemplo, a *exigibilidade do direito*, a de *meios capazes* de exigí-lo e não vê-lo violado, a *estabilidade*, a *certeza*, dentre outros. Está, ainda, interligado ao desejo constitucional de perpetuidade de relações jurídicas estáveis. E, justamente por esse interesse, é que o legislador constituinte estatuiu no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

É interessante que na visão de alguns autores, como para Celso Antonio Bandeira de Melo, a noção de segurança jurídica não é identificada em um dispositivo em específico, mas sim introduzida como princípio geral dentro do ordenamento jurídico. Nas suas palavras, a respeito do conceito segurança jurídica, indica que “este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito [...], de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo”.²⁰

Por outro lado, na concepção do professor Orlando Luiz Zanon Junior, a ideia de segurança jurídica relaciona-se com a “previsibilidade quanto às consequências de determinadas condutas em sociedade, majorando a segurança jurídica (certeza do Direito).”²¹ Aqui há uma associação dessa categoria com uma intenção de dar condições de tornar o direito previsível. Humberto Ávila, em sua obra *Teoria dos Princípios* (item 2.1 Distinções Preliminares – 2.1.1 Texto e Norma),

²⁰ MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Mandamentos, 2005, p. 119.

²¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Tese de Doutorado submetida ao Curso de Doutorado da Universidade do Vale do Itajaí, p. 302.

vai dizer que “em alguns casos há norma mas não há dispositivo”²². E prossegue: “quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos.”²³

A segurança jurídica, enquanto norma (com ou sem dispositivo), ou abstratamente, como princípio e disposição constitucional, dentre as suas generalidades, portanto, passou a representar o termômetro de estabilidade de um ordenamento jurídico. Economia, política e todas as demais esferas sociais passaram a preocupar-se fundamentalmente com a ideia de uma ordem segura e estável. E isso fica claro quando Miguel Reale, acerca da segurança jurídica, diz que “a certeza e a segurança formam uma ‘díade’ inseparável”²⁴.

A certeza teria aqui o condão de dar previsibilidade aos atos jurídicos, enquanto a segurança ganha um caráter de estabilidade. Evidentemente, que o conceito de segurança jurídica não é unânime entre os doutrinadores, o que, por si só, já revela a difícil missão de encontrar uma definição mínima para utilizar como padrão conceitual. E, justamente por conta disso, é que será necessário definir generalidades essenciais que delimitam minimamente a ideia de segurança jurídica, uma vez que inexiste um conceito unívoco ou mesmo um consenso doutrinário.

Veja-se que para Luis Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao conjecturar a ideia de uma Ordem Jurídica ideal, argumenta que a idealização de um sistema jurídico se “consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica — previsibilidade e objetividade das condutas”²⁵. Embora Barroso utilize expressões diferentes, parece claro que o sentido para o conceito de segurança jurídica é o mesmo. Quando trata de objetividade das condutas, está, ao mesmo tempo, referindo-se à estabilidade ou interpretação objetiva do regramento normativo e, em certo sentido, minimização da previsibilidade de condutas subjetivas ou arbitrárias.

²² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

²³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 30.

²⁴ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do direito**. 5ª Ed., Editora Saraiva: São Paulo, 2003, p. 87.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, Direitos fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 332-338.

De todo modo, o objetivo aqui não é demonstrar um conceito *estranque*, nem mesmo *ideal* de segurança jurídica, e sim, investigar suas premissas gerais e se existe ou não, *facticamente*, correlação necessária entre essa concepção jurídica e a teoria não positivista da vinculação. A segurança jurídica no Ordenamento Jurídico brasileiro possui grande relevância, uma vez que, inegavelmente, serve como parâmetro à estabilidade sistêmica.²⁶

Relevante esclarecer que não será objeto desta análise o estabelecimento ou não do conceito jurídico de segurança jurídica enquanto princípio, como comumente se faz, e muito menos explicitar os problemas relacionados à ideia de princípios em uma confrontação ao positivismo jurídico, como, por exemplo, na visão de Norberto Bobbio, para quem o direito deveria ser “avalorado” ou “não valorado”. Esse fato é interessante e pode ser deduzido na própria apresentação da obra *Teoria do Ordenamento Jurídico*, na qual se exprime que Norberto Bobbio, buscando reelaborar o conceito de Ciência Jurídica, busca “apontar o destino da Ciência Jurídica”²⁷. E, ainda, escreve-se sobre o autor que a “maior parte de seus escritos sobre a problemática da cientificidade do Direito e sobre as mais importantes questões da Teoria Geral do Direito tem, certamente, um cunho positivista, nos quadros da Escola Analítica Italiana.”²⁸

Inclusive, é interessante registrar que a jurisprudência²⁹ das assim denominadas “Cortes Superiores”, em inúmeros casos, interpretam a categoria segurança jurídica como um princípio basilar da ordem jurídica vigente. Essa posição pode ser observada, a exemplo, no recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, AgInt no AREsp 1727943/MT³⁰, em que um dos fundamentos está

²⁶ Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior argumenta que: “nosso legislador constituinte originário colocou com uma das metas a ser atingida pelo Estado Democrático de Direito, ao lado de outros valores igualmente relevantes, como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça, todos eles guindados à categoria de ‘valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social’”. Ver em: THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica**. In: Revista da Escola Nacional de Magistratura, n. 1, abr. 2006, p. 97.

²⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª Edição, 1999, p. 11.

²⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. p. 9.

²⁹ Jurisprudência no sentido *stricto sensu*. Não se utiliza, aqui, a expressão “jurisprudência” em seu sentido “*lato sensu*”, isto é, como em tempos pretéritos, para representar campos de estudo do direito.

³⁰ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. COMPROVAÇÃO POSTERIOR.

alicerçado justamente na observância do “princípio da segurança jurídica”. Um parêntese para o modo como se utiliza a jurisprudência, contemporaneamente, em nossos tribunais. É muito comum, em termos práticos — e é desnecessário citar julgados sobre isso, pois a prática forense do dia a dia permite verificar tal fenômeno muito facilmente —, vermos a utilização de jurisprudências a partir de “ementas” das decisões e não, propriamente, da fundamentação teórica que serviu de subsídio à construção do julgado (ou seja, não raras vezes a ementa, quando confrontada com o subsídio teórico que a formulou — *inteiro teor* —, se mostra contraditória no contexto em que é aplicada). Naturalmente, é incorreta ou, ao menos, precipitada, a metodologia prática de aplicação da jurisprudência pelos operadores do direito no Brasil, de modo geral.

A mesma utilização do conceito de segurança jurídica enquanto “princípio” pode ser observada no recente julgamento de não seguimento pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul de recurso extraordinário³¹.

IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO CPC/15. COMPROVAÇÃO DO FERIADO DA SEGUNDA-FEIRA DE CARNAVAL NA INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO INTERNO. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO POSTERIOR DESDE QUE RESPEITADA A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DEFINIDA PELA CORTE ESPECIAL. 1. Ação de embargos à execução. 2. É intempestivo o recurso especial interposto após o transcurso do prazo de 15 (quinze) dias úteis, nos termos dos artigos 1.003, § 5º, CPC/15. 3. O artigo 1.003, § 6º, do CPC/15, estabelece que o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso, o que impossibilita a regularização posterior. 4. Considerando que o recurso especial foi interposto sob a égide do CPC/15 e que não houve a devida comprovação, quando de sua interposição, não há como ser afastada a sua intempestividade. 5. No julgamento do REsp 1.813.684/SP, Corte Especial, DJe 18/11/2019, a Corte especial definiu que “é necessário e razoável, ante o amplo debate sobre o tema instalado nesta Corte Especial e considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança, da isonomia e da primazia da decisão de mérito, que sejam modulados os efeitos da presente decisão, de modo que seja aplicada, tão somente, aos recursos interpostos após a publicação do acórdão respectivo, a teor do § 3º do art. 927 do CPC/2015”. 6. A Corte Especial, modulando os efeitos da decisão, assentou a possibilidade da comprovação posterior da tempestividade dos recursos interpostos até a sua publicação, em virtude do feriado de carnaval, por documento idôneo. 7. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1727943/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2020, DJe 16/11/2020). Ver mais em: STJ. RECURSO ESPECIAL: **AgInt no AREsp 1727943/MT**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 11/11/2020, DJe: 16/11/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=SEGURANCA+JURIDICA&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 21 nov. 2020.

³¹ **Ementa:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR CELETISTA. APOSENTADORIA. RPPS. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESCONTADAS PELO IPERGS E NÃO REPASSADAS AO INSS. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA. TEMA 660 DO STF. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL. PRINCÍPIO DA **SEGURANÇA JURÍDICA**. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. SÚMULA 636 DO STF. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. RECURSO NÃO ADMITIDO QUANTO ÀS DEMAIS QUESTÕES. (Recurso Extraordinário, Nº 70084712819, Primeira Vice-Presidência, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 05-11-2020). Ver mais em: TJRS. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 70084712819**. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro,

Neste caso, a referida categoria igualmente é interpretada de forma genérica e como sendo uma base à compreensão do ordenamento jurídico. Assemelha-se, assim, à posição teórica defendida por Humberto Ávila.

Por outro lado, outros julgados dão utilização e interpretação diferenciada para a categoria segurança jurídica. Isso pode ser verificado, por exemplo, no julgamento do recurso de apelação criminal n.º 70081612152³², no qual tal conceito é verificado em um dispositivo em específico e não de forma genérica, inclusive, compreendendo um sentido de *uniformização*.

É evidente, portanto, que não há um consenso acerca da utilização da categoria segurança jurídica ou mesmo do seu significado. Sequer há uma compreensão precisa acerca de qual seria efetivamente a disposição constitucional positivada que fundamenta tal conceito ou se este pode ser compreendido a partir da análise global da ordem jurídica vigente, sem estar registrado em um dispositivo em específico.

No entanto, parece relevante e fundamental, conforme aqui se propõe, que seja revista a ideia da categoria segurança jurídica apoiada em sustentáculos positivistas. Sabe-se que este tipo de questionamento, por sua própria natureza, muitas vezes é mal compreendido pela comunidade científica que, em sua estrutura elementar, goza de certa rigidez em assimilar algo posto sob uma outra perspectiva.³³ É justamente sobre essa dicotomia a que se refere Thomas Kuhn, em *A Estrutura das Revoluções Científicas*, quando trata da ciência “normal” e os novos paradigmas, manifestando que o “comprometimento e o consenso aparente produzem pré-requisitos para a ciência normal, isto é, para a gênese e a continuação de uma tradição de pesquisa”.³⁴

Julgado em: 05-11-2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 22 nov. 2020.

³² TJRS. **RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL N.º 70081612152**. Relator: Felipe Keunecke de Oliveira, Julgado em: 24-09-2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 15 out. 2020.

³³ Exclusivamente sobre a Ciência Jurídica, Michel Villey vai dizer que a “Razão de ser (A ciência do direito) tal como nos é exposta na Faculdade, (tem algo de insatisfatório) de incompleto: repousa sobre princípios cuja justificação racional ela omite. Exemplo: nossos civilistas admitem, sem o menor cuidado em fundamentar esse pressuposto, que a lei seja a suprema fonte do direito. Tais princípios são tudo menos incontestáveis prova disso são os princípios contrários vigentes em outras civilizações (exemplos: direito anglo-saxão; direito chinês; antigo direito francês consuetudinário; direito romano clássico).” Ver em: VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 4.

³⁴ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**, p. 72.

É evidente, pela proposta em si, e isso já está previamente indicado pelo próprio título do presente capítulo, ao tratar das “generalidades” do conceito segurança jurídica, que o objetivo aqui não é encontrar uma “essência” da categoria, nem mesmo discutir sob a perspectiva da filosofia analítica ou com base nos jogos de linguagem de Wittgenstein. Para isso, seria necessária uma abordagem de natureza totalmente diversa daquela aqui sugerida. Mesmo assim, pode-se dizer, em linhas iniciais, e isso ficará mais evidente a partir do segundo capítulo desta dissertação, que também há um *padrão* (*patronus*) na ideia de segurança jurídica. Padrão é uma palavra de origem latina que pode ser compreendida como “um modelo a ser seguido”. O “*für etwas*” (“para algo”) aqui pode sim parecer uma referência direta à fenomenologia da cotidianidade de Heidegger.³⁵ É evidente que o padrão está inerentemente implícito ou expresso nas atividades do dia a dia e é intuitivamente percebido enquanto fenômeno. É por isso, por exemplo, que em qualquer lugar do mundo, um sinal vermelho no trânsito, regra geral, representa que o condutor não pode prosseguir. Não obstante, também suas diferenças serão explicitadas ao longo da presente investigação.

O que interessa aqui, sim, é compreender que por de trás da ideia de segurança jurídica existe, igualmente, uma grandiosa base elementar sustentada por um *patronus* que se revela enquanto fenômeno, isto é, pela convicção de que há “algo a ser seguido”. Assim, segurança jurídica não é um ponto A ou B fixo, na legislação ou mesmo na Constituição da República Federativa do Brasil, mas sim uma instituição de um padrão de algo. Não é a realidade que se “adapta” ao conceito, ao contrário, apenas a explicitamos linguisticamente.

Toda e qualquer legislação parte, por assim dizer, deste “algo a ser seguido”, desse padrão daquilo que se mostra ele mesmo, até porque seria um completo contrassenso dizer que uma lei não é, por princípio, formulada com um objetivo. Seria o mesmo que admitir: a lei “a” pode significar “b”, “c”, “d”, e assim

³⁵ “Was besagt *In-Sein*? Den Ausdruck ergänzen wir zunächst zu *In-Sein* ‘in der Welt’ und sind geneigt, dieses *In-Sein* zu verstehen als ‘Sein in’. Mit diesem Terminus wird die Seinsart eines Seienden genannt, das ‘in’ einem anderen ist wie das Wasser ‘im’ Glas, das Kleid ‘im’ Schrank. Wir meinen mit dem ‘in’ das Seinsverhältnis zweier ‘im’ Raum ausgedehnter Seienden zueinander in bezug auf ihren Ort in diesem Raum. Wasser und Glas, Kleid und Schrank sind beide in gleicher Weise ‘im’ Raum ‘na’ einem Ort. Dieses Seinsverhältnis lässt sich erweitern, z. B.: Die Bank im Hörsaal, der Hörsaal in der Universität, die Universität in der Stadt usw. Bis zu: Die Bank ‘im Weltraum’. Diese Seienden, derem ‘In’ einandersein so bestimmt werden kann, haben alle dieselbe Seinsart des Vorhandenseins als ‘innerhalb’ der Welt vorkommende Dinge.” Ver em: HEIDEGGER, Martin. Tradução de Fausto Castilho. **Ser e Tempo** (1927), p. 170.

sucessivamente. E é justamente por isso, que uma decisão que afronta claramente o “padrão” de paradigma instituído — e, volte-se a dizer, no caso da ideia de segurança jurídica, pode revelar-se como certeza, estabilidade, conformidade, dentre outros —, é que causa perplexidade na comunidade acadêmica e na doutrina em geral.

Pode-se utilizar como exemplo a fundamentação despendida na sentença proferida nos autos do processo judicial distribuído sob o n.º 5000088-69.2021.4.03.6119³⁶, da 4ª Vara Federal de Guarulhos. Neste feito, o magistrado federal justifica sua decisão com base em um estudo realizado pela Fazenda Nacional, que sustenta um suposto prejuízo bilionário na hipótese de procedência da tese ventilada pelo contribuinte em relação à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. A partir dessa decisão, a União passou a utilizar com muita frequência o referido julgado, como forma de defender uma ideia de interpretação pautada na “análise econômica do direito”.

Do mesmo modo, outra decisão que gerou impacto na comunidade científica e jurídica, foi o *decisum* proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 796, firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 796.376/SC, que estancou o entendimento de que incidirá ITBI na integralização de imóveis ao patrimônio de pessoas jurídicas, quando não o for especificadamente para fins de constituição de capital social. A repercussão negativa desse julgado dá-se justamente pelo fato de que o art. 156, § 2º, inciso III, da Constituição da República

³⁶ Portanto, a diferença entre a exclusão do ICMS efetivamente recolhido ao Estado e a exclusão do ICMS destacado nas notas fiscais, considerando os cálculos apresentados pela Fazenda Nacional, é de quase 5 (cinco) vezes. Em notícia veiculada no “Valor Econômico”, em 22.12.2019, cópia anexa, a Fazenda Nacional apontou que o prejuízo com o cumprimento da decisão proferida pelo STF, decorrente do julgamento da exclusão do ICMS da base-de-cálculo da PIS e da COFINS, poderia alcançar R\$ 229 bilhões. Esse prejuízo, admitido pela União, leva em conta o valor do ICMS efetivamente recolhido ao Estado, que é a tese jurídica defendida pela Fazenda Nacional. Ou seja: se for adotado o entendimento de exclusão do ICMS destacado nas notas fiscais o prejuízo ao Erário pode alcançar, em tese, mais de R\$ 1 trilhão. Essa diferença entre R\$ 229 bilhões ou mais de R\$ 1 trilhão demandaria, a meu ver, necessariamente uma decisão de natureza política ou uma decisão do Supremo Tribunal Federal específica sobre se o valor a ser excluído da base-de-cálculo da PIS e da COFINS seria o do ICMS destacado nas notas fiscais. Segundo John Stuart Mill “a menos que as razões sejam válidas para um caso extremo, não serão válidas para caso nenhum” (In MILL, John Stuart. Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres. [Tradução de Paulo Geiger] São Paulo: Penguin, Edição do Kindle, pp. 83-84). Ver em: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Juiz Federal de Guarulhos. Mandado de Segurança. **Sentença**. 4ª Vara Federal de Guarulhos. **Processo n.º 5000088-69.2021.4.03.6169**, Julgador: Fábio Rubem David Müzel. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/BaixarPdf/25555>. Acesso em: 10 jan. 2021.

Federativa do Brasil de 1998, não impõe esse requisito. Mais uma vez, há uma afronta “ao padrão”, isto é, uma ruptura.

Outras decisões aqui serviriam para demonstrar de forma simplificada e clara o que significa, em termos práticos, a “quebra” do “padrão” ou, em termos aproximados e com menor repercussão à expressão de Thomas Kuhn, uma violação ao “paradigma”. Entretanto, os julgamentos acima mencionados e a ideia introdutória aqui alinhavada já se mostra suficiente para dar um norte de onde se quer chegar. Do mesmo modo, maiores esclarecimentos serão apresentados progressivamente ao avanço dessa investigação.

Assim, o que realmente é importante ficar claro, é que em uma investigação fenomenológica preliminar, a ideia de segurança jurídica não consiste, jamais, em uma categoria fixa. Pelo contrário, representa, sim, uma multifacetada variedade de funções, dentro do contexto empreendido, ou, em outras palavras, dentro da ideia de cotidianidade. E é justamente por este motivo que ora a segurança jurídica assume o caráter de “certeza”, ora de “estabilidade”, ora de “uniformização”, pois, em todas as suas “funcionalidades” ou “*für etwas*”, em suas ocupações, o comum é o *padrão*, o modelo a ser seguido.

Pode-se compreender, neste exame, a segurança jurídica como sendo uma categoria jurídica aberta e abstrata, polissêmica, usualmente utilizada como “princípio jurídico” ou “regra jurídica”, estruturada, fenomenologicamente, como função de determinação de um padrão jurídico estabelecido, previamente, enquanto paradigma, e que possibilita a previsibilidade da articulação jurídica.

Portanto, não seria adequado sustentar que a categoria da segurança jurídica apresenta uma essência única. Também, a análise aqui invocada permite concluir que por vezes tal conceito é tido como um “princípio” de natureza geral e abstrata, e, em outros casos, é verificado especificadamente em um dispositivo ou para “cumprir” uma funcionalidade específica, como uniformização, por exemplo. De todo modo, o que representa as generalidades da categoria segurança jurídica não é tanto uma função determinada e rígida — *für etwas* —, mas sim a estrutura fundamental da ideia de *padrão* que é comum e se encontra em todas suas especificidades. Em todos os casos, segurança jurídica visa “*was ist vorher (a priori)*”

*und muss befolgt werden*³⁷, isto é, aquilo que dá o horizonte e a compreensão prévia do “*como*” funciona uma lei, um decreto, um regulamento, um contrato, etc.

1.2. As Premissas Gerais e Básicas das Correntes não Positivistas

Não há dúvidas que muitas adversidades se apresentam ao tipo de pesquisa aqui formulada. É muito comum na investigação jurídica a adoção de estratégias que garantam uma aceitação geral da comunidade científica, mesmo que não implique, verdadeiramente, numa condição de cientificidade inquestionável. Esse é um dos motivos para que o método indutivo, por exemplo, seja tão utilizado nas investigações desenvolvidas no campo das humanidades. Mesmo assim, nunca será garantia de que das individualidades seja possível confirmar universalidades. O que se aplica para muitos indivíduos geralmente não se aplica para todos. De todo modo, não é parte integrante dessa dissertação discutir como as comunidades científicas se adaptam ou adaptaram ao longo do tempo em relação a essas circunstâncias. Aliás, já existem numerosos trabalhos de elevado valor expressando tais problemáticas.

Além disso, dois grandes problemas ao estudo do positivismo jurídico não podem ser ignorados. O primeiro, diz respeito à própria concepção do direito, isto é, do que seria “o direito” em si; e o segundo, está umbilicalmente relacionado ao equívoco geral de se afigurar o positivismo jurídico como sendo *tão somente* correspondente a toda e qualquer estrutura normativa que tenha como característica primordial a vinculação de suas normas às leis escritas enquanto fontes primárias.

As normas estritamente escritas, isto é, positivadas, não caracterizam elemento suficiente para distinguir sistemas positivistas daqueles não positivistas, tanto na teoria quanto na prática. Em outros termos, ordenamentos jurídicos que adotam, primariamente, normas grafadas em seus códigos, podem ser considerados não positivistas. Para isso, basta somente a análise de um único e fundamental critério, que é o da “vinculação necessária ou não à ética/moral”.

Esta compreensão não é simplista e inclusive não está clara nem mesmo em algumas definições expressadas por grandes pensadores, como se vê em Norberto Bobbio, que define simplesmente o positivismo jurídico como sendo “a

³⁷ O que é prévio e deve ser seguido.

doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”³⁸ ou mesmo na interpretação do consagrado Hans Kelsen, que estabeleceu a máxima: “por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito.”³⁹

O positivismo jurídico se caracteriza por ser uma idealização jurídica que parte de uma tentativa de objetificação do direito, ou, em termos práticos, de uma “aproximação” sistemático-matemática da sua própria compreensão, em uma empreitada que busca aproximá-lo às ciências exatas. Resume Luigi Ferrajoli sobre o positivismo jurídico: “en el primer significado la separación entre derecho y moral (o entre derecho y religión) equivale al *principio de legalidade*.”⁴⁰ Fala, ainda, que: “según una imagen sugerida por Hobbes, derecho y moral pueden representarse como dos círculos que tienen el mismo centro.”⁴¹ E prossegue no mesmo raciocínio: “pero diversa circunferencia, más amplia el de la moral, más restringida la del derecho.”⁴²

Pode-se compreender o positivismo jurídico como sendo o movimento jusfilosófico que objetiva transformar e elevar o Direito ao patamar das demais Ciências — especialmente, as naturais — idealizando a objetificação do Direito, desdobrando-se em vertentes juspositivas, não uniformes, as quais se estruturam enquanto correntes de estudo do direito com vistas aos fatos verificados avalorativamente, rejeitando, regra geral, elementos constituintes de juízos de valor.

Não obstante, questiona-se: como tornar algo objetivo em um complexo campo intersubjetivo? Como afastar a ética-moral do direito? Afinal, seria efetivamente possível objetificar o direito como conteúdo somente *de* direito? Para todas essas perguntas, que são, em certo sentido, simples objeções, os teóricos positivistas falharam em encontrar soluções adequadas e seguras. O próprio fracasso do positivismo jurídico já foi prenunciado quando se verificou que “com a tese de que existe uma relação necessária entre direito e moral, pode-se dizer coisas muito diversas.”⁴³ Mas as dificuldades aqui enumeradas não são as únicas.

³⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 26.

³⁹ KELSEN, Hans (1960). **Reine Rechtslehre**, 2ª ed., Viena. [Trad. Bras. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 7ª ed., 2006, p. 201.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia constitucional y Derechos Fundamentales**, p. 136.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia constitucional y Derechos Fundamentales**, p. 154.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Democracia constitucional y Derechos Fundamentales**, p. 154.

⁴³ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**, p. 32.

A estas duas grandes problemáticas, soma-se, ainda, o esquecimento das teorias positivistas em refletir sobre a ética ou a moral enquanto produto teórico-prático da criação humana em relação à própria condição de convivência social. Esqueceu-se, pois, não só o aspecto etimológico-histórico de ambos os conceitos, mas também a sua dimensão existencial, não podendo ser caracterizadas como categorias estanques, simplesmente “pegas” como se essas fossem “dadas” e “entendidas” por si mesmas. De modo geral, parte-se do pressuposto de que a ética e a moral são categorizações suficientemente compreendidas no senso comum popular, que sequer haveria necessidade de uma investigação mais aprofundada em suas delimitações.

Neste contexto, a premissa forte de qualquer teoria antipositivista ou não positivista é justamente a da vinculação intrínseca da moral ao direito. Essa afirmação está sustentada pelo fato de que *das Verständnis von Ethik*⁴⁴ se dá como sinônimo de moral, enquanto constituinte de mera tradução linguística, em seu sentido básico (ou amplo). Em seu nascimento e em grande parte da história da humanidade, ambas as categorias permaneceram inalteradas, híginas em sua mesma significância. Acerca da conexão temporal do direito e da ética, importante fazer uma reflexão preliminar. Ética advém, na língua grega, do adjetivo *ethike*, que, em sua origem, designava um saber. Esse adjetivo é oriundo do substantivo “*ethos*”⁴⁵. *Dieses Wort “ethike” ist aus Aristóteles geboren*. Designa, assim, em sua possível origem, uma ideia de excelência humana ou reflexão sobre o comportamento. Originalmente, Aristóteles sintetiza que “a palavra ética, *êthikê*, decorreu de uma pequena variação (*mikròn pareklînnon*) de *éthous*.”⁴⁶ A virtude⁴⁷ —

⁴⁴ O entendimento sobre a Ética.

⁴⁵ Tem, de certo modo, uma relação com a ideia “habitação humana”, mas que pode ser entendido mais propriamente como hábito.

⁴⁶ Ver em: ARISTÓTELES. **The Complete Works of Aristotle**. The Revised Oxford Translation. Edited by J. Barnes. Princeton: Princeton University Press, 1984, II, 1, 1.103^a, p. 17-18.

⁴⁷ Sobre o conceito de virtude em Aristóteles, cita-se: “A virtude é, pois, uma disposição de caráter relacionada com a escolha e consistente numa mediania, isto é, a mediania relativa a nós, a qual é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática. E é um meio-termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta; pois que, enquanto os vícios ou vão muito longe ou ficam aquém do que é conveniente no tocante às ações e paixões, a virtude encontra e escolhe o meio-termo. E assim, no que toca à sua substância e à definição que lhe estabelece a essência, a virtude é uma mediania; com referência ao sumo bem e ao mais justo, é, porém, um extremo. Ver em: ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. In: Os Pensadores - Vol. II. Trad. Leonel Vallandro & Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. São Paulo. Abril Cultural, 1979, p. 36.

aretê — proveio, portanto, de “*êthikê ex êthous*”, isto é, a “*aretê* foi gerada dos usos e dos costumes.”

A ética, desde o seu nascimento, congloba dimensões de análises diferenciadas. É muito comum, neste sentido, ver-se a divisão entre ética em *sentido amplo* ou, para alguns autores, descrita como ética em *sentido básico*, *ethos*, como designação do conjunto de costumes, hábitos, práticas, valores. A segunda esfera seria entendida como a ética em *sentido reflexivo*. Há, ainda, a interpretação de uma ética em *sentido normativo*. Em certo sentido, equivale-se à subdivisão também conhecida da ética em: metaética (o estudo da ética em um sentido mais *básico*, como, por exemplo, na proposição: o que é o agir bem?), ética normativa e ética aplicada.

Por conseguinte, é muito comum reduzir-se a definição de ética ou moral a ideia de teoria da justiça. Cria-se, portanto, uma definição e, operacionalmente, tenta-se “enquadrar” a realidade dentro daquele conceito. Não obstante, o *sentido básico* da ética não descreve uma categoria em si, mas caracteriza vinculação necessária ao absoluto, ao fenômeno mundano, isto é, a um fato existencial.⁴⁸ Por consequência lógica, elimina-se por completo a possibilidade da ideação de um direito não-correlato à ética e, conseqüentemente, à existência do positivismo enquanto tal.

Significa, ainda, que só se faz ética de um fato existencial. Por isso, a divisão das dimensões éticas existentes em: ética em sentido básico, normativa e reflexiva, apresenta-se mais coerente, comparativamente, àquela em que se segmenta em ética normativa, ética aplicada e metaética. A essa última subdivisão carece a ética descritiva (ética em sentido básico), a qual assumiria a função, então, nessa separação, de ser a primeira e fundamental estrutura, eis que não se pode fazer qualquer reflexão ética sem se tratar, por princípio, de um fato correlato.

Percorrendo a percepção de alguns pensadores importantes sobre o tema, como, por exemplo, Nicola Abbagnano, filósofo italiano, percebe-se com certa

⁴⁸ Poder-se-ia, em algum sentido, correlacionar ao que Nicola Abbagnano traz ao mencionar a ética em seu sentido “objetivo”, explicitando que “o valor possui modo de ser objetivo, no sentido de que pode ser entendido ou apreendido independentemente da apetição; mas, ao mesmo tempo, é dado em certa forma de experiência específica. O valor, portanto, é constantemente reconhecido como dotado de três caracteres: d) objetividade; b) simplicidade, graças à qual é indefinível e indescritível, do mesmo modo que uma qualidade sensível elementar; necessidade ou problematidade.” Ver em: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 382.

curiosidade a formulação da sua conjuntura teórica presente em seu *Dicionário de Filosofia*, no qual refere sobre a moral, fazendo necessária remissão ao item destinado à ética, argumentando que é “moral (lat. *Moralia*; in. *Morais*; fr. *Morale*; ai. *Moral*; it. *Morale*). 1. O mesmo que Ética.”⁴⁹ Igualmente, no capítulo destinado à ética, o autor menciona a teoria de Bergson referindo que “uma forma mais complexa e moderna da Ética. Do fim pode ser vista na doutrina de Bergson, que distinguiu a moral *fechada* da moral *aberta*.”⁵⁰ Estas distinções não só são necessárias, mas fundamentais à pesquisa aqui proposta. Aristóteles abre o Livro II da sua grandiosa obra *Ética a Nicômaco* dizendo: “a virtude moral resulta do hábito, de onde lhe vem também seu nome, formado por uma pequena e sutil alteração de ‘ethos’”⁵¹.

É evidente, portanto, que uma regra normativa do tipo “não fume em ambientes fechados” reflete uma ética em sentido básico e não uma ética em sentido reflexivo. Não há, de modo algum, reflexão sobre aspectos de justiça nesse tipo de regra ou mesmo, meramente, sobre o “certo” e o “errado”. Em iguais circunstâncias, citam-se as disposições condominiais, as quais refletem os hábitos e os costumes de um grupo específico de pessoas e que, do mesmo modo, não são eticamente criadas mediante a análise do justo ou injusto, etc. Inclusive, o posicionamento aqui adotado está longe de caracterizar uma novidade ou radicalidade, uma vez que apenas recentemente na história da humanidade, sobretudo, no campo jurídico, estes dois conceitos passaram a ser utilizados, com mais frequência, em sentidos diferentes.⁵² A própria obra *A inquietude moral e a vida humana*, da pensadora francesa Monique Canto-Sperber relembra esse fato, quando diz que “vou decepcionar o leitor dizendo que em geral me sirvo dos termos ‘moral’ e ‘ética’ como sinônimo”⁵³.

⁴⁹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 682.

⁵⁰ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 381.

⁵¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003, p. 41

⁵² Vê-se que a discussão da separação conceitual de ética e moral é muito mais debatida modernamente, sendo praticamente irrelevante tal distinção em boa parte da história da humanidade. Inclusive, alguns autores contemporâneos, como, a exemplo, o francês Henri Bergson (1859 – 1941), que lança em sua teoria uma espécie de “diferenciação conceitual”, ainda assim, estabelece e mantém um fio-condutor *irrompível* entre os conceitos. Ver em: BERGSON, Henri. **As duas fontes da moral e da religião**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

⁵³ CANTO-SPERBER, Monique. **A inquietude moral e a vida humana**. São Paulo: Layola, 2005, p. 35.

Ética e moral são, portanto, fenômenos percebidos a partir da captação humana, da reflexão. Trata-se da compreensão, em seus níveis, acerca dos costumes, hábitos, condutas, tradições. Tanto o hábito, o costume, ou o comportamento em geral, são caracterizados como fenomenologias que fundamentam a criação do direito e a sua modificação pelo estabelecimento das normas, oriundas da valorização de tais condutas socialmente aceitas em comunidade ou, ao contrário, a partir da coação jurídica, que atua como uma espécie de “condutora” de uma nova tipologia de ação, vindo a fusionar-se em um momento posterior à sua criação. Assim, ambas as categorizações, em seu sentido básico, representam exatamente as mesmas circunstâncias.

Naturalmente, é interessante notar-se que modernamente a ética pressupõe discussões muito mais fortes do ponto de vista duma “ética do indivíduo”. Perde-se aquela perspectiva teleológica da participação do *polítes* na *pólis* e que fez com que Aristóteles concebesse uma unidade entre ética e política, ao afirmar que “a cidade é por natureza anterior à família e a cada um de nós, individualmente considerado; é que o todo é, necessariamente, anterior à parte.”⁵⁴ A partir do estoicismo surge também uma ética da subjetividade, em que o indivíduo é capaz de encontrar em si próprio a felicidade, designada, assim, como *Ataraxia*.

Modernamente, sob forte influência da Fundamentação da Metafísica dos Costumes, de Kant, perde-se ainda mais o solo fértil e seguro da compreensão de que a ética (e a moral), são, em si mesmas, realizações concretas da existência quotidiana. Não é que se refute a normatividade de um Imperativo Categórico, como deduz Kant ao dizer: “*Age como se a tua máxima devesse servir ao mesmo tempo de lei universal (de todos os seres racionais).*”⁵⁵ Não obstante, o sentido básico da ética revela também, em percepção direta, que o fenômeno ético não é estático e atemporal, mesmo para uma razão *a priori*, e mesmo essa, em seu sentido puro, não é imóvel. Se isso estiver, portanto, seguro e inabalável, significa, por assim dizer, que pressupor uma metafísica apriorística que seja capaz de dar legitimidade pura a uma ética universal não se sustenta por um problema de princípio: a razão pura não é passível de se encontrar na existência estaticamente. Universalidade não

⁵⁴ ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: UnB, 1997, 1.253a20.

⁵⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: 70 Textos Filosóficos, 2007, p. 82.

significa imobilidade, pois não existe necessidade de princípio entre universal e atemporal. E mesmo nas ciências “exatas”, não foram poucas descobertas (na física, na matemática, na geometria, etc.), que demonstraram que a razão que independe da empiria se reinventa tantas vezes quanto um engenheiro é capaz de construir, com os mesmos instrumentos, tantas coisas diversas.

Aliás, antes de se prosseguir às premissas básicas das teorias que defendem a vinculação direta entre direito e moral (ética), merece uma reflexão especial o aspecto temporal desta interconecção, que fundamenta a relação entre essas duas dimensões, e que, geralmente, é esquecido pelos intelectuais contemporâneos. Primeiro, é necessário registrar-se que um fator que causa dificuldade e tem sido decisivo para prejudicar ou até mesmo impossibilitar a compreensão do direito é a excessiva criação de “novos conceitos”.

