

Fundamentação Jurídica: Uma abordagem Fenomenológica do Direito

Jefferson Antunes Nicolau do Carmo¹

Paollyene Paulino Rodrigues²

Resumo: Os acontecimentos do século XX exigiram novas composições entre o pensar e a vida, sem o rigor extremado da lógica presente no discurso da ciência moderna, ambas herdeiras legítimas do Iluminismo, já que própria razão e seus métodos foram questionados de modo a presumir que a racionalidade não seria capaz de auferir a verdade em sua totalidade. No campo da filosofia do direito, a questão ganha relevância, vez que a significativa tarefa de conceituar e definir o direito não se encontra, propriamente, na efetividade de um conceito-objeto, radicado na universalidade do fenômeno jurídico, e sim na perspectiva de situar o direito enquanto possibilidade e abertura frente às suas dimensões. A problemática da fundamentação, como uma velha questão filosófica que emerge no campo do direito, não se contenta com o reducionismo simplificador presente na ciência jurídica! Para tanto, o presente artigo propõe o método fenomenológico de Martin Heidegger como alternativa no âmbito do direito, capaz de superar as inconsistências da ciência jurídica tradicional, em seu caráter formalista e normativista, a fim de possibilitar ampla reflexão sobre os verdadeiros problemas acerca da fundamentação do direito, mais especificamente quanto ao fundamento de validade dos ordenamentos jurídicos das sociedades contemporâneas.

Palavras-chave: Fenomenologia. Direito. Fenômeno jurídico.

INTRODUÇÃO

A fonte motriz deste artigo advém da incompreensão acerca da fundamentação das normas jurídicas e da certeza de que o direito por si só, definido como técnica de controle social, não é capaz de abranger a completude das relações humanas.

A própria filosofia do direito, imperante no mundo ocidental, além de tecnicista tornou-se insuficiente, já que compreender o fenômeno jurídico e equipará-lo reduzindo-o a leis formais, não alcança a adequada elucidação dos problemas postos pela dogmática jurídica, o que, por conseguinte, não alcança com efetividade e profundidade a tarefa hermenêutica de superação do direito positivado.

Os vestígios da era iluminista, da expansão técnico-científica e de uma tradição jus-filosófica petrificada, além de esmagar o sentido e o fundamento do direito, reduz a manifestação

1 Doutorando em Teoria do Direito e da Justiça do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). E-mail: pe.jeffersonantunes@gmail.com

2 Mestranda em Teoria do Direito e da Justiça do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). E-mail: contato@paulinoconsultores.adv.br

do fenômeno jurídico a técnicas normativas, o que acaba por afastar a pergunta pelo sentido do *ser* do direito e, conseqüentemente, de sua verdadeira essência.

O papel da Filosofia no Ocidente, em meados do século XIX, foi ocupar-se do conhecimento do *ente*, pois as ciências da natureza e do espírito ocupavam a totalidade do domínio conhecível de tal modo, que a filosofia ficava, no sentido próprio do termo, sem objeto. Ela se transformava em conhecimento do conhecimento, submetendo-se à metodologia das ciências positivas. E, inevitavelmente, a filosofia jurídica adentrou na perspectiva do direito como técnica, reduzindo a justiça e seus predicados, fragilizando estruturalmente o ordenamento jurídico de tal forma que as teorias jurídicas abstratas, advindas da legalidade técnico-estatal, apenas evidenciavam as deficiências de um sistema injusto e aprisionado na retórica da legitimação.

Entre juristas e operadores do direito, as críticas ao pensamento jurídico contemporâneo são sempre pontuais, nunca estruturais. Poucos são os pensadores não jus-positivistas que se insurgem contra a tradição idealista-moral presente na natureza da lei e que propõem uma ampla reflexão sobre os verdadeiros problemas acerca da fundamentação do Direito. Nesse contexto, a obra de Martin Heidegger (1889-1976) reflete sobre a hermenêutica filosófica de modo peculiar, tendo como pano de fundo a problemática das garantias de verdade e cientificidade presente na ciência moderna jurídico-estatal, de modo que no âmbito do direito a crítica à metafísica ocidental construída por Heidegger é significativa, tendo em vista que o sistema jurídico reduz as possibilidades de abertura para o fenômeno, estabelecendo-se como uma ciência dogmática e violenta.

