

A CONCEPÇÃO FENOMENOLÓGICA DO DIREITO

PELO DR. FRANZ-PAUL LANGHANS

1 — Não era possível aos homens viverem sôbre a terra e aí dispenderem as suas energias na consecussão dos fins superiores para que estejam destinados — não era possível a existência do homem e muito menos a florescência da vida social — se certas circunstâncias não viessem a produzir-se, ou antes, não viessem condicionar a presença do homem perante si próprio e perante o seu semelhante.

A sua dependência do mundo que o rodeia — a satisfação das suas elementares necessidades — fez dêle um lutador. Em combate com a natureza, em combate com os outros, em combate consigo mesmo. Desta posição resultaram interesses que implicam uma atitude defensiva, cuja origem e fundamento reside no instinto de conservação, inerente ao fenómeno da vitalidade.

A defesa instintiva do sêr faz parte do seu ambiente específico. É a primeira condição, a condição-base, onde assenta o benefício da existência. Dela deriva tôda uma série de condições secundárias da mesma índole, isto é, com carácter morfológico de atributos indispensáveis, por meio dos quais pode ser garantida a passagem pela vida.

No uso dêstes atributos, conferidos pela natureza, podem-se cometer um número incalculável de actos, destinados a construir a armadura do sêr humano. A defesa da vida própria, a posse de bens materiais e morais, a faculdade de os obter, a livre disposição dêles etc., são poderes tão essenciais e imprescindíveis, determi-

nados pela condição existencial do indivíduo, que os actos resultantes do seu exercício têm uma legitimidade evidente.

Como o indivíduo não se encontra só no meio do mundo, surgem outras condições com o fim de ordenar e facilitar o convívio. O convívio já é uma condição própria do fenómeno biológico e sem ela não se realizaria a propagação do género humano.

Começando por estar ligado ao seu semelhante por laços naturais, os homens encontram-se a cada momento, constituindo relações de tódta a ordem. É o fenómeno da interdependência social que não tem origem na vontade, mas na condição elementar e necessária que obriga os indivíduos a viverem em grupo, a fim de cumprirem com o seu destino. Da interdependência resulta um complexo de relações. É mesmo a forma como ela se manifesta. Esta consequência cria um meio propício, caracterizado pela presença de dados formais, que pela forma como se manifestam sugerem a idéia dos seus princípios orientadores. A convivência é regida por princípios que tipificam as suas regras reguladoras. Da convivência induz-se o fenómeno da interdependência social, e os princípios inspiradores desta e qual o seu sentido. Êsses princípios presidem e influem na formação das regras reguladoras. Quere dizer: a interdependência social obriga a actos que podem ser praticados pelo indivíduo para com o grupo, pelo grupo para com o indivíduo ou dêste dentro daquele. Por actos entende-se aqui as manifestações da vontade sugeridas pelo condicionalismo da vida em comum que visam o estabelecimento de relações em obediência a êsse próprio condicionalismo, actos sem os quais a vida em comum seria impossível. Não se trata dos actos contrários à solidariedade, mas daqueles que lhe são necessários.

Admitindo-se a existência de actos contrários deve admitir-se também, como coisa real, o esforço para os não praticar. A vontade, que se pode chamar social, manifesta-se em dois sentidos: praticando actos necessários à solidariedade e omitindo aqueles que lhe são contrários.

As condições de existência podem assim levar a vontade a produzir actos indispensáveis à vida e, neste caso, as condições de existência são positivas ou constitutivas de novos elementos substanciais. Ou levar a vontade a uma actividade introspectiva destinada a evitar a sua exteriorização num sentido contrário às di-

rectrizes impostas, e nestas circunstâncias as condições de existência revestem a sua forma negativa.

As condições positivas atribuindo poderes criadores ao indivíduo e ao grupo, são para estes, autênticas *prerrogativas*.

As condições negativas, restringindo os poderes criadores aos seus fins lógicos, impedem o livre exercício desses poderes quando aplicados diversamente e actuam como *inibições*.

O homem e a sociedade para atingirem os seus objectivos supremos — que é o mesmo que dizer a sua própria existência — encontram-se munidos de prerrogativas, mas sujeitos também a inibições.

2 — Se na esfera do humano há o que se *pode* fazer e o que se não *deve* fazer, são de admitir também o uso indevido dos poderes, os desvios, os excessos, as violações, em suma, os procedimentos anormais, que alteram o ritmo estabelecido pela natureza nas suas maravilhosas combinações.