Pense-se que cada instituto é tido, comumente, enquanto categoria-formal, um termo aberto a ser “preenchido”, “significado”, isto é, pendente de atribuição de um tipo de conceito que operacionaliza o enunciado. A justificativa, regra geral, é: “assim todos podem entendê-lo em seu sentido originário.” No entanto, o que se vê é uma quantidade absurda de conceitos para os mesmos institutos jurídicos, para a interpretação das leis, dentre outras, de modo que ninguém mais poderia se proclamar o dono da verdade para dizer: “o que vale é o meu entendimento (conceito operacional, digamos).” É um efeito indesejado, justamente ao contrário da busca pela segurança jurídica. Deixa-se de se estudar os fenômenos e olha-se, somente, as categorias. Todas as revoluções filosóficas e científicas deram-se, regra geral, pela apercepção de uma anomalia na fenomenologia do fato existencial e não, propriamente, pela mudança de entendimento de conceitos.

Prosseguindo, este esquecimento acima mencionado pode ser observado a partir da obra *Conceito e Validade do Direito*, de Robert Alexy, na qual não há sequer um único capítulo específico para se tratar da questão “ética” ou da “moral”. E aqui não se está fazendo uma crítica ao pensador. A problemática que se anuncia é justamente o caráter “pré-dado”, “pré-concebido” que se atribui à moral no livro referenciado. Quando o autor refere, por exemplo, que “partindo-se do ponto de vista do observador, aqui examinado, não se faz necessária, ao menos

conceitualmente, uma inclusão de elementos morais”⁵⁶, fica evidente que a sua perspectiva está na “inclusão”. Entretanto, conforme será demonstrado na sequência, a correlação necessária do direito com a ética-moral pode partir tanto da sua elementar fundação, quanto da sua apropriação *a posteriori* enquanto pós-legitimação.

Em ambos os casos, existe a necessária vinculação. O direito é a representação da ética em sua extensão valorativa social.⁵⁷ Tanto o termo grego “*Ethos*”, quanto sua tradução para o latim, elaborada pelos romanos, assumindo a nomenclatura de “*mos, moris*”, donde advém “*moralis*” (moral em português), representam, conforme dito, dentre outras coisas, o conjunto de costumes, tradições, valores, hábitos. Mais do que isso, é a definição enquanto evidência da realidade da época, ou seja, não é um “conceito de costume” ou uma “ideação”, mas a cristalização de uma situação existencial, que, depois, revela consequências no direito, na economia, na política, e em todas as demais dimensões da vida humana.

O objetivo aqui não é apresentar o inventário etimológico-histórico dos termos ética e moral. Até aqui já parece claro que o próprio fundamento do positivismo jurídico parte, por princípio, de uma premissa equivocada. Não é tão somente por conta da quantidade de correntes positivistas ou, como aponta Jean-Louis Bergel, “a heterogeneidade das doutrinas positivistas”,⁵⁸ mas sim ao fato de que a analítica positivista parte de uma ideia de que direito e *ética-moral* estão em dimensões diferentes, separadas, e que devem, necessariamente, ser investigadas sob a perspectiva jurídica ou ética.

Esse ponto pode ser visualizado ao se examinar a fórmula de Gustav Radbruch.⁵⁹ Sua premissa, embora muito difundida, é equivocada, sendo que o próprio argumento da justiça ou injustiça legal não pode ser considerado nos termos propostos por Robert Alexy. Isso porque, ao contrário da tentativa de correção moral

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**, p. 35.

⁵⁷ Em suma, nota-se que não há diferenciação em sua origem, embora contemporaneamente alguns pensadores tenham dividido em duas categorias distintas.

⁵⁸ BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 15.

⁵⁹ “O conflito entre justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como ‘direito incorreto’, deva ceder lugar à justiça”. RADBRUCH, Gustav (1973a). **Rechtsphilosophie**, 8ª ed., Stuttgart. Trad. Bras. Filosofia do Direito, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 345.

através do direito, proposta por Gustav Radbruch em sua proposição, antes mesmo da sua analítica da tese da “correção”, a ética já estava lá, impregnada, irrefletida, mas, simples e conjuntamente, interligada ao direito. Aliás, a “correção” material somente faz sentido se refletir os anseios sociais e não uma teoria jurídica pela teoria. A sua teorização, portanto, não leva em consideração a dimensão básica da ética.

As análises formuladas pelos autores citados, como uma espécie de “correção moral do direito”, nada mais caracterizam do que a própria analítica da ética aplicada em específico e, em alguma medida, da ética em sentido reflexivo-normativo, dimensões do campo de estudo da *ética*. Isso demonstra que, em verdade, a ausência ou esquecimento da parte “ética” na teoria separatista do positivismo traz consequências irrevogáveis.

Isso fica claro, pois, em toda e qualquer circunstância, a norma sempre estará abarcada ou fundamentada em uma concepção ética, ainda que não necessariamente seja criada em sua estrutura elementar pela própria ética. Isso significa, noutras palavras, que um hábito, costume, tradição, tipo de comportamento padrão, aqui pensando em ética em *sentido básico* (*Wie zum Beispiel jede existentielle Tatsache*), recebe valoração social a ponto de tornar-se norma jurídica; ou uma norma, uma proposição jurídica, ainda que criada unilateralmente, acaba condicionando a coletividade a adotar um costume, um hábito, um novo paradigma, uma nova ética, pela sua legitimação *a posteriori*.

Assim, é evidente que qualquer norma jurídica ou é sustentada pela ética, que garante sua validade, ou, ao contrário, é “mero pedaço de papel”, por contrariar e violar o costume e a concepção ética adotada pela coletividade. O próprio Konrad Hesse, em sua obra *A Força Normativa da Constituição*, ao citar Ferdinand Lassale, menciona que para este último a real força normativa de um sistema constitucional dependeria de sua adequação à realidade fática ou, em seus termos próprios, “à Constituição Real”.⁶⁰

⁶⁰ “As relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder; Esses fatores reais do poder formam a Constituição real do país. Esse documento chamado Constituição - a Constituição jurídica - **não passa, nas palavras de Lassale, de um pedaço de papel** (ein Stück Papier). Sua capacidade de regular e de motivar está limitada à sua compatibilidade com a Constituição real.” [grifo do autor] HESSE, Konrad – **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991, p. 01.

Ainda que Ferdinand Lassale utilize-se de pressupostos para além das questões éticas em si aqui tratadas para fundamentar a validade de sua “constituição”, a analogia permite uma compreensão lateral de que, igualmente, a condição legal de qualquer ordenamento também, em certo sentido, deve partir do pressuposto da aceitação ética pelo povo (*entweder in seiner Schaffung oder in seiner Bestätigung*).⁶¹ Portanto, em qualquer caso, existe a correlação necessária entre direito e ética-moral, seja na sua fundação ou, posteriormente, enquanto legitimação *a posteriori*.

A proposta elaborada por Luigi Ferrajoli de que “solamente la autonomía simultánea y la separación entre derecho (y Estado) y moral (o culturas) — que son sistemas de prescripciones [...] — está em condiciones de garantir [...] la convivencia pacífica”⁶² se mostra impraticável existencialmente. Primeiro, pelo fato de que o Direito é um produto do fenômeno ético; segundo, pelo fato de que a ética e a lógica constituem duas faculdades do intelecto, uma do juízo e outra da razão — ou mesmo da razão em um sentido amplo, quando se considera o juízo um ato da razão — e que, pela natureza humana, são impossíveis de “suspensão”. Por isso, o pensamento lógico está presente no juízo da mesma forma que o ético. Se se escrevesse as sentenças subsequentes fora de ordem, como, a exemplo, “juízo humana parte ético faz natureza”, se consideraria um discurso irracional e ilógico, pois o pensamento, para ser compreendido, prescinde da organização lógica.

Inclusive, os cálculos matemáticos, considerados de razão *a priori*, demandam o juízo ético dos elementos proposicionais que o compõem e, justamente por isso, que na evolução matemática se valorou os números como significações quantitativas e outras figurações. Assim, é evidente que a afiguração numérica também perpassa um processo ético. Significa que não existe na natureza o número dois, três, quatro e sucessivamente, mas foram processos valorativos e lógicos que possibilitaram a estruturação da ciência matemática. Mesma lógica se aplica às linguagens gerais. A significação de um termo é a sua valoração em detrimento de tantos outros possíveis. *Das Wetter und die Zeit* correspondem, a exemplo, à expressão “tempo”, traduzindo ao português. No entanto, o sentido valorado e atribuído em cada palavra é diferente, uma vez que *das Wetter* significa o

⁶¹ “Ou na sua criação ou na sua afirmação”.

⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Democracia constitucional y Derechos Fundamentales**, p. 141.

tempo físico em alemão e *die Zeit* o tempo “espiritual-existencial”. Se faz parte da natureza humana a valoração e a lógica, como dois pressupostos do pensamento, é evidente que não pode o ser humano, na condição de operador do direito, exercer sua atividade sem a fenomenologia dessas características.

Interessante, em semelhante sentido, é a posição tomada por Miguel Reale, que estabeleceu a tripartição dimensional do direito, como sendo derivado do “fato, valor e a norma”. Eminentemente influenciado por uma corrente culturalista, de um direito também como produto da cultura, Miguel Reale compreende a existência dos três pilares epistemológicos necessários à compreensão do direito — *fato, a valoração e a norma* —. O direito é produto de uma cultura, que, em sua base, é formada por costumes e condutas sociais. Isso fica propriamente mais claro quando Miguel Reale diz que “direito não é só norma, como quer Kelsen, direito, não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do direito”⁶³ e prossegue dizendo que “direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do direito natural [...] porque o direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor”.⁶⁴

Tenha-se em mente, com isso, dois fatores importantes: o primeiro, é que esta diferença entre ética e moral conceitualmente concebida na modernidade não é tão relevante, pelo menos sob a perspectiva aqui analisada,⁶⁵ e segundo, que o fator preponderante é a analítica do direito enquanto vinculado necessariamente à ética. Aliás, não seria demasiadamente pretensioso dizer que a linguagem está sofrendo o mesmo fenômeno líquido da modernidade, nos termos das preciosas reflexões formuladas por Bauman. E mesmo que seja isso uma questão espinhosa e que mereça uma reflexão particular, é interessante ao menos pontuar que a “modernidade” ou, noutras palavras, a nossa contemporaneidade, também parece estar consumindo a linguagem e esse “consumismo” implica em uma desconsideração do fenômeno ele mesmo, da realidade existencial. Vive-se, portanto, de conceitos.

Registra-se, provisoriamente, que este fenômeno parece estar intrinsecamente relacionado à ideia de identificação e auto segurança, conforme explica Bauman em *Modernidade Líquida*, no sentido de que o consumismo,

⁶³ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**, p. 91.

⁶⁴ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**, p. 91.

⁶⁵ Na maioria das vezes, a diferença atual entre ética e moral está relacionada à dimensão ética em um sentido meramente reflexivo.

atualmente, “não diz respeito à satisfação das necessidades – nem mesmo as mais sublimes, distantes (alguns diriam, [...] ‘artificiais’, ‘inventadas’, ‘derivativas’) necessidades de identificação ou auto-segurança”⁶⁶. Assim, a linguagem conceitual é radicalmente defletida em uma ideia de identidade pessoal e também como criação de uma película de proteção “anti-questionamento”. Se eu defendo, por exemplo, que “A”, enquanto conceito jurídico, significa: “Abc”, então ninguém está autorizado a questioná-lo, pois se trata de uma “categoria” por mim tida com esse *sentido*. Esquece-se o fenômeno e visa-se o conceito. Não se questiona a existência de novas teorias, muito pelo contrário, o que se reclama sim é que o conhecimento científico esteja responsavelmente preocupado com o real e não com a “teoria” pela própria “teoria”. Ainda que essa problemática seja de grandiosa relevância, não há espaço adequado para maiores aprofundamentos.

Assim, pôde-se perceber que as concepções diferenciadas das categorias tidas como “moral” e “ética”, atualmente designadas, representam, em si mesmas, novas formulações teórico-conceituais, contendo outros “conceitos operacionais”, e que não guardam uma preocupação tão clara com a demonstração, em evidência real, isto é, se existe ou não reversibilidade apodítica. Cada novo autor, nestes novos tempos, que estuda determinado área do conhecimento, sobretudo, em um sentido “especializante”, na mesma ideia explicitada por Edgar Morin em *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*,⁶⁷ irrompe e recria novos conceitos, diferentes daqueles tradicionais, defletindo-os para tomá-los, novamente, com outra significância. O grande problema nesse tipo de comportamento “científico” é uma sobreposição infinita de categorias a partir de uma mesma proposição. E pior, a partir de uma mesma “proposição” e não necessariamente sobre o mesmo fenômeno (e aqui reside, em alguma medida, a reclamação dos pragmáticos, ao denunciar o abuso de “teorias supostamente desvinculadas” à realidade concreta). Se cada um disser que “c” é algo, então seremos incapazes de compreender “c”, pelas infinitas significâncias, ou seja, não há um olhar ao fenômeno, mas sim uma irresignação meramente de natureza teórica.

⁶⁶ BAUMAN, Zygmund. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2011, p. 88.

⁶⁷ MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Tradução Eloá Jacobina. – 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

E seus defensores, especialmente positivistas, como Norbert Hoerster, apenas justificam que o “rechaço ao positivismo jurídico é incompreensível e se baseia primordialmente em mal entendidos e preconceitos”.⁶⁸ Fica evidente, portanto, que o campo prático da ética, em sentido básico, não perpassa às desconformidades das correntes jusfilosóficas que transformaram — ética e moral —, em categorizações próprias e artificiais. Veja-se que a extensão da possibilidade concretual de um direito desvinculado da ética-moral, nas palavras de Robert Alexy, depara-se “apenas no caso extremo e, na realidade, improvável de um sistema normativo que nem sequer formule uma pretensão à correção é que ela esbarrará num limite”.⁶⁹ A proposição de Robert Alexy, em outros termos, quer dizer “que o direito pode fundar-se fora dos limites da moral até que, em casos extremos, a moral intervenha no direito”. Embora admita essa correlação, é equivocada sua percepção se apenas verificada em sua ideia de “correção”, uma vez que a ótica pela qual esta premissa se funda parte de uma ingerência da ética puramente em sentido reflexivo — e somente em casos extremos —, enquanto que, como dito, ela mesma, em seu sentido básico, dá fundamentação, na maioria das vezes, ao direito em sua base elementar proveniente do costume.

Aqui se devem abrir alguns parênteses extremamente importantes. Não se está dizendo que Robert Alexy errou completamente ao vincular a moral à ideia de correção do direito, sobretudo, em situações extremas (*Wie z. B. im Kriegsfall*). Essa interligação é possível, mas já é uma conexão reflexiva da ética-moral, isto é, depois da própria formação do direito, regra geral, previamente orientado pela ética em sentido básico.

E isso garante que é desnecessário aos “não positivistas” alegarem a tese da “correção” ou da “injustiça”. Aliás, a própria premissa levantada por Radbruch para justificar a corrente antipositivista, para que a tese da vinculação não permita deixar o povo desarmado “contra leis ainda tão arbitrária, ainda tão cruéis”⁷⁰ apresenta problemas semelhantes aqueles mencionados anteriormente em relação a Robert Alexy. Mais uma vez, a ética serviria em um sentido de justiça social ou em sua dimensão reflexiva frente ao direito, talvez, em certa medida, caracterizada com

⁶⁸ HOERSTER, Norbert. **Em defesa del Positivismo Jurídico**. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 9.

⁶⁹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**, p. 43.

⁷⁰ RADBRUCH, Gustav (1973a). **Rechtsphilosophie**, p. 174.

a própria ideia de justiça.⁷¹ Significativo é compreender, contudo, que a ética em sentido básico trata da fundação do direito, enquanto discussões em sentido reflexivo, como aqui apontadas, vão aprofundar questões como: “o que é o certo?”, “o que é justo?”, etc., isto é, examinar a ética sob a perspectiva da legislação já vigente.

E, por outro caminho, a defesa positivista de Hoester frente ao argumento de Radbruch também não compreende o limiar adequado entre ética e direito. Quando exprime que “uma lei moralmente duvidosa, mas promulgada no âmbito do ordenamento jurídico [...] possui todas as características de uma lei irrepreensível”⁷², a confusão que se faz não é necessariamente entre a vinculação necessária ou não da ética-moral ao direito, mas sim, novamente, sob qual perspectiva ética se está tratando.

Por tudo que foi exposto até aqui, pôde-se perceber que a grande dificuldade enfrentada pelos positivistas (e também pelos não positivistas em alguma medida) não reside, propriamente, na questão da vinculação necessária ou não da ética-moral ao direito. O desafio mais áspero certamente está associado à compreensão das dimensões éticas, sobretudo, em relação à ideia de justiça ou senso de justiça. E isso fica claro quando Robert Alexy diz que “para um juiz num Estado injusto não existe uma diferença relevante entre ele recorrer a Hart, negando-se a aplicar uma lei extremamente injusta por razões morais”⁷³, ou ainda, a de “Radbruch, utilizando-se de razões jurídicas”⁷⁴. E prossegue dizendo que “em ambos os casos, ele tem de contar com sacrifícios pessoais, e a disposição para assumi-los depende de outros fatores que não a definição do conceito de direito”.⁷⁵

Não se pode desconsiderar que quando Robert Alexy, nas proposições acima citadas, trata do caráter da vinculação ao mencionar “um Estado injusto” ou uma “lei extremamente injusta”, não está necessariamente debatendo a correlação *a priori* da ética e do direito (ou a estrutura formativa do direito), mas sim uma

⁷¹ Significa, aqui, que haveria uma discussão acerca de um outro conceito que não o de ética ou moral, mas sim o de justiça.

⁷² HOESTER, Norbert. **Die Rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff**. In: Juristische Schulung, 1987, p. 186.

⁷³ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**, p. 60.

⁷⁴ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**, p. 60.

⁷⁵ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**, p. 60.

fundamentação que parte da premissa “injustiça” para deduzir a validade ou não de uma lei específica ou de ordenamento jurídico como um todo. A base utilizada trata de um questão ética em um *sentido reflexivo*.

Todas as demais situações jurídicas pensadas fora do contexto do justo e do injusto, mais especificadamente, como própria alusão aos hábitos, costumes, valores, são inegavelmente desconsideradas. Por assim dizer, não haveria “ética” em práticas indígenas como o sacrifício de humanos, por exemplo, pois para esses autores acima citados, ética se relaciona intrinsecamente à discussão sobre o “correto”, o “justo e o injusto”, ou mais propriamente, a ideia de correção material. Significa, noutras palavras, que a conduta indígena, no exemplo considerado, a partir das suas regras, caracteriza a ética em um sentido básico, que nada mais é do que o acordo coletivo para a vivência em comunidade, enquanto reflexo dos costumes primitivos. Não está, necessariamente, vinculada a uma esfera ética em *sentido reflexivo*.

E, na mesma linha, este mesmo equívoco e confusão é verificado em Hoester, quando este diz que “ao contrário do que sempre sugerem os adversários do positivismo jurídico, existe não apenas o juiz ou cidadão que, confrontado com ‘leis nazistas’ preferiria obedecer uma moral humana.”⁷⁶ E prossegue: “existe também o juiz ou cidadão que, confrontado com leis ‘democráticas’ [...] preferiria obedecer a uma moral nazista.”⁷⁷ Em ambos os casos a ingerência realizada para fins de análise da teoria da vinculação ou não da ética ao direito parte, unicamente, da reflexão normativa da premissa da categoria “justiça” ou “injustiça” para dizer se uma lei possui caráter jurídico (se é válida e se pode ou não produzir efeitos). Novamente a base elementar para tal discussão não é de uma “moral vinculada ao direito” e sim do caráter de adequação do direito à ideia de justiça social (ou correção material), mais especificadamente, como problema filosófico ou ética em seu sentido reflexivo.⁷⁸

Naturalmente, algum positivista poderia ainda defender, finalmente, a tese de que embora exista a negação geral da vinculação da moral ao direito, alguns

⁷⁶ HOESTER, Norbert. **Zur Verteidigung des Rechtspositivismus**. In: Neue Juristische Wochenschrift, 1986, p. 74.

⁷⁷ HOESTER, Norbert. **Zur Verteidigung des Rechtspositivismus**, p. 74.

⁷⁸ Se for propor uma análise ainda mais específica nestes pontos, ficaria claro que seria possível uma discussão do tipo: “que tipo de justiça?” Ou “o que é justiça?”.

aceitam o argumento que a moral possa inspirar e condicionar a produção jurídica, inclusive, podendo interferir na eficácia do direito, não obstante, refutando-se a possibilidade de que impacte na validade. Novamente, não é necessário maiores esclarecimentos para se verificar que tais proposições não subsistem quando confrontadas à facticidade do fenômeno jurídico. Veja-se, por exemplo, que um dos grandes problemas da Rússia em relação aos territórios supostamente “anexados” da Ucrânia, como a Península da Criméia, é que a população ucraniana (indivíduos denominados “separatistas”) que vive naquela região, não considera “válida” a lei russa, o que faz perdurar por anos o conflito entre os dois países. Mesmo que o território tenha sido anexado pela força (militar-política) e a legislação seja, formalmente, “válida”, a imposição arbitrária contra os costumes e a tradição de um povo fazem com que a lei, estritamente, seja abnegada na sua existência, validade e eficácia pela população ucraniana. A tese positivista, enquanto teoria, não tem reversibilidade pragmática.

Sintaticamente, ética e moral podem ser entendidas como um conjunto de ações e juízos de valor atribuídos a fatos humanos em uma perspectiva de implicância social, desdobrada em regiões de análise — sentido básico, reflexivo e normativo —, constituídas a partir da própria condição racional humana, enquanto estruturante dos juízos de identidade (do ser) e de valor (do dever ser) e dos reflexos constitutivos da percepção ética em sociedade, nos costumes, hábitos, práticas, valores.

Por fim, é importante esclarecer que não é o objetivo dessa pesquisa resgatar os caracteres etimológicos gerais dos conceitos de ética e moral, enquanto sinônimos representativos dos costumes, hábitos, valores, tradição, etc., em suas origens ou mesmo nas teorizações mais modernas. O ponto central é, no entanto, identificar o fenômeno ético.⁷⁹ Aliás, pôde-se verificar, também, para além de uma questão meramente terminológica, a representação de como a dimensão básica da ética se estrutura na fundação do direito enquanto valoração fático-normativa.

⁷⁹ Essa preocupação pode ser visualizada na cultura grega, na qual o *ethos* grego operava em dois níveis existenciais: o primeiro, na dimensão *civilizatória*; e o segundo, na perspectiva *paidética* — educacional ou pedagógica. Ambos se correlacionam e se complementam. Por assim dizer, *ethos* na Grécia antiga pressupunha a discussão sobre *vínculos e, mais do que isso, o que esses laços humanos representavam*. Tem-se uma problemática interessante a partir dessa constatação: a destinação. O “dever ser” foi investigado não somente em relação à *phýsis*, mas também em relação à ética.

Igualmente, verificou-se a ingerência da ética ao direito e sua vinculação necessária, refutando-se a tese positivista de um direito desprovido da moral.

1.3. O Caráter não Positivista das Generalidades do Conceito Segurança Jurídica

O positivismo jurídico, a partir das investigações aqui propostas, parte de um fundamento equivocado, ao não considerar a ética (a moral) em sua estrutura elementar, isto é, em seu sentido básico, como hábito, costume, tradição, *habitação*, ou seja, aquilo que é mais concreto e que está antes do que qualquer teoria: o fato existencial. Esse tratamento já poderia ser verificado em alguma medida na teoria abarcada por Miguel Reale, ao sintetizar o direito como constituído pelo *fato, valor e norma*.

Um dos resultados obtidos daquilo que foi até aqui proposto é a visualização de que a ética-moral exerce e penetra a esfera do direito, de modo geral, em dois momentos distintos. O primeiro, dar-se-á enquanto fundamento para o direito pautado nos costumes e tradições eticamente-moralmente aceitas em sociedade. O segundo, inversamente, traz à compreensão a ingerência *a posteriori* da ética, isto é, quando o direito cria deveres que compelem um novo tipo de conduta ou comportamento não tido anteriormente, ou seja, a inovação jurídica cria um novo paradigma para o comportamento habitual.

Acerca do primeiro momento, em que a ética fundamenta o direito, pode-se citar, a exemplo, as recentes modificações trazidas pelo trágico acontecimento “Boate Kiss”⁸⁰, uma das maiores tragédias acontecidas no Brasil, em que duzentas e quarenta e duas pessoas morreram. Aqui o ponto não é o infeliz evento em si, mas o quanto os hábitos e costumes foram radicalmente alterados a partir do seu acontecer. Veja-se que após a tragédia, foi consenso social que as regras estabelecidas para o controle de incêndio deveriam ser alteradas, isto é, a sociedade “interiorizou” a ideia de que “o direito precisa ser mais rígido neste sentido”. E, por conta dos fatos e comportamentos oriundos do sinistro da Boate

⁸⁰ GUEDES, Tiago. **Sete anos após tragédia da boate Kiss, familiares de vítimas realizam homenagens e pedem justiça**. G1, Rio Grande do Sul, publicado em 27/01/2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2020/01/27/sete-anos-apos-tragedia-da-boate-kiss-familiares-de-vitimas-realizam-homenagens-e-pedem-justica.ghtml>. Acesso em: 10 out. 2020.

Kiss, emergiu a Lei n.º 13.425/2017, popularmente conhecida como “Lei Boate Kiss”, que “Estabelece diretrizes gerais sobre medidas de prevenção e combate a incêndio e a desastres em estabelecimentos, edificações e áreas de reunião de público”⁸¹.

É interessante notar o quanto o fator “Boate Kiss” repercutiu no modo de viver e na própria tradição da sociedade brasileira. Instantaneamente, chocou o povo e trouxe um novo paradigma de comportamento, quase que estabelecendo um “pacto social” em relação ao controle de prevenção contra incêndios.⁸² Não só o fator legal introduzido pela nova legislação em si, mas a própria conduta social, a nova tradição, tornou mais rígida as regras de gerenciamento de alvarás, licenças de operação, etc. É a formação do direito a partir da evidência ética, assim como para os gregos antigos *ethos*, em primeira instância, visava a boa *conviviabilidade* social.⁸³

Por outro lado, a lei ou, genericamente, o direito, também interferem no modo de comportamento, costumes e tradições, aqui entendidas como vinculadas ao conceito de ética-moral em sentido básico, mesmo que, ingerencialmente, não seja um “hábito” ou “costume” de determinada sociedade praticar eventual ato em que haja um novo regramento. Nesta circunstância, o direito estabelece um novo paradigma “fático”. Isso pode ser facilmente percebido, por exemplo, com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.º 13.853/2019)⁸⁴. Neste caso, ao contrário da “Lei Boate Kiss”, que partiu muito mais de uma adequação social a um novo modelo regravativo que correspondesse às necessidades de novas medidas de prevenção de incêndio, a “LGPD” expõe a força ingerencial do direito à ética. Especificadamente falando do Brasil, até a entrada em vigor e ainda hoje, é

⁸¹ BRASIL. **Lei n.º 13.425**, de 30 de março de 2017, Estabelece diretrizes gerais sobre medidas de prevenção e combate a incêndio e a desastres em estabelecimentos, edificações e áreas de reunião de público; altera as Leis nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil; e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13425.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

⁸² Em dados extraoficiais, inclusive, antes da entrada em vigência da “Lei Boate Kiss”, empresários já relatavam grandes dificuldades em adequar seus estabelecimentos aos novos parâmetros exigidos pelos Bombeiros, em decorrência do trágico acontecido.

⁸³ O entendimento do que hoje concebemos por *civilidade* ou, em sentido semelhante, como *urbanidade*, é o que os gregos concebiam por *ethos*, ou seja, condutas pessoais e sociais que visem a boa conviviabilidade, a amabilidade, a cortesia entre os membros da comunidade.

⁸⁴ BRASIL. **Lei n.º 13.853**, de 08 de julho de 2019, Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

gigantesco o número de empresas sem adequação prática e habitual às novas realidades trazidas pela lei (basta acessar *sítes* de lojas locais para se verificar tal fenômeno).

Ainda assim, o poder coercitivo do direito (induzindo o comportamento humano, sobretudo, a partir de sanções pecuniárias) impõe radicalmente uma mudança cultural, habitual e comportamental das empresas brasileiras que, embora ainda timidamente, já iniciam este processo de transição entre o velho comportamento em relação à proteção de dados e o novo paradigma estabelecido pela legislação, fundado a partir do direito e ingerencial à região ética-moral. Parece óbvio, portanto, concluir que qualquer categoria jurídica sofra necessariamente com essa conexão necessária entre direito e ética-moral. Do mesmo modo, seria contrassenso admitir que o conceito segurança jurídica escapasse a essa inevitável consequência, amoldando-se, em suas generalidades, aos padrões *pré* ou *pós* estabelecidos pelas condições éticas-comportamentais de determinada sociedade.

A ingerência ética enquanto costume, tradição, hábito, valor, dentre outros aspectos, em seu sentido básico, é tão elementar que quando se criam normas completamente “dissociadas da tradição social” ou mesmo quando a mudança de estrutura social se distancia da base normativa, sem o peso da ingerência da pós-legitimação coercitiva, como consequência, acabam surgindo leis “fantasmas”, “obsoletas”, completamente despercebidas pela sociedade na realidade concreta. Esse tipo de situação é muito mais recorrente do que se imagina. Apenas para ilustrar, citam-se dez leis revogadas pelo município de Porto Alegre (RS), no ano de 2021, justificadas pela municipalidade por se tratarem de regras completamente “defasadas”, em “desuso”, ou seja, as quais sequer os cidadãos porto alegrenses sabiam da existência. São elas, Lei n.º 354/1937, Lei n.º 370/1949, Lei n.º 595/1951, Lei n.º 668/1951, Lei n.º 746/1951, Lei n.º 838/1952, Lei n.º 877/1952, Lei n.º 1933/1958, Lei n.º 2.331/1961 e Lei n.º 2.613/1963.

Evidentemente, que se a premissa positivista estivesse correta, a lei seria então aplicável de forma atemporal. Não é o caso, poucos exemplos dão conta de demonstrar que se o padrão tradicional de comportamento se altera, deverá, necessariamente, haver um acompanhamento da norma jurídica, sob pena de que os efeitos do “esquecimento”, da “obsolescência”, dentre outros, incidam.

Inevitavelmente, demonstra-se incorreta a interpretação do positivismo jurídico, que pretendia tolher a elementariedade ética em sua estrutura.

O que se está dizendo aqui não é, longe de ser, uma refutação geral e total das esferas de análise ética. A exemplo, faz-se menção ao recente trabalho científico denominado “*Multiculturalism, Ethical Community and Transnationality*”, no qual os pesquisadores brasileiros Josemar Soares e Maria C. S. A. de Souza, relataram que “a ética é o estudo do *ethos* individual e do *ethos* social.”⁸⁵ E avançaram sustentando que “tanto o *ethos* enquanto hábito individual quanto aquele do costume social derivam da práxis, dos atos concretos humanos no tempo.”⁸⁶ É inevitável, contudo, a existência de campos de análise ou dimensões de percepção da ética, até mesmo por uma questão de compreensão pedagógica do fenômeno ético. No entanto, não se pode desconsiderar, a partir de uma delas, a existência das demais, como se propõe o positivismo.

Neste sentido, um argumento interessante é citado por Robert Alexy, em sua obra *Conceito e Validade do Direito*, ao mencionar Martin Kriele, que embora não faça uma distinção como a aqui proposta, apresenta uma tese que, em um grau similar — ao menos de forma colateral —, possui uma aproximação. Diz o autor que é “dever moral obedecer ao direito, contando que o direito, ‘em termos globais’, considere a moral”.⁸⁷ O problema aqui é que novamente a moral assume um caráter exclusivamente de ética em sentido reflexivo, pois, do contrário, sequer haveria necessidade de se utilizar da expressão “considere”.

Para além disso, como restou evidenciado no primeiro tópico, está claro que não há um conceito unívoco de “segurança jurídica”. No entanto, o que não se pode discordar é a relação normativa desse conceito com a ideia geral de “algo a ser seguido”, de *patronus*. O que é relevante aqui é entender que por de trás da ideia de segurança jurídica existe, igualmente, uma base elementar sustentada

⁸⁵ DE SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes; SOARES, Josemar. MULTICULTURALISMO, COMUNIDADE ÉTICA E TRANSNACIONALIDADE. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, [S.l.], v. 3, n. 24, p. 465 - 493, abr. 2020. ISSN 2316-2880. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/4017/371372337>. Acesso em: 16 mar. 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/Revrima.v3i24.4017>.

⁸⁶ DE SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes; SOARES, Josemar. MULTICULTURALISMO, COMUNIDADE ÉTICA E TRANSNACIONALIDADE. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/4017/371372337>. Acesso em: 16 mar. 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/Revrima.v3i24.4017>.

⁸⁷ KRIELE, Martin. **Recht und praktische Vernunft**. Göttingen, 1979, p.77.

pela compreensão desse *patronus*, ou seja, pela convicção de que há “algo que dá direção”. Assim, segurança jurídica não é um ponto A ou B fixo na legislação ou mesmo na Constituição da República Federativa do Brasil.

Toda e qualquer legislação parte, por assim dizer, deste “algo a ser seguido”, ou seja, desse padrão daquilo que se mostra ele mesmo. Aqui realmente existe esse caráter de “*dafür*”, “*für etwas*”. E é justamente por isso que uma decisão que afronta claramente o “padrão” do paradigma regularmente instituído — e, volte-se a dizer, no caso da ideia de segurança jurídica, pode revelar-se como certeza, estabilidade, conformidade, dentre outros —, é, comumente, associada ao decisionismo, causando perplexidade na comunidade acadêmica e na doutrina em geral.

E, sendo a segurança jurídica um proponente jurídico-normativo que visa justamente garantir o padrão jurídico e o direcionador dos comandos normativos, é natural se pensar que o direito, em sua fundação, deve observar as generalidades dessa categoria. Igualmente, a relação ética da segurança jurídica não está necessariamente em um sentido meramente reflexivo, do “justo ou injusto” (até porque não raras vezes normas jurídicas não adentram no campo de discussão reflexiva do justo e do injusto, mas sim assumem um caráter prático, revelando mera perseguição a um interesse político-institucional, como na Lei n.º 10.671/2003, ao vedar a comercialização de álcool nos estádios de futebol), mas sim enquanto manifestação da vontade humana, através dos hábitos, costumes, valores tidos como relevantes.

A análise proposta não representa uma mera discussão acerca de correntes que se contrapõem, mas reflete, sim, uma importante verificação de como o direito se *mostra ele mesmo* enquanto fenômeno em um contexto global cada vez mais intenso de uma nova era, ou, noutras palavras, de uma “*Sociedade em Rede*”⁸⁸, como propõe Manuel Castells. Aliás, as modificações sociais e o constante avanço da tecnologia provocam, inevitavelmente, uma sistematização de uma ordem jurídica cada vez mais flexível e tendencialmente adaptável às constantes novas realidades. Pensar a ingerência da ética no direito é verificar como essas novas experiências vão refletir em sociedade, no Estado, pois, como descrito em *Modernização Reflexiva*, “é assim que se pode esboçar e completar a imagem de

⁸⁸ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

um Estado que, como uma cobra, está perdendo a pele de suas tarefas clássicas e desenvolvendo uma nova ‘pele de tarefas’ global”.⁸⁹

Mesmo que aqui o escopo não tenha sido abordar de forma ampla e completa a historicidade dos termos “ética” e “moral”, e nem mesmo o problema ocasionado pelo esquecimento dos teóricos positivistas acerca do *Sinn von Sein*, do fenômeno em si mesmo, vê-se que a sua distinção é, no mínimo, obscura. E justamente por essas razões que se pode concluir que o direito ou está fundado pela ética ou, *a posteriori*, molda-a de modo ingerencial. E disso extrai-se a necessidade de qualquer categoria jurídica partir desses mesmos pressupostos, uma vez que são partes de um todo ordenado, a saber: o ordenamento jurídico.