A própria experiência jurídica moderna com suas conexões objetivamente dadas e válidas, não alcança a proposta da fenomenologia heideggeriana, pois ainda está fundada na epistemologia do sujeito cognoscente, que encobre historicamente o entendimento ontológico. Para Heidegger, a pergunta pelo sentido do *ser*, iniciada a partir da ontologia grega, mostra-se formulada de forma insuficiente e inconclusiva, já que a própria história se encarregou de encobrir as experiências originárias e os conceitos ontológicos fundamentais.

Acredita-se que a fundamentação jurídica, a partir da mudança hermenêutica sustentada por Heidegger, não se mostra suficiente da forma como está posta atualmente. A justiça enquanto direito não é justiça! Dessa forma, o fundamento da lei e do ordenamento jurídico não se confunde com a pretensão de validade moral kantiana e nem tampouco com o pressuposto da justiça como fundamento para a aplicação da lei. Assim, a hermenêutica fenomenológica possibilitaria a abertura de significativos caminhos para o estudo e compreensão do fundamento do direito, de modo ontológico, histórico e, quiçá, revolucionário.

Com efeito, a proposta do presente trabalho é evidenciar a visão dogmática e universalista assumida pelo direito – no qual o discurso legitimador da ciência jurídica nada mais é que um instrumento de dominação, tendo em vista que a história do direito se traduz em história do poder – e, sobretudo, buscar caminhos para impedir que determinismos e

totalitarismos da razão afastem a aplicação das garantias e princípios presentes no Estado de Direito em consonância com o espírito democrático.

1 A FENOMENOLOGIA HEIDEGGERIANA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA UMA “REDESCOBERTA” DO DIREITO

A metafísica, desde os gregos, investiga a essência ou entidade do *ente*, conduzida pela razão de ser de cada coisa. Porém, na medida em que a metafísica representa o *ente* ela não pensa no ser, esquece os seus próprios fundamentos.

Para Heidegger, na investigação em direção à essência do *ser*, é necessária a formulação da pergunta pelo que seja o *ser* da metafísica em seus fundamentos, pois o pensamento originário só é possível pela superação do objetivismo metafísico. A interrogação, de acordo com Heidegger, “deve pensar metafisicamente e, ao mesmo tempo, deve pensar a partir dos fundamentos da metafísica, vale dizer, não mais metafisicamente.” (HEIDEGGER, 1969, p. 48). O intento a que se dirige Heidegger é o de apresentar a questão do *ser* em oposição às ontologias ingênuas fundadas pela filosofia e pelas ciências, que compreendiam o *ser* como um conceito dado, como um fato e não, antes, como realização.

A metafísica representa o *ente* enquanto tal, mas não alcança a sua essência verdadeira. Isto é, um pensamento que pensa no *ser* não se satisfaz com a metafísica clássica, de modo que recorrer a ontologias historicamente dadas não é suficiente, se faz necessário caminhar em “direção às próprias coisas”. Nesta acepção, a ontologia de Heidegger não expõe uma nova teoria da essência do *ser*, mas a questão do *sentido* da ontologia:

A fenomenologia é a via de acesso e o modo de comprovação para se determinar o que deve constituir tema da ontologia. Ontologia só é possível como fenomenologia. O conceito fenomenológico de fenômeno propõe, como o que se mostra, o ser dos entes, o seu sentido, suas modificações e derivados (HEIDEGGER, 2006, p. 75).

