

# FENOMENOLOGIA E DIREITO: INVESTIGAÇÃO SOBRE A APLICAÇÃO DA MATRIZ FENOMENOLÓGICA NO DIREITO BRASILEIRO

---

*JACI RENE COSTA GARCIA\**

**N**o presente artigo são analisados aspectos referentes à interpretação de normas na matriz fenomenológica. A partir da leitura do Direito de Cossio e da posição dessa metodologia na jurisdição brasileira, procura-se extrair significantes que representem uma solução.

---

\* Especialista em Direito Público – Mestre em Filosofia, professor do curso de Direito do Centro Universitário Franciscano.

## Introdução

O objetivo do presente estudo é investigar a aplicação da matriz fenomenológica no direito brasileiro. As abordagens são realizadas a partir de uma dupla perspectiva: de um lado, mostra-se a importância do sujeito; de outro, a relevância do fato observado no processo de aplicação do direito. Com efeito, a pesquisa parte da análise da bibliografia filosófica existente e busca o contato com a realidade jurídica brasileira, sabendo-se, desde o início, das imensas dificuldades de encontrar a presença dessa matriz filosófica nos discursos jurídicos brasileiros, principalmente pela origem desse direito.

Com isso, a teoria fenomenológica possibilita perceber-se a “mudança de lugar” do direito, que se desloca do plano puramente normativo e passa a sublinhar o “fato” e o “valor”. Tal mudança contribuirá decisivamente para a construção das perguntas que irão trazer à superfície os problemas do direito no tempo e no espaço, construindo-se, dessa forma, o problema: haverá fundamentação fenomenológica na prática dos tribunais brasileiros, considerando que essa leitura utiliza, como uma de suas premissas básicas, o universo empírico?

Como resultado, procurou-se encontrar a correlação que ficou estabelecida nesse modelo de pensamento (fato e ato de consciência numa relação de mútua implicação) e a possibilidade de decidir juridicamente a partir da proposta husserliana, mesmo que signifique – em algumas hipóteses - a não aplicação da norma jurídica.

Torna-se relevante a apresentação desse tema, em vista do berço (*civil law*) de onde provêm as premissas discursivas do direito brasileiro, com forte apego à letra da lei, mostrando-se, com o presente trabalho, um modelo de pensamento que pode justificar uma decisão *contra lege* e, ainda, trazendo-se uma decisão que realiza essa leitura no direito brasileiro.

Assim, encontrar o direito a partir de uma interação do fato como um “valor a ser perseguido pela ciência” coloca o enfoque fenomenológico num plano privilegiado. Diz-se isso pela proposta teórica de uma entrega jurisdicional que atenda ao valor justiça e pela afirmação de que esse valor já se “encontra” na realidade posta pelo conflito vivido.

Diante disso, a preocupação central deste trabalho é demonstrar a correta aplicação de uma metodologia a partir da prática jurídica, apresentando os seus principais fundamentos. Para tanto, investiga-se Husserl a partir de Descartes, passando-se por Kant, com o objetivo final de apresentar as idéias do jusfilósofo Carlos Cossio, que realizou um trabalho fenomenológico no direito.

## As leituras possíveis no direito e a posição da fenomenologia

No direito, que é o fenômeno que interessa a este estudo, o observador passa a ser o referencial (relativo) que liga o dado extraído do real. Nesse sentido, criam-se metodologias que servem como lentes para o intérprete olhar a realidade, podendo-se sintetizar<sup>1</sup> as diversas teorias em posturas que podem ser definidas como analíticas, hermenêuticas e pragmáticas.

Num sentido amplo, a “analítica jurídica” é toda a abordagem que procura explicar ou elucidar os termos, os conceitos ou as estruturas do direito, situando-se em nível lógico-sistemático e mostrando como o todo é compreensível enquanto ordenamento coerente das partes (MACCORMICK, 1988, p. 12). Tal abordagem manifesta-se na teoria do direito de Hans Kelsen e Norberto Bobbio, a título de exemplo.