Está claro, portanto, que o objeto central do presente estudo permite evidenciar que o direito, de modo geral, e, mais especificadamente, as generalidades do conceito segurança jurídica, em sua base elementar, sofrem a ingerência da ética, seja na sua fundação ou, posteriormente, na sua *pós-legitimação*. Aliás, também disso pode se extrair que é impossível determinar qualquer comportamento que esteja “fora” do campo da ética, porque quando dizemos “isso não tem nada a ver com a ética”, já estamos, por princípio, fazendo um juízo ético, causando, portanto, auto refutação.⁹⁰ Idêntica circularidade recai o teórico positivista ou mesmo o juiz que, no caso concreto, sustenta que “o direito não pressupõe vinculação à ética/moral”.

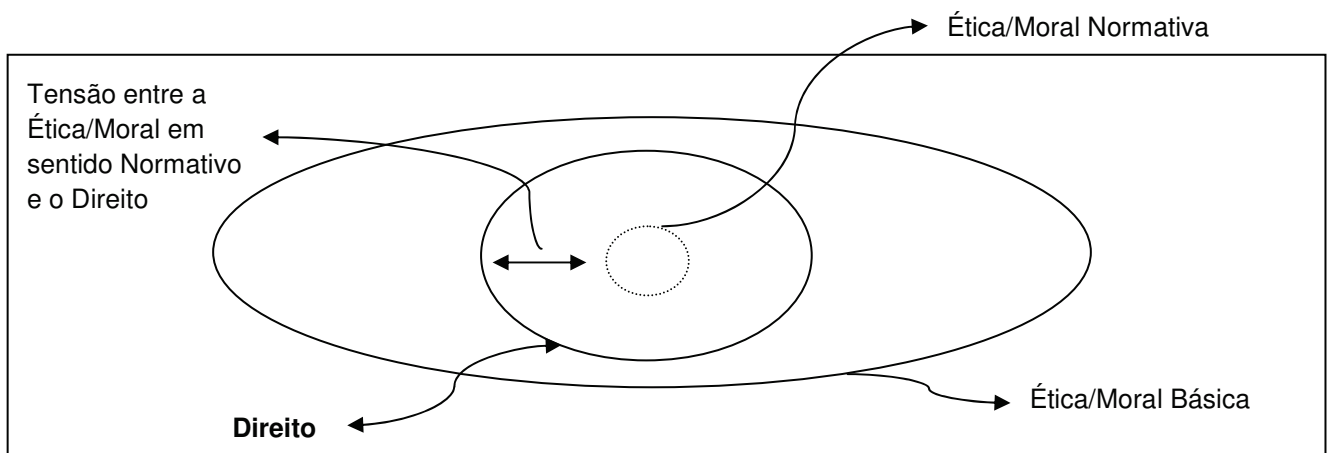
Experimentalmente, em testes com alunos do curso de direito questionou-se hipoteticamente sobre o seguinte *case*: “quando, ao saber que meu vizinho não está a sua casa e, tendo confiado a mim seus pertences, aproveito-me para me apropriar dos seus bens, estou sendo *antiético* ou *imoral*?” Como esperado, as repostas caminharam para ambos os lados (ou que seria antiético ou imoral) — em percentual semelhante, inclusive —. Alguns, inclusive, sustentaram que tal conduta seria as “duas coisas”, mesmo sem saber explicar o *porquê*. Ninguém soube, no entanto, teoricamente, diferenciar uma conduta ética duma moral. É evidente, por conseguinte, que o que se diz modernamente à respeito do tema (sobretudo na filosofia, em que não se aceita com facilidade tal distinção),

⁸⁹ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASCH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. de Magda Lopes. 2. ed. São Paulo: Edunesp, 2012, p. 66.

⁹⁰ Não se questiona, nesta dissertação, a existência da ética privada, uma vez que é mera consequência lógica da liberdade humana.

analisando-se desde a antiguidade, é *justamente que cotidianamente o povo não entende distinções teóricas artificiais*. Na linguagem comum, diz-se, assim, que condutas equivocadas são antiéticas-imorais, enquanto sinônimos. Propõe-se a fazer tal pesquisa em uma turma de mestrado ou doutorado, em qualquer curso, e se verá que mesmo os acadêmicos não sabem explicar tal distinção, salvo raras exceções (e esses que dizem saber, provavelmente, não irão concordar entre si). Naturalmente, a teoria deve servir como instrumento de utilidade prática, o que não se revela nesse caso.

Em uma síntese, diferentemente das teorias dos “círculos concêntricos”, defendidas por Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, dentre outros autores, também denominadas de “exposições do mínimo ético”⁹¹, ou mesmo aquelas dos “círculos secantes”⁹², evidenciou-se, fruto da investigação, uma constituição do direito a partir da ética (ética em sentido básico), que na representação estaria inteiramente absorvido, enquanto a ética normativa seria, por seu turno, inclusa “dentro” do direito, esfericamente menor, causando uma tensão entre ambos. Veja-se a ilustração:



⁹¹ Miguel Reale explica que “a teoria do ‘mínimo ético’ consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver.” E prossegue: “A teoria do ‘mínimo ético’ pode ser reproduzida através da imagem de dois círculos concêntricos, sendo o círculo maior o da Moral, e o círculo menor o do Direito. Haveria, portanto, um campo de ação comum a ambos, sendo o Direito envolvido pela Moral. Poderíamos dizer, de acordo com essa imagem, que ‘tudo o que é jurídico é moral, mas nem tudo o que é moral é jurídico’.” Ver em: REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 42.

⁹² Miguel Reale prescreve que “há, pois, que distinguir um campo de Direito que, se não é imoral, é pelo menos amoral, o que induz a representar o Direito e a Moral como dois círculos secantes.” Ver em: REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, p. 43.

Por fim, salienta-se que o complexo estrutural de modificações sociais e, sobretudo, o acelerado avanço tecnológico, inevitavelmente, provocam uma reação sistemática de uma ordem jurídica que busca cada vez alcançar essa flexibilidade exigida pelas novas realidades a ela impostas. Assim, refletir sobre a ingerência da ética no direito é verificar como essas novas experiências repercutirão em sociedade. A referenciabilidade desta investigação pode ser compreendida como fundamento às demais discussões de natureza jurídica, eis que é da natureza do direito, em si mesmo, discutir sua própria interpretação.

CAPÍTULO 2

A RELAÇÃO EPISTEMOLÓGICA DO DIREITO A PARTIR DA FENOMENOLOGIA DE EDMUND HUSSERL E AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS À INTERPRETAÇÃO E MUTABILIDADE DO DIREITO

A investigação aqui proposta tem por objetivo estabelecer os limites e a verdadeira possibilidade de se afirmar uma subjetividade-objetiva ou, noutros termos, uma interpretação pura do direito. Justamente por isso, mais relevante é o caráter epistemológico do que uma analítica de um *case* em si mesmo. Não há nenhuma dúvida de que maus olhos possam interpretar esse estudo como se fosse um apanhado teórico-metafísico. Não obstante, tais preconceitos não passam de uma falta de percepção sobre a própria natureza da análise aqui desenvolvida, assim como, a exemplo, os empiristas se intitulam “antimetafísicos” e utilizam-se, em suas concepções primárias, princípios universais metafísicos, como a *não contradição*, ou como os filósofos da analítica da linguagem, teóricos da “realidade efetiva”, não percebem o quão metafísica⁹³ é, para começo de conversa, a própria linguagem.

É evidente que há toda uma historicidade acerca destas questões, uma historicidade do paradigma racionalista positivista, que inegavelmente afetou todas as esferas da cotidianidade humana, mas que não será aqui aprofundada. Apenas é

⁹³ Evidentemente que a referência ao termo “metafísica” aqui possui o caráter geral e não representa, precisamente, a especificidade das matérias investigadas única e exclusivamente na metafísica aristotélica, a saber, o estudo das causas (*aitiologia*), estudo do ser (ontologia), estudo da substância (*ousiologia*) e estudo de Deus ou motor primeiro (*teologia*).

importante se ter em mente, inicialmente, a sonora obsessão que se tem pelo método, sobretudo, o cartesiano, e o quanto somos ainda prisioneiros de um ideário científico pautado no positivismo. Nasce, assim, a necessidade de se reestruturar a Ciência Jurídica, aportando-se a essa instrumentos mais sólidos e eficazes para responder a problemas sociais que não são mais solucionados adequadamente pelo paradigma positivista ou mesmo pós-positivista que impera em nossa sociedade.⁹⁴

Um parêntese aqui. A proposição de Orlando Zanon, ao tratar e dimensionar os substratos teóricos que dão sustentáculo às ciências em geral como “verdades provisórias”, talvez, guarde relação direta ao sentido — interpretado como similar — dado à ideia posta em *A Estrutura das Revoluções Científicas*, de Thomas Kuhn. Isso ganha ainda mais força se se considerar as recentes descobertas da física moderna, como a Teoria da Relatividade, de Albert Einstein⁹⁵, bem como o Princípio da Indeterminação e as relações de “incerteza”, de Werner K. Heisenberg.⁹⁶ Igualmente, lembram-se às modernas investigações filosóficas, que “não teme a multiplicidade nem a descontinuidade no arcabouço do Ser e do Real”.⁹⁷

⁹⁴ Semelhante preocupação encontra-se em *Teoria Complexa do Direito*, na qual Orlando Zanon expõe que uma determinada Ciência relaciona-se com os seus argumentos e interpretações e, portanto, produz, inevitavelmente, *verdades transitórias*. Explica o Autor: “Tanto as ciências causais (naturais) como as sociais, a exemplo da sociologia, da antropologia e da Ciência Jurídica, são consubstanciadas por esta estrutura paradigmática, montada interpretativamente, com base em argumentos, ainda que alguns métodos de estudos envolvam teses baseadas em observação empírica. Com efeito, como já explicitado, todas as ciências são lastradas em verdades transitórias (paradigmáticas), que permitem o processo cognitivo e o desenvolvimento de saberes, restando inalcançável a chamada verdade absoluta.” Ver em: ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Tese de Doutorado submetida ao Curso de Doutorado da Universidade do Vale do Itajaí, p. 327-238.

⁹⁵ Albert Einstein revolucionou a física ao propor que existe uma “relatividade da simultaneidade tempo-espacial.” Significa dizer, noutros termos, que se for verificado um determinado acontecimento sobre um ponto específico de referência, não será necessariamente simultâneo a outro que está sendo “regido” sobre outro referencial. Logo, não existe “tempo” universal e simultâneo, como propôs Newton.

⁹⁶ Werner Karl Heisenberg nasceu em Würzburg, na Alemanha, em 1901 e faleceu em 1976. Ganhador do Prêmio Nobel em 1932 e considerado o “pai da física quântica”, o físico alemão surpreendeu o mundo ao revelar que não seria possível avaliar ou mesmo “medir” um determinado tipo de objeto sem que o pesquisador **interfira nele**. Significa, noutras palavras, que no momento em que o objeto “já passou pela avaliação”, não é mais o *mesmo do início do processo avaliativo*. Explica que “não possamos ignorar que a ciência natural é feita por homens. A ciência natural não se restringe simplesmente a descrever e explicar a natureza, ela resulta da interação entre nós mesmos e a natureza, e propicia uma descrição que é revelada pelo nosso método de questionar. Essa foi uma possibilidade que não poderia ter **ocorrido a Descartes**, mas que torna impossível uma separação bem nítida entre o mundo e o ‘Eu’”. Ver em: HEISENBERG, W. (1995). **Física e filosofia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 64.

⁹⁷ HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX**. Trad. L. Cabral de Moncada. São Paulo: Saraiva & Cia, 1941, p. 99. Prossegue o filósofo alemão aduzindo que “é a mesma que combate os hábitos do chamado ‘naturalismo’, no sentido duma doutrina que vê no ser um campo objectivo homogêneo e se

Assim, não há nenhuma dúvida, do mesmo modo como se interpreta da obra de Orlando Zanon, que a problemática da interpretação jurídica é, em verdade, um problema de *epistemologia científica em geral*, isto é, subjacente a todas as demais ciências.

A eclosão de várias frentes sobre uma suposta “crise do conhecimento” não pode ser tratada como mera causalidade ou como “fenômenos isolados e esparsos”. Isso será revisto com maiores detalhes na sequência, inclusive. Aqui, resta esclarecer que desde Kant, depois com Edmund Husserl, Martin Heidegger e outros na filosofia, Vygotski na psicologia, e também Heisenberg, Einstein e Bohr na Física, incita-se o seguinte questionamento: “como podemos conhecer a realidade?” “Como é possível interpretar o fenômeno para além da teoria?” A própria ideia de “zona de incerteza”, de Hart, é reflexo disso. Naturalmente, todas as convergências nos mais variados campos do saber, inclusive, na Ciência Jurídica, são reflexos da crise positivista e suas características tidas a partir de então como insuficientes ao conhecimento do real (experimentalismo, empirismo, racionalismo, determinismo, associacionismo, dentre outras). Isso não quer dizer, no entanto, que se desconsidera o passado ou sua utilidade atual.⁹⁸

Apenas para retomar brevemente aquilo que foi tratado na seção anterior, associa-se comumente o positivismo jurídico aos esforços teóricos produzidos especialmente a partir do Século XIX, dentre os quais, destacam-se: “a separação entre Direito e Moral, a formação do Ordenamento Jurídico exclusivamente (ou, ao menos, prevalecentemente) por Regras positivadas, a construção de um sistema escalonado só pelo critério de validade formal”,⁹⁹ dentre outras características. O objetivo positivista é justamente “um esforço para afastar as

esforça constantemente por reduzir umas coisas às outras — o superior ao inferior, o mais elevado ao menos elevado, o mais complexo ao mais simples. Ela parte da profunda convicção àcerca da irredutível diversidade de essência entre várias espécies de ser que existem; diversidade essa que o pensamento do século XIX reduzira ao mínimo (pouco mais ou menos, à dualidade do psíquico e do físico, ou da consciência e da matéria) [...] De resto, o próprio carácter estático do conceito tradicional de *ser* (desde Parmênides e Platão em diante) está reclamando no nosso tempo uma profunda revisão, em harmonia com os caracteres essenciais e dinâmicos que hoje se revelam em todos os domínios da Realidade através da dimensão temporal.” Ver mais em: HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX**, p. 99-100.

⁹⁸ Sobre isso, Capra vai dizer que “a ciência clássica foi construída segundo o método cartesiano, que analisa o mundo em partes e organiza essas partes de acordo com leis causais.” Ver em: CAPRA, F. **O ponto de mutação**. A ciência, a sociedade e a cultura emergente. São Paulo: Cultrix, 1982, p. 80.

⁹⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Tese de Doutorado submetida ao Curso de Doutorado da Universidade do Vale do Itajaí, p. 42.

incertezas e inseguranças decorrentes do uso ilimitado de uma suposta razão superior, lastrada em alegados valores morais absolutos”.¹⁰⁰

Com o aprofundamento da investigação, foi possível avistar problemas teóricos relacionados ao modelo positivista de compreender o direito que, por princípio, revelam auto refutação. Para além disso, mais significativo foi intuir o aspecto pragmático-existencial de como a ética se relaciona ao direito, enquanto fenômeno. Também, a visualização de caráter fenomenológico propõe-se averiguar a possibilidade de demonstrar o fenômeno jurídico ele mesmo defronte às teorizações (já sempre) secundárias (pragmatismo, positivismo, substancialismo, etc.).

Ainda, será possível, neste segundo capítulo, introduzir resumidamente o *case* Ellwanger, que poderá servir de suporte ao objeto investigado. Aliás, é oportuno consignar, nesse sentido, que o julgamento desse Habeas Corpus pelo Supremo Tribunal Federal não é, em si mesmo, o escopo a ser perseguido, mas tão somente servirá de “cobaia” à análise proposta, assim como tantos outros julgamentos judiciais mencionados. O escopo de se utilizar de casos concretos é justamente tentar permitir uma maior compreensão dessa investigação.

Especificadamente sobre o caso ora investigado, em 12 de novembro de 1991, foi oferecida denúncia pelo representante do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, contra o escritor Siegfried Ellwanger, sustentando-se que este teria incorrido nas sanções do art. 20, caput, da Lei n.º 7.716/89 (com a redação dada pela Lei n.º 8.081/90), por ter escrito e comercializado obras de cunho antissemita, discriminatório em relação ao povo judeu, como, a exemplo, o livro *“Holocausto: judeu ou alemão?: nos bastidores da mentira do século”*. Em 1995, sobreveio a decisão de primeiro grau absolvendo o réu, sendo sustentada, em síntese, pela fundamentação de não havia provas suficientes para os fatos narrados na exordial. Defende sua tese o julgador ao referenciar que “os textos dos livros publicados não implicam induzimento ou incitação ao preconceito e discriminação étnica ao povo judeu.”¹⁰¹ E prosseguiu afirmando que “constituem-se em manifestação de opinião e relatos sobre fatos históricos contados sob outro

¹⁰⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Tese de Doutorado submetida ao Curso de Doutorado da Universidade do Vale do Itajaí, p. 42.

¹⁰¹ **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Edição Especial. Porto Alegre: TJRS, 2004, p. 46).

ângulo.”¹⁰² Registrou que “lidos, não terão [...], porquanto já o foram, e por um grande número de pessoas, o condão de gerar sentimentos discriminatórios ou preconceituosos contra a comunidade judaica.”¹⁰³

Inconformados, os assistentes de acusação interpelaram recurso de apelação ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) contra a sentença proferida pelo julgador de primeiro grau. Em 31 de outubro de 1996, os recursos foram providos pela 3ª Câmara Criminal do TJRS, condenando-se o então apelado Siegfried Ellwanger a dois anos de reclusão, com *sursis* por quatro anos, com base no art. 20 Lei n.º 7.716/89 (com a redação dada pela Lei n.º 8.081/90). À época, os desembargadores reconheceram a existência de dolo e, sobretudo, o evidente abuso da liberdade de expressão, que está limitada à própria licitude do comportamento. Por fim, os eminentes julgadores classificaram a conduta como prática de racismo, sendo, portanto, inafiançável e imprescritível, nos termos do art. 5º, XLII, da Constituição Federal.¹⁰⁴

Após a condenação em segunda instância, os advogados de Ellwanger impetraram *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, sustentando que a conduta praticada pelo paciente não constitui crime de racismo, mas sim de discriminação, não sendo, portanto, imprescritível. Sob estes argumentos, e diante do recebimento da denúncia em 14 de novembro de 1991, com a consequente condenação em primeira instância em 31 de outubro de 1996 à pena de 2 (dois) anos de reclusão, o crime estaria fulminado pela prescrição. O STJ, no entanto, denegou a ordem ao *habeas corpus*, entendendo que as condutas praticadas pelo paciente caracterizam o crime denunciado, inclusive, não podendo ser afastada a imprescritibilidade.

Diante da desfavorável decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, os advogados de Ellwanger impetraram *habeas corpus* ao Supremo Tribunal Federal. Veja-se que este *case* (HC 82.424-2¹⁰⁵) é relevante tanto do ponto de vista

¹⁰² **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, p. 46.

¹⁰³ **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, p. 46.

¹⁰⁴ Veja-se a ementa: “RACISMO. Edição e venda de livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatória. Art. 20 da Lei n.º 7.716/89 (redação dada pela Lei n.º 8.081/90). Limites constitucionais da liberdade de expressão. Crime imprescritível. Sentença absolutória reformada.” Ver mais em: **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, p. 69.

¹⁰⁵ BRASIL (2003). **HC 82.424/RS**. Habeas Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.:

material (em relação ao conteúdo), quanto em relação ao seu aspecto interpretativo-formal, uma vez que além de uma simples discussão processual, consistiu, sobretudo, em um debate jurídico e constitucional sobre o *como* interpretar a Constituição no caso de eventual colisão de direitos fundamentais.

Simplificadamente, Siegfried Ellwanger, conhecido como escritor e editor, foi condenado em instância recursal pelo crime de anti-semitismo, bem como por publicar e distribuir material “anti-semita”. Diante desta circunstância desfavorável, seus patronos impetraram Habeas Corpus perante o STF, requerendo o reconhecimento de que o paciente, em verdade, praticou fato tipificado como crime de discriminação contra judeus, discriminado no art. 20 da lei n.º 7.716/89 (fato que ocasionaria a prescrição), e não pelo crime de racismo, sob o sustentáculo de que os judeus, em si, não seriam uma “raça”, de modo que o delito discutido não teria conotação racial, não sendo, deste modo, imprescritível.

Naturalmente, observa-se que o caso em tela é paradigmático em muitos sentidos, não só pela questão constitucional em si, mas, sobretudo, por seus múltiplos desdobramentos e também pelas mais variadas formas de se “interpretar” os fatos levados ao tribunal pelos ministros. Em alguma medida, por exemplo, pode-se visualizar uma influência positivista-racionalista, conforme será demonstrado na sequência, a qual reflete uma tentativa de “geometrização processual”, de objetificação do modo de interpretar o direito.

A verificação do *case* Ellwanger, novamente, não representa uma pesquisa do tipo que busca uma “resposta certa” ou mesmo de um estudo do “modo correto” de se decidir o caso em termos de direito material ou processual. O que se pretende, e isso ficará mais claro nos próximos tópicos, é utilizá-lo também como instrumento de verificação das múltiplas formas de interpretação e analisá-lo sob o ponto de vista da estrutura metodológica da ciência jurídica atual, isto é, se os métodos utilizados são apropriados para proporcionar uma visão do fenômeno jurídico.

2.1. A interpretação do direito e a relação entre o decisionismo e as generalidades da ideia de segurança jurídica

O que é decisionismo? É muito comum se ouvir falar acerca da discussão sobre os impactos do decisionismo no âmbito do ordenamento jurídico. Existem muitas investigações a respeito desse tema. No entanto, raras vezes se verifica uma explicação mais aprofundada sobre tal problemática. Aliás, é muito provável que não se encontre um consenso sobre o conceito de “decisionismo”, pois diversos são os fatores que podem ser atribuídos como elementares a esse fenômeno.

Entretanto, ao menos em termos de análise, alguns aspectos gerais podem ser extraídos a partir da verificação cotidiana dessa problemática, assim como outrora se pôde verificar a respeito da ideia geral de segurança jurídica. Mais uma vez, parte-se de uma *Reduktionsversuch* que possa suprir a multiplicidade de categorias e também a diversidade linguística de possibilidades indeterminadas de conceituar tal terminologia em busca do fenômeno. Poder-se-ia, a exemplo, atribuir-se como aspecto influenciador do decisionismo o movimento racionalista-iluminista, que marcou fortemente o paradigma positivista das ciências em geral. Ou, de outro norte, seria possível igualmente reivindicar ao decisionismo uma certa influência dos sistemas jurídicos da tradição *Common Law* e, mais especificadamente, da “importação” da cultura jurídica americana, tão respeitada em território brasileiro. Também outros fatores poderiam ser elencados como decisivos ou, ao menos, importantes para a ocorrência do fenômeno “decisionista”.

Todavia, não seria possível explorá-los nesta dissertação, nem quantitativa, nem qualitativamente. Em igual sentido, talvez fosse temerário e precipitado elencar apenas fatores “sociais” e desconsiderar a própria subjetividade humana, inerente à interpretação de qualquer coisa. Justamente por isso, parece mais correto encontrar este *patronus* nas generalidades do decisionismo em uma ideia redutiva. Muito incorreto seria se isso fosse interpretado como um meio termo entre várias concepções correntes, o que nem de longe revela a complexidade do que seria compreender esse fenômeno.

Quando se cria a ficção jurídica de que o juiz poderá vir a ser somente a “boca da lei”, isto é, imparcial à sua interpretação, cria-se o imaginário de que o legislador, empossado no poder que o povo lhe conferiu, seria o legítimo competente a dar a norma o seu sentido e alcance. Ao magistrado seria vedada a arbitrariedade

de qualquer compreensão que fugisse de tal elementariedade. É interessante notar, contudo, que quando René Descartes escreveu em primeira pessoa o *Discurso do Método*, era justamente por admitir e reconhecer expressamente que não conseguimos ser imparciais em um sentido absoluto. Tomar posição, não obstante, não é a mesma coisa que ser “relativo”, ou que todo conhecimento parte de uma premissa de “relatividade”, quer dizer, apenas, que partimos de *pré-concepções* para assumir uma conceituação/explicação do mundo.

Neste sentido, decisionismo, ao menos aparentemente,¹⁰⁶ pode ser interpretado, preliminarmente, como uma condição de julgamento a partir de *pré-concepções*. É natural se argumentar, de antemão, que isso é comum a todos e que seria praticamente impossível fugir dessa regra. Afinal, quem poderia fazer algo sem *pré-concepções*? Sim, de fato esse fenômeno parece inevitável. No entanto, relevante é registrar que essas *pré-concepções* que sustentam o fenômeno decisionista não estão estruturadas em uma metodológica racional que possibilite um julgamento sem adentrar em convicções manifestamente pessoais. Isso é relevante, pois como aponta Edmund Husserl, a cientificidade em qualquer ciência não parte da exclusão do mundo e da historicidade ou mesmo de uma negação universal, como pensava René Descartes, mas de uma *epoché* fenomenológica. Por isso, Sigmund Freud, que também assistia às preleções de Franz Brentano, em sua clínica, não partia da teoria e sim do fenômeno que verificava no humano, ou seja, nos sintomas evidenciados pelos seus pacientes.

Assim, em relação às generalidades da ideia de decisionismo, por mais complexa que seja a teoria, o que parece ser o mais comum e essencial é a adoção de uma premissa básica, que é a utilização de elementos não jurídicos e científicos para subsidiar a fundamentação da decisão judicial. Isso afeta diretamente a *expectativa da conduta* humana, pautada exclusivamente na concepção de segurança jurídica, exemplificada na primeira seção. Noutras palavras, se o julgador não utiliza um método específico ou mesmo estruturado em base científica, não há como esperar o *padrão* no seu comportamento, o que o torna completamente imprevisível.

A partir das premissas acima trabalhadas, direciona-se agora especificadamente ao julgamento do *case* Ellwanger pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁰⁶ Existe uma controvérsia gigantesca acerca de uma concepção fixa de “decisionismo”.

Apela-se, novamente, ao registro de que é evidente que o escopo do presente estudo não é examinar linha por linha os votos dos Ministros — e isso seria completamente inviável em uma dissertação —, e também não averiguar sob o ponto de vista material, mas sim tão somente evidenciar como a base jurídica utilizada *no decisum* deixa transparecer aspectos tão genuinamente perceptíveis atualmente em nosso ordenamento jurídico, como o fenômeno decisionista. Para isso, trechos específicos serão suficientes para demonstrar como o direito sofre com tal fator e como isso implica na quebra da expectativa de que trata as generalidades da ideia da segurança jurídica, criando uma atmosfera de imprevisibilidade.

O julgamento do *case* Ellwanger, pelo Supremo Tribunal Federal, não foi escolhido de forma alguma aleatoriamente para subsidiar esta investigação. Neste julgado considerado por muitos como sendo “paradigmático”, existe uma possibilidade concreta de visualização do fenômeno decisionista. A forma da fundamentação jurídica, pelos Ministros, está muito mais sustentada em motivações pessoais — escolhas propriamente ditas —, dentre uma gama de possibilidades. Em alguma medida, como será possível examinar mais à frente, alguns argumentos se aproximam muito de uma ideia matemática¹⁰⁷ de *custo/benefício*, no sentido de que se “eu optar por ‘x’, a consequência será ‘y’”, e, por outro lado, caso “opte por ‘w’, a consequência será ‘t’”.

Portanto, o que o referido julgado permite observar é, naturalmente, a gigantesca dificuldade que se tem em fundamentar uma decisão judicial. Evidentemente que a responsabilidade não é somente dos magistrados, julgadores e operadores do direito, em geral, mas sim de toda a comunidade jurídica, também composta pelos acadêmicos. Isso porque é muito claro que ainda hoje não se tem uma solução para problemas dessa natureza. A bem da verdade é que a quantidade de teorias interpretativas — na grande maioria das vezes, conflitantes entre si —,

¹⁰⁷ Diz Cristiano Becker Isaia que “o predomínio do vetor segurança sobre o vetor justiça condicionou a formação do espírito científico moderno, submetendo o pensamento jurídico a métodos e a princípios das ciências lógico-experimentais, ensejando, num movimento constante e gradativo, o início da era das codificações, local da satisfação das leis do Estado. Neste mesmo movimento, a sede do iluminismo-rationista pelo método (próprio das ciências lógicas) acabou por pretender descobrir um direito em fases (cindindo-se os processos de interpretação-compreensão-aplicação), de forma que contivesse a exatidão de uma equação algébrica, contribuindo ao predomínio do valor segurança (certeza), que, por sua vez, é o elemento preponderante na formação do conceito moderno de direito. O processo e a própria atuação jurisdicional passaram a ser guiados por essa ideologia. ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**. Os Fundamentos do Novo CPC e a Necessidade de se Falar em uma Filosofia no Processo. Curitiba: Editora Juruá, 2017, p. 100.

apenas reforça o laborioso trabalho de se estruturar um provimento jurisdicional adequado aos termos legais e constitucionais então vigentes.

Neste sentido, pode-se citar, na doutrina brasileira Lenio Streck, que desde muito, alerta que a decisão judicial não pode (poderia) ser pautada e fundamentada a partir de uma discricionariedade do julgador, isto é, de escolhas pessoais e critérios que não se coadunam ao caso concreto, pois se assim o for, será sempre um *decisum* parcial.¹⁰⁸ Com base na tipologia de análise formulada por Lenio Streck, ao tratar desse difícil tema, parece bastante incisiva sua abordagem, ao dizer que “a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade.” E prossegue afirmando que “quando um jurista diz que o ‘juiz possui poder discricionário’ para resolver os ‘casos difíceis’, o que quer afirmar é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier.”¹⁰⁹ Se a escolha é, supostamente, sempre parcial e arbitrária, como expressa o doutrinador, como pode, então, ser resolvido esse problema com suficiente segurança? E mais, o que pode garantir que a utilização de teorias, como, por exemplo, aquelas “substancialistas” de Ronald Dworkin e Lenio Streck, não causam justamente o efeito indesejado que se busca evitar: a contaminação da decisão e a parcialidade no ato de julgar?

No fundo, o que se quer dizer é que a interpretação não é tão somente um problema de “teorias”, mas sim de epistemologia geral. Por conta desse fator, decisivamente complexo é tornar possível uma compreensão do caso concreto e da estrutura jurídico-sistemática que dispõe o julgador, sem que seja este “determinado” por uma teoria previamente dada. Não se propõe, de modo algum, com essa investigação, pressupor um “determinismo” teórico. Por isso mesmo recorre-se à fenomenologia. Definitivamente, essa pesquisa põe em relevo temas espinhosos e, em certo sentido, controversos. Inclusive, nesse momento, alguém poderia justificar que “a linguagem e a interpretação jurídica são relativas”, que “cada julgador teria a possibilidade concreta de decidir de acordo com a fundamentação que entende pertinente.”

¹⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 97.

¹⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência?, p. 98.

Naturalmente, a preocupação principal está em verificar as condições epistêmicas-metodológicas da ciência jurídica e, propriamente, do direito brasileiro, no sentido de que seja possível encontrar um solo fértil aos operadores do direito, especificadamente, no que concerne à compreensão do fenômeno jurídico no caso concreto, para além de teorias apriorísticas.

Quando se fala em fenomenologia enquanto ciência de essência ou ciência eidética, em um modo muito peculiar e simplista, está-se referindo a uma formulação de caráter epistemológico que, por princípio, busca fundamentar todas as demais ciências de fatos. Isso não poderia ser mais evidente do que na matemática e em todas as outras caracterizadas como “naturais”. A base da fenomenologia é o fenômeno enquanto evidência e justamente tal garante a universalidade.

Não obstante, o fato de no caso concreto haver uma gama de possibilidades para as quais o magistrado pode livremente “escolher” aquela que melhor representa a sua convicção, acaba, conseqüentemente, por gerar insegurança jurídica, ausência de previsibilidade e, sobretudo, um cenário ideal ao decisionismo. Embora seja um pouco diferente do tratamento aqui dado para esse fenômeno, Lenio Streck defende arduamente que se existe um direito fundamental previsto na Constituição, há, igualmente, um direito fundamental à respostas (corretas) que, naturalmente, decorrem desses preceitos.

Explicita esse autor que “diante de um caso concreto, dois juízes não possam chegar a respostas diferentes.”¹¹⁰ E prossegue afirmando “volto a ressaltar que não estou afirmando, com a tese da resposta correta (adequada constitucionalmente) que existam respostas prontas *a priori* [...]”.¹¹¹ Não é necessário fazer uma abertura sobre as premissas utilizadas pelo citado doutrinador, uma vez que as diferenças já estão apontadas no corpo dessa investigação. Aqui cabe dizer, apenas, que a possibilidade apontada por Lenio Streck de dois juízes

¹¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência?, p. 90.

¹¹¹ Lenio Streck complementa seu pensamento argumentando que “é possível que dois juízes cheguem a respostas diferentes, e isso o semanticismo do positivismo normativista já havia defendido desde a primeira metade do século passado. Todavia, meu argumento vem para afirmar que, como a verdade é que possibilita o consenso e não o contrário; no caso das respostas divergentes, ou um ou ambos os juízes estarão equivocados.” Ver em: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência?, p. 90.

decidirem de modo diverso revela, em um grau muito superficial e preliminar, a origem da possibilidade do decisionismo.

Apenas para evidenciar, inicialmente, como anteriormente denunciado, no *case* paradigma, vê-se que cada Ministro cria sua própria narrativa de forma exclusiva, um fenômeno decisório-discrecional, pautado em convencimentos subjetivos e individuais. Cada um, ao seu modo, se preponderante fosse, poderia decidir o caso concreto em um sentido particular. Para registrar, está expresso no voto do Ministro Marco Aurélio, quando este busca “equacionar” sua fundamentação jurídica, que a decisão deve averiguar o sentido de “custo-benefício” entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão *versus* dignidade da pessoa humana. Assim o Ministro argumenta: “o caso denota um profundo, complexo e delicado problema de Direito Constitucional, e daí o tom paradigmático deste julgamento [...]”.¹¹² E vai adiante dizendo que: “estamos diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática de ponderação de valores [...]”.¹¹³ Diz, também, que isso “força este Tribunal, guardião da Constituição, a enfrentar a questão da forma como se espera de uma Suprema Corte.”¹¹⁴ Mais adiante, afirma que “refiro-me ao intrincado problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu.”¹¹⁵

Na mesma linha de raciocínio, Marco Aurélio argumenta que “há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso.”¹¹⁶ Continua a proposição anterior, ao afirmar, que é um discurso “aleatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade.”¹¹⁷

E, mais uma vez, pode-se observar que o Ministro Marco Aurélio, expressamente em seu voto denota que seu posicionamento, em verdade, é uma

¹¹² BRASIL (2003). **HC 82.424/RS**. Habeas Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. www.stf.jus.br. Supremo Tribunal Federal, p. 544-545.

¹¹³ BRASIL (2003). **HC 82.424/RS**. Habeas Corpus, p. 544-545.

¹¹⁴ BRASIL (2003). **HC 82.424/RS**. Habeas Corpus, p. 544-545.

¹¹⁵ BRASIL (2003). **HC 82.424/RS**. Habeas Corpus, p. 544-545.

¹¹⁶ BRASIL (2003). **HC 82.424/RS**. Habeas Corpus, p. 544-545.

¹¹⁷ BRASIL (2003). **HC 82.424/RS**. Habeas Corpus, p. 544-545.