No decorrer da história a pergunta pelo ser foi imobilizada pelo pensamento, tornando-se prisioneira de ilusões metafísicas. Diz-nos Heidegger: “(...) é necessário que se abale a rigidez e o enrijecimento de uma tradição petrificada e se removam os entulhos acumulados” (HEIDEGGER, 2006, p. 60-61). A problemática do *Ser* na perspectiva de Heidegger, portanto, elucida a sua reflexão sobre a tradição metafísica que acabou por dissimular e desnaturalizar a questão ontológica. Para Heidegger a confusão entre ôntico (referente ao *ente*) e ontológico (referente ao *ser*) iniciou-se com os filósofos gregos, que não trataram da diferença ontológica, já que desde Platão as teorias proferem que o *saber* é uma forma de *ver*, de modo que o próprio sujeito transcendental de Edmund Husserl é ainda puro olhar.

Para Heidegger, o modo de pensar metafísico se apresenta como “esquecimento do ser” em favor da exaltação do ente, do que está à mão: um pensar da representação. A técnica é tida como herdeira do modo de pensar metafísico e se apresenta como sua mais sofisticada

expressão e realização. Contestando a metafísica e a epistemologia modernas, Heidegger nega a possibilidade de compreender o *ser* por meio de um eu absoluto e transcendente. Portanto, para o autor, a fenomenologia possibilita abandonar as eternas pretensões de verdades absolutas, tão comuns à ciência jurídica, bem como às máximas universais presentes nos juízos idealísticos.

O método fenomenológico proposto pelo filósofo alemão supera a dicotomia entre sujeito-objeto e a concepção da própria ideia de método disposta em Husserl:

A expressão “fenomenologia” significa primariamente um *conceito de método*. Ela não caracteriza o que-coisa real dos objetos da pesquisa filosófica, mas o seu *como*. [...] O termo “fenomenologia” exprime uma máxima que pode ser assim formulada: “em direção às próprias coisas!”. [...] A fenomenologia é o modo de alcançar e de determinar demonstrativamente o que deve constituir o tema da ontologia. *A ontologia só é possível como fenomenologia*. [Desse modo] Todo conceito fenomenológico e todo princípio originariamente descobertos, pelo fato de serem comunicados sob a forma de enunciados, são expostos à possibilidade da degeneração. (HEIDEGGER, 1977, p. 35-37.)

Nestes termos, Heidegger propõe pensar a filosofia como ontologia fenomenológica, como caminho e possibilidade entre o *dasein* e o *ser*, de modo que o esforço é orientar-se para a analítica existencial, voltada para uma fenomenologia hermenêutica-descritiva e não transcendental. Por conseguinte, faz-se necessário ultrapassar e superar o objetivismo da metafísica perguntando sobre o *ente* no seu ser, sem apreensões de juízos e determinações categoriais.

Na ciência moderna, os limites incluem espaço, lugar, tempo, movimento, massa, força e velocidade; no entanto, a natureza do tempo e do movimento não é discutida (HEIDEGGER, 1973). Há aqui superficialidade na compreensão ontológica reduzida à conceitos, impossibilitando conhecer a essência do *ser* e, consequentemente, o seu fundamento. Nesses termos, em *Que é Metafísica?* Heidegger afirma que: “A existência científica recebe sua simplicidade e acríbia do fato de se relacionar com o ente e unicamente com ele de modo especialíssimo” (HEIDEGGER, 1969, p. 42).

O Direito, por sua vez, como sistema científico, não tem acesso ao fenômeno jurídico, o que impossibilita, de antemão, conhecer a verdade do que se apresenta. Desse modo, pensar no fundamento e na legitimação jurídica, a partir da tradição filosófico-científica pressupõe unicamente tomar o direito enquanto objeto e perguntar-se pelo porquê de sua existência. Da verificação desta tese, inúmeras possibilidades se abrem a partir da reflexão filosófica sobre o direito, de modo que a compreensão dos valores, normas, condutas, princípios e hermenêutica, possibilitaria a reflexão sobre o papel do direito entre os homens e, novamente, a investigação sobre o seu fundamento.