Estas práticas anormais cometidas no uso de uma faculdade inicialmente legítima, representam a tendência para a destruição e para o caos. As próprias condições de existência tenderiam, assim, a transformar-se em condições anti-existenciais, o que seria uma antinomia, e, mais ainda, um grande absurdo. A acção como essência da vida seria, antes, o seu fermento desagregador, em desacordo com a ordem que impera no Cosmos.

Se para existir é preciso respeitar certas condições, a não conformidade com elas constitue um atentado contra a vida e, como a experiência demonstra, a-pesar-das anomalias e das crises, a vida continua, é porque além daquele condicionalismo observam-se no mundo outros fenómenos destinados a conservação dela.

As prerrogativas e inibições contêm em si, os dados que explicam os fenómenos da conservação.

No uso da prerrogativa e na aceitação das inibições tem de haver limites. É no respeito desses limites que se encontra o equilíbrio da actividade humana. Esse é um factor necessário para a conservação da vida, porque sem êle desencadear-se-hião forças cegas anulatórias da regra fundamental da ordem. Sem ordem é impossível a vida em comum e sózinho o homem não poderia vencer a natureza agreste e difícil.

A verificação da necessidade do equilíbrio é inerente aos fenômenos da conservação. Mas não chega descobrir e enunciar o princípio, é preciso efectuá-lo. Levado por pura intuição o grupo aceita tácitamente o *modus* que condiciona as suas prerrogativas e inibições. Depois, a complexidade crescente das relações, leva-o a proclamar os princípios ou regras que formam êsse *modus*. Há duas fases nesta atitude: uma fase passiva de aceitação e uma fase activa de reconhecimento e imposição.

Todo êste processo dá ao equilíbrio necessário a sua expressão valorativa, a medida das prerrogativas e inibições por onde se afere o grau da sua indispensabilidade à realização da harmonia universal — a justiça. Tudo o que saia fora dessa medida é injusto por excesso, ou injusto por deficiência.

3 — As condições de existência obrigam o homem a comportar-se de certa maneira, antes, obrigam o homem a reconhecer os princípios que têm de ser respeitados para que se mantenha o equilíbrio necessário à vida do indivíduo e da colectividade. A forma de proceder de acôrdo com êsses princípios depende de regras sugeridas pelo próprio reconhecimento. Assim, o homem precisa para viver de dispôr de bens, constituindo o seu património no uso das prerrogativas que lhe são conferidas. A posse dêsse património tem de ser respeitada. E nêsse respeito encontra-se a regra fundamental deduzida das condições de existência, por onde se deve guiar a conduta de cada um.

As regras de conduta brotam na consciência dos homens como expressões normativas das condições de existência, das prerrogativas ou inibições, do *facere* e do *non facere*. Projectadas na consciência essas normas tomam uma amplitude imensa. Indicam o comportamento interior, actuando no fôro íntimo. São as normas puramente morais. Vistas bem as coisas, tôda a conduta humana desenrola-se no campo de ética, quer na submissão aos princípios e normas, quer na sua violação. Todos os princípios de ordem e harmonia têm um reflexo na consciência. Todavia o comportamento do homem não pode ser só dirigido por êsse reflexo. Necessita de mais qualquer coisa. Necessita de uma intervenção estranha que o obrigue quando as normas por si não tenham a fôrça

suficiente para criar aquela convicção interior que leva à prática voluntária dos actos.

Fundamentalmente existe um conjunto de normas ou regras de conduta geradas pela moral. Mas estas normas são normas puras, isto é, que se impõem por si em virtude do valor que a consciência lhes atribui. Ora a natureza e o valor destas normas é variável, como variáveis são os fenómenos produzidos no homem e na sociedade. O caracter específico de cada um dos fenómenos envolve os efeitos dêstes, dando-lhes aspectos próprios.

A conduta é um fenómeno ético. Não é porém, um fenómeno único e isolado. Relacionados com ela encontram-se outros cuja natureza é determinada pelas condições que contribuíram para a sua verificação. Há fenómenos pròpriamente éticos e religiosos, há fenómenos sociais e económicos, e, por fim, há a espécie dos fenómenos jurídicos que são aqueles que relativamente à conduta apresentam caracteres específicos mais precisos. Todo êste sistema fenomenológico da conduta gera normas da espécie de cada um dos fenómenos: normas éticas, religiosas, sociais económicas e jurídicas. Tôdas elas são normas éticas porque tôdas elas se referem à conduta. Umas são essencialmente éticas, formulam princípios existenciais à priori e são produto imediato das condições de existência. São as normas primárias intuitivas.