“opção” pelo direito fundamental que entende ser o preponderante no caso concreto. É notório não só que o Ministro, ao “escolher” discricionariamente¹¹⁸, utilizou-se de uma “equação” para a solução do *case*, com vistas a prevenir possíveis efeitos patológicos à compreensão do direito fundamental de liberdade de expressão, como também, pôde-se perceber uma forte tendência ao caráter fortemente consequencialista (utilitarismo).

Assim, decisionismo poderia ser compreendido como sendo um fenômeno jurídico estruturado em *um modo de decidir*, isto é, no ato decisório de quem compete, judicialmente, julgar um caso concreto, fenomenologicamente fundado em decisões/julgamentos pautadas(os) em pré-concepções que se originam de convicções pessoais, desarticuladas, juridicamente, de um método ou mesmo de uma ordenação lógico-racional da aplicação da ordem jurídica que implique certa previsibilidade.

Portanto, este *case* serve para evidenciar como é forte em nosso sistema jurídico o fenômeno decisionista, ou, em outros termos, o julgamento com base em “escolhas” pessoais, sem um ponto de partida metodológico. Tantos outros julgados paradigmáticos poderiam aqui ser citados, mas, para o nosso propósito, basta-nos verificar o quão frágil é e, em certo sentido, também aleatória a forma de se interpretar a norma constitucional e o direito, de modo geral. Seria, igualmente, a partir de tais verificações, um contrassenso dizer que há algum *padrão* na ideia geral de segurança jurídica, pois, parece claro que pragmaticamente o decisionismo se funda, primariamente, nesta ausência de convicção e unidade no modo de interpretar.

2.2. A mutabilidade interpretativa do direito e o decisionismo frente à possibilidade *a priori* de uma lógica formal

Nesta fase da pesquisa, já restou produzido material suficiente para, ao menos, preparar o terreno para a introdução dos aspectos específicos e

¹¹⁸ Acresce-se, ainda, o seguinte trecho da fundamentação do Ministro Marco Aurélio: “à medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as ideias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou ao majoritário. É nesse sentido que, por inúmeras ocasiões, a Suprema Corte Americana, em hipóteses a evidenciar verdadeiras colisões de direitos fundamentais, **optou** pela primazia da liberdade de expressão, mesmo quando resultasse em acinte aos valores culturais vigentes.” BRASIL (2003). **HC 82.424/RS**. Habeas Corpus, p. 550 (grifo nosso).

fundamentais da investigação fenomenológica. E, justamente aqui, inicia-se o árduo percurso de evidenciação da analítica sugerida a partir das bases da ciência dos fenômenos. Nunca é demais, preliminarmente, alertar-se o leitor às grandes dificuldades que serão encontradas no terreno em que se adentrará mais a fundo na sequência.

A importância e a complexidade da fenomenologia husserliana e a sua vasta influência nos mais diversos campos de pesquisa, como a psicologia, neurociência, filosofia, física, sociologia, direito, dentre outras áreas, já torna clara a responsabilidade para com o tratamento desses temas tão caros à humanidade. Também, não menos significativo é deduzir explicitamente que nenhuma continuação da fenomenologia, em suas bases originais, conseguiu efetivamente dar sequência ao projeto pretendido por Edmund Husserl. Naturalmente, concepções contemporâneas, em grande medida, podem ser caracterizadas como incompatíveis àquela pretensão de um retorno ao fenômeno ele mesmo. Mesmo assim, muitos avanços já foram realizados nas mais diversas áreas a partir da fenomenologia.

Esclarece-se aqui, com algum grau de preocupação, que toda a chamada “nova fenomenologia”, pode-se dizer que “inaugurada” por Martin Heidegger e, seguindo-se de outros autores considerados “fenomenólogos”, como Sartre, Merleau-Ponty, não será objeto de estudo de modo específico.

Do mesmo modo, em um mundo tão líquido e rápido, apressado diria, é importante, mesmo que possa parecer desnecessário, explicar mal entendidos acerca da estrutura fundante da fenomenologia, que, para os olhares mais atentos, podem parecer tão insignificantes e imprecisos. Aliás, muitas vezes depara-se no ambiente acadêmico com comentários do tipo “a fenomenologia husserliana é um platonismo avançado” ou “a fenomenologia de Heidegger é um avanço à fenomenologia husserliana”.

E, senão por necessidade de ofício, é que um pequeno espaço deste trabalho será destinado a responder tais questões. E essas explicações também servirão, indiretamente, para solidificar as bases da proposta de pesquisa central dessa dissertação. Um último aviso é destinado àqueles estudiosos de fenomenologia, que revendo esse estudo, poderão, por ventura, sentir falta de maiores aprofundamentos. No entanto, a estes, consigna-se o foco e o viés eminentemente jurídico que se propunha alicerçar tal pesquisa. Ainda, mais uma

vez, chama-se atenção ao fato de que o exercício de uma proposta radical como a aqui elaborada não elimina ou diminui, de modo algum, a possibilidade de fracassos e, igualmente, de sujeição às críticas.

Qual é o contexto histórico que fomentou o surgimento da fenomenologia? Essa importante pergunta não é tão simples de ser respondida. O movimento fenomenológico advém do que se chama historicamente de “a crise das ciências”. É bem verdade que as particularidades que motivaram tamanho empreendimento são, demasiadamente, complexas, vastas e, de certo modo, ideológicas. Embora todas essas questões estejam direta e expressamente apresentadas na própria obra de Husserl, é interessante retratar também a partir do viés da história, como nos conta Heinz Heimsoeth, professor de História da Filosofia na Universidade de Colônia, na Alemanha.

O seu texto, traduzido na versão português de Portugal,¹¹⁹ em 1941, intitulado “A Filosofia no Século XX”, é uma pesquisa robusta sobre o contexto histórico que propiciou grandes modificações na ciência e, sobretudo, no modo da filosofia pensar o mundo. Heinz Heimsoeth inicia dizendo expressamente que “é sabido que pelos fins do século XIX a Filosofia tinha perdido, em amplos sectores da cultura e da ciência europeias, bastante do seu interesse e influência.”¹²⁰

Este autor diz que o contexto histórico do séc. XIX colocou o pensamento filosófico “de lado”, na “defensiva”, sob o argumento de que a filosofia somente poderia servir para se pensar a história. É evidente que isso é reflexo do positivismo e do racionalismo que ganha força a partir do século XVIII. A filosofia, portanto, precisaria “provar” sua legitimidade frente às demais ciências, mesmo que todas essas tenham surgido, quase que exclusivamente, de especulações filosóficas. A irresignação filosófica foi, então, crescendo progressivamente.

A partir do início do século passado, o desfecho deste descontentamento geral no âmbito filosófico eclodiu a partir de um novo jeito de se fazer filosofia: uma filosofia mais rigorosa, científica e, para alguns autores, até mesmo mais complexa. Heimsoeth explica que foi a partir de “diferentes problemáticas e atitudes filosóficas, aliás tão estreitamente delimitadas, que se

¹¹⁹ Alerta-se aqui para as citações em português desta obra, que foi traduzida em Portugal, ou seja, com o idioma no formato da época, como pôde ser visto em citações anteriores.

¹²⁰ HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX**, 1941, p. 13.

produziu o impulso que pouco a pouco foi conduzindo a superá-las.”¹²¹ E prossegue afirmando: “aquilo que caracteriza o novo *Estilo* da Filosofia é, pelo contrário, a coragem das problemáticas, o vigoroso impulso da investigação e, de modo algum a preocupação com a segurança dos métodos.”¹²²

A filosofia revigorou-se e retomou tamanha força que desde os gregos antigos não se via. A fecundidade do pensamento filosófico novamente reapareceu na centralidade dos problemas humanos, do indivíduo, do saber, da sociedade, da consciência, da ética, do direito, da economia, da política, da educação, enfim, em todos os âmbitos o renascimento filosófico do século XX possibilitou um diálogo florescente entre as descobertas filosóficas e as demais ciências.

Evidentemente que quando Edmund Husserl escreveu a “*Crise das Ciências Europeias*”¹²³ e a *Fenomenologia Transcendental*” ele se referia a estes pontos. A filosofia do século XX pode, então, ser simplificarmente caracterizada como sendo, nas palavras de Heimsoeth, uma procura por “estabelecer novas relações com o passado e outras formas de o interpretar”¹²⁴; “procura estabelecer uma mais estreita ligação entre a própria História da Filosofia e a consciência dos problemas actuais”,¹²⁵ não busca uma referência no passado, no sentido de continuidade ou resgate, mas sim uma completa refundação, “é, antes de mais nada, em luta com elas que essa Filosofia se nos apresenta.”¹²⁶

Em alguma medida, explicou-se na introdução o quanto uma ciência de fatos ou, pode-se denominar “natural”, possui seus fundamentos teóricos essenciais

¹²¹ HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX**, p. 14. Explica o autor ainda que “à proporção que se foi tornando maior a distância com relação aos clássicos dum glorioso passado, os olhos foram ficando mais livres para se verem as realidades e o mundo de problemas inteiramente novos que se ia levantando, ao mesmo tempo que uma nova consciência se foi também formando para sabermos melhor como aceitar a herança desse mesmo passado. Assim, a obra do século XIX, mesmo nas suas baixas de curva filosóficas, aparece-nos hoje sob uma outra luz. A Filosofia encontrou-se de repente colocada, ao acordar de novo, diante duma quantidade incalculável de grandes temas e problemas que, por sua vez, exigiram um renovado esforço de aplicação, bem como o emprego de novos princípios e métodos.” Ver em: HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX**, p. 14-15.

¹²² HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX**, p. 16.

¹²³ Um breve comentário à expressão husserliana que, de modo algum, poderia induzir a uma ideia de propriedade das ciências pelos europeus.

¹²⁴ HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX**, p. 17.

¹²⁵ HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX**, p. 17.

¹²⁶ HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX**, p. 18.

em “ontologias eidéticas”.¹²⁷ A essa explicação, Husserl acrescenta que “a investigação dos fatos empíricos não pode prescindir da rica reserva de conhecimentos referentes, de maneira pura, incondicionalmente válida, a todos os objetos possíveis da região.”¹²⁸ Igualmente, esses fatores acima referidos tem por objetivo primordial possibilitar o aspecto cognitivo prático das ciências naturais, aproximando-as cada vez mais de uma realidade racional “exata”. Para isso, quanto mais sólidos seus pilares eidéticos, maior será o proveito em termos de amplitude e força de determinada ciência.¹²⁹

É evidente que o grande equívoco naturalista é tentar explicar toda e qualquer realidade a partir de termos psicológicos. Princípios psicológicos determinam, de modo geral, como nós pensamos. A grande problemática se dá no fato de que esses princípios são descritivos sobre entes mundanos, enquanto a lógica *a priori* ou formal não é descritiva sobre fatos específicos, mas possui caráter normativo, determinando o *como* se deve pensar.¹³⁰ Cerbone explica que o “resultado é o ‘relativismo’: existirão, ao menos em princípio, diferentes leis e princípios lógicos, diferentes leis e princípios acerca da verdade, dependendo do caráter dos processos psicológicos encontrados.”¹³¹

127 HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**, p. 44.

128 HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**, p. 44-45.

129 Essa premissa parte da ideia husserliana de que as ciências naturais são incapazes de explicar toda a realidade natural. Nas palavras de David R. Cerbone, “a oposição de Husserl ao naturalismo equivale à afirmação de que existem verdades e princípios que as ciências naturais pressupõem, mas que elas próprias não podem explicar; nem toda verdade é uma verdade científica natural.” Ver em: CERBONE, David R. **Fenomenologia**. Tradução de Caesar Souza. 3. Ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 29.

130 Interessante que Vygotski chega a fazer análise semelhante, ao deduzir sobre a psicologia de sua época, que “o fato de que existam divergências de critério em respeito a questões metodológicas nas abordagens experimentais facilita muito a aparição de conflitos. Estes conflitos dão lugar ao desenvolvimento de diversas correntes na psicologia.” Ver em: VYGOTSKI, L. S. (1991). **El significado histórico de la crisis de la psicología. Una investigación metodológica**. In: Vygotski, L. S. *Obras Escogidas. Problemas teóricos y metodológicos de la Psicología*. Vol. I (pp. 257-407). Madrid: Visor. (Original publicado em 1927), p. 313.

131 CERBONE, David R. **Fenomenologia**, p. 29. Acrescenta-se a seguinte explicação: “Pensa Husserl, que o naturalista pretende mais do que afirmar que isso é como ele e talvez seus colegas naturalistas por acaso pensam; na verdade, o naturalista não pretende dizer coisa alguma em absoluto sobre seus estados e processos psicológicos. Ao contrário, o naturalista pretende descobrir, e propor, qual é, fundamentalmente, a verdade sobre tais coisas, como estados e processos psicológicos, sem referência a quaisquer de seus próprios estados e processos psicológicos, sejam quais forem, mas isso significa que a própria noção de verdade não pode ser entendida em termos de estados e processos psicológicos. Desse modo, o naturalista, em sua posição oficial, provoca

Como propor a realidade de fenômenos, fatos e estados psicológicos desconsiderando, eminentemente, seu próprio estado psicológico? Isso gera circularidade no empirismo, que busca explicar fenômenos físicos-naturais sem “a intervenção” subjetiva da consciência, enquanto os próprios métodos de pesquisa são pautados em processos psicológicos. É evidente, no entanto, que o empirismo, e aqui se inclui a psicologia, nega ou tenta negar a existência de essências, ideias e, em alguma medida, da metafísica.¹³² Não há necessidade de se ater a doutrinas específicas ou a historicidade dessa problemática.

Husserl questiona-se ironicamente: “que mais seriam as ‘ideias’, as ‘essências’ em oposição aos fatos — senão entidades escolásticas, fantasmas metafísicos.”¹³³ O grande equívoco empirista diz respeito à exigência de retorno às coisas ela mesmas pela própria experiência, que seria o critério de fundação de todo o conhecimento. Epistemologicamente, considera o empirista cognoscível entidades matérias e experienciáveis. Seria limitado, portanto, a efetividades naturais.

Sobre isso, Husserl diz que “*afirmar* incontinentemente que todos os juízos admitem, e mesmo exigem, fundação na experiência, sem ter antes submetido a estudo a essência dos juízos em todas as suas variedades.”¹³⁴ E prossegue: “sem ter ponderado se essa afirmação não é, afinal, um *contrassenso*: eis uma ‘construção especulativa *a priori*’, que não se tornará melhor porque desta vez provém do lado empirista.”¹³⁵ É muito perceptível que a experiência imediata não funda universalidades. O ceticismo, neste contexto, não fundamenta suas

autorrefutação ao se privar da própria noção de verdade que guia suas aspirações científicas.” CERBONE, David R. **Fenomenologia**, p. 30.

¹³² “O naturalista empirista surge, como temos de reconhecer, de motivos altamente dignos de apreço. Ele é um radicalista cognitivo-prático, que pretende fazer valer, contra todos os ‘ídolos’, todos os poderes da tradição e superstição, toda espécie grosseira ou refinada de preconceito, o direito da razão autônoma, como única autoridade em questões de verdade. Formular racional ou cientificamente juízos sobre coisas significa, porém, orientar-se pelas *coisas mesmas*, isto é, voltar dos discursos e opiniões às coisas mesmas, interrogá-las na doação originária de si e pôr de lado todos os preconceitos estranhos a ela. Seria *apenas uma outra maneira de exprimir o mesmo* — assim opina o empirista — dizer quer toda ciência tem de partir da experiência, que seu conhecimento mediato tem de se *fundar* na experiência imediata.” Ver em: HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**, p. 61.

¹³³ HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**, p. 61.

¹³⁴ HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**, p. 62.

¹³⁵ HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**, p. 62.

teorias em uma intuição eidética e sim em induções, para se chegar a premissas gerais. É bem verdade, como visto, que todo método experimental ou mesmo o indutivo e dedutivo, não são capazes de formular generalizações que ultrapassem a percepção da própria probabilidade. Do geral ao particular e do particular ao geral, sempre é um pedaço, um recorte, nunca o todo ou uma universalidade (significa sempre que “é provável que é”, mas “pode não ser”).

Assim, cai por terra a tentativa empirista de afastar categorias ou ideias não fundamentadas, exclusivamente, na experiência concreta à elaboração de suas teorias. A isso, Husserl bem prescreve, dizendo que “uma fundação empírica exigiria, aqui como em qualquer lugar, que se partisse de casos singulares fixados de maneira teórico rigorosa e se passasse a teses gerais”.¹³⁶ É evidente que suas teses de princípio também se aplicam às próprias formulações empíricas.

A fenomenologia, por outro lado, não pretende estatuir uma teoria, isto é, verificar a realidade a partir de uma “perspectiva”. Em um sentido absoluto, objetiva colher aquilo que se mostra ele mesmo, sem preconceitos, na imediata intuição. Aliás, não é viável e, muito menos, legítimo, deixar de compreender a manifestação das mais diversas espécies de intuição e que dão legitimidade ao conhecimento. Também é manifestamente verificável que teorias idealistas, por princípio, estão sujeitas ao mesmo tipo de preconceito. De nada adianta teorizar e sustentar “a evidência” se aquilo que é o próprio objeto de análise não se mostra ele mesmo na mais pura evidência. Reduzir-se-ia aqui a uma espécie de relativismo, no qual a premissa básica da realidade da teoria se coaduna com uma espécie de “crença” em aceitá-la tal qual ela é.

Também aquela estranha colocação que se mencionou no início deste capítulo, de que “a fenomenologia é um platonismo avançado”, merece, agora, uma atenção especial. Mas, sem que seja necessário expandir a explicação para mais do que poucas linhas, apenas se reafirma o que já havia sido dito tão superficialmente: “nada pode haver em comum entre a teoria das ideias platônica e a fenomenologia husserliana, quando, em suma, o *primeiro* despreza a realidade apreensível sensivelmente e adota a *forma* como princípio intelectual do saber e, por outro

¹³⁶ HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**, p. 64.

caminho, o *segundo*, busca a coisa ela mesma nas suas mais puras formas de doação, inclusive, no campo sensível.

Naturalmente, o conhecimento eidético é pressuposto à significativas revoluções científicas. Isso pode ser facilmente constatado na descoberta do raio x por Roentgen, como aponta Thomas Kuhn, ao referir que “a descoberta começou com o reconhecimento de que sua tela brilhava quando não devia fazê-lo”.¹³⁷ Dois aspectos são comuns a toda e qualquer revolução científica: o primeiro, é a refutação imediata e irrefletida pela comunidade de pesquisadores que é caracterizada como sendo a “dominante”; e o segundo, está relacionado ao tempo histórico para que o evento revolucionador possa ser compreendido e possa alterar os demais campos científicos.

Também aqui é salutar dizer que a fenomenologia está em um campo completamente outro daquele tido pela psicologia, enquanto ciência de fatos. A psicologia, ciência que investiga os atos da psique (*psyqué*) nada mais é para a fenomenologia do que a transcendência da própria psique, em todos os seus sentidos. Sendo transcendente, é sempre parcial e incompleta, percebida através de campos ideias de estruturas lógico-eidéticas que não são, de modo algum, psicológicas. Portanto, fenomenologia sempre e em qualquer hipótese, é a base para a psicologia.¹³⁸

¹³⁷ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**, p. 134. É interessante notar que, conforme aponta Thomas Kuhn, o fenômeno físico do raio x sempre existiu e, possivelmente, inúmeros cientistas depararam-se com tal efeito sobre suas telas. O que os diferiu em relação a Roentgen foi o conhecimento *a priori* (de essência) deste que o possibilitou verificar que tal fenomenologia não poderia, ao menos dentro dos paradigmas existentes à época, ocorrer. Noutras palavras, a ciência física ainda não tinha uma resposta ou mesmo desconsiderava por completo o novo tipo de fenômeno que se mostrava. És um exemplo prático e concreto de que a fenomenologia sensível somente foi descoberta pelos pressupostos eidéticos. Neste sentido, Kuhn explica: “Em ambos os casos a percepção da anomalia — isto é, de um fenômeno para o qual o paradigma não prepara o investigador — desempenhou um papel essencial na preparação do caminho que permitiu a percepção da novidade [...]. De qualquer modo, não no primeiro momento, quando não se percebeu senão uma tela emitindo sinais luminosos. Pelo menos um outro observador já vira esse brilho e, para sua posterior tristeza, não descobriu absolutamente nada [...]. Embora a existência dos raios x não tivesse interdita pela teoria estabelecida, ela violava expectativas profundamente arraigadas [...]. Se o equipamento de Roentgen produzira os raios x, então muitos outros experimentadores deviam estar produzindo-os sem consciência disso [...]. Na pior das hipóteses, no futuro diversos tipos de aparelhos muito familiares teriam que ser protegidos por uma capa de chumbo, trabalhos anteriormente concluídos, relativos a projetos da ciência normal, teriam que ser refeitos, pois os cientistas não haviam reconhecido nem controlado uma variável relevante. Sem dúvida, os raios x abriram um novo campo de estudo, ampliando assim os domínios potenciais da ciência normal. Mas também modificaram (e esse é o ponto mais importante) campos já existentes.” Ver em: KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**, p. 134-136.

¹³⁸ Neste sentido, Cerbone fundamenta que “um processo psicológico particular mereça o nome ‘pensar’, ou que um estado psicológico particular mereça o nome ‘pensamento’, indica que possui

O contexto em que surge a fenomenologia é cercado por teorias científicas que se propunham a explicar a realidade sem qualquer interferência “metafísica”.¹³⁹ A fenomenologia, portanto, no sentido husserliano (que não guarda relação nenhuma com a fenomenologia de Friedrich Hegel), caracteriza-se pela “missão de se elevar a uma captação directa de tudo aquilo que nos é imediatamente dado no mundo da consciência e da sua específica objectividade.”¹⁴⁰ E continua: “[...] abstraindo da tendência para dar dessas objectividades qualquer explicação de índole teórico-construtiva.”¹⁴¹

Assim, fenomenologia, em sentido amplo e geral (sem referência a algum autor em específico), caracteriza-se por ser um movimento filosófico que objetiva compreender o fenómeno em si mesmo. Em Edmund Husserl, pode ser compreendido como uma estrutura filosófica de rigor que busca investigar os fenómenos eles mesmos — “o retorno às próprias coisas” —, abstraindo quaisquer posições teóricas *a priori*, constituída na evidência pura da intuição e fundada em um método fenomenológico.

No fundo, trata-se de uma investigação epistemológica radical, que busca verificar a possibilidade concreta de se conhecer a realidade de forma objetiva, tendo como pano de fundo o fato de que tudo que se percebe aparece como correlato à consciência, isto é, à subjetividade humana. Assim, em qualquer âmbito, concluir pela possibilidade objetiva é, naturalmente, deduzir a capacidade de se alcançar a realidade objetivamente. Portanto, a investigação que se seguirá nos próximos tópicos e também na terceira grande seção visa justamente verificar,

uma estrutura lógica: o estado ou processo pressupõe ‘conteúdos ideais’ que podem ser logicamente relacionados, inferencialmente, por exemplo, a outros estados e processos com tais conteúdos. À medida que estados e processos psicológicos participam de tais estruturas e conteúdos ideais, ou seja, à medida que atingem o *status* de pensar e de pensamento, existe, então, por paradoxal que isso soe, uma dimensão não psicológica da psicologia. Em outras palavras, existem aspectos fundamentais definitivos sobre os estados e processos psicológicos que não podem eles próprios ser adequadamente caracterizados em termos psicológicos. Ver em: CERBONE, David R. **Fenomenologia**. Tradução de Caesar Souza. 3. Ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 29.

¹³⁹ Este fenómeno pode ser verificado a partir da obra de Heinz Heimsoeth, na qual este autor explica que “transpondo as fronteiras dos países de origem e os limites do século XIX, conquistou este Nêo-positivismo, orientado no sentido da crítica do conhecimento, uma sólida posição, principalmente na Áustria [...]. Esta doutrina nêo-positivista só admite verdadeiro conhecimento no conhecimento de tipo matemático-científico-natural com as suas categorias lógicas. Pretende expulsar da Filosofia todos os problemas do ser e da realidade, reservados às ciências; êstes, como problemas metafísicos, não passam de pseudo-problemas.” Ver em: HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX**, p. 25.

¹⁴⁰ HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX**, p. 39.

¹⁴¹ HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX**, p. 39.

primeiro, o caráter apodítico da fenomenologia e, segundo, consequentemente, esclarecer a possibilidade ou não da mutabilidade interpretativa do direito e o decisionismo frente à possibilidade *a priori* de uma lógica-formal.

2.3. A possibilidade epistemológica *a priori* do conhecimento objetivo: a ideia de padrão frente ao decisionismo judicial e a estabilidade jurídica

Propõe-se aqui, muito claramente, o desvelamento de uma metodologia do direito capaz de refletir com maior segurança o fenômeno jurídico. Busca-se, por assim dizer, a reversibilidade objetiva na compreensão da interpretação jurídica. Ou, em última instância, que ao menos se possibilite um entendimento jurídico (em sentido amplo) que seja capaz de transcender a mera “escolha” de correntes teóricas pelo julgador no momento de se fundamentar a decisão. Numa síntese, portanto, uma fenomenologia apodítica do direito.

Naturalmente, pôde-se visualizar com certa clareza que com o avançar da presente investigação surgiram mais dificuldades do que facilidades. Em igual sentido, muitas obscuridades ainda se fazem presentes àqueles que não possuem estudos no campo da fenomenologia. Assim, retoma-se, aqui, um breve apanhado propedêutico que servirá como um “norte” provisório e superficial ao que concerne ser o estudo fenomenológico. Ainda, registra-se o fato de que muitos campos não serão suficientemente explorados pela própria limitação de espaço que uma dissertação impõe.

Historicamente, no final do Século XIX, reivindicava para si a Psicologia ser a ciência capaz de fundar uma genuína “teoria do conhecimento” e, igualmente, a lógica. No início do seu percurso, Edmund Husserl não conseguiu se desvencilhar daquilo que hoje chamamos de psicologia descritiva, como se vê em *Conceito do Número*, de 1887. A pretendida superação entre as dicotomias do objetivismo e subjetivismo¹⁴² viria a cair por terra, ainda reduzida em uma espécie de “naturalismo”.

Mesmo com o fracasso inicial, seus esforços deram origem às *Investigações Lógicas*, que, inicialmente, não tiveram a recepção que se imaginava.

¹⁴² E também entre o racionalismo e o empirismo. A motivação deu-se, sobretudo, a partir da forte influência de Franz Brentano (1838-1917), seu professor em Viena.

A objetividade do conhecimento que sempre é, por princípio, subjetiva, investigada por Edmund Husserl, ainda dependeria da superação do psicologismo e do naturalismo. Isso somente foi possível a partir da verificação de que a lógica, ao contrário do que defendiam os psicólogos, não pressupõe a existência de seus objetos, enquanto a psicologia, ciência de fatos, entendia que sim. A isso, explica Husserl que “quando o psicologista considera que a ideia de um certo objeto é formada pela associação de sensações, percepções e outras ideias, confunde os atos empíricos que o sujeito realiza para alcançar tal ideia, com a própria ideia”.¹⁴³ Incorria em erro, então, ao considerar o objeto da lógica “coisas” puramente verificáveis em fatos naturais transcendentais (prescindindo, logicamente, de “generalizações”), enquanto a fenomenologia encontraria na lógica verdades ideais.

Lembre-se de que a estrutura da consciência em Husserl fundamenta-se pela *intencionalidade*. “Este conceito, oriundo da filosofia medieval, significa: dirigir-se para, visar alguma coisa. ‘A consciência é intencionalidade’, significa: toda consciência é ‘consciência de’”.¹⁴⁴ Não é a consciência uma alma ou substância, mas sim uma atividade que se constitui por atos (imaginação, percepção, recordação, emoção, paixão, etc.). “A esses atos Husserl chama *noeses* e aquilo que é visado pelos mesmos são os *noemas*.”¹⁴⁵ O psicologismo, por conseguinte, confunde justamente noeses e noemas, ou seja, os *atos* pelos quais a consciência visa algo e o *conteúdo* do algo visado pela consciência.

Ao proferir uma sentença, por exemplo, o(a) juiz(a) utiliza-se de vários atos da consciência (noeses). Recorda-se, reflete, analisa, sente paixão, raiva, nojo. Diferentes formas de percepção de um *mesmo conteúdo* (noema). Se, hipoteticamente, o magistrado, em sua infância, tivesse sido violentado pelo seu pai, certamente que, em um processo judicial de divórcio, de guarda, ou de qualquer outra natureza que tenha a relação pai-filho, a *forma* (noeses) perceptiva com que encara os fatos (conteúdos-noemas) seria afetada pela intuição emotiva, pela recordação, pela raiva, dentre outras possibilidades.

Tais fenômenos estão relacionados com aquilo que Husserl chama de “ontologias regionais”. Se consciência é sempre consciência *de* algo, significa que

¹⁴³ HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas**: sexta investigação. Col. Os pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1996, p. 8.

¹⁴⁴ HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas**: sexta investigação, p. 7.

¹⁴⁵ HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas**: sexta investigação, p. 7.

tal coisa é *apreendida* em relação à determinada consciência. Sobre esse ponto, diz que “uma vez que o traço essencial da consciência é a intencionalidade, o objeto pode ser considerado como escopo dessa intencionalidade e, assim, transcende a si mesmo.”¹⁴⁶ Diz ainda que: “transcende sua própria existência real, enquanto existência empírica imediata”.¹⁴⁷ Acrescenta: “se se considera que a intencionalidade pode ser polarizada em múltiplas essências, desde a percepção até a ideação, torna-se possível distinguir diversas ‘regiões’ do ser.”¹⁴⁸

Por conseguinte, um mesmo *case* pode ser “visto” por diferentes atos intencionais. Edmund Husserl explica que “por exemplo, um cubo pode ser visado pela percepção e, enquanto essência perceptiva, é distinto do cubo quando visado pela ideia geométrica de volume.”¹⁴⁹ Sintetiza: “Por outro lado, esse mesmo cubo pode ser visado por um ato de imaginação, encontrando-se, assim, uma terceira essência, diferente das anteriores.”¹⁵⁰ Finaliza dizendo que “cada um desses pares [percepção-percebido, imaginação-imaginado, etc.] constitui uma certa *região* do ser, isto é, um certo modo de um ente ser visado pela consciência.”¹⁵¹

A isso, acrescenta-se que a fenomenologia, no plano ontológico, propõe-se como “ciência pura das essências”. Heinz Heimsoeth diz que “fundamentalmente a cada uma das ‘regiões’ dos objectos e das situações objectivas devia corresponder uma ‘corresponder’ uma ‘ciência eidética regional’ própria.”¹⁵² E prossegue: “assim se veio a construir por sobre as Ontologias ‘materiais’ uma Ontologia ‘formal’ na qual se trata de mostrar os fundamentos do ser para as próprias leis da Lógica formal.”¹⁵³ A reivindicação de uma ontologia formal é uma gigantesca revolução científica, deduzida por Edmund Husserl.

O problema que Husserl suscita é, inevitavelmente, como “o mundo real se constitui na consciência?” Justamente tentando responder a tal pergunta que se propõe a investigar a propriedade do ato de pensar, de refletir, etc. Foi nas

¹⁴⁶ HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas**: sexta investigação, p. 9.

¹⁴⁷ HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas**: sexta investigação, p. 9.

¹⁴⁸ HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas**: sexta investigação, p. 9.

¹⁴⁹ HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas**: sexta investigação, p. 9.

¹⁵⁰ HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas**: sexta investigação, p. 9.

¹⁵¹ HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas**: sexta investigação, p. 9.

¹⁵² HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX**, p. 101.

¹⁵³ HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX**, p. 101.

Investigações Lógicas que pôde deduzir, pela primeira vez, ser a lógica *a priori* a epistemologia do conhecimento.¹⁵⁴ A fenomenologia propõe-se, portanto, a expurgar “relativismos” céticos. No bojo do segundo volume das *Investigações Lógicas*, inaugura o que posteriormente viria a ser conhecido como o método fenomenológico. Em 1913, em *Ideias para uma Fenomenologia Pura e Uma Filosofia Fenomenológica*, consegue definitivamente esclarecer alguns pontos ainda em aberto e, finalmente, o rigor de suas meditações acabaria fragilizando definitivamente o psicologismo e o naturalismo, a ponto de que a própria psicologia verificaria para si a necessidade de se estruturar também considerando a fenomenologia, conforme aponta Heinz Heimsoeth.¹⁵⁵

Para começar a responder como o sujeito pode conhecer as objetividades exteriores, estrutura sua filosofia a partir da verificação do objeto do conhecimento, denominado *noema*, e também examina os atos pelos quais a consciência visa determinado conteúdo, nominados por *noese*. Percorre a compreensão de que no nível transcendental o sujeito que intenciona um determinado objeto cria e constitui os seus *noemas* (conteúdos), a partir de determinados atos, isto é, *noeses*.¹⁵⁶ Significa que tudo que sei, tudo que vejo, tudo que desejo é, por princípio, *para mim*. O mundo é o apanhado de *cogitationes* que se constituem em mim. Compreensão semelhante já se via em Kant, ainda que sem maiores aprofundamentos, quando dizia que: “não há nada que possamos dizer sobre a ‘coisa em si’; só podemos falar dos objetos de nossa percepção.”¹⁵⁷ Ou na física moderna, como dito acima, em W. Heisenberg, o qual deduz que “em cada ato

¹⁵⁴ Novamente aqui reside a ideia de que a lógica não poderia ser fundamentada em termos de psicologia e, também, de que as leis da natureza não se aplicariam, identicamente, às leis do pensamento, como propõe o psicologismo.

¹⁵⁵ Sobre este ponto, Heinz Heimsoeth vai dizer que “quem com mais energia e eficácia sustentou esse combate, na transição do século XIX para o actual, foi Husserl, com o primeiro volume das suas *Logische Untersuchungen*. Essa natureza particular, inteiramente sui generis, do espiritual (e antes de mais nada das próprias leis ideais dos valores e dos sentidos), em contraposição a toda a vida e experiência do psíquico (do psíquico-espiritual), tornou-se depois disso, pode dizer-se, geralmente aceita, inclusive da própria Psicologia, e tem sido constantemente aprofundada.” Ver em: HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX**, p. 90.

¹⁵⁶ Sua fenomenologia, neste sentido, consegue resolver o problema cartesiano do *Cogito*. Isso porque sua visão de intencionalidade permite compreender que cada consciência é consciência de alguma coisa, superando o dualismo do *cogito* e do *cogitatum*.

¹⁵⁷ HEISENBERG, W. (1996). **A parte e o todo**: encontros e conversas sobre física, filosofia, religião e política. Rio de Janeiro: Contraponto. Publicado originalmente em 1971, p. 142.

de percepção nós selecionamos uma percepção dentre infinitas outras, o que limitaria o número de possibilidades futuras”.¹⁵⁸

Um advogado ao peticionar, um juiz ao sentenciar, enfim, qualquer que seja a profissão, a constituição do mundo parte da consciência individual. Isso, no entanto, não significa reduzir o mundo a um relativismo absoluto. O que, entretanto, merece uma especial meditação é a tematização de que inexistente um “objeto independente” do observador, isto é, do sujeito pensante. A compreensão dessa forma de se contatar a realidade já aparecia inicialmente em Kant.¹⁵⁹ Em Husserl, o primeiro passo é, sem dúvidas, a adoção do método fenomenológico e sua *epoché* do mundo natural. Não se nega a sua existência, mas se coloca entre parênteses. Essa consciência funda o sentido pela intencionalidade que preenche o vazio do dado à intuição doadora. A formalização do *cogitata* somente acontece, portanto, na consciência.

Justamente por conta disso, a fenomenologia caracteriza-se pela estruturação específica do fenômeno na consciência ou, noutras palavras, da verificação do fluxo imanente de vivências que a constitui. Qualquer saber, em qualquer campo, inevitavelmente, articula com a compreensão dessa lógica. Funciona, assim, como epistemologia geral do conhecimento científico e filosófico, uma vez que, sendo consciência transcendental, constitui por apreensão tudo que é derivativo físico ou natural e também por constituição de preenchimento de significado no plano transcendental de objetificações não físicas. Naturalmente, tematizar a consciência é o escopo da fenomenologia.