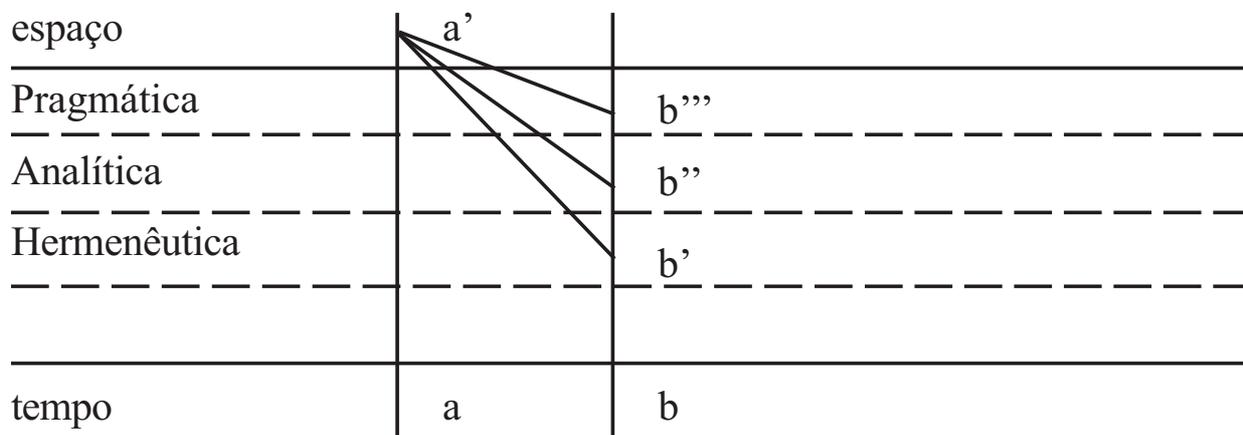
Pode-se dizer que a “hermenêutica” aparece como uma derivação crítica da filosofia analítica, preocupando-se com a interpretação correta dos textos, o que implica uma compreensão mais ampla dos problemas. Hodiernamente, essa postura aparece nos escritos de Dworkin (*Law's Empire*, 1986), nos quais afirma que o direito busca sempre uma “resposta correta”, já que o juiz, ao julgar, escreve a continuidade de uma história, percebendo o direito como integridade e a resposta judicial como algo “encontrado” pelo intérprete. Nesse sistema proposto por Dworkin, os princípios vigentes na sociedade são sopesados diante de um conflito que se apresenta e aplicados da melhor forma possível.

A pragmática afirma a necessidade da resolução de problemas e, para tal fim, a linguagem retórica é recuperada, a coerência discursiva é posta em destaque e a utilização da tópica aristotélica passa a significar possibilidades de soluções no discurso jurídico, justificando e concorrendo para a solução dos problemas. O discurso jurídico passa para o campo do provável, do possível, do verossímil. Para a pragmática “resolver” não significa necessariamente enfrentar o problema, podendo-se, a partir de uma outra perspectiva, ultrapassar o problema.

No diagrama seguinte são registradas essas grandes posturas que apreendem as teorias jurídicas existentes, sendo apresentadas com o propósito de demonstrar, ao longo do trabalho, a impossibilidade de redução do discurso fenomenológico, que não pode ser compreendido a partir desses padrões de pensamento.

---

<sup>1</sup> Há que se ter sempre cuidado ao realizar grandes sínteses, pois podem acontecer reduções sobre o que o teórico efetivamente pretendeu com a sua obra.



As retas paralelas permitem uma visualização das correntes que podem ser representadas da seguinte forma:

Considere-se:

$a - a'$  = Fato jurídico ocorrido numa determinada fração de tempo e num determinado espaço;

$b$  = Observador numa outra fração de tempo;

$b'$  = Leitura hermenêutica (considera o plano principiológico);

$b''$  = Leitura analítica (sublinha o aspecto normológico);

$b'''$  = Leitura pragmática (estabelece premissas empíricas);

Hermenêutica:  $b - b' - a'$ ;

Analítica:  $b - b'' - a'$ ;

Pragmática:  $b - a - b'''$ .

Devem ser feitas, no entanto, as seguintes perguntas preliminares: onde está situada a fenomenologia? Qual a relação dessa postura com o ato de perceber a realidade? Como o intérprete, este “sujeitoqueconhece”, efetivamente conhece um determinado fenômeno, em especial o fenômeno jurídico?

Pelas teorias “catalogadas” nessas “grandes posturas”, o conhecimento passaria a ser mediado por conceitos (ora normas, ora princípios, ora fatos) que, na sua funcionalidade, operam como limitadores, apreendem fragmentos da realidade numa “síntese da imaginação”<sup>2</sup>, afirmando-se que o conceito<sup>3</sup> está para a realidade como o finito que apreende o infinito, em outras

<sup>2</sup> Utilizando-se uma terminologia da teoria do conhecimento de Kant.