«Respeita a tua vida, respeita a vida do teu semelhante», é uma norma ética cuja fórmula tradicional se apresenta como uma inibição: «não matarás».

Outras normas ditam a attitude do homem perante o sobrenatural: «Amarás o teu Deus acima de tôdas as coisas». São regras a que se poderá chamar de contemplação afectiva perante os valores supremos e absolutos, ou normas emergentes do fenómeno religioso.

O comportamento social do homem e a sua conduta perante as riquezas materiais são regulados pelas normas económicas e sociais. A convivência, a propriedade e a posse são os elementos essenciais que condicionam os fenómenos donde emergem estas normas.

Tôda a ética está orientada no sentido do bom uso das prerrogativas e inibições, mas entre as expressões normativas de que se serve o grau de indispensabilidade varia. O facto de não se obe-

decer a certos preceitos ou de só se obedecer frouxamente, não produz desequilíbrio imediato na vida social. Pelo contrário, a não observância de outros preceitos tem uma influência perturbadora de tal modo grave que constitui uma ameaça directa às condições de existência, o que torna o seu acatamento necessário, forçoso, imprescindível, uma *conditio sine qua non* do fenómeno da socialidade, uma verdadeira condição de existência social.

O respeito e a obediência a estes preceitos ou normas de conduta necessárias tem de ser efectivo. Não admite colapsos. Mas como conseguir o seu rigoroso cumprimento se, como é sabido, o abuso das prerrogativas e inibições é um pendor natural no homem?

Contrariando essa tendência mediante o refôrço material da norma, fazendo corresponder à sua violação, um sofrimento ou a não verificação de um bem. Como atribuir à norma essa força? Fazendo corresponder ao reconhecimento colectivo uma reacção social ao que lhe fôr oposto. A reacção será tanto mais enérgica quanto maior valor existencial tiver a expressão normativa reconhecida. Essa reacção tem de ser ordenada para que ordenados sejam os seus efeitos e para que a um mal não se venha juntar outro maior. Quere dizer, a norma em si, é uma exposição estática de princípios reguladores. Só mediante a intervenção de um elemento estranho se pode impôr. Compete à sociedade organizada vivificar a norma, dando-lhe a força, tornando-a coactiva, tornando-a capaz de efectuar-se. Esta é a realidade normativa.

As normas dirigem-se à vida. Dirigem-se aos casos da vida que são visíveis e palpáveis, numa palavra, aos casos concretos. Perante a realidade normativa, de características bem definidas, apresenta-se a realidade dos casos concretos, a própria realidade da vida. Haverá rigorosa coincidência entre uma e outra? Não há. E a diferenciação é substancial. O mundo normativo resulta de uma abstracção do espírito humano. Reduz os princípios conductores a fórmulas simples. Essas fórmulas hão-de ser, por força, abstractas, primárias, genéricas e, por conseqüência, rígidas em presença das mutações infinitas dos fenómenos da vida.

Não podendo a inteligência abranger a multidão dos casos possíveis, tem de recorrer a expressões gerais que lhe permitam orientar os fenómenos da vida social num sentido realista, a-pesar-

-da insuficiência e imperfeição de todos os juízos ou expressões do pensamento. Porém, a necessidade obriga. Resolvem-se todos os problemas da conduta com os instrumentos legados pela natureza. Há uma realidade normativa que enfrenta uma realidade concreta. Ao caracter precário da primeira, apresenta-se a extrema complexidade da segunda. Nesta falta de coincidência entre a aptidão para dirigir e o que é dirigido como conseguir a eficácia do comando? Como conseguir o equilíbrio entre as condições de existência? Como alcançar a expressão valotiva dêsse equilíbrio — o justo?

A realidade normativa ao efectuar-se encontra um *correctivo* na realidade concreta que a adapta. Procede-se ao ajustamento da norma ao caso concreto que vem regular. Sujeita-se a avaliação ética representada pela norma considerada em si mesma, a um processo de aferimento, diga-se, que já não é um puro juízo de valor, mas o juízo de cada caso feito mediante a aplicação da regra. No processo da aplicação entram elementos novos fornecidos, não pelos princípios gerais dominantes na ordem normativa, mas pelas condições e dados específicos do factò. Há como que uma colaboração entre a regra abstracta e geral e o caso particular e concreto, donde resulta um juízo sancionador definitivo.