Por conseguinte, a fenomenologia, enquanto movimento filosófico, despertou propriamente somente no final do século XIX, ganhando força no início do

¹⁵⁸ HEISENBERG, W. (1952). **Philosophic problems of nuclear science**. New York/London: Pantheon/Faber and Faber, 1952, p. 28.

¹⁵⁹ Immanuel Kant defendia em *Crítica da Razão Pura* que “até agora se supôs que todo nosso conhecimento tinha que se regular pelos objetos; porém, todas as tentativas de mediante conceitos estabelecer algo a priori sobre os mesmos, através do que o nosso conhecimento seria ampliado, fracassaram sob esta pressuposição. Por isso tente-se ver uma vez se não progredimos melhor nas tarefas da Metafísica admitindo que os objetos têm que se regular pelo nosso conhecimento, o que assim já concorda melhor com a requerida possibilidade de um conhecimento a priori dos mesmos que deve estabelecer algo sobre os objetos antes de nos serem dados. O mesmo aconteceu com os primeiros pensamentos de Copérnico que, depois das coisas não quererem andar muito bem com a explicação dos movimentos celestes admitindo-se que todo o exército de astros girava em torno do espectador, tentou ver se não seria mais bem-sucedido se deixasse o espectador mover-se e, em contrapartida, os astros em repouso. Na Metafísica pode-se então tentar algo similar no que diz respeito à intuição dos objetos.” Ver em: KANT, I. (1991). **Crítica da razão pura**. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 14.

século seguinte, a partir da máxima de retorno ao “fenômeno ele mesmo”.¹⁶⁰ A partir dessa síntese, corre-se o risco de equivocadas interpretações acerca do que é fenômeno. A definição acima explicitada — o fenômeno — carrega o sentido de “o que se mostra” e não o que “parece” ou propriamente “aparece”. Aqui reside um grande perigo, pois pode-se confundir a fenomenologia com a ideia formulada no realismo platônico, isto é, na metodologia da reminiscência. A compreensão sobre a fenomenologia, para Husserl, na visão da pensadora italiana Angela Ales Bello, é a de que “as coisas se mostram a nós. Nós é que buscamos o significado, o sentido daquilo que se mostra [...]”.¹⁶¹ Afirma que “todas as coisas que se mostram a nós, pois tratamos como fenômenos, porque conseguimos compreender o sentido [...]”.¹⁶² Por fim, acrescenta que “o fato de se mostrarem não nos interessa tanto, mas, sim, compreender o que são, isto é, o seu sentido.”¹⁶³

As fases ou campos metodológicos da fenomenologia, em ordem crescente, são: *primeiro*, a redução do mundo natural; *segundo*, a *epoché* eidética, instrumentalização à visão de essência, isto é, capaz de possibilitar a compreensão do *a priori* enquanto *eidos*;¹⁶⁴ e *terceira*, a redução histórica. Articulações do empreendimento fenomenológico que, por si só, já garantem ao menos a superação da tão conhecida dicotomia entre sujeito e objeto, realocando-se os dados à consciência do eu, constituinte pleno do mundo.¹⁶⁵

Aliás, a intencionalidade constitui elemento característico à psique humana, uma vez que é a verdadeira fonte da relação de interação entre os “objetos” do pensamento ou, em termos gerais, de quaisquer tipos de intuição, na medida em que tudo que se relaciona com um “eu” se dá em funções intencionais

¹⁶⁰ Nas palavras da filósofa italiana Angela Ales Bello, “Fenômeno é aquilo que se mostra; não somente aquilo que aparece ou parece, e “Logia” que deriva da palavra logos, que para os gregos tinha muitos significados, tais como: palavra, pensamento. Vamos tomar logos como pensamento, como capacidade de refletir. Tomemos, então, fenomenologia como reflexão sobre um fenômeno ou sobre aquilo que se mostra. A Fenomenologia começou como uma escola filosófica cujo pai e mestre é E. Husserl. O seu início sistemático se deu na Alemanha, em fins do século XIX, e na primeira metade do século XX.” Ver em: BELLO, A. A. **Introdução à Fenomenologia**. Tradução: Ir. Jacinta T. Garcia e Miguel Mahfoud. Bauru/SP: Edusc, 2006, p. 17-18.

¹⁶¹ BELLO, A. A. **Introdução à Fenomenologia**, p. 19.

¹⁶² BELLO, A. A. **Introdução à Fenomenologia**, p. 19.

¹⁶³ BELLO, A. A. **Introdução à Fenomenologia**, p. 19.

¹⁶⁴ Compreensão de Essência.

¹⁶⁵ Evidentemente, que a intencionalidade é que garante o sentido e o valor ao dado a partir de suas funções intencionais. A fonte primária de todo e qualquer conhecimento reside, portanto, na consciência.

(eu quero, eu odeio, eu penso, até mesmo quando tento expressar o “nada”, esse “nada” afigura-se como intencionalidade reflexiva do que seria “o nada” em uma investigação), independente da realidade ou irrealidade dos objetos, eis que o ato psíquico permanece inalterado se efetivamente “a coisa” não existir empiricamente. Disso é elementar considerar que o acesso metodológico, com o “mundo entre parênteses”, permite alcançar a consciência pura e o mundo enquanto objeto intencional (“objeto” correlato).

A partir do composto temático verificado nessa seção, pôde-se visualizar que a fenomenologia propõe-se a retirar “os véus teóricos” que sobrepõem os fenômenos, possibilitando não a visão de uma corrente, de uma ideia, de um entendimento sobre um fato ou uma coisa, e sim, a própria intuição pura do que é o fenômeno intencionado, desvelado de qualquer imposição que não revele reversibilidade factual.

Portanto, a presente investigação, semelhantemente à ideia adotada na obra *Teoria Complexa do Direito*, também parte de uma tentativa de superação aos modelos interpretativos do Direito tradicionalmente pesquisados. Igualmente, não se vincula ao procedimentalismo de Robert Alexy, ao pragmatismo de Richard Posner, ou mesmo às teorias da substancialidade de Ronald Dworkin e Lenio Streck. O objetivo aqui não é, necessariamente, refutá-las. Pretende-se, no entanto, com a pesquisa fenomenológica, demonstrar-se um novo caminho à construção da interpretação jurídica.

Alavancando o estudo — que, volte-se a reiterar, possui natureza teórico-prática, pois possibilita a verificação pragmática da análise fenomenológica por evidência —, muitas coisas já restaram preliminarmente respondidas. Não vamos nos ater, novamente, a reprisar conclusões parciais ou fundamentos já tão esgotados ao longo do texto. No entanto, apenas para evitar equívocos, acentua-se, novamente, o fato de que a análise do *case Ellwanger* sugere apenas o pano de fundo para exposições fenomenológicas relacionadas à compreensão do direito em um sentido mais amplo e profundo. Não é, por assim dizer, objeto da pesquisa inspecionar a verificação da constitucionalidade ou não da citada decisão pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, pode-se afirmar, em certo sentido, que o estudo aqui assumiu um caráter geral de “epistemologia do direito”.

Voltemo-nos ao objeto da fenomenologia: o “retorno às coisas próprias elas mesmas”,¹⁶⁶ como já deduzido nas *Investigações Lógicas: Sexta Investigação*. Como explicado por Heinz Heimsoeth, em sua obra,¹⁶⁷ “as interpretações e construções das ciências, assim como da Filosofia especulativa (de natureza metafísica ou transcendental), *vem já depois*; escolhem daí aquilo que lhes interessa”.¹⁶⁸ Refere-se ao fato de que tanto as pesquisas filosóficas, quanto as científicas, partem de construções *sobre* os fenômenos e não *deles* propriamente dito. E prossegue aludindo que justamente “por isso é que aquilo que a Fenomenologia pretende é, precisamente, deixar falar e dizerem tudo os dados da nossa experiência imediata.”¹⁶⁹

A partir da problemática anunciada, Edmund Husserl propõe uma nova forma de se conhecer, isto é, uma nova “epistemologia do conhecimento”, que seja capaz de *unificar* sujeito e objeto, servindo como base elementar para qualquer ciência e, sobretudo, para uma filosofia de rigor. O problema posto sob análise se relacionado ao *case* Ellwanger, enquanto paradigma do presente estudo, não revela tão somente as dificuldades do *como* se interpretar no âmbito do direito. Vai mais além, qualquer investigação que tenha por base um estudo fenomenológico parte, por princípio, do *como* se pode conhecer e interpretar em suas generalidades. Consequentemente, o “retorno às coisas elas mesmas”, proposto nas *Investigações Lógicas — Sexta Investigação*, é precisamente uma tentativa radical de tornar a filosofia “uma ciência rígida”, fundada em um método capaz de sustentar propedeuticamente qualquer ciência.¹⁷⁰

¹⁶⁶ HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas**: sexta investigação, p. 9.

¹⁶⁷ A explicação dada por Heimsoeth é de fundamental importância, pois sintetiza o contexto e o fundamento de princípio da fenomenologia husserliana, que, muitas vezes, escapa às leituras mais atentas. Explica então que: “Antes de encetado o trabalho da elaboração teórica daquilo que nos é ‘dado’, por meio de hipóteses e teorias, antes de toda a discriminação consciente entre o facto e a pura aparência, entre aquilo a que chamamos ‘fenômeno’ e aquilo a que chamamos ‘essência’ (no sentido de: estar por detrás do fenômeno), entre o primordial e o que já é derivado dele, antes de tudo isso, existe já a matéria concreta das nossas ‘vivências’, de tudo quanto nos é dado (dos *Phenomena*), daquilo que ‘se revela por si mesmo’ em toda a sua intuitiva exuberância e riqueza. [...] Deve notar-se que inclusivamente o Positivismo (tanto na sua velha como nova forma) não permite, apesar de pretender o contrário, que os ‘dados’ positivos da experiência que êle recolhe, digam sem preconceitos.” Ver em: HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX**, p. 39.

¹⁶⁸ HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX**, p. 39.

¹⁶⁹ HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX**, p. 39-40.

¹⁷⁰ No prefácio das *Investigações Lógicas* consta a seguinte passagem: “A primeira consiste no fato de Descartes ter imposto à filosofia algo que para Husserl é a pedra do filosofar, isto é, ter imposto a necessidade de um método que obrigue a uma reflexão radical sobre os procedimentos adequados

Reporta-se, assim, a um problema de caráter epistemológico. E, nesse contexto, anuncia-se aqui devidamente o ponto central da fenomenologia: o que interessa, em verdade, no fenômeno, é o seu *sentido*. O sentido das coisas elas mesmas é, deste modo, o próprio objetivo da fenomenologia e da filosofia husserliana, como um todo. Essa mesma interpretação é dada por Angela Ales Bello, ao dizer que “o nosso problema é: o que é que se mostra e como se mostra. Quando dizemos que alguma coisa se mostra, dizemos que ela se mostra a nós, ao ser humano, à pessoa humana.”¹⁷¹ E prossegue afirmando que “em toda a história da filosofia sempre se deu muita importância ao ser humano, àquele a quem o fenômeno se mostra. As coisas se mostram a nós.”¹⁷² E completa afirmando que “nós é que buscamos o significado, o sentido daquilo que se mostra.”¹⁷³ Ainda, diz que “podemos pensar que aquilo que se mostra esteja ligado ao mundo físico [...] mas do que dizer ‘as coisas se mostram’, precisamos dizer que ‘percebemos, estamos voltados para elas’.”¹⁷⁴

Assim, a filosofia inaugurada por Husserl pressupõe que o ser humano possui a capacidade de intuir o sentido das coisas, captando sua essência pelo seu sentido. Dá-se um exemplo: um determinado indivíduo, ao chegar a uma residência aperta a campainha. Todos que estão dentro dessa casa, imediata e intuitivamente, captam que alguém chegou e está ali, “esperando para ser atendido” (compreendem inclusive tratar-se de um ser humano). O sentido da vivência não está no som em si, isto é, não está fisicamente ou naturalmente no fato audível, mas sim no seu sentido, que é “ser atendido”.

Incontinenti, com o exemplo acima, percebe-se que não é tão significativa o fato em si, mas sim o seu sentido, o qual seria o de “chamar alguém a lhe atender”, “avisar-lhe que chegou”. Desta maneira, a própria existência fática é colocada entre “parênteses” para se verificar o seu sentido de ser, isto é, sua

para o pensamento filosófico; a segunda, consiste no fato de Descartes ter encontrado o *Cogito* como primeira verdade indubitável para começar a pensar corretamente. O Cogito, isto é, a subjetividade.” Ver em: HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas**: sexta investigação, p. 12.

¹⁷¹ BELLO, A. A. **Introdução à Fenomenologia**, p. 19.

¹⁷² BELLO, A. A. **Introdução à Fenomenologia**, p. 19.

¹⁷³ BELLO, A. A. **Introdução à Fenomenologia**, p. 19.

¹⁷⁴ BELLO, A. A. **Introdução à Fenomenologia**, p. 19.

essência.¹⁷⁵ Isto significa, em outras palavras, que o Eu Transcendental suspende tudo aquilo que os “eus” carregam enquanto vivências. Não é tarefa fácil deduzir o *como* se chega a uma verificação do fenômeno jurídico. A resposta sugestionada aqui é, portanto, uma tentativa de se estruturar uma lógica *a priori* no direito. O que se pretende, assim, é solucionar com certa clareza aquela “zona de incerteza” que permeia o campo interpretativo do direito, do qual Herbert Lionel Adolphus Hart¹⁷⁶ já havia há tempos verificado. Se existe, conforme suas conclusões, uma zona abrangente, então, a mera aplicação da subsunção torna-se impossível objetivamente.

Especialmente nesse sentido é que se mostra necessária uma pesquisa que seja rigorosa e que tenha a observância de todos os pontos-problema acima referenciados. Mais uma vez, reafirma-se que a “zona incerta” apontada por Hart, e que, conseqüentemente, ocasiona a concretude jurídica do ato discricionário (aliás, o ato discricionário não constitui uma falha ou carência do julgador, mas, pelo contrário, configura-se como único meio possível de julgar a lide, isto é, uma consequência inafastável e necessária), somente se dá por necessidade de princípio. Isso quer dizer que “as construções normativas, em razão de limitações linguísticas, não conseguem contemplar todas as hipóteses de aplicação futura”,¹⁷⁷ e prossegue afirmando: “de modo a resguardar um certo grau de amplitude de escolha à autoridade encarregada de sua concretização.”¹⁷⁸ É inegável que solucionar tal problemática não parece ser algo simples.

Por fim, o percurso dessa segunda seção permitiu verificar algumas conclusões específicas de situações epistemológicas que impactam diretamente o ato decisório, a saber: que o dualismo que vigora desde os gregos em conceber a ideação de *sujeito e objeto* como “coisas distintas” é manifestamente superada a partir da fenomenologia; como consequência da primeira premissa, inevitavelmente,

¹⁷⁵ Sobre este aspecto de sua filosofia que reside a grande divergência husserliana com os denominados positivistas. Como acima explicitado, para Husserl os fatos existem mas não são o mais significativo, pois o importante é captar o seu sentido. Os positivistas, ao contrário, compreendem os fatos como o mais relevante, tentando decifrá-los qualitativa ou quantitativamente, não observando o seu sentido em si, nem mesmo reconhecendo a interferência da subjetividade de quem o observa.

¹⁷⁶ HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

¹⁷⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Tese de Doutorado submetida ao Curso de Doutorado da Universidade do Vale do Itajaí, p. 57.

¹⁷⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Tese de Doutorado submetida ao Curso de Doutorado da Universidade do Vale do Itajaí, p. 57.

o conhecimento, a interpretação e a intuição doadora de sentido, em geral, partem, por princípio, do sujeito cognoscente; que não existe objetividade “fora” do âmbito da consciência (da subjetividade); que toda interpretação que parte de uma “teoria” remonta não ao fenômeno em si, mas sim à sua “película”, que se coloca a sua frente, constituindo uma *lente interpretativa* (eu interpreto a partir de tal corrente, tal teoria); que a visão e a interpretação com base nessas teorias estão, por necessidade apodítica, contaminadas, construindo-se em “relativismos” (o que, obviamente, não quer dizer que uma teoria não possa se aproximar do fenômeno em si e produzir o que se chama de “verdade provisória”, como bem aponta Orlando Zanon).

Contudo, assim como na primeira grande seção pôde-se extrair conclusões importantes ao objeto principal, revelando-se o caráter descritivo da ética como propedêutico de qualquer análise reflexiva, normativa ou aplicada, isto é, seu sentido existencial — o fenômeno ético, propriamente —, eis que não se pode refletir eticamente “do nada”; do mesmo modo, aqui, relevantes proposições conclusivas foram alcançadas. Mesmo que, ao final, não se chegue a uma solução tão firme e definitiva que possa substituir todas as outras, ao menos, assim como nos diálogos aporéticos, já servirá tal pesquisa, fundamentalmente, para evidenciar que as soluções e teorias existentes são insuficientes para torná-las, verdadeiramente, “teorias do direito”, o que não quer dizer, no entanto, que devem ser desconsideradas ou desprezadas, pois, afinal, sem elas, tais discussões teriam sido impossíveis.

CAPÍTULO 3

A FENOMENOLOGIA COMO INSTRUMENTO DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E A SUA ESTRUTURAÇÃO NA SISTEMÁTICA JURÍDICA VIGENTE.

A fenomenologia conseguiu superar de forma radical e originária a dicotomia sujeito-objeto, tão enraizada em nosso modo de pensar, de fazer ciência, filosofia. Não eliminou, por outro lado, o conhecimento por representação, afinal, não parece ser, nem de perto, o seu objetivo. Entretanto, possibilitou, efetivamente, a percepção do fenômeno *ele mesmo, em sua presentificação*. É o intuir o real para

além da película representativa. Retoma-se, aqui, novamente, questões fundamentais para que se possa avançar ainda mais.

Esta terceira seção, certamente, implicará novas dificuldades. Primeiro, pois demanda uma revisitação global daquilo que se apresentou nos capítulos anteriores; e segundo, pela própria reflexão daquilo que se sucederá. Aliás, algumas vezes, tal orientação implicou no refazimento de partes já provisoriamente acabadas, refeitas após novas análises dos trabalhos fenomenológicos husserlianos. O empreendimento inicial de se estruturar uma lógica apriorística e universal não parece ser viável, ao menos agora, num sentido material. Significa, portanto, que não se pode deduzir um caso materialmente verificável em um sentido absoluto e único, justamente pelo fato de que a fenomenologia parte, por princípio, de uma percepção pura de um sujeito que, a partir de si, verifica o fenômeno.

Naturalmente, tais fatos implicam modificações nas formulações já desenvolvidas e que, até o momento, geraram alguns resultados interessantes do ponto de vista fenomenológico. Para que se entenda mais propriamente o que se está deduzindo, a escrita desse trabalho é, por si só, o exercício fenomenológico vivo enquanto vivência dialética reflexiva. Justamente por esse fator que a meditação fenomenológica, metodologicamente, aplica-se a ela mesma. Todos os aspectos mais fundamentais da ciência fenomenológica são, portanto, apropriados num sentido reflexivo: a fenomenologia como ciência dos fenômenos, como analítica intencional, como ciência de rigor e como método.

Como visto, a grande dificuldade inicial de Edmund Husserl foi formular uma matemática universal. Em um primeiro momento, sua tese partiu do próprio psicologismo¹⁷⁹ e que, pelas críticas de Frege, verificou-se insuficiente para a elaboração de pressupostos universalísticos, na medida em que as conclusões elaboradas por Husserl, à época, eram perfilados transcendentais, ou seja, admitindo revisão pelas ciências empíricas por múltiplas perspectivas e, sobretudo, podendo-se chegar apenas à análises parciais e aproximativas, assim como os métodos tradicionais.¹⁸⁰ Não se fundamenta ciência apriorística a partir de ciência empírica.

¹⁷⁹ Movimento que compreendia que todo fenômeno, seja ele físico ou não, possui origem na consciência e é constituído pela consciência.

¹⁸⁰ Dedutivo, indutivo, experimental, probabilístico, etc.

Retoma-se, novamente, as duas principais dificuldades epistemológicas erigidas ao longo da história da humanidade. Tem-se, primeiro, o que se sintetiza aqui como “dualismo”,¹⁸¹ a partir da percepção de que existiria, por assim dizer, *uma* consciência e *um* objeto externo, apartado. Esse dualismo é pressuposto de teorias fundadas ou na ideia de que o mundo é “conhecido” exclusivamente pela consciência, que “constitui” a coisa externa, ou, ao contrário, de que é apreendido pelos “objetos externos em si” e que estes possuem um sentido em si mesmos. Aqui se admite o externo como “existente”. Segundo, rompe-se com o monismo, segundo o qual tudo é fruto do “eu” subjetivo e que nada de real existe externamente. Nessa perspectiva, todo o real se daria unicamente na consciência.

A partir do momento em que o ser humano nasce, constitui-se pela experiência, contatando outros entes. Husserl amplia tal entendimento e diz que o homem não é só experiência, mas, mais do que isso, é vivência, pois além do perceber, possui capacidade de reflexão sobre o percebido. Vivência, portanto, é um modo de ser fundamental do ser humano.¹⁸² Não se aprende a ser intencional, se é intencional pela própria natureza humana. A consciência se constitui como unidade, como síntese de vivências. É independente da volição.

A inspiração husserliana parte das preleções de Franz Brentano,¹⁸³ que entendia a consciência como sendo uma estrutura intencional, isto é, referente a

¹⁸¹ Apenas para referenciar um tipo de teoria que parte, originalmente, de um modo de estruturar o pensamento, não adentrando, obviamente, a especificidade de cada filosofia, cada ciência, religião, etc.

¹⁸² Limitadamente, alguns outros animais também são capazes de “vivenciar” precariamente uma determinada experiência, quando são capazes de apresentar reflexões específicas sobre algo.

¹⁸³ Quando se fala em uma tradição humanitária de conhecimento até se formular as provisórias e inacabadas conclusões fenomenológicas, deve-se ter em mente a complexidade desse estudo e o quão árduo é buscar compreender o pensamento científico-filosófico atual. Franz Brentano, um precursor da fenomenologia, por exemplo, buscou raízes e revisitou desde a filosofia grega até os tempos modernos. Em sua principal obra, *Von der Klassifikation psychischer Phänomene*, mais especificadamente, *im Erstes Kapitel — Überblick über die vorzüglichsten Versuche einer Klassifikation der psychischen Phänomene — 1. Platons Unterscheidung eines begierlichen, zornmütigen und vernünftigen Seelenteils*, vai dizer que “Wir kommen zu einer Untersuchung, die nicht bloß an sich, sondern auch für allefolgenden von großer Wichtigkeit ist. Denn die wissenschaftliche Betrachtung bedarf der Einteilung und Ordnung, und diese dürfen nicht willkürlich gewählt werden. Siesollen, so viel als möglich, natürlich sein und sind dieses dann, wenn sie einermöglichst natürlichen Klassifikation ihres Gegenstandes entsprechen. Wie anderwärts, so werden auch in bezug auf die psychischen Phänomene Haupteinteilungen und Untereinteilungen zu treffen sein. Zunächst aber wird es sichum die Bestimmung der allgemeinsten Klassen handeln. Die ersten Klassifikationen, wie überhaupt so auch auf psychischem Gebiete, ergaben sich Hand in Hand mit der fortschreitenden Entwicklung der Sprache. Dieseenthält allgemeinere wie minder allgemeine Ausdrücke für Phänomene des inneren Gebietes, und die frühesten Erzeugnisse der Dichtkunst beweisen, daß schon vor Beginn der griechischen Philosophie der Hauptsache nach dieselben

algo existente enquanto fenômeno, mas não necessariamente a algo físico. A intencionalidade em Husserl constitui a base epistemológica para o conhecimento científico e filosófico. Não se sustenta o dualismo nem o monismo, como visto. A apreensão se constitui a partir da correlação entre consciência e coisa, em sua síntese intencional ou, noutras palavras, na intencionalidade-correlata. Significa dizer que o ponto de partida que dá origem ao conhecimento é a intencionalidade.

Não se pode falar do perceber sem o percebido. Não existe percepção sem o algo e o algo não pode perceber sem a consciência. Tudo se constitui, portanto, na correlação. A intencionalidade é, pois, o *a priori* da relação. Fala-se, por exemplo, “percebo o computador”, “percebo o carro” ou “reflito sobre esta lei”. O perceber, o refletir, são atos da consciência — *noeses* —, pois nem o computador, nem o carro “percebem, refletem”. O computador só pode ser percebido — *noema* —. Eu só percebo o percebido visando o percebido (pensando, rememorando, imaginando, etc.), ou seja, somente no fluxo de vivência do *a priori* da correlação.

Unterscheidungen gemacht waren, welche noch jetzt eine im Leben gangbare Bezeichnung finden. Bevor jedoch Sokrates zur Definition anregte, mit welcher diewissenschaftliche Klassifikation aufs Innigste zusammenhängt, wurde von keinem Philosophen ein nennenswerter Versuch zu einer Grundeinteilung der psychischen Erscheinungen gemacht. Platon gebührt wohl das Verdienst, hier die Bahn gebrochen zu haben. Er unterschied drei Grundklassen der psychischen Phänomene, oder vielmehr, wie er sich ausdrückte, drei Teile der Seele, von denen jeder besondere Seelentätigkeiten umschloß; nämlich den begierlichen, den zornmütigen und den vernünftigen Seelenteil. Diesen drei Teilen entsprachen, wie wir schon gelegentlich bemerkten, die drei Stände, welche Platon als die hauptsächlichsten im Staate unterschied: der Stand der Erwerbenden, welcher die Hirten, Ackerbauer, Handwerker, Kaufleute und andere umfaßte, der Stand der Wächter oder Krieger und der Stand der Herrscher.” Ver em: BRENTANO, F. *Psychologie vom empirischen Standpunkte* (1874). **Von der Klassifikation der psychischen Phänomene (1982)**. Band 1. Frankfurt: Ontos Verlag, 2008 (PSE I e II), p. 8.

Tradução: 1. A distinção de Platão entre uma parte gananciosa, raivosa e racional da alma Chegamos a uma investigação que é de grande importância não apenas em si mesma, mas também para todas as que se seguem. Pois a consideração científica requer divisão e ordem, e estas não devem ser escolhidas arbitrariamente. Devem ser o mais naturais possível, e são naturais quando correspondem a uma classificação de seu sujeito o mais natural possível. Como em outros lugares, grandes divisões e subdivisões terão que ser feitas em relação aos fenômenos psíquicos. Antes, porém, será uma questão de determinar as classes mais gerais. As primeiras classificações, como no campo psíquico em geral, surgiram de mãos dadas com o desenvolvimento progressivo da linguagem. Este contém expressões mais gerais e menos gerais para fenômenos do reino interior, e os primeiros produtos da poesia provam que mesmo antes do início da filosofia grega eram feitas as mesmas [2] distinções, que ainda encontram uma designação comum na vida. No entanto, antes de Sócrates sugerir a definição com a qual a classificação científica está mais intimamente ligada, nenhum filósofo digno de menção fez qualquer tentativa de uma classificação básica dos fenômenos psíquicos. Platão provavelmente merece o crédito de ter aberto o terreno aqui. Ele distinguiu três classes básicas de fenômenos psíquicos, ou melhor, como ele disse, três partes da psique, cada uma envolvendo atividades psíquicas particulares; ou seja, as partes cobiçosas, iradas e racionais da alma. Correspondendo a essas três partes, como observamos ocasionalmente³, estavam as três propriedades que Platão distinguia como as mais importantes do estado: a propriedade dos prósperos, que incluía os pastores, lavradores, artesãos, mercadores e outros, a propriedade dos guardas ou guerreiros, e a propriedade do Governante.

Refuta-se o monismo, pois a coisa não existe em si mesma, senão na correlação. Igualmente, não existe uma consciência que constitui por si mesma sem o objeto. Novamente a máxima: consciência é sempre *de algo*. O fundamento do fenômeno, portanto, é a consciência.

Husserl descreveu, neste campo de análise, que “é preciso efetuar justamente uma separação inevitável e importante no âmbito das investigações científicas.”¹⁸⁴ E prossegue: “de um lado estão as *ciências de orientação dogmática*, voltadas as coisas, sem nenhuma preocupação com qualquer problemática epistemológica ou cética.”¹⁸⁵ Avança nessa questão, manifestando que de outro lado, “estão as investigações científicas da orientação epistemológica, especificamente filosófica, que se ocupam dos problemas céticos da possibilidade do conhecimento.”¹⁸⁶ Afirma, ainda, que essa forma de percepção da realidade os “solucionam primeiro em generalidade de princípio, para então, pela aplicação das soluções obtidas, tirar consequências [...] dos resultados alcançados nas ciências dogmáticas.”¹⁸⁷

Diferente do entendimento psicológico ou mesmo do senso comum da consciência, como sendo constituída como se fosse um “recipiente”, do tipo quando se diz: “vou guardar na consciência”, ou mesmo como estrutura da personalidade, em Edmund Husserl se vê a consciência em suas formulações mais originárias. Grande parte da história do conhecimento, então, vinculava-se ao entendimento geral do “mundo” enquanto representação. Muitas vezes, a verificação do fenômeno se deu não por conta de uma investigação metodológica, mas por uma percepção involuntária e casual da realidade. A superação radical inaugurada pela fenomenologia pressupõe a compreensão de que existe uma consciência e um objeto — objeto esse que, exteriormente, estamos naturalmente orientados,

¹⁸⁴ HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**, p. 72.

¹⁸⁵ Afirma, ainda, sobre as ciências de orientação dogmática que “partem do dado originário de suas coisas (e no exame de seus conhecimentos sempre voltam a estas) e perguntam enquanto o que as coisas se dão imediatamente e o que, com base nisso, se pode mediatamente inferir para essas coisas e para coisas desse domínio em geral.” Ver em: HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**, p. 72.

¹⁸⁶ HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**, p. 72.

¹⁸⁷ HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**, p. 72.

caracterizando-se como transcendente e, interiormente, enquanto objeto imanente, para uma consciência transcendental.

Para a verificação provisória e incompleta da analítica fenomenológica no âmbito jurídico, talvez seja suficiente todas as considerações introdutórias acerca da verificação do fenômeno jurídico a partir da fenomenologia. As conclusões atribuídas nessa dissertação podem, portanto, serem consideradas críticas construtivas ao modo pelo qual a sistemática jurisdicional opera em sua estrutura fundamental. Não é, entretanto, um problema exclusivo da Ciência Jurídica, uma vez que retrata, antes, um problema eminentemente epistemológico. As subseqüentes análises estão comprometidas em responder ou nortear um novo modo de visão da ciência jurídica em geral e do direito, enquanto objeto.

3.1. A Fenomenologia pura como base à estruturação da lógica-formal *a priori* ao conhecimento jurídico: a possibilidade da visão do Fenômeno Jurídico

O grande problema que move juristas em todo o mundo é descobrir um modo seguro de atestar a realidade dos fatos dentro do ambiente judicial. Estando ou não comprometido com a verdade, é inegável que isso repercute e é primordial ao bom trabalho do Poder Judiciário, sobretudo, ao efetivo resultado da prestação jurisdicional. Existe um contexto político-social que, aflorado por uma série de decisões judiciais controvertidas — especialmente, quando se fala em Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça —, incitam movimentos populistas (pode-se falar, por exemplo, nos pedidos de “impeachment” dos ministros do próprio STF, tão aclamados nas redes sociais), bem como aquilo que virou a “imagem” do Judiciário para muitas pessoas, caracterizada pelo sentimento de descrença na busca pela justiça.¹⁸⁸

¹⁸⁸ A busca pela justiça, aparentemente, não é o principal objeto do direito contemporâneo. Michel Villey retrata esse ponto afirmando que: “Platão rejeitaria vigorosamente a definição do positivismo jurídico segundo a qual o direito seria o conjunto das regras positivas estabelecidas pelo Estado; e seu corolário: o trabalho de jurista consistiria em conhecer (como era o caso das faculdades de direito francesas no começo do século XIX) e aplicar textos de lei. Seu programa de estudos é mais vasto: assim como o médico procura o remédio mais útil, o jurista está à procura da melhor solução. Platão seria igualmente pouco sensível às definições do moderno utilitarismo, para o qual o jurista seria uma espécie de ‘engenheiro social’ (*social engineering*, conforme a expressão de Pound), empenhado em encontrar as leis mais adequadas aos desejos de sua clientela, as mais apropriadas para ‘maximizar os prazeres’ dos indivíduos (Bentham), a potência ou o progresso do grupo. Lembremos aqui o texto do Górgias: às artes malsãs tais como a culinária, a ‘cosmética’ ou a retórica, que se propõem satisfazer os prazeres do povo, Platão opõe as artes autênticas, como a política, que procurariam o

Naturalmente, a investigação aqui proposta não trata de análises do tipo: “o que é a justiça?” O que se pretende, não obstante, é examinar a possibilidade de uma compreensão do fenômeno jurídico que possa ser caracterizado para além da mera representação. Aliás, a compreensão que se tem é de que é insuficiente a justificativa de que “a preocupação é com aquilo que está nos autos e nada além disso”. Isso significa dizer: coloco-me (enquanto julgador) como incapaz de atestar qualquer possibilidade de verdade e, por conta disso, julgo assim mesmo. Pode caracterizar, ainda, a manifesta existência de uma pré-orientação a um modo de percepção, um modo de agir, de ser.

A percepção, portanto, é o passo elementar ao conhecimento de qualquer coisa, pois nada de conhecido pode ser compreendido senão, antes, percebido. Tal perceber é fruto de uma consciência intencional: percebo *isto*, *aquilo*. Não existe o percebido sem uma consciência. Naturalmente, não se reflete sobre o “perceber algo” e sim, comumente, sobre o “percebido”. Desconsidera-se, neste sentido, a diferença entre os atos *perceber* e *percebido* e toma-se por base o conteúdo como se fosse a mesma e única coisa. É justamente por isso que a árvore que interessa para a fenomenologia é a árvore que não queima, é a que não é matéria, que vai além da matéria, é o fenômeno ele mesmo.

Porque o fenômeno é, então, compreendido de tal forma por Edmund Husserl? A pergunta retoma o traço fundamental da fenomenologia, que é a percepção de que “a consciência é sempre de alguma coisa” e, neste sentido, “o objeto é apreendido em relação com a consciência e [...] supera a si mesmo.”¹⁸⁹ Conclui-se, em sequência, como visto, que “ele transcende sua existência real.”¹⁹⁰ Por isso, um fato pode ser analisado sob o ponto de vista biológico, químico, físico, psíquico, pois cada uma dessas camadas corresponde a uma parte do que significa o todo, o fenômeno. A isso se atribui — cada parte de análise — uma ontologia regional.

bem dos homens e da pólis. A finalidade do direito não é, portanto, satisfazer cobiças: nem o enriquecimento geral ou individual, nem a ordem e a segurança (solução que nos remeteria ao positivismo jurídico). A tarefa do jurista é tentar alcançar o bem, que aqui é a justiça: o que implica um programa de estudos mais amplo e difícil do que aquele que nossas concepções correntes propõem hoje.” Ver em: VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 25-26.

¹⁸⁹ HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas**: sexta investigação, p. 9.

¹⁹⁰ HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas**: sexta investigação, p. 9.