<sup>3</sup> Quando se diz que os conceitos são “finitudes infinitas”, com o finito quer-se salientar a limitação imposta à realidade pelo signos lingüísticos – enquanto fechados em determinado

palavras são “finitudes infinitas” que captam “infinitudes finitas”. São conceitos imprecisos no seu “aparecer” e que sofrem mutações com o tempo, estabelecendo no seu devir um processo dialético com a realidade e sofrendo, também, a influência de outros conceitos adquiridos. Essa aquisição de conceitos novos influi diretamente na percepção dos fenômenos, criando-se um vínculo que pode ser denominado “conceitorealidadeconceito”. Mas esses três modelos, mesmo com altíssimo grau de abrangência, não compreendem a fenomenologia.

Com isso, no presente artigo investiga-se uma teoria do direito que utiliza o método empírico dialético, onde estão presentes – a partir do caso analisado – a prevalência de elementos que consideram o vivido, aquilo que em determinado lugar (espaço) e em determinado momento (tempo) a comunidade entende como direito.

Torna-se relevante, nesta leitura, a prática humana e o valor/princípio de justiça. Assim, a fenomenologia não se deixa apreender por nenhum desses modelos de pensamento, surgindo como uma nova “teoria do conhecimento” e, como tal, coloca-se no mesmo plano da analítica, da hermenêutica e da pragmática, aparecendo como um novo caminho.

### **Fenomenologia: a sua fundamentação filosófica**

Numa breve revisão, a fenomenologia aparece como uma matriz epistemológica que possibilita uma leitura do direito que sublinha aspectos que o modelo kelseniano, por exemplo, refutaria. Estar-se-ia distante da filosofia analítica. Assim, no contexto deste trabalho, aparece como diferença que pretende clarificar ao máximo possível a pesquisa.

Reduzindo a complexidade, há que se dizer que, na leitura da fenomenologia de Husserl<sup>4</sup>, há um Descartes subjacente, um Kant mediador e a própria fenomenologia, que pretende ser a superação das matrizes anteriores. Nessa simplificação, descreve-se o movimento dos opostos que possibilita a compreensão do modelo.

---

número de expressões; o infinito, pela indeterminação do número de significações de cada signo e de suas relações estruturais com os demais signos utilizadas no conceito e, ainda, nas relações que estabelece com a realidade representada. Quando se trata a realidade (ou fenômenos que se apresentam) como “infinitudes finitas”, tem-se por objetivo mostrar que o todo está na parte (caráter infinito do fragmento do real) e, ao mesmo tempo, o fenômeno que se apresenta tem limites objetivos, diferenças, aspectos que mostram o que não pertence mais ao fenômeno analisado (o “outro” que se lhe contrapõe e mostra o caráter finito dessa “parcela do real”).

<sup>4</sup> Em Husserl tem-se: “Podemos dizer que as nossas meditações têm cumprido seu objetivo essencial, a saber: expor a possibilidade concreta da idéia cartesiana da filosofia como ciência universal de fundamentação absoluta.” (HUSSERL, 1986, § 64, p. 1-4)

Husserl estrutura o seu pensamento e constrói a fenomenologia (*na* *Meditações Cartesianas*) a partir de Descartes. Descartes é o protótipo da sua reflexão filosófica, o que permite um recomeço radicalmente novo para a filosofia, num momento em que o pensamento metafísico parece estar esgotado em si mesmo.

É um precedente necessário, antes de abordar Husserl, a apresentação de um breve apanhado da obra *Meditações*, de Descartes. Num resumo de suas seis meditações, pode-se dizer que: 1º) traz uma dúvida geral, propondo a suspensão do juízo; 2º) aponta que a grande utilidade de uma dúvida geral é o preparo de um caminho para acostumar o espírito do intérprete a desligar-se dos sentidos – como um exercício; 3º) possibilita o encontro de evidências; 4º) reconhece a existência de si mesmo, a partir da consideração de que o espírito que põe uma dúvida tão geral efetivamente existe (evidência apodítica); 5º) traz a correlação entre a idéia e a existência, exemplificando que as representações de perfeição, existentes na natureza, só podem ter como causa um ser soberanamente perfeito.

Para fundamentar a existência de Deus, percebe-se que Descartes estabelece um correlato, qual seja: a idéia de perfeição. A correlação é algo que permanece nos escritos de Husserl.