A partir do desenvolvimento da filosofia hermenêutica, principalmente após a fenomenologia de Heidegger, veiculou-se a ideia de um saber jurídico de cunho hermenêutico. Neste sentido, o direito não é apenas ordem, forma e norma: ele é também um conjunto de entendimentos e conceituações, que são e que implicam uma hermenêutica. A questão do princípio da razão e a questão do fundamento dialogam, diretamente, com o método fenomenológico heideggeriano, já que a maneira de ver fenomenológica é extremamente capaz de conduzir-nos ao fenômeno jurídico enquanto tal, em direção à ruptura de uma tradição rígida, conceitual e sistematizada, possibilitando-nos ir além dos modelos transcendent³, tais como nos são impostos.

O desenvolvimento do método fenomenológico proposto por Martin Heidegger em *Ser e Tempo* faz-se fortemente presente em seu ensaio *Sobre a Essência do Fundamento* (*Vom Wesen des Grund*), visto que há aproximações fenomenológicas com toda a história do pensamento. O filósofo alemão apresenta três acepções de fundamento, a saber: “1) o fundar como instituir [*Stiften*]; 2) o fundar como alicerçar [*Bodennehmen*]; 3) o fundar como fundamentar [*Begründen*]” (HEIDEGGER, 1998, p. 86). Ambas as acepções são tomadas como significações fundamentalmente originárias, de modo que o fundar sob a perspectiva heideggeriana relaciona-se originalmente com a liberdade para o fundamento: “a liberdade é a razão do fundamento (o fundamento do fundamento)” (HEIDEGGER, 1973, p. 323).

De acordo com tal definição, fundamento quer dizer *possibilidade, chão, legitimação*:

Fundamentar não será tomado aqui no estreito e derivado sentido do demonstrar de proposições ôntico-teoréticas, mas numa significação fundamentalmente originária. De acordo com isto, fundamentação significa tanto como possibilitação da questão do porquê em geral. Tornar visível o caráter próprio originariamente fundador do fundamentar, quer dizer, conforme isso, clarificar a origem transcendental do porquê como tal (HEIDEGGER, 1973, p. 320).

De tal modo, o problema da fundamentação e da legitimação sob a ótica do método fenomenológico possibilita a reflexão sobre a essência do agir, de modo que primordialmente, devemos nos libertar “da interpretação técnica do pensar”. Compreender o fundamento e a natureza do direito analisando os seus desdobramentos no cenário contemporâneo, de modo a observar a proposta do método fenomenológico de Heidegger, possibilita a construção de uma ontologia jurídica fenomenológica-hermenêutica, que poderá apontar caminhos para certa economia de violência do discurso.

Ademais, a partir da compreensão deste novo modo de dizer as coisas é que propomos a releitura da filosofia de Heidegger no âmbito do direito, e, portanto, a compreensão do fundamento jurídico, com vistas a caminhar em direção à autenticidade, instaurando a

3 Cf. SANIN-RESTREPO, R.; ARAUJO, M. M. A teoria da encriptação do poder: Itinerário de uma ideia (Editorial). Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 23, n. 45, p. 4-6.

dimensão crítica e aproximando-se, sobretudo, do fenômeno jurídico através do próprio *ser* do direito, como forma, inclusive, de descriptar o direito mesmo.

O giro hermenêutico proposto a partir de Martin Heidegger possibilita a compreensão da divergência entre a relação homem-mundo perante a relação sujeito-objeto disposta na tradição filosófica. Há aqui, uma realidade compreendida a partir de uma linguagem eminentemente compartilhada e intersubjetiva, permeada por idealizações linguisticamente estruturadas, o que por si só, já possibilita uma feroz crítica aos postulados positivistas tradicionais, tão enraizados na ciência jurídica.

A filosofia de Heidegger diz que a própria interpretação está marcada por uma linguagem prévia e calculista, oriunda de uma tradição que ignorou o fenômeno e que exacerbou a racionalidade. Assim, “a expressão fenomenologia não caracteriza o quê de conteúdo-de-coisa dos objetos da pesquisa filosófica, mas o seu *como*.” (HEIDEGGER, 2012, p. 101). Ressaltando a importância do método fenomenológico heideggeriano, que pode ser pensado e aplicado em áreas distintas do conhecimento humano, em especial ao campo jurídico, é que propomos a abordagem hermenêutica e fenomenológica do direito, que possibilitaria repensar os fundamentos últimos da compreensão e aplicação das normas jurídicas.