Não significa que uma camada tem mais preponderância sobre a outra. Por isso, quando digo: “isso é uma lei”, pode-se interpretar sob o ponto de vista psicológico (o que a lei implica psicologicamente em nós), ou mesmo sociológico (o que reflete socialmente), filosófico, filológico, jurídico, econômico, político, dentre tantas regionalidades possíveis. A ontologia regional já havia sido verificada, em outros termos, por outros pensadores, como prescreve Heimsoeth ao afirmar que “Boutroux parte duma contemplação integral de tôda a realidade no seus diferentes degraus (no que pode ser considerado um precursor da ‘Ontologia Regional’”.¹⁹¹

As proposições anteriores permitem verificar que o naturalismo, que pressupõe a realidade a partir da natureza em si, sobretudo, em relação à analítica física, cai em contradição ao não considerar que “as próprias leis da natureza são já uma criação do espírito.”¹⁹² É contraditório afirmar-se que tudo deve ser verificado na natureza, quando, em verdade, tal proposição serve como uma regra “lógica-apriorística” que determina um modo de agir e que, por princípio, não parte de algo verificável fisicamente.¹⁹³

O que também se mostra relevante e não pode ser desconsiderado é que a vivência também se condiciona a um tipo especial de orientação. Diz Husserl sobre isso que “a consciência teórica em suas diferentes formas e níveis se refere, portanto, a este mundo, *o mundo em que me encontro e que é ao mesmo tempo mundo que me circunda.*”¹⁹⁴ Afirma, também, que “eu estou consciente do mundo como mundo *imediatamente* disponível, são abrangidos pela expressão cartesiana

¹⁹¹ HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX**, p. 124.

¹⁹² HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX**, p. 28.

¹⁹³ Neste mesmo raciocínio, afirma Heimsoeth que: “Além disso, esta ‘Filosofia transcendental’, que admite uma consciência elaboradora e sintetizadora dos dados experimentais por meio das suas categorias *a priori* [referindo-se ao neo-kantismo], rejeita também as pretensões daquela Psicologia que, precisamente pelos fins do século, se constituiu e se generalizou com o nome de Psicologia experimental. Esta Psicologia era a Psicologia que, partindo da observação experimental das sensações e dos factos da memória, procurava compreender com os seus métodos e processos próprios de experiência os factos psíquico-espirituais, enquadrando-os em leis e pretendendo abranger dentro desta província do saber experimental, como suas ciências fundamentais, certas disciplinas filosóficas, tais como a Lógica, a Ética e a Estética e ainda outras (uma nova florescência dêste ‘Psicologismo’, por exemplo, em Th. Lipps). Ora, o Neo-kantismo lutou também contra esta orientação, contrapondo a ‘forma de valor’ *a priori* e ideal à simples ‘vivência’ subjectiva e temporal, a forma ‘crítica’ à forma ‘genética’ dos factos psicológicos.” Ver em: HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX**, p. 29.

¹⁹⁴ HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**, p. 75.

cogito.¹⁹⁵ E sintetiza: “enquanto estou imerso na vida natural, vivo [...] nessa *forma fundamental de vida ‘actual’*.”¹⁹⁶ E finaliza manifestando que “não importa se eu enuncie ou não o *cogito*, se esteja ou não orientado ‘reflexivamente’ para o eu e para o *cogitare*”.¹⁹⁷ Quando se está imerso em orientação natural, percebe-se tudo que se “encontra” no mundo circundante. Não obstante, numa análise, por exemplo, matemática, deixa-se de prestar atenção ao mundo natural para verificar uma orientação de essência, mesmo que o primeiro, por princípio, permaneça à disposição.

A isso se refere, igualmente, a “lei lógica *a priori*” que faz com que o naturalismo entre em contradição. Tal estrutura do pensamento não está direcionada à orientação natural, se verificada a si mesma, embora seu enunciado diga: “volte-se à orientação físico-natural”. Problema similar pode ser identificado quando se questiona se tudo o que se conhece não seria tão somente um problema de linguagem. Tal questão, pela sua natureza, e, considerando-se que a Ciência Jurídica é eminentemente linguística, demanda uma investigação mais apropriada.

3.1.1. O papel da linguagem na percepção fenomenológica

Em se tratando de uma dissertação jurídica e, mais propriamente, de uma analítica fenomenológica do direito, deve-se, agora, aprofundar-se sobre a fundação da linguagem no conhecimento em geral e na percepção da fenomenologia. Não obstante, antes de se adentrar numa verificação fenomenológica, necessário se faz posicionar no que consiste o “problema” da linguagem para o conhecimento em geral.

De modo muito singular, a linguagem já foi por inúmeras vezes objeto de investigação na filosofia e nas ciências. Poder-se-á falar nos gregos antigos, Pedro Abelardo, Guilherme de Ockham, influente filósofo do século XIV, Bertrand Russel, Gottlob Frege, Jean-Jacques Rousseau, Edmund Husserl, Martin Heidegger, Wittgenstein, dentre outros nomes não menos importantes.

¹⁹⁵ HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**, p. 75.

¹⁹⁶ HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**, p. 75.

¹⁹⁷ HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**, p. 75.

Comumente, quando se trata da linguagem enquanto problemática epistemológica, fala-se na dificultosa questão dos universais. Em uma verificação resumida, tal problemática emerge dos comentários de Boécio ao *Isagoge*, obra de Porfírio e que trata de uma análise das *Categorias* de Aristóteles. O que é levantado por Boécio é se os universais existiriam em si mesmos, como as espécies e os gêneros, ou são meramente representações mentais. Se forem então entendidas como representações mentais, seriam “independentes” das coisas?

Tal problemática é abordada por várias vertentes filosóficas. No entanto, para o objeto desse estudo, limitar-se-á àquelas que mais interessam à pesquisa.¹⁹⁸ Uma doutrina muito conhecida é o “conceitualismo”. Em *Lógica para Principiantes*,¹⁹⁹ Pedro Abelardo trata do tema e refere que os universais são meramente conceitos produzidos pelo homem, ou seja, descrições *sobre* coisas. Sua função primordial seria unificar e dar sentido ao entendimento de objetos a partir de suas características elementares. Em compreensão diversa, Guilherme de Ockham²⁰⁰ advoga pelo “nominalismo”, do qual, assim como para Roscelino, os universais não passariam de palavras sem qualquer correspondência real e objetiva. Justifica sua posição, Ockham ao afirmar na sua célebre frase que “*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*.”²⁰¹ Faz-se suficiente a introdução ao tema a partir da descrição provisória de uma parte da discussão sobre o problema da linguagem e do conhecimento em geral. Em suma, a filosofia da linguagem se estrutura como análise (sua natureza e funcionamento) ou crítica da linguagem enquanto objeto de estudo para problemas filosóficos, diferentemente da função instrumentalista presente na filosofia grega.

Tendo estabelecido a premissa acima, vagarosamente, analisa-se o que prescreve Edmund Husserl no § 23. *Esponsaneidade da Ideação. Essência e Ficto*. Questiona ele: ‘Não é, porém, verdadeiro e evidente, objetar-se-á, que conceitos ou, se se preferir, essências como ‘vermelho’, ‘casa’ etc., surgem, por

¹⁹⁸ Não se falará, portanto, em “realismo platônico e aristotélico”.

¹⁹⁹ ABELARDO, Pedro. **Lógica para Principiantes**. São Paulo: Unesp, 2006.

²⁰⁰ Aqui cabe a menção também de que alguns estudiosos compreendem que Guilherme de Ockham defende, na verdade, um misto entre nominalismo e conceitualismo.

²⁰¹ “Entidades não devem ser multiplicadas além do necessário.”

abstração, de intuições individuais?”²⁰² E prossegue: “e não *construímos* arbitrariamente conceitos de conceitos já formados?”²⁰³ Em resposta, manifesta: “trata-se, portanto, de produtos psicológicos.”²⁰⁴

Diz Husserl na *Sexta Investigação* que “todo pensar, e sobretudo todo pensar e conhecer teóricos, perfaz-se em certos ‘atos’ que surgem em conexão com a fala em que se exprimem.”²⁰⁵ Adentra-se, mais afundo, propriamente, no que Husserl vai chamar de “significação” ou ideia de “significação”. Nas investigações Lógicas deduz “a significação das expressões está na essência intencional dos atos correspondentes.”²⁰⁶ Mas quais atos são capazes de exercer ou possibilitar significações? Simplificadamente, tal problemática nos conduz, novamente, ao cerne epistemológico que, no mais das vezes, diz respeito ao modo como podemos ou não conhecer a realidade.

Questiona-se, comumente, se de fato a linguagem é, em si, “conhecimento” ou se apenas “representa”, “instrumentaliza” em ideação conhecimento percebido. Em síntese, quando um juiz diz: “essa Lei é ‘A’”, está dizendo que a fala apenas expressa um fenômeno psicológico, ou seja, reflete a eventos exclusivamente da consciência subjetiva, nada existindo “externamente”, sendo apenas “representado” e “constituído” em ideação, ou, ao contrário, seria sempre pela linguagem que chegamos aos conceitos de objetos “externos reais”, nada inferindo à subjetividade? Muitas outras questões podem ser levantadas sobre

²⁰² HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**, p. 68.

²⁰³ HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**, p. 68.

²⁰⁴ Diz ainda que “a aproximação, porém, de essência e consciência fictícia poderia provocar hesitação quanto à ‘existência’ das essências. A essência não é uma ficção, como querem os céticos? Assim como, no entanto, a aproximação de ficção e percepção, sob o conceito mais geral de ‘consciência intuitiva’, compromete a existência de objetos dados em percepção, assim também a aproximação que se acaba de efetuar compromete a ‘existência’ das essências. As coisas podem ser percebidas, recordadas e, por isso, delas se pode ter consciência como coisas ‘efetivas’ ou ainda, em atos modificados, como coisas duvidosas, como nulas (ilusórias); finalmente ainda, numa modificação completamente outra, delas se pode ter consciência como coisas ‘meramente vislumbradas’ e *como se fossem* reais, nulas etc. É de todo semelhante o que ocorre com as essências, e a isso está relacionado que também elas, como os outros objetos, podem ser visadas, ora correta, ora falsamente, como, por exemplo, no raciocínio geométrico falso. A apreensão e a intuição de essência, porém, são um ato multiforme, e especialmente *a visão de essência é um ato doador originário e, como tal, o análogo da apreensão sensível e não da imaginação.*” Ver em: HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**, p. 68-69.

²⁰⁵ HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas**: sexta investigação, p. 25.

²⁰⁶ HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas**: sexta investigação, p. 26.

esses pontos. No entanto, a perspectiva fenomenológica é, por princípio, suficiente para respondê-las, não por “englobar” todas as visões teóricas, mas sim pelo fato de que parte de uma investigação eminentemente epistemológica e também por ser a fenomenologia, em si mesma, um método que visa não uma teoria, mas o fenômeno.

Retomando-se, a linguagem não pode ser reduzida à explicitação de um mundo “físico-empírico”, como propõe parte da filosofia analítica. Aliás, o que se pôde compreender até agora é que, em verdade, o físico é somente uma camada da ontologia regional de um fenômeno muito mais complexo e amplo. Quando se diz, atualmente, que a linguagem é formada por “jogos de linguagem”, acepção teórica mais popular, difundida a partir de Wittgenstein²⁰⁷, diz-se, em sentido estrito, que existe uma lógica apriorística que define a comunicação, verificada na prática cotidiana. Seria correto falar-se, então, que a estrutura formal define a comunicação.

Outros dois pontos considerados relevantes, como visto, são o nominalismo e o conceitualismo. Entretanto, colocando-se tudo “entre parênteses”, inclusive, a fenomenologia ela mesma, em sua redução histórica, poder-se-á extrair que ao menos três pressupostos são eidéticos ao fenômeno da linguagem. Primeiro, seria contrassenso dizer qualquer coisa ao contrário de que o objetivo fundamental da linguagem é *comunicar algo*. É evidente que quem comunica quer o entendimento do outro, assim como o estudo em questão tem, por objetivo, ser compreendido. Contudo, resta saber o papel da linguagem em relação ao conhecimento em geral.

No case Ellwanger, uma das principais discussões era se de fato o livro representaria anti-semitismo e se, por consequência, seria uma espécie de “apologia ao nazismo” e, conseqüentemente, uma desvirtuação de fatos históricos. Em todos esses pontos, existe uma mensagem comum que serviu de análise aos magistrados que se debruçaram, desde o primeiro grau, no julgamento desse processo. A exemplo, no livro intitulado *Holocausto judeu ou alemão — nos bastidores da mentira do século*, de 1987, Ellwanger sustenta a tese de que inexistiu câmaras de gás nos campos de concentração e que isso não passaria de uma invenção. Nesse

²⁰⁷ Interessante é que Wittgenstein empurra a si mesmo um contrassenso ao querer afirmar ser possível somente o empírico, sendo que o fundamento apriorístico das suas afirmações, em última análise, é o próprio pensamento e, mais do que isso, o pensamento lógico, que, pura e simplesmente, não depende, de nenhum modo, da verificação natural. Ver em: WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

ou em qualquer outro julgado, entender a estrutura da linguagem se mostra fundamental para a compreensão do fenômeno jurídico.

Com vistas ao objeto da linguagem que é a comunicação, poder-se-á verificar três estruturais essenciais que formam a unidade linguística-comunicacional. A *primeira*, é a intuição do fenômeno em si visado pela consciência intencional de um determinado indivíduo. Lembre-se, foi possível constatar, anteriormente, que a história do conhecimento foi verificada, grosso modo, pela radicalidade dos “monistas”, para os quais tudo que se conhece é produto da consciência, da psique, da alma, não existindo nada de objetivo externamente; e, por outro lado, pelos dualistas, que admitem a existência de coisas “externas” e “internas”. A descoberta da intencionalidade, na forma de Brentano, e, posteriormente, por Edmund Husserl, revelou-nos, primordialmente, a real possibilidade de superação de tais problemáticas no campo epistemológico e, mais do que isso, como a consciência opera em suas generalidades.

Isso quer dizer, em resumo, que o que se verifica é sempre “o fenômeno”, ou, comumente nas ciências de orientação natural e, inclusivamente na Ciência Jurídica, uma região do fenômeno. Quer dizer que se despreza cada forma de se averiguar a realidade? Obviamente que não, mas quando as ciências reivindicam a legitimidade para atestar a realidade, estão, em geral, dogmatizando uma parcela do fenômeno. Diz, por exemplo, “*Was ist der Baum?*” Em resposta, o químico vai dizer que é o ente físico constituído por tais e tais moléculas, átomos, celulose, etc.; o físico vai reivindicar seus componentes físicos; o biólogo os fatores biológicos; o sociológico pode explicar a árvore como sendo “o pulmão da terra”, assim como poderia fazê-loo político; o psicólogo pode compreender como uma representação psicológica, por exemplo, no sentido freudiano, “em seu sonho representou uma árvore”, que tipo de limitação psíquica pode indicar?; tantas outras poderiam explicitar a mesma parcela de fenômeno: “árvore”.

Retomando-se ao primeiro ponto, então fica claro que o fundamental à comunicação em geral é a percepção do fenômeno, pois o perceber, como visto, é sempre perceber algo e esse perceber algo já pressupõe, por sua própria natureza, a linguagem. Não é um perceber *pela* linguagem e sim *na* linguagem. Significa dizer que as formas linguísticas que conhecemos e “possuímos” implicam e inferem no modo como constatamos e conhecemos a realidade. Por isso pode-se dizer que “o

leigo percebe a Lei A”. Eu percebo “estar com sede ou fome”, eu percebo o “acidente no trânsito”, etc. Isso não quer dizer, obviamente, que esse perceber significa, epistemologicamente, compreender a Lei A em todas as suas variáveis. Ou seja, todo fenômeno comunica o tempo todo. Toda ação humana perpassa essa intencionalidade e ela se dá *na linguagem, mesmo quando não a compreendemos, pois não a entendemos, muitas vezes, também por uma limitação linguística*.

O *segundo ponto* diz respeito a uma esfera mais profunda da comunicação. No parágrafo anterior, restou claro que a comunicação e a linguagem não dependem, propriamente, de uma língua em específico. A comunicação enquanto objeto da linguagem é, por essência, um modo de ser de todo ser vivo que pode perceber, não se limitando ao ser humano. Agora, quando dois magistrados discutem sobre o *case Ellwanger*, por exemplo, e argumentam sobre se de fato tal conduta caracteriza crime de anti-semitismo ou se, por outro lado, o conceito de “raça” não existe em si, senão enquanto mera categoria, de modo que não poderia ser considerado crime, aí, neste cenário, está-se falando de uma linguagem que pressupõe uma língua.

Essa língua serve como intercambiável para expressar o fenômeno intencionado. No exemplo mencionado, o “*case Ellwanger não pode perceber*”, mas, como visto, pode ser percebido, percebido por uma consciência. Quando os dois magistrados “percebem” o mesmo fenômeno e desejam, no fluxo de vividos, “trocar” informações, conhecimentos, precisam de um canal comunicativo, que é expressado pela língua (geralmente pela “*Muttersprache*”) e que, propriamente, poderia ser o português, inglês, alemão, dentre outras. Evidentemente, que no nível de comunicação referenciado, essa “língua” precisa ser do entendimento comum, pois senão, mesmo tendo como intencionado o mesmo fenômeno, criar-se-ia, por consequência, uma barreira comunicativa. Essa linguagem, no cotidiano, não necessariamente precisa de um desenvolvimento completo, sobretudo, gramatical. Justamente por isso, crianças em fase de desenvolvimento conseguem comunicar palavras “aproximadas” daquelas gramaticalmente corretas, do mesmo modo que um alemão, por exemplo, consegue expressar algumas palavras no português, mesmo que errando o gênero e também sua pronúncia. Nada impede, no entanto, em absoluto e por necessidade, o entendimento.

Pressupõe-se, na exemplificação referida, o entendimento mútuo da língua. Poderia ser questionado se isso é suficiente para o entendimento do fenômeno, isto é, para a comunicação entre esses dois magistrados? A resposta mais simplista poderia atestar que sim. Mas aqui inclui-se um terceiro elemento, igualmente importante. Introduce-se a intencionalidade linguística, que não guarda nenhuma relação ou equivalência à intencionalidade da consciência ou fenomenológica, enquanto síntese da correlação. Para evitar mal entendidos, em língua portuguesa, pode-se utilizar também a expressão “propósito”.

Neste sentido, viu-se que o primeiro ponto é a percepção do fenômeno. O segundo, a compreensão de uma língua enquanto canal comunicativo e, agora, o terceiro, o propósito-linguístico. Mas o que afinal significa esse “propósito-linguístico”? Suponha-se que um indivíduo, em um dia qualquer, diga a seguinte frase: “hoje vou correr no trabalho.” O que quer dizer, qual o sentido? Já foi suficientemente esclarecido que a nossa percepção é diferente da percepção animal, pois além do horizonte físico, captamos imediatamente o sentido e, por isso, constituímos uma percepção intelectual, racional.

Na proposição acima, existem vários “sentidos” possíveis. Pode ser alguém que efetivamente vai correr no trabalho no sentido fisiológico. Ou alguém que vai correr no sentido de trabalhar muito. Ou ainda alguém que quer “fugir” da atividade laboral. Muitas outras percepções seriam possíveis. No entanto, o empreendimento comunicativo pressupõe, por princípio, um propósito intencional, de quem quer informar um fenômeno e por isso somos capazes de compreender. Quando, nessa linha, escrevem-se tais frases e parágrafos, tem-se um propósito particular, que é o entendimento do leitor.

Em suma, linguagem pode ser compreendida como uma estrutura sistemática, orientada, natural *e/ou* artificialmente, mediante complexo conjunto de signos verbais e não verbais, articulados com a finalidade de concretizar a comunicação.

Portanto, o que se torna evidente é que a linguagem não é, por princípio, um “instrumento externo” que o ser humano constrói. Muito pelo contrário, a linguagem é uma faculdade da natureza animal em potência, que pode se transformar em ato, nos mais variados níveis comunicativos, a partir do seu desenvolvimento. Por isso a linguagem humana se difere dos demais animais. A

criação de línguas, gestuais, símbolos, etc., é apenas a expressão natural dessa potencialidade. Para o entendimento mútuo,²⁰⁸ os três pontos acima se mostram fundamentais: (i) a intuição (visão geral) do fenômeno em si visado pela consciência intencional; (ii) A língua-simbólica como intercambiável (pois direciono ao outro — canal comunicativo) para expressar o fenômeno intencionado; e (iii) o propósito-linguístico (o que quero expressar ao dizer, em qual sentido?). É evidente que pela estrutura da consciência humana, como visto nos capítulos anteriores, que esses atos se dão, todos, simultaneamente.

3.2. Os reflexos do decisionismo judicial e a percepção pautada na representação

As dificuldades verificadas nos capítulos anteriores revelam a necessidade de uma certa cautela em relação ao tópico que se segue. Se se pegar por base “teorias” ou mesmo “movimentos” caracterizados como “decisionistas”, talvez não se chegue a um consenso sobre o que, de fato, é ser decisionista. Não raras vezes a atitude decisionista é conceituada como sinônimo de ativismo, solipsismo, dentre outras categorias. Mostra-se, pois, inviável tentar uma unificação de correntes sobre esse ponto.

Não obstante tais fatores, mais importante do que a analítica sobre teorias é buscar verificar o fenômeno em si e, mais propriamente, o fenômeno que, em percepção, caracteriza o que comumente se atribui como sendo decisionismo. Nas investigações realizadas na segunda seção, verificou-se que o sentido comum e presente em mais de uma configuração de “decisionismo” é a exigência de um julgamento que parta, por princípio, de *preconcepções*. Aqui poderia ser questionado: existe a possibilidade de se julgar sem pré-conceitos?

Preconcepções, neste sentido, podem ser compreendidas como valores, intenções, manifestações pessoais, normas, hábitos, que estão presentes e que influenciam numa fase, pode-se dizer, de pré-julgamento, ou seja, que define o resultado antes de uma verificação real e exaustiva do caso concreto ou mesmo de um aprofundamento de todas as circunstâncias. Existe, portanto, um

²⁰⁸ Não é, em igual sentido, importante em idêntica grandeza os mesmos fatores (“i”, “ii” e “iii”) para a compreensão individual do fenômeno, embora, em toda a forma de conhecer, os três estejam presentes, ainda que considerando apenas o indivíduo isoladamente.

condicionamento de uma diretiva, de uma direção, de um agir não propriamente e necessariamente consciente (consciente aqui no sentido de que percebo em mim a existência de pré-conceitos. É um “dar-se conta”) ou fundamentado. Sobre isso, Husserl em § 30. *A tese geral da orientação natural*, já manifestava que “uma vez que teorias significam aqui toda e qualquer espécie de preconcebimento, nestas investigações nós nos manteremos rigorosamente afastados delas.”²⁰⁹

Em uma leitura atenta, pode-se deduzir que em um sentido fenomenológico o preconcebimento, mesmo possuindo um caráter puramente neutro frente à redução, apresenta-se e mostra-se como *representação*. Não é um ver do fenômeno em si, mas sim de uma camada sua. Uma dimensão sobreposta. Já é uma teoria que busca a adequação ao fenômeno. Em orientação fenomenológica, o primeiro pressuposto é um visar que suspenda o juízo de todas as teorizações existentes.

Se, então, o pressuposto científico é o método fenomenológico, em qualquer âmbito, pode-se extrair que por dedução lógica a ciência jurídica, regionalmente situação, para que se possa chamar de “ciência” e, mais do que isso, para que possa atestar e verificar o fenômeno ele mesmo, deve revisitar suas estruturas metodológicas e, em correspondência ao seu campo de atuação, buscar explicar mecanismos que possam, de fato, fomentar uma sistemática orgânica, coerente e que, em atuação jurisdicional, prime pela realidade casuística.

Naturalmente, o que se pretende nessa dissertação é possibilitar uma verificação global da Ciência Jurídica a partir da metodologia fenomenológica e como isso pode, efetivamente, contribuir para a nossa ordem jurídica. Registra-se e reitera-se expressamente a palavra “contribuir”, pois por mais complexa que possa parecer, aqui se enxerga uma possibilidade concreta de um novo olhar sobre o direito.

No capítulo a seguir, maiores detalhes poderão ser elucidados a respeito das questões aqui suscitadas, bem como nos demais tópicos dessa investigação e que até o momento permaneceram em aberto.

²⁰⁹ HUSSERL, Edmund. *Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica*, p. 77.

3.3. A Fenomenologia por de trás da ideia de padrão e a concreta possibilidade de uma Lógica Formal que garanta a segurança jurídica na pesquisa e aplicação do Direito

3.3.1. O método fenomenológico como pressuposto de validade ao conhecimento jurídico

Pôde-se verificar que a fenomenologia, enquanto ciência das ciências, em uma das suas possibilidades investigativas, atua, precipuamente, como método de rigor.²¹⁰ Ao contrário das demais, a fenomenologia fornece a si própria os fundamentos basilares. Alguns dos fatores mais elementares já se mostraram suficientemente esclarecidos. No entanto, nos parágrafos seguintes, algumas considerações importantes deverão ser feitas para que se possa, ao menos, explicitar conclusões que, no contexto fenomenológico da investigação, podem ser consideradas provisórias. Também o método fenomenológico deve, por princípio e consequência de validez, se aplicar à própria dissertação e tudo o que se pôde produzir até aqui.

O racionalismo produzido por René Descartes gerou, na visão de Edmund Husserl, consequências profundas no modo de se pensar na modernidade. Pode-se explicitar, a exemplo, o afastamento ou incompreensibilidade dos problemas da razão pura ou metafísica; naturalismo e psicologismo; especialização das ciências e, em alguma medida, da própria filosofia; dentre outras influências. O naturalismo fisicalista, neste contexto, adota a concepção de que o mundo físico é um mundo “dado” e é possível de ser compreendido independentemente da “interferência” do sujeito ou, noutras palavras, da inferência da consciência. O psicologismo, por outro lado, pressupõe ingenuamente que todo fenômeno tem origem psíquica, isto é, todo fenômeno físico é constituído no psiquismo, na consciência.

O mais interessante é que René Descartes, por mais que tenha influenciado tanto o naturalismo quanto o psicologismo, estruturou uma parte central do seu pensamento na ideia de um *ego cogito*, isto é, uma *epoché* radical do

²¹⁰ Outras possibilidades são a fenomenologia enquanto ciência dos fenômenos, enquanto analítica intencional, enquanto investigação epistemológica ou ciência de rigor.

conhecimento e da eliminação geral de todo e qualquer pre-concebimento (atingindo não só a validade das ciências e da filosofia, mas do mundo em geral — pré- e extra-científico). Significa dizer, com isso, que para o filósofo francês o conhecimento deve (deveria) estar fundado, por princípio, em evidência pura excluída de qualquer dúvida possível. É curioso notar tantas teorias herdeiras do cartesianismo que, simplesmente, desconsideram tal princípio e, justamente ao contrário, adotam tantos pré-requisitos quantos forem necessários para o dito “científico”. A validade da *epoché* cartesiana não constitui, portanto, um agnosticismo. Ao contrário, ao suspender a veracidade do ser e não ser em geral, consegue alcançar uma verdade absolutamente apodítica, que é o “eu sou”, aquele quem opera a *epoché*. A descoberta radical do *cogito* é o ponto de partida de Edmund Husserl.

Como visto, o fenômeno é expressado por múltiplas camadas. Para ser mais preciso, quer dizer que existe sobreposição de uma ciência à outra? Evidentemente que não. O que as diferencia é a ontologia regional ou, singularmente, o resíduo fenomênico de verificação. Não obstante, cada resíduo já é, em algum sentido, a representação do fenômeno em intuição. Significa dizer, portanto, que o que se vê não é a totalidade do fenômeno “árvore” e sim uma particularidade. Em termos fenomenológicos, Edmund Husserl inaugura e funda a compreensão radical de percepção de que cada uma dessas “camadas” já está no nível da representação, pois formam, de algum modo, uma “película”, uma teoria sobre o fenômeno. O que opera antes, portanto, é a percepção originária na forma de doação, do fenômeno como se mostra ele mesmo.

Em *Crise das Ciências Europeias*, Husserl evidencia que o problema radical do pensamento moderno é, em verdade, uma deficiência na demonstração de um fundamento definitivo no modo de operar a racionalidade humana no campo científico e filosófico, fruto do insucesso das principais correntes filosóficas, a saber, o subjetivismo transcendental e o objetivismo naturalista. Esse problema é posicionado logo no primeiro capítulo da *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie. Eine Einleitung in die phänomenologische*

Philosophie.²¹¹ Ainda, afirma que a história da teoria do conhecimento perpassa essa tensão entre objetivismo e transcendentalismo.²¹²

A hipótese lançada no início deste percurso investigativo era justamente evidenciar que o problema da interpretação do direito é, em suma, um problema de anticientificidade. Isso não quer dizer que a pesquisa, a doutrina jurídica, etc., não sejam científicas. Quer dizer, no entanto, que a prática forense, de modo geral, carece de bases científicas. Aliás, diferentemente do psicólogo, do economista, do físico, do biólogo, que nas suas atividades ordinárias utilizam-se dos métodos científicos, não se vê, nem mesmo em grau parecido, tal preocupação nas ocupações dos operadores do direito (promotores, advogados, magistrados, dentre outros).

Neste momento, inclusive, cabe definir o conceito “interpretação”, em um sentido amplo, como sendo a captação do signo visado, fenomenologicamente, disponível em seus múltiplos perfis acessíveis à intuição. Em um sentido restrito, especifica também o modo como o signo visado é tratado pelos modos de percepção (atos de consciência), na síntese da intencionalidade, enquanto “objeto” visado.

²¹¹ Diz Edmund Husserl: “Ich muß darauf gefaßt sein, daß an dieser den Wissenschaften gewidmeten Stätte schon der Titel dieser Vorträge: „Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die Psychologie“ x) Widerspruch erzeuge. Eine Krisis unserer Wissenschaften schlechthin, kann davon ernstlich gesprochen werden? Ist diese heutzutage vielgehörte Rede nicht eine Übertreibung? Die Krisis einer Wissenschaft besagt doch nichts minderes, als daß ihre echte Wissenschaftlichkeit, daß die ganze Weise, wie sie sich ihre Aufgabe gestellt und dafür ihre Methodik ausgebildet hat, fraglich geworden ist. Das mag für die Philosophie zutreffen, die ja in unserer Gegenwart der Skepsis, dem Irrationalismus, dem Mystizismus zu erliegen droht. Soweit die Psychologie noch philosophische Ansprüche erhebt und nicht bloß eine unter den positiven Wissenschaften sein will, mag für sie dasselbe gelten. Aber wie könnte geradehin und ganz ernstlich von einer Krisis der Wissenschaften überhaupt, also auch der positiven Wissenschaften gesprochen werden: darunter der reinen Mathematik, der exakten Naturwissenschaften, die wir doch nie aufhören können als Vorbilder strenger und höchst erfolgreicher Wissenschaftlichkeit zu bewundern? Gewiß erwiesen sie sich im Gesamtstil ihrer systematischen Theoretik und Methodik als wandelbar. Sie durchbrachen jüngst erst eine in dieser Hinsicht unter dem Titel klassische Physik drohende Erstarrung, drohend als vermeintliche klassische Vollendung ihres jahrhundertlang bewährten Stils.” Ver em: HUSSERL, E. **Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie. Eine Einleitung in die phänomenologische Philosophie**. The Hague: Martinus Nijhoff, 1976, I, 1.

²¹² “Die ganze Geschichte der Philosophie seit Auftreten der „Erkenntnistheorie“ und der ernstlichen Versuche einer Transzendentalphilosophie ist eine Geschichte der gewaltigen Spannungen zwischen objektivistischer und transzendentaler Philosophie, 10 eine Geschichte der beständigen Versuche, den Objektivismus zu erhalten und in neuer Gestalt auszubilden, und andererseits der Versuche des Transzendentalismus, der Schwierigkeiten Herr zu werden, welche die Idee der transzendentalen Subjektivität und die von daher geforderte Methode mit sich führen.” Ver em: HUSSERL, E. **Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie. Eine Einleitung in die phänomenologische Philosophie**, § 14, 10, p. 71.

Naturalmente, o sistema jurídico, especificadamente, o brasileiro, não consegue ver que o problema da insegurança jurídica, do “decisionismo”, da “subjetividade”, está na praticamente inexistente preocupação de formar os operadores do direito de modo que possam ter condições (especialmente, os magistrados) de visualizar uma epistemologia base da ciência jurídica. Será que seria coerente a sociedade exigir respostas mais maduras do Poder Judiciário pautadas numa compreensão adequada da lei, justa e capaz de proporcionar ao magistrado a percepção do fenômeno jurídico *ele mesmo* no caso concreto, sem que se estabeleça, por princípio, uma epistemologia base do direito?

Provisoriamente, verifica-se que o problema do decisionismo e da insegurança jurídica se relaciona na atitude anticientífica da orientação pressuposta. Tal atitude, em fenomenologia, representa que o visar e o visado se codificam em termos de representação. Não é um ver do fenômeno em si. Sendo uma representação oriunda de um preconcebimento, significa que cada preconceito base, individualmente considerado, pode sustentar uma decisão particular e completamente imprevisível. É uma dimensão sobreposta, ou seja, uma teoria que busca a adequação ao fenômeno. Em orientação fenomenológica, o primeiro pressuposto é um visar que suspenda o juízo de todas as teorizações existentes.

Neste sentido, servindo o método fenomenológico como base ao conhecimento científico e filosófico, por consequência lógica, deduz-se aplicável em igual medida à ciência jurídica.

3.3.2. O método fenomenológico no Sistema Jurídico

Quando se fala em “sistema”, não é necessário apontar em maiores detalhes o sentido no qual se atribui a referida expressão. Para facilitar a pesquisa e, sobretudo, pelo compromisso assumido de que nos importa aqui encontrar soluções relevantes ao *nosso* sistema jurídico, parte-se de algumas questões suscitadas no julgamento do *case* Ellwanger, o que permitirá deduzir algumas conclusões provisórias de tudo o que foi exposto até então. Em teoria jurídica, uma das questões mais triviais é saber se de fato poderia haver um “padrão de julgamento” ou algum tipo de decisão que, em um contexto mais amplo, poderia ser considerada em termos objetivos.

Para além de tais questões, alguns outros pontos tomados como basilares no contexto das decisões judiciais também merecem passar pela análise do que se denomina como orientação fenomenológica. Refere-se, aqui, aos referenciais de imparcialidade, subordinação ao caso concreto e à lei, dentre outros. Inclui-se, igualmente, toda e qualquer acepção, teórica e pragmática, de “justiça”. Ainda, não se pode deixar de colocar “entre parênteses”²¹³ toda e qualquer estrutura positivista, tão engessada na concepção de uma sistemática lógica que pudesse afastar contradições, lacunas e que, metodologicamente, tivesse o caráter de nortear a aplicação do direito pela pragmática subsunção, “afastando-se” o julgador, na condição de intérprete, acerca do objeto interpretado. Suspende-se o juízo, por conseguinte, de qualquer posição ou teoria, inclusive, daqueles que compreendem ainda que ao juiz cabe apenas “expressar a vontade do legislador”, não sendo um constituinte do direito (o famoso “boca da lei”).

Igualmente, fatores naturalmente humanos são parentezados em prol do objetivo dessa investigação. Assim, por exemplo, questões econômicas, religiosas, políticas, sociais, familiares, ou de qualquer outra natureza, e que empregam uma carga de influência, maior ou menor, a depender do caso concreto, devem ser tiradas de circuito, de modo que se possa prosseguir seguramente em relação ao método científico que garante validade à atividade jurídica.

A primeira e mais natural consequência dessa orientação fenomenológica é a impossibilidade de se arbitrar, de antemão, o que seriam os assim chamados “*hard cases*”.²¹⁴ Se nada é pressuposto, não se pode pressupor um caso sendo “difícil” ou “fácil”. Significa dizer, por conseguinte, que o magistrado que se depara com um caso e diz para si mesmo: “esse é um *hard case*”, já parte,

²¹³ Apenas um adendo que este “pôr entre parênteses” constitui a base do método fenomenológico e é pressuposto à orientação fenomenológica. Husserl fala sobre isso ao dizer que “a tese é posta ‘fora de ação’, é colocada entre parênteses, ela se transforma na modificação ‘tese entre parênteses’, e o juízo puro e simples, no ‘juízo entre parênteses’. Naturalmente, essa consciência não pode ser simplesmente identificada com a consciência do ‘meramente concebível’ [...]. Mais precisamente ainda, não se trata do ‘concebível’ no sentido de ‘admitir’ ou ‘pressupor’, o que pode ser expresso em frases equívocas correntes igualmente com as mesmas palavras: ‘eu concebo (admito) que isso seja deste e daquele jeito.’ Ver em: HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**, p. 80.