Husserl divide a sua obra em cinco meditações. Na primeira<sup>5</sup>, concentra sua preocupação na evidência apodítica do “eu existo”, do “ego cogito” e da subjetividade transcendental, uma consciência doadora de sentido e que constitui o mundo.

Na segunda meditação, aborda a questão da intencionalidade da consciência, uma consciência anti-especulativa, saindo do universo do *eu penso* para o do *eu penso algo*, antecipando uma unificação que sempre existiu e que a tradição filosófica – na visão husserliana – permitiu a separação e não conheceu como um todo (algo indecomponível).

Na terceira, traz a evidência como possibilidade de verificação pela razão. A realidade aparece como um correlato do evidente. Rompe com a distinção realizada pela tradição: consciência-objeto. Há *consciência de*, e a intuição (modo da consciência) é o ato objetivante que nos coloca em contato com o ser.

Nas reflexões presentes na sua quarta meditação constata-se que há um mundo de essências que é intuído, ou seja, antes mesmo do mundo da linguagem há uma relação intuitiva (modo de a consciência perceber) com as essências (o *eidos* é o invariável do modo de aparição dos fenômenos).

---

<sup>5</sup> Procedendo ordenadamente, a primeira em si, dentre as disciplinas filosóficas, seria a egologia limitada solipsisticamente, o ego reduzido primordialmente, e somente depois viria a fenomenologia intersubjetiva – fundada naquela (HUSSERL, 1986, § 64, p. 127-131).

Essa quarta meditação revela toda uma problemática: De que forma se objetiva este meu ego que coloca questões transcendentais? Como a minha evidência se objetiva? Como é possível a comunicação dos “n” “eus”?

Na última meditação, reflete sobre o modo pelo qual a intersubjetividade, que se opõe ao solipsismo, pretende resolver e concluir a possibilidade de se fazer fenomenologia, partindo da compreensão do si mesmo como um outro. Em Husserl, pode-se dizer que o eu pode ser expectador de si mesmo, tal qual se deu no cogito, onde a correlação noesis (ato de consciência) e noema (o *eidós* percebido) se deu no grau máximo.

Na investigação do “ego”, esse sujeito cognoscente descobre a própria existência. O “eu” é o imanente que transcende, do mesmo que o “outro. A fenomenologia ao se dar nesse plano é transcendental. A mônada, que culmina na idéia de um solipsismo, serviu apenas de procedimento metodológico inicial, porém não deve prosperar. A idéia de um recomeço radical da filosofia, a partir do “eu” que se reconhece existente, encontra o outro e, com este, haverá de estabelecer a possibilidade de reconhecer o outro, “existir com” e deixar existir.

Pretendeu, então, superar a ruptura kantiana, tentando relacionar os dois mundos separados, permitindo uma correspondência entre o ‘ser’ e o ‘dever ser’, ou mais precisamente, entre o ser e o pensar. O *ego*, agora com Husserl, volta-se intencionalmente para os objetos individuais, colocando-os entre parênteses e podendo dessa forma captar o *eidós*, a essência ideal do objeto. Essa tentativa de superação da dicotomia kantiana, através da fenomenologia de Husserl, repercute no pensamento jurídico, especialmente nos trabalhos do jurista alemão Adolf Reinach, que aborda o direito através de uma ótica fenomenológica. Na Argentina, o jurista Cossio também apresenta uma leitura fenomenológica na obra *Egologia do Direito*<sup>6</sup>.

Cossio, na citada obra, desloca o problema do direito: da preocupação com a norma jurídica para o estudo da conduta humana e suas relações. Considera o direito um objeto da cultura, composto de um *substrato*, que é a conduta em interferência intersubjetiva, e de um *sentido*, que é o dever de realizar um valor.

Na teoria egológica, a ciência jurídica deve ter por objetivo o conhecimento do direito, ou seja, da conduta humana em interferência intersubjetiva e dos valores que a informam. Nesse sentido, o ato cognoscitivo é “a compreensão” e o objeto da ciência jurídica é a “vida humana vivente em sua

---

<sup>6</sup> Para la teoría egológica, en cambio, la norma no es el objeto, sino la significación o concepto expresado por el texto. Y el objeto que a ella corresponde es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, de modo que en el Derecho, al igual que en cualquier ciencia de realidades, hay una intuición sensible que capta precisamente el objeto; porque la conducta humana es un hecho perceptible como tal. (COSSIO, 1964, p. 202)

liberdade”. Dentro desse quadro, o jurista não tem a função de estimar positiva ou negativamente a conduta compartilhada, mas relacioná-la a valores positivos e não ideais. O jurista deverá compreender o direito através da captação do sentido. Como há uma visada que imprime significação, fica evidente que essa significação não é algo que está nos fatos, mas constitui algo como vivência no sujeito cognoscente. O jurista terá que pensar no fato externo da conduta compartilhada e viver o seu sentido, recriando-o em sua própria consciência.