O jurista que reflete acerca do fenômeno jurídico, não poderá aceitar juízos prontos e acabados, devendo ir além da coerência lógico-racional normativa, optando pela livre busca do fundamento, como liberdade para o ato fundar. Contudo, sabe-se que a ciência jurídica estabelece verdades absolutas, através de dogmas, que impossibilitam um pensar originário, afinal as normas já estão dadas através de moldes institucionais, hierárquicos e tradicionais.

A possibilidade de aplicação do método fenomenológico heideggeriano, pressupõe a reconstrução de um novo pensamento epistemológico, que possibilite aos juristas dar um passo atrás, na tentativa de exercitar o pensamento em busca de uma concepção mais originária do fenômeno jurídico, para além do seu enclausuramento normativo, visando “liberar a produção da linguagem, nivelar hierarquias para sua programação e abolir as qualificações para o seu uso” (SANÍN-RESTREPO, R.; ARAÚJO, M. M., 2020, p. 10).

A problematização de uma teoria crítica do direito, portanto, deve se perguntar acerca das possibilidades de enfrentamento da ciência jurídica que hoje opera sem fundamento legítimo pautada na validade de normas estritamente formais, que acabam por instaurar uma violência institucionalizada, incapaz de conceber o fenômeno jurídico como fenômeno que se vela e se desvela.

Destarte, há de se despedir da concepção ontológica substancialista e buscar a compreensão do fenômeno jurídico para além de sua fonte produtora meramente legalista. Esse quadro teórico da ciência jurídica cumulado com uma postura filosófica crítica, leva a indagação quanto à possibilidade de se repensar o direito em sua função social, a partir da superação dos paradigmas abstratos e da elaboração de uma perspectiva do direito próximo à facticidade.

Parece-nos que a discussão acerca da fundamentação da ordem jurídica surge e se desenvolve de maneira vertical, visto que não há espaço e abertura para o desvelamento do fenômeno jurídico, o que, por princípio, distancia-se da ideia de ordem e justiça no qual o direito busca se fundamentar. Desse modo, a fenomenologia consiste em desvelar o que sempre está em marcha, o que está sendo, no deixar aparecer o fenômeno como sentido através da linguagem. Assim, torna-se inegável o extremo rigor metodológico elaborado pela ciência do direito e pelos sistemas filosóficos em geral, de modo que o embate pela aplicação do método dialético, de um lado, e do método lógico-analítico, de outro, não afastam a universalidade técnica inerente à tais métodos. A relevância da proposta de aplicação do método fenomenológico heideggeriano no direito vem, portanto, da descoberta da precariedade da linguagem interpretativa jurídica.

Partindo da perspectiva do direito enquanto algo dinâmico e construído é possível estabelecer aproximações entre o fenômeno jurídico e a proposta de Heidegger, que como pai da fenomenologia hermenêutica, traz à tona a clássica questão sobre o *ser* e o seu sentido, de modo a superar a técnica (*gestalt*) própria dos métodos científicos, inaugurando um importante marco para o pensamento contemporâneo a partir da fenomenologia.

Parece-nos que a filosofia de Heidegger, apesar do reduzido número de escritos na área jurídica, poderá apontar grandes virtualidades para o campo da filosofia do direito, visto que sua proposta originária não é pensada como conhecimento estabelecido e positivado, mas como espanto, como escuta, como um passo atrás. E é esse *deixar ser* que possibilita a relação originária com o fundamento do fundamento.