²¹⁴ A designação entre “*easy cases*” e “*hard cases*” é amplamente difundida no âmbito da teoria da decisão judicial. Herbert L. A. Hart é considerado um dos fundadores de tal discussão, ao considerar uma representação silogística dedutiva da aplicação do direito, enquanto a norma figura como uma premissa maior e o fato a premissa menor, sendo, portanto, possível a subsunção jurídica.

naturalmente, de uma posição não-fenomenológica, pois toma por base um preconceito que orienta a condução do seu pensar. Radicalmente, anticientífica.

Os mais céticos ainda poderiam questionar sobre a esfera obscura e dúbia da linguagem, referida por Hart, questão que poderia ser facilmente compreendida, como visto no tópico sobre a linguagem — *O papel da linguagem na percepção fenomenológica* — e que evidenciou que a linguagem é, mais do que uma mera “instrumentalização”, mas uma faculdade do intelecto, capaz de trazer à evidência da apercepção do fenômeno na sua mostração, o que, em graus de clareza, envolvem os três pontos referidos, que são: a percepção do fenômeno, a compreensão de uma língua enquanto canal comunicativo e o propósito-linguístico. Evidentemente, que assim como realizado nessa pesquisa, a “linguagem” pode ser “pega” como fenômeno do estudo, não obstante, não seja, em todos os graus, estritamente necessária ao conhecimento (conhecer uma língua não me impede, necessariamente, de conhecer um fenômeno). Assim, sob a orientação da *epoché*, não se pode tomar nada como “nebuloso” por princípio, de modo que a verificação, em base fenomenológica, parte ao encontro do fenômeno e não da representação. Quem, assim como Hart, parte do princípio de que existe algo de “nebuloso”, parte, por consequência lógica, do preconceito de que existe algo “não-nebuloso”, algo “cristalino”.

Problemática similar pode ser encontrada no famoso conceito do “juiz Hércules”, “autorizado”, pode-se dizer, no contexto da crítica pós-positivista, a julgar os casos “difíceis” também considerando “fenômenos externos”. Quando Ronald Dworkin exprime que o magistrado pode ou mesmo deve, no “*hard case*” (novamente o pressuposto que estabelece, por princípio, o preconceito do dicotômico fácil-difícil), buscar uma solução para além da legislação, em todos os níveis, que estabeleceria, de certo modo, uma espécie de certo ou errado, e que propõe, em compensação, a adoção de princípios como norteadores à resolução de tais processos judiciais, estar-se-ia, ao mesmo tempo, desvencilhando-se de uma tradição rígida acerca do “como se deve julgar”, fortemente marcada pelo positivismo jurídico, reaproximando-se da facticidade da vida ético-moral e de uma racionalidade prática, como apresentado na primeira seção, embora, ainda, mesmo como todos os avanços, estabeleça uma película, uma “código”, um duplo

preconceito, que é: primeiro, sobre a existência do casos difíceis; segundo, sobre “um modo de ser juiz — Juiz Hércules”.

Significa dizer que tanto Hart como Dworkin estabelecem premissas teóricas não-metodológicas apriorísticas em algumas circunstâncias jurídicas, como, a exemplo, os hard cases. Em um certo grau, a postura verdadeiramente científica, que é encontrada desde Sócrates como a famosa frase “Só sei que nada Sei”, Platão, ao exprimir que a postura científica é aquela de quem se encontra nem entre os que “sabem”, nem entre os que “não sabem”, René Descartes com sua dúvida universal, Husserl com a redução, Heidegger com a destruição positiva, dentre outros, é sempre de se eliminar os preconceitos estabelecidos pela tradição e que pré-condicionam o pensamento. Dworkin faz justamente o contrário, sugere um Juiz Hércules que poderia ser interpretado, razoavelmente, como que quase um semi-Deus, que tivesse múltiplas formações e conhecimentos. Se se questiona se isso seria um problema, seria um contrassenso afirmar positivamente. No entanto, quando se parte de todos esses “conhecimentos”, se parte, geralmente, sempre de uma teoria e não do fenômeno, sempre da representação.

A representação tende a ser fixa. Quando que existe ruptura na ciência normal, como explica Thomas Kuhn, justamente quando o fenômeno é verificado diferentemente da teoria dominante. A grande questão, então, em Dworkin, é sugerir um Juiz-Hércules-Teórico, no sentido de que tivesse “pré-condições” de responder teoricamente, a partir de estudos passados, casos futuros. É possível se verificar, também, uma quantidade significativa de estudos que objetivam introduzir a tecnologia e a máquina para julgar casos judiciais e isso, fenomenologicamente falando, representa uma verdadeira afronta ao conhecimento científico. Veja-se, como tão exaustivamente explicitado nessa investigação, que a “máquina” não percebe, só pode ser percebida, pois a máquina não possui natureza humana, não possui consciência. Se não possui consciência e não pode realizar atos intencionais, significa que somente refere e executa ações pré-orientadas, pré-programadas, ainda que algumas tecnologias mais avançadas possibilitem que a máquina faça algumas combinações autônomas.

Em um certo sentido, Hart observa, em seu Pós-Escrito, na obra “O Conceito de Direito”, que Dworkin impõe uma incapacidade de um observador externo avaliar, racionalmente, o sistema jurídico. Enfatiza então o autor que na sua

“crítica à Teoria Geral do Direito descritiva, Dworkin parece pôr de lado esta possibilidade óbvia de um observador externo levar em conta, deste modo descritivo, o ponto de vista interno de um participante.”²¹⁵ E complementa: “uma vez que [...] ele identifica a Teoria Geral do Direito como ‘parte geral do julgamento’.”²¹⁶ Naturalmente, a quantidade de “imposições” que lastreiam as teorias vigentes demandam uma adequação não ao fenômeno jurídico e sim às próprias teorizações, que, como bem colocado por Hart sobre este aspecto em específico, não guardam relação lógico-epistemológica. A externalidade do indivíduo não pode ser condição, *a priori*, de incapacidade analítica do direito.

Por outro lado, a Teoria Complexa do Direito, estabelecida como uma via pós-positivista em termos de teoria da decisão judicial voltada à resolução de cada caso concreto considerado em sua singularidade, figura como uma estrutura teórico-prática não só mais viável, como também mais preocupada em dar tratamento singular e adequado em termos de tutela jurisdicional. A teoria se vale, conforme defende o autor Orlando Zanon, de um sistema jurídico que é compreendido como “uma órbita de diversos tipos de critérios de julgamento formais (texto legislativo, jurisprudência e programas governamentais) e materiais (princípios morais/éticos, doutrina técnica e costumes)”.²¹⁷ E prossegue seu raciocínio: “os quais podem ser invocados como parâmetros para justificar uma decisão, com graus de eficácia e persuasão diferenciados”²¹⁸, concluindo seu pensamento ao afirmar que: “cabe ao magistrado, diante de um novo problema submetido à análise judicial,

²¹⁵ HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. (Com um pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz). (Trad. de A. Ribeiro Mendes). 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972, p. 304.

²¹⁶ HART, H. L. A. *O conceito de Direito*, p. 304.

²¹⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Casos Fáceis ou Difíceis sob a Perspectiva do Julgador**. In. PIFFER, Carla; NETO, Francisco José R. de Oliveira; LOCCHI, Maria Chiara. *Principiologia Constitucional e Política do Direito: Direito, Globalização e Transnacionalidade: Tomo 04*. (Org. Luciane Dal Ri e Natammy Luana de Aguiar Bonossoni). Itajaí: Univali, 2018, ISBN 978-85-7696-228-1, p. 195.

²¹⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Casos Fáceis ou Difíceis sob a Perspectiva do Julgador**. In. PIFFER, Carla; NETO, Francisco José R. de Oliveira; LOCCHI, Maria Chiara. *Principiologia Constitucional e Política do Direito: Direito, Globalização e Transnacionalidade: Tomo 04*. (Org. Luciane Dal Ri e Natammy Luana de Aguiar Bonossoni). Itajaí: Univali, 2018, ISBN 978-85-7696-228-1, p. 195.

iniciar o empreendimento de construir a respectiva resposta, empregando as fontes disponíveis no ordenamento jurídico orbital.”²¹⁹

Intuitivamente, pensar a compreensão do direito como um empreendimento individualizado significa entender o caso concreto como um fenômeno particular que, de forma pressuposta, demanda o entendimento. Os elementos de cognição jurídica referidos pelo autor orbitam aquilo que serviria, então, como instrumento para a aplicação do direito, assim como, analogicamente, o médico se utiliza do bisturi cirúrgico. Senso assim, a compreensão da presente dissertação é, de certa forma, uma visão metodológica-científica que possibilita, a *posteriori*, a utilização desses mecanismos, previamente submetidos à *epoché* geral, na resolução do caso concreto.

Com base nas considerações acima verificada, poder-se-á deduzir que a fenomenologia e seu método, epistemologicamente falando, podem representar um novo modo de pensar as ciências e, inclusivamente, a ciência jurídica. Naturalmente, seu ponto de partida e sua orientação demandam um profundo conhecimento do campo fenomenológico, para que se possa, efetivamente, utilizá-lo e evitar mal entendidos. Essa investigação, por exemplo, é fruto dessa mesma orientação, que se vê sempre neste limiar entre o mundo suspenso e a percepção desses fenômenos intencionados. Justamente por isso que não se verá as provisórias conclusões dessa análise em outras pesquisa, pois também é do caráter fenomenológico e da sua orientação buscar o fenômeno ele mesmo e não, propriamente, enquanto substratos teóricos.

A hipótese lançada no início deste percurso investigativo era justamente evidenciar que o problema da interpretação do direito é, em suma, um problema de anticientificidade. Isso não quer dizer que a pesquisa, a doutrina jurídica, etc., não sejam científicas. Quer dizer, no entanto, que a prática forense, de modo geral, carece de bases científicas. Aliás, diferentemente do psicólogo, do economista, do físico, do biólogo, que na suas atividades ordinárias utilizam-se dos métodos científicos, não se vê, nem mesmo em grau parecido, tal preocupação nas

²¹⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Casos Fáceis ou Difíceis sob a Perspectiva do Julgador**. In. PIFFER, Carla; NETO, Francisco José R. de Oliveira; LOCCHI, Maria Chiara. *Principiologia Constitucional e Política do Direito: Direito, Globalização e Transnacionalidade: Tomo 04*. (Org. Luciane Dal Ri e Natammy Luana de Aguiar Bonossoni). Itajaí: Univali, 2018, ISBN 978-85-7696-228-1, p. 195.

ocupações dos operadores do direito (promotores, advogados, magistrados, dentre outros).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interpretação do direito, enquanto objeto da Ciência Jurídica, sempre gerou profunda discussão na academia e na prática forense. De fato, não é tarefa simples abordar questões que dizem respeito à epistemologia do direito. Evidentemente, que a possibilidade de se interpretar e de se compreender o direito revela-se como a única forma de se pensar, pragmaticamente, numa operação do direito que seja capaz de garantir, efetivamente, a segurança jurídica. Não obstante, não se buscou uma interpretação teleológica da finalidade da atividade jurídica, tão pouco a essência ou o conceito de “direito”. O que se pretendeu foi examinar fenomenologicamente a validade dos modelos atuais de interpretação do direito.

Diante disso, o problema de pesquisa se tornou muito claro: como interpretar e verificar o fenômeno jurídico na evidência do caso concreto. E, mais do que isso, se a fenomenologia poderia servir como instrumento de validade à interpretação do direito. O objetivo central foi verificar a possibilidade de identificar, a partir da estrutura fenomenológica, como o caráter intencional da consciência (im)possibilita a evidência do fenômeno jurídico e como isso se relaciona à interpretação do direito, sobretudo, em relação à fragilidade da ideia de segurança jurídica no ordenamento. Para concretizá-lo, foi necessário: primeiro, investigar como as generalidades da categoria segurança jurídica se relacionam ao entendimento do direito, sobretudo, com base na análise dicotômica entre positivistas e não positivistas; segundo, pesquisar e demonstrar a relação epistemológica do direito a partir da fenomenologia de Edmund Husserl e as suas consequências pragmáticas à interpretação do direito; e terceiro, descrever e demonstrar *se e como* a fenomenologia pode servir de instrumento à interpretação do direito e como se estrutura na sistemática jurídica vigente.

Com efeito, o primeiro grande capítulo permitiu concluir que o direito, de modo geral, e, mais especificadamente, as generalidades do conceito segurança jurídica, em sua base elementar, sofrem a ingerência da ética, seja na sua fundação ou, posteriormente, na sua *pós-legitimação*. Como consequência, restou verificado

que é impossível determinar, com precisão, um comportamento que esteja “fora” do campo da ética. Isso seria, inclusive, um contrassenso lógico, na medida em que a própria negação, qualquer que seja, é, por si só, um juízo ético, causando, portanto, auto refutação. Revelou-se, por conseguinte, o caráter descritivo da ética enquanto propedêutica elementar de qualquer análise reflexiva, normativa ou aplicada, isto é, seu sentido existencial, eis que não se pode refletir eticamente “do nada”. Fenomenologicamente, a tese positivista não possui reversibilidade pragmática, pois somente se sustenta enquanto teoria.

Além disso, o sentido básico da ética revela, igualmente, em percepção direta, que o fenômeno ético não é estático, universal e atemporal, mesmo para uma razão *a priori*. Noutras palavras, significa, por assim dizer, que pressupor uma metafísica apriorística que seja capaz de dar legitimidade pura a uma ética universal não se sustenta por um problema de fundamentação básica: a razão pura não é passível de se encontrar na existência estaticamente, isto é, universalidade não significa imobilidade, pois não existe necessidade de princípio entre universal e atemporal. Inclusive, não se pode desconsiderar que a ética e a lógica constituem duas faculdades do intelecto, uma do juízo e outra da razão — ou mesmo da razão em um sentido amplo, quando se considera o juízo um *ato* da razão — e que, pela natureza humana, são impossíveis de “suspensão”. Por conseguinte, o pensamento lógico está presente no juízo da mesma forma que o ético. Qualquer discurso prescinde de uma ordenação lógica, pois a aleatoriedade pode torná-lo incompreensível, ilógico, bem como depende também da valoração semântica das proposições, as quais sempre são escolhas em detrimento de tantas outras possíveis. Se faz parte da natureza humana a valoração e a lógica, como dois pressupostos do pensamento, é evidente que não pode o ser humano, na condição de operador do direito, exercer sua atividade sem a fenomenologia dessas características.

O empreendimento da segunda grande seção permitiu visualizar algumas conclusões relevantes e que impactam, epistemologicamente, o ato decisório, a saber: que a racionalidade dualista que vigora desde os gregos em conceber a ideação de *sujeito e objeto* como “coisas distintas” é, por princípio, manifestamente superada a partir da fenomenologia; como consequência da fundamentação inicial, o conhecimento, a interpretação e a intuição doadora de

sentido, em suas generalidades, partem do sujeito cognoscente; além disso, foi possível deduzir que não existe objetividade “fora” do âmbito da consciência (da subjetividade); que toda interpretação que parte de uma “teoria” remonta não ao fenômeno em si, mas sim à sua “película”, afigurando-se à sua frente, constituindo uma *lente interpretativa*, ou seja, o fenômeno enquanto representação; que a visão e a compreensão com base nesses substratos teóricos estão, por necessidade apodítica, previamente contaminadas, construindo-se em “relativismos” (o que, obviamente, não significa, de modo algum, que uma teoria não possa se aproximar do fenômeno em si e produzir o que o doutrinador Orlando Zanon denominou de “verdade provisória”).

A seção final dessa dissertação revelou algumas conclusões significativas. A *primeira*, é que a linguagem não é, por princípio, um “instrumento externo” que o ser humano constrói. Muito pelo contrário, a linguagem é uma faculdade da natureza animal em potência (faculdade do intelecto), que pode se transformar em ato, nos mais variados níveis comunicativos, a partir do seu desenvolvimento. Por isso a linguagem humana se difere dos demais animais. A criação de línguas, gestuais, símbolos, etc., é apenas a expressão natural dessa potencialidade. Para o entendimento mútuo,²²⁰ os três pontos destacados no subcapítulo específico se mostram fundamentais: (i) a intuição (visão geral) do fenômeno em si visado pela consciência intencional; (ii) A língua-simbólica como intercambiável (pois comunico querendo o entendimento do outro — canal comunicativo) para expressar o fenômeno intencionado; e (iii) o propósito-linguístico (o que quero expressar ao dizer, em qual sentido?). É evidente que pela estrutura da consciência humana, como visto nos capítulos anteriores, todos os atos se dão simultaneamente.

Além disso, a terceira parte evidenciou que a consequência da orientação fenomenológica é a impossibilidade de se arbitrar, de antemão, o que seriam os assim chamados “*hard cases*” ou qualquer outra forma de pré-concepção sobre um dado fenomênico no âmbito de atuação do direito e, para além disso, do mundo natural quando verificado cientificamente. Se nada é tido como “pressuposto”, então não se pode pressupor um caso sendo “difícil” ou “fácil”.

²²⁰ Não é, em igual sentido, importante em idêntica grandeza os mesmos fatores (“i”, “ii” e “iii”) para a compreensão individual do fenômeno, embora, em toda a forma de conhecer, os três estejam presentes, ainda que considerando apenas o indivíduo isoladamente.

Significa dizer, por conseguinte, que o juiz que se depara com um *case* e denomina para si mesmo: “esse é um *hard case*”, já parte, naturalmente, de uma posição não-fenomenológica, justamente por admitir cognitivamente um preconceito como fio-condutor do seu pensar.

Isso não quer dizer, não obstante, que os elementos de cognição jurídica referidos na Teoria Complexa do Direito, enquanto instrumentos para a aplicação do direito, sejam inaplicáveis. Isso ficou plenamente esclarecido, tendo em vista que uma visão metodológica-científica, como a proposta aqui sugerida, possibilita, *a posteriori*, a utilização desses mesmos mecanismos, previamente submetidos à *epoché* geral, na resolução de qualquer caso concreto, do mais simples ao mais complexo.

Com base nas considerações acima verificada, poder-se-á deduzir que a fenomenologia e seu método, epistemologicamente falando, podem representar um novo modo de pensar as ciências e, inclusivamente, a ciência jurídica. Naturalmente, seu ponto de partida e sua orientação demandam um profundo conhecimento do campo fenomenológico para que se possa, efetivamente, utilizá-lo e evitar mal entendidos.

A hipótese estabelecida no início deste empreendimento investigativo era demonstrar que o problema da interpretação do direito é, em suma, um problema de anticientificidade. Com tal proposição não se está aduzindo que a ciência jurídica seja incapaz de produzir substrato científico através das suas pesquisas. Não obstante, a atividade jurídica ordinária, do cotidiano, de modo geral, é desempenhada de forma despreocupada de uma racionalidade científica. Aliás, é interessante notar que o operador do direito atua, precipuamente, com base nas normas que regem o ordenamento jurídico. É diferente do psicólogo, do economista, do físico, do biólogo, do matemático, os quais nas suas tarefas utilizam-se dos métodos científicos. Como a sociedade pode exigir respostas mais maduras do Poder Judiciário, pautadas numa compreensão adequada da lei, que seja capaz de proporcionar ao magistrado a visão do fenômeno jurídico ele mesmo no caso concreto, sem que se estabeleça, precipuamente, uma epistemologia base do direito?

Portanto, a conclusão provisória e derradeira dessa pesquisa é que o problema do decisionismo e da insegurança jurídica residem na atitude anticientífica

da orientação pressuposta — aquela que assumi para si critérios pré-fixados como “esse é um *hard case*”, por exemplo —. Tal atitude, em um sentido fenomenológico, representa que o visar e o conteúdo visado se mostram em sua representação. Não é um ver do fenômeno em si. Sendo uma representação oriunda de um preconcebimento, significa que cada preconceito base, individualmente considerado, pode sustentar uma decisão particular e completamente imprevisível. É uma dimensão sobreposta, ou seja, uma teoria que busca a adequação ao fenômeno. Em orientação fenomenológica, o primeiro pressuposto é um visar que suspenda o juízo de todas as teorizações existentes.

Assim, se o pressuposto científico e a revolução do paradigma da cientificidade das ciências caminham para a adoção de um método mais seguro, a saber: o método fenomenológico, em qualquer âmbito, assim como já acontece na física, na psicologia, dentre outras áreas, poder-se-á extrair que por dedução lógica a ciência jurídica, regionalmente situação, para que possa denominar a si própria de “ciência” e, mais do que isso, para que seja capaz de atestar cientificamente o fenômeno jurídico, ser capaz de uma prestação de serviço jurisdicional que garanta, verdadeiramente, segurança jurídica e compromisso com a verdade, deve, antes de tudo, revisitar suas estruturas metodológicas e, em correspondência ao seu campo de atuação, buscar explicar mecanismos que possam, de fato, fomentar uma sistemática orgânica, coerente e que, em atuação jurisdicional, prime pela realidade casuística.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABELARDO, Pedro. **Lógica para Principiantes**. São Paulo: Unesp, 2006.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. In: Os Pensadores - Vol. II. Trad. Leonel Vallandro & Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. São Paulo. Abril Cultural, 1979.

ARISTÓTELES. **The Complete Works of Aristotle**. The Revised Oxford Translation. Edited by J. Barnes. Princeton: Princeton University Press, 1984, II, 1, 1.103^a.

ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: UnB, 1997.

ASSIS, Machado. **O Alienista**. Porto Alegre: Editora L&PM, 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10^a Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, Direitos fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAUMAN, Zygmund. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2011.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASCH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. de Magda Lopes. 2. ed. São Paulo: Edunesp, 2012.

BECH, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BELLO, A. A. **Introdução à Fenomenologia**. Tradução: Ir. Jacinta T. Garcia e Miguel Mahfoud. Bauru/SP: Edusc, 2006.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BERGSON, Henri. **As duas fontes da moral e da religião**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª Edição, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2018.

BRASIL (2003). **HC 82.424/RS**. Habeas Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. www.stf.jus.br. Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. **Lei nº 13.425**, de 30 de março de 2017, Estabelece diretrizes gerais sobre medidas de prevenção e combate a incêndio e a desastres em estabelecimentos, edificações e áreas de reunião de público; altera as Leis nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil; e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13425.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.853**, de 08 de julho de 2019, Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

BRENTANO, F. Psychologie vom empirischen Standpunkte (1874). **Von der Klassifikation der psychischen Phänomene (1982)**. Band 1. Frankfurt: Ontos Verlag, 2008.

CANTO-SPERBER, Monique. **A inquietude moral e a vida humana**. São Paulo: Layola, 2005.

CAPRA, F. **O ponto de mutação**. A ciência, a sociedade e a cultura emergente. São Paulo: Cultrix, 1982.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CERBONE, David R. **Fenomenologia**. Tradução de Caesar Souza. 3. Ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista**. Traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução de J. Guinsburg & B. P. Júnior. 3. Ed. São Paulo: Abril Cultura, 1983.

DESCARTES, R. **Discurso do Método**. Tradução. MARIA ERMANTINA GALVÃO. Revisão da tradução. MONICA STAHEL. Martins Fontes: São Paulo, 2001.

DE SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes; SOARES, Josemar. MULTICULTURALISMO, COMUNIDADE ÉTICA E TRANSNACIONALIDADE. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, [S.l.], v. 3, n. 24, p. 465 - 493, abr. 2020. ISSN 2316-2880. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/4017/371372337>. Acesso em: 16 mar. 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/Revrima.v3i24.4017>.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia constitucional y Derechos Fundamentales**. In: FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. Traducción de Perfecto A Ibáñez, et al. Madrid: trotta, 2008.

GUEDES, Tiago. **Sete anos após tragédia da boate Kiss, familiares de vítimas realizam homenagens e pedem justiça**. G1, Rio Grande do Sul, publicado em 27/01/2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2020/01/27/sete-anos-apos-tragedia-da-boate-kiss-familiares-de-vitimas-realizam-homenagens-e-pedem-justica.ghtml>. Acesso em: 10 out. 2020.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. (Com um pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz). (Trad. de A. Ribeiro Mendes). 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. Tradução de Fausto Castilho. **Ser e Tempo (1927)**. Edição Bilingue. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2012.

HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX**. Trad. L. Cabral de Moncada. São Paulo: Saraiva & Cia, 1941.

HEISENBERG, W. (1996). **A parte e o todo**: encontros e conversas sobre física, filosofia, religião e política. Rio de Janeiro: Contraponto. Publicado originalmente em 1971.

HEISENBERG, W. (1995). **Física e filosofia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

HEISENBERG, W. (1952). **Philosophic problems of nuclear science**. New York/London: Pantheon/Faber and Faber, 1952.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991.

HOESTER, Norbert. **Die Rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff**. In: Juristische Schulung, 1987.

HOERSTER, Norbert. **Em defesa del Positivismo Jurídico**. Barcelona: Gedisa, 2000.

HOESTER, Norbert. **Zur Verteidigung des Rechtspositivismus**. In: Neue Juristische Wochenschrift, 1986.

HUSSERL, E (1954). **A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental**: uma introdução à filosofia fenomenológica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

HUSSERL, Edmund. **A ideia da fenomenologia**. Lisboa: Edições 70, 1989.

HUSSERL, E. **Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie. Eine Einleitung in die phänomenologische Philosophie.** The Hague: Martinus Nijhoff, 1976.

HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica.** Trad. Márcio Suzuki. Aparecida: Ideias e Letras, 2006.

HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas:** sexta investigação. Col. Os pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1996.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica.** Os Fundamentos do Novo CPC e a Necessidade de se Falar em uma Filosofia no Processo. Curitiba: Editora Juruá, 2017.

KANT, I. (1991). **Crítica da razão pura.** 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Trad. Paulo Quintela. Lisboa: 70 Textos Filosóficos, 2007.

KELSEN, Hans (1960). **Reine Rechtslehre**, 2ª ed., Viena. [Trad. Bras. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 7ª ed., 2006.

KRIELE, Martin. **Recht und praktische Vernunft.** Göttingen, 1979.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 2018.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 21ª ed. São Paulo: Mandamentos, 2005.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita:** repensar a reforma, reformar o pensamento. Tradução Eloá Jacobina. – 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

RADBRUCH, Gustav (1973a). **Rechtsphilosophie**, 8ª ed., Stuttgart. Trad. Bras. Filosofia do Direito, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do direito**. 5ª Ed., Editora Saraiva: São Paulo, 2003.

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Edição Especial. Porto Alegre: TJRS, 2004.

STJ. RECURSO ESPECIAL: **AgInt no AREsp 1727943/MT**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 11/11/2020, DJe: 16/11/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=SEGURANCA+JURIDICA&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 21 nov. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica**. In.: Revista da Escola Nacional de Magistratura, n. 1, abr. 2006.

TJRS. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 70084712819**. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 05-11-2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 22 nov. 2020.

TJRS. **RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL N.º 70081612152**. Relator: Felipe Keunecke de Oliveira, Julgado em: 24-09-2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 15 out. 2020.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Juiz Federal de Guarulhos. Mandado de Segurança. **Sentença**. 4ª Vara Federal de Guarulhos. **Processo n.º 5000088-69.2021.4.03.6169**, Julgador: Fábio Rubem David Müzel. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/BaixarPdf/25555>. Acesso em: 10 jan. 2021.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VYGOTSKI, L. S. (1991). **El significado histórico de la crisis de la psicología. Una investigación metodológica**. In: Vygotski, L. S. Obras Escogidas. Problemas teóricos y metodológicos de la Psicología. Vol. I (pp. 257-407). Madrid: Visor. (Original publicado em 1927).

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Tese de Doutorado submetida ao Curso de Doutorado da Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí/SC, 2015.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Casos Fáceis ou Difíceis sob a Perspectiva do Julgador**. In: PIFFER, Carla; NETO, Francisco José R. de Oliveira; LOCCHI, Maria Chiara. Principiologia Constitucional e Política do Direito: Direito, Globalização e Transnacionalidade: Tomo 04. (Org. Luciane Dal Ri e Natammy Luana de Aguiar Bonossoni). Itajaí: Univali, 2018, ISBN 978-85-7696-228-1, p. 195.

APÊNDICE

DO CONSUECUDINÁRIO GREGO AO ENTENDIMENTO DA BOA CONVIVIABILIDADE: A SIMETRIA ENTRE ÉTICA E POLÍTICA EM ARISTÓTELES

Wilian Mauri Friedrich Neu²²¹

SUMÁRIO: Introdução. 1 A *civilidade* como pressuposto ético: a vida ética para os gregos. 2 A ideia do bem comum em Aristóteles. 3 A vinculação entre ética e política em Aristóteles. Considerações Finais. Referências.

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo principal trazer à luz os pressupostos básicos que possibilitaram a construção simétrica e correlata da ética e da política em Aristóteles. A presente investigação possibilitou verificar, provisoriamente, a partir do primeiro capítulo, a preocupação grega com o entendimento cultural em prol da instituição de um *ethos* que tivesse a capacidade de afirmar vínculos de *civilidade* e *convivencialidade*, assim como a ideia de cultura enquanto *paidética*, no sentido de propiciar a formação de bons cidadãos. No segundo capítulo, verificou-se que bem comum, em Aristóteles, parece ser um resultado da própria *eudaimonia*, ou seja, a felicidade como consequência de uma vida virtuosa, de acordo com as potencialidades humanas. Por fim, na terceira parte, pôde-se concluir que a vinculação e simetria entre ética e política em Aristóteles se dá pela estrutura interseccional entre o *polítes* e a *pólis*, uma vez que existiria, entre os indivíduos, uma busca constante pelo agir virtuoso, pressuposto da felicidade, e que possibilitaria alcançar o bem comum, realizável em comunidade. A felicidade do indivíduo deveria, pois, corresponder a da *pólis*, constituindo-se pelo ideal de bem comum.

PALAVRAS-CHAVE: Ética. Política. Virtude. Felicidade. Bem Comum.

ABSTRACT: The main objective of this study is to bring to light the basic assumptions that enabled the symmetrical and correlated construction of ethics and politics in Aristotle. The present investigation made it possible to provisionally verify, from the first chapter, the Greek concern with cultural understanding in favor of the institution of an ethos that had the ability to affirm bonds of civility and conviviality, as well as the idea of culture as paidetic, in to promote the formation of good citizens. In the second chapter, it was verified that the common good, in Aristotle, seems to be a result of eudaimonia itself, that is, happiness as a

²²¹ Bacharel em Direito pela Antonio Meneghetti Faculdade – AMF (com bolsa integral do Programa Federal Universidade para Todos — ProUni), graduando em Licenciatura em Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas — UFPEL, especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais — PUC/MG, especialista em Ensino de Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas — UFPEL, extensão em *Internacional Human Rights and Diplomacy*, Palácio da Paz, Haia, Holanda, United Nations Institute for Training and Research (Unitar — ONU), mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (com bolsa parcial).

consequence of a virtuous life, in accordance with human potential. Finally, in the third part, it can be concluded that the link and symmetry between ethics and politics in Aristotle occurs through the intersectional structure between the *polites* and the *polis*, since there would be, among individuals, a constant search for virtuous action, presupposition of happiness, and that it would make possible to reach the common good, achievable in community. The individual's happiness should, therefore, correspond to that of the *polis*, constituting the ideal of the common good.

KE-WORDS: Ethic. Politics. Virtue. Happiness. Very common.

INTRODUÇÃO

Ética é um dos temas mais espinhosos e mais difíceis de se desenvolver. Não menos complicado é falar sobre Política. O que os une aqui é a perspectiva filosófica de Aristóteles (384 — 322 a. C.). O entendimento do que hoje concebemos por *civilidade* ou, em sentido semelhante, como *urbanidade*, é o que os gregos concebiam por *ethos*, ou seja, condutas pessoais e sociais que visem a boa convivibilidade, a amabilidade, a cortesia entre os membros da comunidade.

O *ethos* grego, portanto, opera em dois níveis: o primeiro, na dimensão *civilizatória*; o segundo, na perspectiva *paidética* — educacional ou pedagógica. Ambos se correlacionam e se complementam. Por assim dizer, *ethos* na Grécia antiga pressupunha a discussão sobre *vínculos*. Tem-se uma problemática interessante a partir dessa constatação: a destinação. O “dever ser” foi investigado não somente em relação à *phýsis*, mas também em relação à ética. Não é objeto da presente pesquisa dizer sobre *phýsis*.²²² Nos interessa tão somente o agir humano.

A contraposição entre natureza e deliberação é uma pedra elementar no pressuposto do *ethos* grego enquanto *civilidade*. Se se concorda — havia certo consenso no pensamento grego sobre este ponto — de que a natureza condicionante não impediria o homem de deliberar, então, tal deliberação deveria ser pensada para o que pode ser designado, contemporaneamente, como “agir bem”.

²²² O sentido primário de *phýsis* para o grego é o “ordinário dominante”, proximamente com uma ideia de mecânica biológica. Ver os múltiplos sentidos de *phýsis* em Aristóteles (Aristóteles. *Metafísica*, V, 4, 1024b 16-19). Ver em: ARISTÓTELES. *Metafísica*. Edição Trilíngue. Trad. Valentín García Yebra. Madrid: Gredos, 1982, 1024b 16-19. Existem ainda outras compreensões acerca de tal terminologia, associando-a à ideia de elemento primordial — mais propriamente numa concepção Pré-Socrática — ou mesmo ao entendimento de natureza em geral.

É relativamente interessante o quanto se tem acesso à vasta bibliografia a respeito dos mais variados e importantes temas filosóficos relacionados à cultura grega e, mesmo com toda tecnologia ao nosso benefício, não mais se consegue, facilmente, penetrar com certa profundidade as doutrinas tão bem concebidas outrora. Recorre-se, sempre e novamente, aos clássicos! É por isso que a presente investigação objetiva um simples resgate de uma parte que pode ser tão somente classificada como particular sobre a ampla e vasta compreensão aristotélica sobre ética e política. Não por isso que será interpretada como superficial ou simplória. Ao contrário, busca-se resgatar a base cultural que propiciou o sustentáculo ético e político em Aristóteles.

A imprecisão e a dificuldade de se compreender adequadamente o contexto do surgimento do pensamento ético na perspectiva grega, por si só, já justificaria a presente investigação. Revela-se ainda mais significativo, quando se pretende, a partir de tal premissa, examinar a filosofia ética e política em Aristóteles. O problema que orienta a pesquisa está direcionado pela seguinte pergunta: sobre quais bases Aristóteles construiu sua ideia de ética e por que compreendia-a vinculada à política? Assim, o objetivo central da presente elucidação é resgatar justamente os pressupostos básicos que possibilitaram a construção da ética e sua vinculação à política na perspectiva aristotélica. Especificadamente, necessita-se esclarecer o que seria a ideia de *vida ética* aos gregos; a compreensão aristotélica do que seria “o bem comum”; e, por fim, a vinculação entre ética e política.