Cossio (1964) delimitou o objeto da ciência jurídica a partir da indagação ontológica do direito. Como o problema ontológico do direito é o de descobrir o seu *ser*, o jusfilósofo argentino retomou a teoria dos objetos de Husserl, o qual reconheceu quatro regiões ônticas: dos objetos ideais, naturais, *culturais* e metafísicos. Os *objetos culturais*, dentre os quais o direito, têm como caracteres: a) Serem reais, ou seja, terem existência no espaço e no tempo; b) estarem na experiência; c) possuírem valor positivo ou negativo. Ainda, tais objetos têm a compreensão como ato gnoseológico e como método empírico-dialético. Nesse contexto, o direito é uma elipse, na qual o substrato e o sentido se correlacionam e interagem.

É mediante a intuição que o egologismo situa o direito no campo da cultura. O direito é um objeto cultural, por ser real, por estar na experiência e por ter um valor. Todo objeto cultural, ensina Cossio (1964), compõe-se de:

- a) ‘um substrato’, que é a sua matéria; conforme esse suporte seja um objeto físico, como mármore, papel etc, ou uma conduta humana, o objeto cultural é, respectivamente, *mundanal* ou *egológico*; b) ‘um sentido’, no qual reside o caráter valioso ou desvalioso do objeto cultural, que está ligado a um valor ou a uma finalidade, porque o homem sempre age em função de valores.

Assim, o direito possui um substrato e um sentido indissociáveis.

A egologia entende que o direito pode ser compreendido pela intuição eidética, pela qual o pensamento apreenderia, imediatamente, a essência do direito, não sendo necessário recorrer a nenhuma norma, isolando-o de tudo o que for accidental. A “intuição eidética” do direito é uma intuição existencial que abrange tanto a intuição sensível quanto a intelectual. Isso porque é sobre os dados dos sentidos que se realiza a intelecção, isto é, na primeira fase da intuição apreendemos o substrato e, depois, intelectualmente captamos o seu sentido. É a intuição que apresenta a conduta jurídica com caráter de intersubjetividade. O homem vive em companhia de outros homens e devido a essa “convivência” é levado a interagir. Do choque inevitável das

múltiplas condutas surge a necessidade de limitá-las, para assegurar um mínimo de ordem e tornar viável a “convivência”. Cabe ao direito estabelecer o “lícito” e o “ilícito”, eis porque se refere, segundo Cossio (1964), à conduta em sua intersubjetividade. A intersubjetividade é um fazer compartilhado, a conduta de um, quando impedida ou permitida por outros, de modo que o que cada membro da sociedade faz é o que os demais permitem que ele faça. Percebemos, então, que o substrato do direito é a vida humana vivente, que é a conduta humana em interferência intersubjetiva. Por conseguinte, o objeto da ciência jurídica, como já dito, é a vida humana vivente em sua liberdade.

O ponto principal da doutrina egológica aparece ao se determinar que o direito não é produto da razão, nem de normas, mas se oferece dado na experiência como conduta compartilhada. Em consequência, o legislador não cria o direito. Se o direito em seu substrato é apreendido pela intuição sensível, em seu sentido o será pela intuição intelectual. Ao conhecimento empírico do substrato vai sobrepor-se o conhecimento axiológico de seu sentido. Assim, o objeto da ciência jurídica é a conduta humana em interferência intersubjetiva, referida a valores, interpretada conceitualmente pela norma. No entender de Cossio (1964) a norma não é o objeto da ciência do direito. A norma é apenas o instrumento de expressão do direito; portanto, ela não cria ou extingue o direito. A norma tem um papel constitutivo do modo de ser do direito (ora como faculdade, ou prestação, ou ilícito, ou sanção). A criação legislativa do direito pode apenas confirmar ou modificar os modos de vida existentes e não elaborar a vida existente. A norma jurídica é, concomitantemente, um juízo imputativo e um conceito que pensa uma conduta.