Pensa-se através da proposta heideggeriana em uma abordagem fenomenológica do direito, como superação do positivismo jurídico e como crítica à redução ôntica do fenômeno jurídico advinda do engessamento da realidade social e da própria necessidade de dizer e reafirmar a natureza do direito. Assim, a tentativa desta reflexão visa ultrapassar o teor lógico-formal das perguntas e respostas resultantes do processo racional de uma ciência jurídica sistematizada, de modo a alcançar a compreensão dos múltiplos modos de ser do fenômeno jurídico, e, sobretudo, refletir acerca das possibilidades de uma aproximação entre a fenomenologia heideggeriana e o direito.

CONCLUSÃO

A ousada e atordoante proposta de aproximação entre a fenomenologia heideggeriana e o direito se apresenta como caminho menos violento que poderá conduzir a uma correta compreensão acerca da fundamentação do sistema jurídico no âmbito da filosofia do direito, de modo a afastar aspectos que detêm a rigidez determinista de um *logos* violento, enquanto discurso determinativo e absoluto.

Destarte, a partir da leitura da filosofia heideggeriana, torna-se possível assumir o cunho fenomenológico como caminho para a concepção de uma ciência jurídica não violenta e sem a pretensão de verdades absolutas. Isto é, através da aplicação do método fenomenológico

de Heidegger, pensa-se em um direito entendido como exercício do pensamento e, por isso mesmo, aberto a constantes reformulações, que ultrapassam as pretensões calculistas da *ratio* que visa sempre o fundamento e a verdade, impossibilitando cada vez mais a devida compreensão da natureza do direito.

O convite heideggeriano se traduz no âmbito do direito como esforço em repensar o fenômeno jurídico, exigindo uma renúncia à estrutura jurídico-estatal, como possibilidade de abertura e acesso ao ser do direito. As contribuições da fenomenologia em diálogo com campo jurídico seria, portanto, a condução da *escuta* para o *ser*, procurando pensar o *ente* enquanto *ser*, para desvelar hermeneuticamente o fundamento do direito. Neste sentido, a filosofia do pensador da Floresta Negra abre possibilidades para a problematização dos modelos técnicos e representativos de justiça na perspectiva do direito enquanto ciência e instituição – caracterizada pelas tradicionais direções da jusfilosofia como categorias transcendentais, universais e dogmáticas –, de modo a possibilitar uma profunda reflexão acerca da experiência e do fenômeno jurídico.

O primado que Heidegger nos deixa, surge como esperança perante tamanha perplexidade presente nas questões jurídicas e filosóficas, apresentando-se como ponto de partida para a libertação da dominação jurídica e política que nos assola nos últimos duzentos anos.

REFERÊNCIAS

- HEIDEGGER, Martin. Questão sobre a técnica. In: HEIDEGGER, Martin. *Ensaio e Conferências*. São Paulo: Vozes, 2010a. P. 11-53.
- HEIDEGGER, Martin. *Ontologia (hermenêutica da faticidade)*. São Paulo: Vozes, 2012b.
- HEIDEGGER, Martin. *A Origem da Obra de Arte*. São Paulo: Edições 70, 2010b.
- HEIDEGGER, Martin. *Quê é isto filosofia? Identidade e diferença*. São Paulo: Vozes, 2006.
- HEIDEGGER, Martin. Que é metafísica? In: HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural, 1989b.
- HEIDEGGER, Martin. Tempo e Ser. In: HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural, 1989c.
- HEIDEGGER, Martin. *A Essência do Fundamento*. Lisboa: Edições 70, 1988.
- HEIDEGGER, Martin. *Sobre a Essência do Fundamento*. 5. ed. Tradução e Notas de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Campinas: Unicamp, 2012.
- HUSSERL, M. *Investigações Lógicas*. Sexta Investigação. Trad. Zeliko Loparic e Andréia. M. A. de C. Loparic. São Paulo: Abril, 1975. (Coleção Os Pensadores).
- RICOEUR, P. *Da Interpretação*. Lisboa. Ed.: 70, 1970.
- SANIN-RESTREPO, R.; ARAUJO, M. M. A teoria da encriptação do poder: Itinerário de uma ideia (Editorial). *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 23, n. 45, p. 1-17, 2020.