A presente investigação adotará o método²²³ teórico-bibliográfica dedutivo, revisitando-se e analisando-se criticamente a bibliografia base para a compreensão da matéria posta em relevo. Para isso, será necessário o

²²³ Deve-se ter todo cuidado em relação à presunção de cientificidade de qualquer coisa pelo simples fato de estar apoiada em um “método”. O modo de caminhar, a forma de percorrer, a metodologia, portanto, em nada garante a chegada ou o resultado. É como quando Heidegger alerta em *Sein und Zeit* que a “*Wissenschaftliche Forschung vollzieht die Hebung und die erste Fixierung der Sachgebiete naiv und rot.*” Ver em: HEIDEGGER, Martin. Tradução de Fausto Castilho. *Ser e Tempo* (1927). Edição Bilíngue. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2012, p. 50. Acresce-se a isso a dificuldade dos métodos empíricos de alcançar universalidades. A exemplo, o método indutivo, que parte de dados particulares para dirigir e sustentar constatações gerais e que, comumente, sofre críticas pela incapacidade de produzir generalizações universais, ou seja, alcança resultados, via de regra, apenas “prováveis”; ou o dedutivo, que não consegue sustentar particularidades que não se “encaixam” em suas conclusões gerais. Não obstante os “parênteses” em termos metodológicos aqui apontados, não serão, aqui, objeto de maiores aprofundamentos. Sobre tais discussões, sugere-se também: HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. Trad. Márcio Suzuki. Aparecida: Ideias & Letras, 2006.

aprofundamento teórico acerca das referidas concepções, utilizando-se como fio-condutor a própria delimitação proposta.

Por fim, o presente trabalho foi desenvolvido a partir de estudos realizados ao longo de um semestre na disciplina “Teoria Política”, ministrada pela Dr.^a Luciane Dal Ri, no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade do Vale do Itajaí — UNIVALI.

1 A CIVILIDADE COMO PRESSUPOSTO ÉTICO: A VIDA ÉTICA PARA OS GREGOS

As compreensões civilizatórias gregas foram sendo desenvolvidas de forma lenta e não uniforme. Havia a perspectiva política da germinação daquilo que se entendia como o “melhor” coletivamente. Esse *melhor* caracterizaria o que pode ser compreendido como o estreitamento entre os vínculos de bom homem e bom cidadão.²²⁴ O *melhor* compreendia o caminho a ser percorrido cotidianamente para definir o futuro grego. Miguel Spinelli diz que a “qualificação [consequência prática da ideia de objetivação do ‘melhor’] implementada por eles dizia respeito a um *vigor* ou *aretê* despendida em todas as ações.”²²⁵ E complementa: “quer nas que realizavam em favor da qualificação dos ofícios (do bom desempenho, do conforto e bem-estar da vida útil), quer nas que cumpriam em benefício da vida cívica.”²²⁶

O objetivo primordialmente concebido era o desenvolvimento da ideia de companheirismo, que, nas *póleis*, traduzia-se em ser bom cidadão. Companheirismo como *philía*, isto é, como perspectiva cultural voltada ao desenvolvimento de laços — ainda que se considere a vastidão cultural grega — para o fim de possibilitar vínculos cívicos. Interessante a compreensão de Miguel Spinelli sobre esse ponto. O Autor afirma que “os gregos chamavam cada um dos

²²⁴ Compreensão importante inclusive para fundamentar o domínio dos gregos em relação aos povos bárbaros, dos quais concebiam não reconhecer a força normativa da lei e a boa vontade na busca do saber.

²²⁵ SPINELLI, Miguel. *Ética e política: a edificação do éthos cívico da paideia grega*. São Paulo, SP: Loyola, 2017, p. 11/12.

²²⁶ SPINELLI, Miguel. *Ética e política: a edificação do éthos cívico da paideia grega*, p. 11/12.

membros da *pólis* de *polítes*, ou seja, de político, e não, a rigor, de cidadão”.²²⁷ O pertencimento ao público e ao congregado denominado *pólis* implica, portanto, a idealidade, que visava justamente afastar o cidadão oportunista.²²⁸ E prossegue Miguel Spinelli aludindo que é por força do “pertencimento (*koinóns*) ao coletivo, que, do *polítes*, se requeria um *éthos* (um comportamento) que fosse em todos visualizado como uma civilidade, ou [...] como *urbanidade* comum.”²²⁹

A isso implica duas consequências fundamentais: a primeira, que a formação da *pólis*, no estrito sentido grego, de modo algum poderia ser pensada como aleatória, a partir da mera reunião de pessoas; e a segunda, que da fundação de tal Estado haveria a necessidade de ampliação do entendimento comum de criação e manutenção de direitos cívicos, que constituem o *éthos* e o *polítes*. Daí, portanto, a primeira premissa geral para que, posteriormente, Aristóteles pudesse constituir sua ética vinculada à política.

Portanto, a correlação do *ethos* e do *polítes* constituiu a base da cultura grega. O entendimento de paideia para os gregos passava justamente pelo pressuposto de civilidade. Miguel Spinelli, sobre os dois conceitos, explica que “os dois não só combinavam semanticamente entre si, como também tomavam parte, enquanto vernáculo, quer da inteligência, quer das requisições de civilidade.”²³⁰ E prossegue: “tais requisições podem ser sintetizadas em pelo menos quatro segmentos determinantes do ser (*óntos*) da cívica grega: [...]”²³¹ São eles: [a] “ser um bom *demótes*, ou seja, fiel e confiável representante de seu *demos*, e, por ele, de seu clã ou *génos* familiar, ou de sua *fratria*,”²³² [b] “ser um bom artífice (um *technítes*), ou seja, um bom profissional qualificado, a ponto de, enquanto cidadão [...] ser reconhecido pelo bom desempenho em determinada ocupação ou ofício.”²³³

²²⁷ Spinelli prossegue afirmando que “por *pólis*, eles não concebiam um mero aglomerado, tampouco o cidadão (o *polítes*) como um mero habitante ou agregado da *pólis*. O conceito grego de *polítes*, quanto a sua idealidade, implicava um pertencimento que incitava o sujeito particular (o *ídion*) a tomar parte do domínio da *pólis* e, nela, a se responsabilizar pelos interesses, direitos e deveres da coletividade (da *koinós*) como se fossem próprios de cada cidadão. Ver em: SPINELLI, Miguel. *Ética e política: a edificação do éthos cívico da paideia grega*, p. 12.

²²⁸ ARISTÓFANES, *Assembleia das Mulheres*, vv. 189, 206-207.

²²⁹ SPINELLI, Miguel. *Ética e política: a edificação do éthos cívico da paideia grega*, p. 12.

²³⁰ SPINELLI, Miguel. *Ética e política: a edificação do éthos cívico da paideia grega*, p. 12.

²³¹ SPINELLI, Miguel. *Ética e política: a edificação do éthos cívico da paideia grega*, p. 12.

²³² SPINELLI, Miguel. *Ética e política: a edificação do éthos cívico da paideia grega*, p. 12.

²³³ SPINELLI, Miguel. *Ética e política: a edificação do éthos cívico da paideia grega*, p. 12.

[c] “ser um bom cidadão (um *polítes*), ou seja, um homem qualificado na educação do exercício da cidadania.”²³⁴ E [d] “ser [...] um bom homem (um *kalòs kai agathós*), ou seja, um ‘homem de bem’, no qual a *pólis* e seus membros pudessem confiar e do qual pudessem se orgulhar.”²³⁵

Das características acima enumeradas, pode-se extrair a preocupação grega em não só “formar” bons homens, mas, também, tê-los em sociedade como bons cidadãos. Existe uma perspectiva cultural diferenciada. Ao contrário do que se via e ainda se vê, contemporaneamente, nas Constituições e Legislações, especialmente, pelos mecanismos de limitação do poder, os gregos primavam a compreensão cultural enquanto premissa elementar ao convívio humano, inclusive, *anterior* à lei. Significa dizer, portanto, que a fundamental preocupação seria a “formalização de leis” que tivessem a capacidade de regulamentar a convivência social. Para os gregos, especialmente significativo era o cultivo da cultura.²³⁶ Somente essa poderia suportar eventual corrupção legal.

A *pólis* grega não era criada aleatoriamente, mas sim a partir da convergência de interesses de seus cidadãos. Existia um *ethos* comum. Um *ethos* que dava unidade mesmo na multiplicidade fórmica-cultural grega. Ainda que se reconheça as mais variadas *póleis*, havia algo que mantinha a identidade cultural grega e que permitia, por assim dizer, a comunicação e a conviviabilidade, não obstante, como em todos os tempos, existissem guerras, conflitos regionais e situacionais. O que, aliás, instituía a *pólis* e a ideia de “soberania” do Estado, era a *politéia*, o que hoje compreendemos, propriamente, como “constituição”.

Miguel Spinelli traz um elemento importantíssimo para a instituição da *politéia* e, conseqüentemente, da *pólis*. É o consuetudinário²³⁷, enquanto elemento

²³⁴ SPINELLI, Miguel. *Ética e política: a edificação do éthos cívico da paideia grega*, p. 12.

²³⁵ SPINELLI, Miguel. *Ética e política: a edificação do éthos cívico da paideia grega*, p. 12.

²³⁶ Lembra-se a definição dada pelo filósofo italiano Nicola Abbagnano sobre cultura: “No primeiro e mais antigo, significa a formação do homem, sua melhoria e seu refinamento [...] No significado referente à formação da pessoa humana individual, essa palavra corresponde ainda hoje ao que os gregos chamavam paidéia e que os latinos, na época de Cícero e Varrão, indicavam com a palavra humanitas: educação do homem como tal, ou seja, educação devida às ‘boas artes’ peculiares do homem, que o distinguem de todos os outros animais (AULO GÉLIO, Noct. Att., XIII, 17).” Ver em: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 225.

²³⁷ Sobre:(in. Custom, fr. Coutume, ai. Gewohnheit; it. Consuetudiné). 1. O mesmo que habito (v.) Atitudes institucionalizadas de um grupo social, às quais se aplicam eminentemente os qualificativos “boas” e “más” e que são reforçadas pelas sanções mais enérgicas porque consideradas condições indispensáveis de qualquer relacionamento humano” Ver em: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 218.

cultural. Diz-se: “o *logos* que fez nascer a *pólis* não foi um *logos* qualquer, e sim o gerado pelos ditames do consuetudinário e, sobretudo, por uma inerente capacidade da cultura grega de se regenerar sempre.”²³⁸ Outros detalhes, não menos significativos mereciam igual menção. Entretanto, por limitação espacial, algumas características da *pólis* e sua *politéia*, propositalmente, não serão aqui detalhadas.²³⁹

A peculiaridade do aspecto “particular”²⁴⁰ do cidadão grego, embora relevante, não denota aqui maiores explicações.²⁴¹ Igual lacuna se abre em relação aos fatores *étnos*, isto é, de linhagem. Importante, no entanto, é referir que o fator “econômico” foi determinante, em um certo período, na construção dos valores gregos, ou seja, na formação do *ethos*, ao ponto de que foi possível, por exemplo, justificar-se, a partir do regramento disciplinado pela *politéia*, a morte de Sócrates. É justamente por conta disso que Platão e, em alguma medida, Sócrates, deram suas vidas para a elaboração de um projeto filosófico que pudesse reestabelecer a capacidade do povo grego de compreender os valores cívicos.²⁴²

Assim, a partir dos elementos verificados e, sobretudo, considerando a cultura grega de forma mais ampla, pode-se verificar o entendimento cultural grego para a instituição de um *ethos* que tivesse a capacidade de afirmar vínculos de *civilidade e convivencialidade*, numa *paidética* que propiciasse a formação de bons

²³⁸ SPINELLI, Miguel. *Ética e política: a edificação do éthos cívico da paideia grega*, p. 13.

²³⁹ Importante apenas registrar que “a lei, afinal, e como já visto, foi gerada pelo *logos*: mas não por um *logos* qualquer, ou estranho, e sim pelo *logos* consuetudinário que fez germinar a *pólis*. Eis a razão pela qual a validade da lei se restringia ao território da comunidade dentro da qual foi gerada e, diretamente, atingia cada um de seus membros e de seus *demos*. Cada *pólis*, com seus *demos*, e por força da lei (de sua *politéia*), se constituía em uma unidade dentro da multiformidade grega, de tal modo que, uma perante a outra, gozava de autonomia e de soberania. Eis também como, por sua vez, sob o ponto de vista do governo das leis, havia dentro de cada *pólis* um direito comum, mas não universalmente válido para todos os helenos ou para todas as *pólis*.” Ver em: SPINELLI, Miguel. *Ética e política: a edificação do éthos cívico da paideia grega*, p. 14.

²⁴⁰ Ser um sujeito *singular*, nos termos gregos, isto é, um cidadão, conferia direitos próprios dessa camada, como a possibilidade de se frequentar os ginásios — *gymnasion* —, que eram construções em ambientes públicos, geralmente, com jardins, e que visavam atender atividades “olímpicas”. Daí o surgimento das “Olimpíadas”.

²⁴¹ Cabe o registro de que o cidadão grego somente era considerado em sua singularidade nos limites da *politéia* na qual se inseria.

²⁴² Miguel Spinelli explica que “foi a universalidade almejada pela idealidade do projeto filosófico socrático-platônico que, inevitavelmente, levou Sócrates e Platão, como homens e cidadãos particulares, para o bastidor do filosofar [...] Platão não construiu um sistema filosófico fechado, dogmatizado, a não ser movido por um único ideal: que em tudo, sob a égide da sensatez e da razoabilidade, imperasse o que é belo, bom e justo [...] Foi, pois, a busca por universalidade que gerou a filosofia e o filosofar socrático-platônico e fez renascer o *éthos* consuetudinário e cívico sob outros novos parâmetros.” Ver em: SPINELLI, Miguel. *Ética e política: a edificação do éthos cívico da paideia grega*, p. 14.

cidadãos. Igualmente, a fundamental perspectiva do consuetudinário como sendo *anterior* à própria lei, no sentido de que somente a cultura grega poderia garantir, verdadeiramente, o futuro grego.

2 A IDEIA DO BEM COMUM EM ARISTÓTELES

Diferentemente das concepções contemporâneas sobre o pensamento aristotélico, deve-se recordar que o *corpus aristotélicum* não foi escrito numa semana, mês ou ano. Não há um Aristóteles estático e integralmente coerente. Existe, sim, um dinamismo e até mesmo algumas contradições nos seus escritos. Isso pode ser explicado também pelo que muitos sustentam ser o caráter esotérico do pensamento do filósofo estagirita. Significa dizer, noutras palavras, que muitas de suas obras, em verdade, seriam anotações de aulas para o seus próprios discípulos.

Isso e outras questões revelam o quanto é penoso tratar da filosofia de Aristóteles. A compreensão mais completa do que hoje se intitula como “estudo evolutivo do pensamento” do filósofo grego encontra-se na obra “*Aristóteles — Fundamentos de Seu Desenvolvimento*”²⁴³, publicada na Alemanha em 1923, pelo filósofo alemão Werner Jaeger. Toma-se por premissa tais dificuldades para que se possa, aqui, alicerçar um breve ensaio sobre a ética aristotélica e, mais propriamente, sobre a ideia do bem comum em sua ética.

Quando se fala em ética em Aristóteles, não se está falando tão somente da *Ética Nicomaqueia* (no nosso idioma aparece sob a tradução de “Ética a Nicômaco”). Há de se expressar, sem qualquer preconceito ou menosprezo, as importantes obras *Ética Eudêmia*, *Magna Moralia* e, ainda, os fragmentos do texto Exortativo (*Prorepticus*). Originalmente, Aristóteles sintetiza que “a palavra ética, *êthikê*, decorreu de uma pequena variação (*mikròn parekklînon*) de *éthous*.”²⁴⁴ A virtude²⁴⁵ — *aretê* — proveio, portanto, de “*êthikê ex éthous*”, isto é, a “*aretê* foi gerada dos usos e dos costumes.”

²⁴³ JAEGER, Werner. *Aristoteles — Grundlegung einer Geschichte seiner Entwicklung*. Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1923.

²⁴⁴ Ver em: ARISTÓTELES. *The Complete Works of Aristotle*. The Revised Oxford Translation. Edited by J. Barnes. Princeton: Princeton University Press, 1984, II, 1, 1.103^a, p. 17-18.

²⁴⁵ Sobre o conceito de virtude em Aristóteles, cita-se: “A virtude é, pois, uma disposição de caráter relacionada com a escolha e consistente numa mediania, isto é, a mediania relativa a nós, a qual é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática. E é um meio-

Diz Aristóteles em *Ética a Nicômaco*, Livro I, abrindo a obra, que “admite-se geralmente que toda arte e toda investigação, assim como toda ação e toda escolha, têm em mira um bem qualquer; e por isso foi dito, com muito acerto, que o bem é aquilo a que todas as coisas tendem.”²⁴⁶ A isso remete-se à preocupação pelo bem e, propriamente, ao bem no sentido individual e ao bem no sentido coletivo. Como visto, o pensamento grego reconhecia uma associação entre o agir singular e o geral, de modo que o cidadão somente poderia vir a ser reconhecido como um verdadeiro *polítes* na *pólis*. O que deveria nortear a conduta humana do cidadão ateniense é o *ethos*, o consuetudinário, explicitado a partir das tradições, costumes, comportamentos cívicos atenienses, valores próprios. Em Aristóteles, *ethos* assume um caráter eminentemente de razão prática, isto é, condicionante e pressuposto ao bem comum, que, em alguma medida, confunde-se com a própria noção de *eudaimonia*.

O homem, sendo um animal político (*Zoon Politikon*), possui a capacidade de compreender os seus atos, entender o sentido do bem e do mal, ou seja, existe a percepção do discurso racional a partir da linguagem. Diz Aristóteles que “só ele sente o bem e o mal, o justo e o injusto; é a comunidade destes sentimentos que produz a família e a cidade.”²⁴⁷ Interessante notar-se a perspectiva teleológica da participação do *polítes* na *pólis*. Para o estagirita, “a cidade é por natureza anterior à família e a cada um de nós, individualmente considerado; é que o todo é, necessariamente, anterior à parte.”²⁴⁸

Como visto mais aprofundamento na primeira parte, o pensamento grego, em geral, compreendia o fenômeno *ethos* do indivíduo — *polítes* —, associando-se, semelhantemente, ao *ethos* da *pólis*, de modo que se falava em certo e errado tanto da perspectiva individual quanto coletiva. A verificação do justo

termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta; pois que, enquanto os vícios ou vão muito longe ou ficam aquém do que é conveniente no tocante às ações e paixões, a virtude encontra e escolhe o meio-termo. E assim, no que toca à sua substância e à definição que lhe estabelece a essência, a virtude é uma mediania; com referência ao sumo bem e ao mais justo, é, porém, um extremo. Ver em: ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. In: Os Pensadores - Vol. II. Trad. Leonel Vallandro & Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. São Paulo. Abril Cultural, 1979, p. 36.

²⁴⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1979, p. 3.

²⁴⁷ ARISTÓTELES. *Política*. Trad. de Antônio Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. edição bilíngue. Lisboa: Vega, 1998, 1.253a15.

²⁴⁸ ARISTÓTELES. *Política*, 1998, 1.253a20.

e do injusto, nesse sentido, dava-se em caráter dúplice, portanto. Isso se verifica, inclusive, em Platão.²⁴⁹

Em *A República*, Platão assentava o pensamento de que “o homem justo, no que respeita à noção de justiça, nada diferirá da cidade justa, mas será semelhante a ela.”²⁵⁰ O sentido cambiante e simétrico que já se via em Platão ganha relevo e força ainda maior em Aristóteles. Isso porque a partir do pensamento platônico, o discípulo de Platão pôde notar a correlação entre o *ethos* individual e o coletivo, ou, noutras palavras, o que seria a esfera particular do “autogovernar-se” e o âmbito público dos vínculos.

Decorre disso o pensamento grego geral de que a razão pode limitar a paixão e servir de orientação prática para a boa conduta cívica. Para se estabelecer o que seria “agir bem” ou, propriamente, “o bem comum”, desencadeia-se a necessidade de um critério, capaz de pautar uma ética virtuosa. Aristóteles, então, propõe que “o político [referindo-se, conforme visto, ao *polítes*, isto é, o cidadão e não propriamente a um político como compreendido contemporaneamente], pois, deve estudar a alma.”²⁵¹

Sinteticamente, a concepção de alma em Aristóteles compreende a divisão entre racional e irracional. A primeira, subdivide-se ainda em teórica e prática, sendo caracterizadas como virtudes dianoéticas ou intelectuais e morais. A segunda, em vegetativa e sensitiva. O entendimento da “classificação” aristotélica é fundamental para que se possa compreender o pensamento ético do filósofo estagirita. O irascível da alma no que se refere a parte vegetativa relaciona-se à nutrição e ao crescimento. Diz o grego: “do elemento irracional, uma subdivisão parece estar largamente difundida e ser de natureza vegetativa. Refiro-me à que é causa da nutrição e do crescimento.”²⁵² A parte sensitiva, por outro lado, diz respeito ao percebimento “horizontal” do mundo, como, preponderantemente, em outros animais. O sensitivo, mesmo assim, vincula-se em alguma medida ao racional.²⁵³

²⁴⁹ PLATÃO. *A República*. Introdução, tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 6. ed. Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, 368d.

²⁵⁰ PLATÃO. *A República*. 1985. *República*, 435b.

²⁵¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1979, 1102a23, p. 24.

²⁵² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1979, 1102a23, p. 25.

²⁵³ Aristóteles refere que o elemento sensitivo atua no racional. Diz o grego Por conseguinte, o elemento irracional também parece ser duplo. Com efeito, o elemento vegetativo não tem nenhuma participação num princípio racional, mas o apetitivo e, em geral, o elemento desiderativo participa

A parte racional da alma, em Aristóteles, compreende a atuação conjunta das características prático-teórica, enquanto pressuposto à excelência moral visada tanto pelo indivíduo, quanto pela *pólis*. Registra, igualmente, um elemento primordial para a formação do *ethos* individual e coletivo e que possibilita a complementariedade e simetria da ética e da política. Fala-se, aqui, da virtude justiça, qualificada como uma das mais importantes. Explica o filósofo grego que “quanto à justiça, pois, que corresponde à virtude total, e à correspondente injustiça, sendo uma delas o exercício da virtude em sua inteireza e a outra, o do vício completo.”²⁵⁴ Portanto, a justiça é uma virtude singularmente importante para a garantia da vida virtuosa, que, por sua vez, é pressuposto para a vida feliz, e que é igualmente fundamental ao bem comum.

Assim, a alma em Aristóteles compreende a relação entre o racional e o irracional. Para o filósofo, “a fim de ouvir inteligentemente as preleções sobre o que é nobre e justo, e em geral sobre temas de ciência política, é preciso sido educado nos bons hábitos.”²⁵⁵ A formação ética aristotélica — *Paideia* — pressupõe a limitação do sensitivo e do vegetativo pelo uso da razão.

Importante é, agora, conjecturar-se no que consiste a ideia de “bem comum” em Aristóteles. O filósofo grego, ao propor uma ética teleológica, isto é, compreendendo existir uma finalidade para cada coisa existente, buscou responder a seguinte pergunta: “existe alguma coisa que possa ser considerada completa em si mesma e visada por todos a partir das suas ações?” E ainda, “qual é o objetivo final das nossas ações?” É respondendo a tais questões que a filosofia aristotélica alcança a compreensão da *eudaimonia*, que é, comumente, traduzida na língua portuguesa por felicidade.²⁵⁶

O que é capaz de garantir a felicidade na ética aristotélica é justamente a prática de uma vida virtuosa. Uma vida virtuosa é, portanto, capaz de propiciar o bem comum. Nas palavras de Johannes Hirschberger, “em que consiste a essência

dele em certo sentido, na medida em que o escuta e lhe obedece. É nesse sentido que falamos em ‘atender às razões’ do pai e dos amigos, o que é bem diverso de ponderar a razão de uma propriedade matemática.” Ver em: ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1979, 1102b30, p. 26.

²⁵⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1979, p. 99.

²⁵⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1979, 1095b5, p. 26.

²⁵⁶ Diz Aristóteles: “Ora, se alguma dádiva os homens recebem dos deuses, é razoável supor que a felicidade seja uma delas, e, dentre todas as coisas humanas, a que mais seguramente é uma dádiva divina, por ser a melhor.” Ver em: ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1979, p. 18.

do bem moral? A resposta é sempre a mesma, entre os gregos: na felicidade (*eudaimonia*), bem supremo.” Essa felicidade é tanto do indivíduo, quanto da *pólis*.

O bem comum, portanto, parece ser um resultado da própria *eudaimonia*, que, segundo Aristóteles, “é uma atividade da alma conforme à virtude perfeita.”²⁵⁷ A felicidade não pode ser entendida, no entanto, como um estado psicológico. Justamente por isso Aristóteles vincula-a a prática cotidiana de uma vida virtuosa, de acordo com as potencialidades humanas. Entende-se que a *eudaimonia* e a *eupraxia* são vias de mão dupla. Somente haveria possibilidade de ser feliz no sentido contemplativo a partir de uma vida regrada por boas condutas.

3 A VINCULAÇÃO ENTRE ÉTICA E POLÍTICA EM ARISTÓTELES

O ponto de partida para a compreensão da vinculação e simetria entre ética e política em Aristóteles é, necessariamente, a retomada do entendimento do *Zoon Politikon*. Verificando-se isso, pode-se perceber que na filosofia grega — e até mesmo entre os sofistas —, havia uma certa convergência na ideia de que o bem comum somente poderia ser alcançado na *pólis*.²⁵⁸

A conduta²⁵⁹, portanto, assumida aqui pelo sentido de hábito, prepondera e figura como pressuposto ao desenvolvimento do *ethos* aristotélico. Não sendo, por assim dizer, o bem comum um estado psicológico, significa que existe uma perspectiva temporal da vida ética e virtuosa. O indivíduo virtuoso, assim como, similarmente, a *pólis* virtuosa, o anseio pela *eudaimonia* e a concretização do bem comum em comunidade,²⁶⁰ não podem ser alcançados por ações ou atos esparsos, escassos ou descontínuos.²⁶¹ Pelo contrário, a virtude moral se dá e

²⁵⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1979, p. 24.

²⁵⁸ Por isso diz Aristóteles que “o homem que não contribui com nada para o bem comum não é honrado, pois o que pertence ao público é dado a quem o beneficia, e a honra pertence ao público.” Ver em: ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1979, p. 192.

²⁵⁹ Conceito comumente entendido como “toda resposta do organismo vivo a um estímulo que seja objetivamente observável, ainda que não tenha caráter de uniformidade no sentido de que varia ou pode variar diante de determinada situação.” Ver em: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 173.

²⁶⁰ Diz Aristóteles sobre: “Verbalmente, quase todos estão de acordo, pois tanto o vulgo como os homens de cultura superior dizem ser esse fim a felicidade e identificam o bem viver e o bem agir como o ser feliz.” Ver em: ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1979, p. 6.

²⁶¹ Justamente por conta desta característica que a ética de Aristóteles é considerada uma ética voltada ao caráter humano. Diz: “Por isso, todos os homens aprovam e louvam os que se ocupam em

adquire a partir do consuetudinário, pela prática reiterada de condutas virtuosas.²⁶² Fomenta-se o cultivo da própria cultura grega.

Evidentemente, que para constituir um ato virtuoso, há a necessidade de uma ação deliberada.²⁶³ Falar-se em vontade ou deliberação, como propõe Aristóteles, significa expressar a capacidade humana de alcançar a excelência moral a partir das ações virtuosas e também de poder escolher entre aquilo que considera certo e errado. Aristóteles abre o Livro II da sua *Ética a Nicômaco* expressando que “a virtude moral é adquirida em resultado do hábito, donde ter-se formado o seu nome [*hēikē*] por uma pequena modificação da palavra [*ēkē*] (hábito).”²⁶⁴ E prossegue afirmando que “evidencia-se também que nenhuma das virtudes morais surge em nós por natureza.”²⁶⁵

Refuta-se, portanto, qualquer ideia de inatismo virtuoso. Não obstante, ressalva Aristóteles que: “com efeito, nada do que existe naturalmente pode formar um hábito contrário à sua natureza [...] Diga-se, antes, que somos adaptados por natureza a recebê-las e nos tornamos perfeitos pelo hábito.”²⁶⁶ É relevante registrar que a excelência moral, para Aristóteles, como visto, dá-se justamente pela prática reiterada de atos virtuosos, ou seja, reside na ideia de livre arbítrio do *polítes*, que pode agir em conformidade ou desconformidade com sua natureza.²⁶⁷

grau excepcional com ações nobres; e se todos ambicionassem o que é nobre e dedicassem o melhor de seus esforços à prática das mais nobres ações, todas as coisas concorreriam para o bem comum e cada um obteria para si os maiores bens, já que a virtude é o bem maior que existe.” ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1979, p. 208.

²⁶² “Não é bom e feliz o homem que assim viva por certo tempo, mas, sobretudo, aquele cuja vida é a expressão de uma situação duradoura, pois ‘uma andorinha não faz verão.’” Ver em: HIRSCHBERGER, Johannes. *História da filosofia antiguidade*. São Paulo: Herder, 1969, p. 238.

²⁶³ Diz o mestre do Liceu: “Dos atos voluntários, praticamos alguns por escolha e outros não; por escolha, os que praticamos após deliberar, e por não escolha os que praticamos sem deliberação prévia.” Ver em: ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1979, p. 112.

²⁶⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1979, 1103a15, p. 27.

²⁶⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1979, 1103a15, p. 27.

²⁶⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1979, 1103a15, p. 27.

²⁶⁷ A natureza humana é distinguida dos demais animais por Aristóteles. Refere o filósofo que: “é natural, portanto, que não chamemos feliz nem ao boi, nem ao cavalo. nem a qualquer outro animal, visto que nenhum deles pode participar de tal atividade. Pelo mesmo motivo, um menino tampouco é feliz, pois que, devido à sua idade, ainda não é capaz de tais atos; e os meninos a quem chamamos felizes estão simplesmente sendo congratulados por causa das esperanças que neles depositamos. Porque, como dissemos, há mister não só de uma virtude completa mas também de uma vida completa, já que muitas mudanças ocorrem na vida, e eventualidades de toda sorte: o mais próspero pode ser vítima de grandes infortúnios na velhice, como se conta de Príamo no Ciclo Troiano; e a quem experimentou tais vicissitudes e terminou miseravelmente ninguém chama feliz.” Ver em: ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1979, p. 19.

A assimetria entre política e ética em Aristóteles baseia-se no condicionamento de ações pelos indivíduos, em reciprocidade ético-política para com os seus demais dentro da *pólis*. Não existia a compreensão de que o individualismo, como prepondera em algumas sociedades contemporâneas, devesse sobrepor ao todo e, mais propriamente, à comunidade. Isso fica ainda mais claro quando o estagirita expressa que “a felicidade individual deve corresponder a cidade feliz (*pólis eudaimon*).”²⁶⁸ Diz, então, que: “ainda que tal fim seja o mesmo tanto para o indivíduo como para o Estado, o deste último parece ser algo maior e mais completo, quer a atingir, quer a preservar.”²⁶⁹ E complementa afirmando que: “embora valha bem a pena atingir esse fim para um indivíduo só, é mais belo e mais divino alcançá-lo para uma nação ou para as cidades-Estados.”²⁷⁰

Sendo, por assim dizer, o *télos* do bem agir humano um dos objetos de investigação de Aristóteles, pode-se compreender que na perspectiva do filósofo estagirita, a sua finalidade (o bem agir) é entendida tanto em relação à *ética* quanto à *política*. Existe uma espécie de circularidade, no sentido de que o indivíduo precisa ser virtuoso para constituir uma *pólis* virtuosa e a *pólis* virtuosa também infere para que o indivíduo seja virtuoso.

Portanto, a premissa inicial para a vinculação e simetria entre ética e política em Aristóteles se dá justamente pela intrínseca relação entre os indivíduos e a busca constante pelo agir virtuoso, pressuposto da felicidade, e em prol de um bem comum, somente realizável em comunidade, isto é, na *pólis*. O indivíduo — *polítes* — somente é reconhecido enquanto cidadão-político a partir da inserção em uma circunscrição territorial determinada por regras vinculadas a uma *pólis*, a partir da sua *politéia*. Frisa o filósofo que “os homens não se associaram apenas para viver mas sobretudo para a vida boa.”²⁷¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

²⁶⁸ ARISTÓTELES. *Política*. Trad. de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. edição bilíngue. Lisboa: Vega, 1998, 1323b30, p. 19.

²⁶⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1979, p. 4.

²⁷⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1979, p. 4.

²⁷¹ ARISTÓTELES. *Política*, 1280a, p. 30.

Falar-se em ética e política em Aristóteles parece uma missão demasiadamente difícil, para não dizer quase impossível. Como compreendê-lo e explicá-lo sem parecer superficial e incompleto? Felizmente, pressupõe-se que não seria possível ou, ao menos, presunçoso seria afirmar que se pode extinguir discussões no campo da ética e da política a partir da filosofia aristotélica. Assim, não obstante se reconheça tais fatores que dificultam a abordagem temática, poder-se-á visualizar que uma investigação do contexto histórico e dos pressupostos basilares ao pensamento do filósofo estagirita, por si só, já justificam o presente estudo.

Como visto, não raras vezes se vê a completa desconsideração do contexto histórico-político do pensamento grego que serve como base e influência para as formulações de Aristóteles. Em um pequeno artigo, trazer, provisoriamente, tal preocupação serve como subsídio para posteriores aprofundamentos. Retomando-se, pôde-se compreender que o entendimento do que hoje concebemos por *civilidade* (ou mesmo *urbanidade*) é o que os gregos concebiam por *ethos*, ou seja, condutas individuais e coletivas pautadas na boa convivibilidade entre os membros da comunidade.

A leitura desses fatores auxilia nas respostas ao problema central que orienta a pesquisa, que se determina pela compreensão das bases aristotélicas para a construção da sua ideia de ética e sua vinculação à política. Respondendo à proposta de estudo, pôde-se verificar, a partir do primeiro capítulo, a preocupação grega com o entendimento cultural para a instituição de um *ethos* que tivesse a capacidade de afirmar vínculos de *civilidade* e *convivencialidade*. Prepondera, também, a ideia de cultura como *paidética*, no sentido de propiciar a formação de bons cidadãos. Não sendo menos importante é a perspectiva do consuetudinário como garantidor da cultura grega e do seu futuro, inclusive, em resposta ao desamparo legal.

No segundo capítulo, chegou-se à conclusão de que bem comum, em Aristóteles, parece ser um resultado da própria *eudaimonia*, ou seja, a felicidade como consequência de uma vida virtuosa, de acordo com as potencialidades humanas. Nessa perspectiva, a *eudaimonia* e a *eupraxia* são correlatas, uma vez que o estágio contemplativo de felicidade depende de ações virtuosas e reiteradas ou, propriamente, de uma vida regrada por boas condutas.

Por fim, pôde-se concluir que a vinculação e simetria entre ética e política em Aristóteles se dá pela estrutura interseccional entre o *polítes* e a *pólis*, na medida em que existe entre os indivíduos a busca constante pelo agir virtuoso, pressuposto da felicidade, e que é fundamento ao bem comum, somente realizável em comunidade. O cidadão grego — *polítes* — somente seria reconhecido enquanto inserido em uma circunscrição territorial determinada por regras vinculadas a uma *pólis*, regidas por sua *politéia*. A felicidade do indivíduo deveria, pois, corresponder a da *pólis*, constituindo-se pelo ideal de bem comum.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. In: Os Pensadores - Vol. II. Trad. Leonel Vallandro & Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. São Paulo. Abril Cultural, 1979.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Edição Trilíngue. Trad. Valentín García Yebra. Madrid: Gredos, 1982.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. edição bilíngue. Lisboa: Vega, 1998.

ARISTÓTELES. **The Complete Works of Aristotle**. The Revised Oxford Translation. Edited by J. Barnes. Princeton: Princeton University Press, 1984.

HEIDEGGER, Martin. Tradução de Fausto Castilho. **Ser e Tempo (1927)**. Edição Bilíngue. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2012.

HIRSCHBERGER, Johannes. **História da filosofia antiguidade**. São Paulo: Herder, 1969.

HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura.** Trad. Márcio Suzuki. Aparecida: Ideias & Letras, 2006.

JAEGER, Werner. **Aristoteles – Grundlegung einer Geschichte seiner Entwicklung.** Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1923.

PLATÃO. **A República.** Introdução, tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 6. ed. Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

SPINELLI, Miguel. **Ética e política: a edificação do éthos cívico da paideia grega.** São Paulo, SP: Loyola, 2017,