Com efeito, pode-se afirmar que a norma em sua estrutura formal, sob o prisma lógico-formal, é um juízo hipotético-disjuntivo<sup>7</sup> que se compõe de dois enunciados: o do dever jurídico, que Cossio (1964) denominou endonorma, e o da consequência jurídica, a sanção, designado perinorma. Ocorre que esse jusfilósofo, antes de aplicar o comando da norma, analisa a veracidade ou falsidade dessa norma, a partir de uma relação com a conduta. A verdade jurídica se completa com o desenvolvimento de três classes de verdade: de essência, de existência e de valor. No primeiro plano, a norma será verdadeira, se se referir à conduta compartilhada, e falsa, se não o fizer. No segundo, será verídica, se a conduta por ela pensada existir, e inverídica se inexistir. No terceiro plano, será verdadeira, se a conduta compartilhada existente for justa, e falsa, se for injusta.

---

<sup>7</sup> Na lógica matemática seria simbolizado por “ $\vee$ ” ou “ $\vee$ ”— disjunção exclusiva ou inclusiva.

Para a egologia, a norma ou proposição também pode ser válida ou inválida, enquanto possui algo que faz com que seja ou não proposição jurídica, ou seja, a proposição vale como pensamento, se tem uma determinada estrutura e se compatível com os demais pensamentos do sistema mental a que pertence.

Assim sendo, a norma é estudada sob dois ângulos diferentes. Primeiramente em sua estrutura formal, objetivando verificar a legalidade do pensamento jurídico como tal ou a sua concordância consigo mesmo, e isso é função da lógica formal (modelo kantiano). Em segundo lugar, em sua relação com seu objeto, ou seja, como um conceito referido à conduta, visando à compreensão da mesma, aplicando o método empírico-dialético (tarefa da lógica jurídica transcendental).

Essa relação gnoseológica entre conceito e objeto, entre norma e conduta, tem servido à egologia para fundar o conhecimento jurídico como um conhecimento de realidades. A ciência do direito é uma ciência da experiência, pois não se interpreta, segundo essa escola, a norma jurídica, mas a conduta compartilhada mediante a norma, que desempenha o papel de mediação própria do conceito no conhecimento científico.

Com isso, Cossio afasta-se do positivismo da norma e penetra no campo da conduta conceitualizada pela norma. Privilegia a subjetividade e a intersubjetividade. A ciência jurídica, para a egologia, não conhece normas. Todavia, como conhecimento jurídico-científico da conduta em interferência intersubjetiva, só é possível com a norma. A ciência do direito será normativa porque, mediante a conceituação normativa, pensa a conduta humana e a qualifica juridicamente. E, em última análise, o direito quer revelar o justo em cada caso.

### **A fenomenologia e a aplicação no direito brasileiro**

O direito, em Cossio, é um objeto cultural egológico por ter por “substrato” uma “conduta humana compartilhada”, sobre a qual incidem “valores”. O substrato e o sentido estão de tal maneira ligados que formam a unidade no qual o direito se reconhece. Nesse sentido, conhecer o direito significa ir do substrato ao sentido tantas vezes quantas forem necessárias. A cognição adquire um caráter de provisoriedade, devido à evolutividade ou historicidade da conduta compreendida como um “dever-ser existencial”. Compreender o direito é revelar o seu sentido.

Entende-se, a partir do jurista, que o direito possui como conteúdo mediato a norma e imediato a ação humana. Resgata a possibilidade de se realizar, nos casos concretos, o valor “justiça” como percepção clara e una da essência da conduta do vivido por outrem. Diferencia-se, radicalmente,

do modelo kelseniano<sup>8</sup> e, como diferença que é, apresenta-se como manifestação do direito natural (busca do valor justiça no universo dos fatos<sup>9</sup>), mostra o não ser do direito positivo (que não admite “encontrar” dever ser no mundo do “ser”).

Há um caso clássico no direito brasileiro que pode ser tomado como exemplo de aplicação fiel dessa metodologia. Trata-se de decisão proferida pela *Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, tratando de um divórcio direto, onde o bem – por aplicação direta da lei – deveria ser partilhado e no qual, por buscar a realização de justiça, o problema se resolve a partir de uma abordagem fenomenológica (o sujeito elege o método que lhe proporciona a melhor resposta). Transcreve-se parte do relatório<sup>10</sup> e do voto do Des. Sérgio Gischkow Pereira que, ao decidir, assim se pronunciou:

“VOTO - Não há o que modificar na sentença. (...) No mérito, de longa data sustento a compreensão de que a separação fática que se prolonga no tempo é capaz de produzir o efeito de não mais se comunicarem os bens, mesmo se o regime de bens for o da comunhão universal. Repito o que disse em revista *AJURIS*, Porto Alegre, 1992, vol. 56, págs. 259 a 267: (...) De outra parte, encarado o direito como objeto cultural, que não comporta uma Lógica formal em seu exame, a preocupação pelas soluções justas, razoáveis e em harmonia com a realidade social, leva a preconizar seja a separação fática bastante para abalar o regime de bens. Esta segunda corrente de pensamento recorda situações de clamorosa iniquidade, inevitáveis se prevalecesse sempre a primeira orientação; é focado pelo ato gnoseológico da com-

<sup>8</sup> Dizer que uma norma é imediatamente evidente é dizer que ela é dada na razão, com a razão. O conceito de uma norma imediatamente evidente pressupõe o conceito de uma razão prática, quer dizer, de uma razão legisladora (TPD, p. 218). Em Kelsen, o conceito de “norma evidente” é insustentável, pois a função da razão é “conhecer e não querer” (TPD, p. 218), e o estabelecimento de normas é um “ato de vontade”. Segue o autor afirmando que, por isso, não pode haver qualquer norma imediatamente evidente, a não ser que se acredite que a norma é posta pela vontade de Deus, de uma vontade supra-humana ou foi produzida pelo costume.

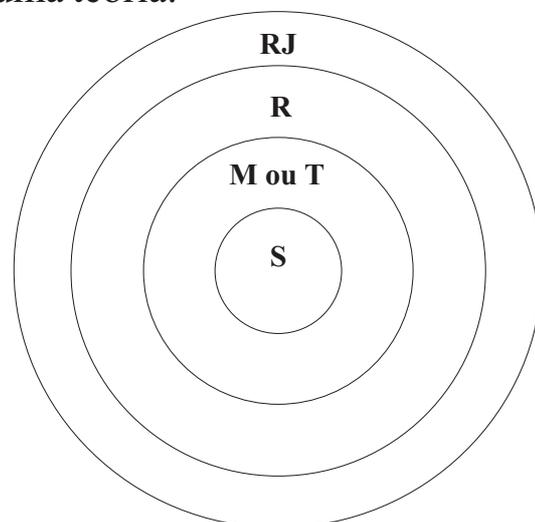
<sup>9</sup> Método empírico-dialético.

<sup>10</sup> Sabendo-se que a decisão monocrática determinou que o bem não fosse partilhado, tem-se o fato em resumo: Do relatório, extrai-se: “1. J. L. C. G. ajuizou PEDIDO DE DIVÓRCIO DIRETO contra E. C. G. (...) separado de fato há 17 anos. Após a separação de fato, o autor adquiriu um apartamento junto à COHAB (...). Sobreveio sentença (...). Irresignada, apelou a demandada (...) firmou que o regime do casamento existente entre as partes é o da comunhão universal de bens, inexistindo pacto antenupcial. Dito regime não pode ser alterado e é irrevogável. (...). Destarte, como o apelado não logrou comprovar que o apartamento foi comprado com recursos advindos de seu trabalho, a requerida tem direito à meação dos bens adquiridos após a separação fática do casal. Portanto, o imóvel em apreço deve ser objeto de partilha.

preensão (a intelecção é para os objetos ideais e, a explicação, para os objetos naturais) e abordado pelo método empírico-dialético. (O método racional-dedutivo destina-se aos objetos ideais e o método empírico-dedutivo aos objetos naturais). Como objeto cultural que é, o elemento axiológico é absolutamente inafastável da essência do Direito; todo o objeto cultural é valioso, positiva ou negativamente; o valor, por definição, faz parte integrante do objeto cultural. (...) Face ao exposto, resulta evidente nunca se poder interpretar e aplicar o Direito sem consultar a faceta do justo e ponderar os fatos sociais envolvidos, em profundidade. Ora, quem consideraria justo, nos casos em exame, aquinhoar com bens, havidos por determinada pessoa, alguém que nada mais tem a ver com aquela pessoa em termos de afetividade e convivência, fixando-se só no papel do casamento? Quem não estranharia, pelo menos, que se contemplasse com os bens em completo e radical desacordo com a realidade dos fatos, que é de separação fática irreversível, às vezes prolongada, com outra família constituída talvez? Seria ignorar a realidade do social, desconhecendo-a em prol do ângulo puramente registral do casamento. (...). É o meu voto.”

A transcrição do presente voto é a demonstração da aplicabilidade da teoria fenomenológica, de um resultado prático em tempos atuais e no direito brasileiro. Inúmeras outras decisões realizam uma leitura que sublinha a realidade, o vivido, em detrimento da rigidez dos símbolos expressos através de mandamentos cristalizados. Transcreve-se esta decisão pela sua riqueza, pela importância da área a que se reporta (família) e pela amplitude da abordagem que considera os diversos aspectos e, na entrega da prestação jurisdicional, o magistrado materializa a sua opção a partir de um modelo de pensamento existente – concretizando uma teoria.

A figura ao lado representa o intérprete (S), a metodologia (M ou T), a realidade (R), e a resposta judicial (RJ), demonstrando-se que a aplicação de um método é de suma importância e concorre tanto para a coerência discursiva quanto para a segurança do intérprete. Esta representação demonstra que o ato de perceber a realidade invariavelmente é mediado por uma teoria. Omenologia, enquanto teoria, une o ato de visar com o encontro da resposta, indo



além do processo silogístico de reensão da realidade através de um método dedutivo. Aspira-se, dessa forma, à melhor resposta.

### **Os vínculos estabelecidos entre a teoria e a prática**

Embora existindo decisões que utilizem como tópicos a experiência e o princípio da justiça, aspectos presentes no discurso fenomenológico ainda não representam algo significativo no sentido de se afirmar que há uma presença relevante em termos quantitativos dessas leituras no direito brasileiro. Na decisão apresentada, torna-se evidente o conflito da norma pensada (valor justiça) com a norma positivada (código civil).

No modelo positivista, ainda muito presente na prática discursiva dos tribunais, uma norma meramente pensada não possuirá o ato de vontade instituinte e, por conseguinte, não terá qualquer realidade (KELSEN, 1986, p. 9). Diz-se, então, que nas duas leituras há um *sujeito* que se encontra diante de uma realidade e que percebe – ao menos em parte – os acontecimentos e/ou fatos que se apresentam. Nessa ordem ele necessariamente passa a ser o observador enquanto os fenômenos se multiplicam e se modificam. O sujeito possui uma liberdade, qual seja: a escolha do método.

Estabelece-se a discussão no interior da decisão judicial, quando o julgador sopesa métodos e escolhe o que melhor entrega a prestação jurisdicional. Dá-se uma escolha de metodologia e o resultado passa a ser “resultado” da aplicação de um método.

### **Considerações finais**

Com a pesquisa, restou clara a presença de uma metodologia com profunda fundamentação filosófica e que se apresenta como uma via com identidade suficientemente estabelecida. Ainda, demonstrou-se a sua presença no direito brasileiro, cumprindo plenamente o que se pretendeu: estabelecer um vínculo entre uma teoria e a prática jurídica. Com a apresentação dos aspectos principais da construção husserliana, estabelecem-se o referencial existente que permite a leitura fenomenológica no direito.

Destaca-se a importância da teoria escolhida para análise, uma vez que ao propor o deslocamento do objeto da ciência jurídica para a conduta em sua interferência intersubjetiva, aproxima o direito do ideal “justiça”, humaniza a ciência, mantém a possibilidade da norma como conceito, sem deixar de perceber e/ou minimizar a conduta humana. Dessa forma, o direito posto não será ferido, uma vez que a conduta humana, por meio do intérprete, busca a norma (conceito) e, em assim sendo, não é a norma que incide sobre a conduta. Nesse “buscar a norma” está o perceber a unificação que sempre existiu. E presente, portanto, a correlação. Em tal linha teórica, as

relações passam a ser jurídicas não porque são um produto de normas; ao contrário, a relação jurídica e o direito estão presentes na relação estabelecida pelos homens entre si e/ou mediada pelas coisas que estão ao dispor da humanidade.

Por fim, apresentaram-se decisões no direito brasileiro que visam à solução dos problemas, a partir dessa matriz (v. g., encontram-se também leituras fenomenológicas em ações que tratam da correção dos índices das tabelas do imposto de renda), devendo-se ressaltar que o presente trabalho não é de forma alguma exaustivo, servindo, apenas, para fomentar a busca de novas reflexões nessa matéria.

### **Referências Bibliográficas**

COSSIO, Carlos. *La Teoria Egologica del Derecho y el concepto juridico del libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964.

DESCARTES, René. *Meditações*. Tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

HUSSERL, Edmund. *Meditações Cartesianas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An Institutional Theory of Law*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1985.