É na relação dos dois dados — norma e caso — que se encontra o *correctivo*, como imperioso elemento funcional determinante da formação do justo, que se costuma designar comumente por *equidade*.

Entre a realidade normativa e a realidade concreta existe uma realação de medida que é a equidade.

A norma, o caso concreto que a solicita e a equidade, são os elementos essencialmente constitutivos do jurídico. São os dados por meio dos quais se concebe e realiza a justiça.

O fenómeno normativo, o fenómeno do caso concreto (ou fenómeno social) e o fenómeno da equidade geram o fenómeno jurídico ou a tendência necessária para obter o grau de equilíbrio que é o justo, recorrendo, para isso, a meios especiais: a publicação, a fôrça e a arbitragem.

Pondo em movimento os dados fenomenológicos do jurídico o que é que se verifica? A integração da norma na ordem jurídica positiva feita pelos órgãos competentes com o fim de lhe

conferir especial eficácia mediante o reconhecimento solene e público da sua força coactiva. A existência de um facto capaz de provocar a actuação da norma. Conforme a natureza do facto assim será a natureza da norma. Colocados estes dois elementos — o facto e integração da norma — em função um do outro, os efeitos que daí resultam são numerosos e variadíssimos.

Por mais especial que seja a norma, por mais empírico que seja o facto, o objectivo que sempre se pretende com todo êste sistema é um objectivo ético, é a realização da justiça. E realizada esta conseguiu-se o fim último — o equilíbrio necessário à harmonia universal.

É no equilíbrio necessário à harmonia universal que se encontra a essência pura do fenómeno jurídico. Esse equilíbrio visa as condições de existência, as prerrogativas e as inibições do homem. É na essência pura do fenómeno jurídico que se deve ir buscar o fundamento do direito.

4 — Para chegar à idéia de direito, ou mais rigorosamente, à idéia de valor do direito, tem de se observar o mundo dos fenómenos e procurar descortinar nele o jurídico. Já se viu que entre as várias espécies fenomenológicas é na esfera da ética que o sistema normativo se encontra. O normativo é a moral a manifestar-se, e ao manifestar-se abrange um campo muito extenso, dos mais variados matizes. Há nesse campo um sector onde as normas tomam aspectos formais tão particulares que teve de se lhe reconhecer autonomia dentro de todo o sistema. É o sector da conduta humana onde se produzem os fenómenos jurídicos. Contudo, a autonomia das normas jurídicas e o carácter especialíssimo do meio onde são produzidas, não as pode separar do grupo mais geral que as intégra. Como foi dito, o fenómeno normativo é fundamentalmente um fenómeno ético-social, e quando toma a natureza jurídica não perde aquele fundo da sua própria essência.

Os fenómenos ético-sociais manifestam-se de maneiras diferentes consoante a época e o lugar. O seu condicionalismo é variável no tempo e no espaço. Ao revestirem a natureza jurídica não fogem a esta regra. Pelo contrário, refletem-na. As condições de existência têm um carácter universal, são atendidas, porém,

de modos diferentes, isto é, a vida tem formas diversas de interpretação. A variedade das interpretações corresponde a variedade dos enunciados dos princípios gerais que delas resultam. Sob a égide destes princípios constituem-se os sistemas ético-sociais, produzem-se os seus peculiares fenómenos, organizam-se as regras de conduta.

As regras de conduta trazem em si o sinal de origem, o sentido e orientação que lhes foram dados pelos princípios gerais ou existenciais, ou fórmulas primárias de interpretação da vida.

A-pesar-da sua autonomia não pode o jurídico fugir à influência dos princípios existenciais ou aos modos de interpretação da vida. Estes condicionam aquele, criando o ambiente dentro do qual o sistema se desenvolve, adquirindo os seus nítidos contornos.

Não se poderá ter uma ideia realista do direito sem se atender a êsse condicionalismo. O direito toma a expressão do meio em que se produz o fenómeno jurídico.

Os princípios existenciais não são ainda os princípios gerais de direito, são princípios super-jurídicos dominantes na região das essências puras. Princípios gerais de direito são os que estabelecem os grandes traços de cada sistema jurídico. São aqueles que se enunciam na orientação dada pelos princípios existenciais. Os princípios gerais de direito presidem à formação dos fenómenos jurídicos, ou melhor, entram na própria substância destes. Fornecem a noção mais transcendente de direito ou a dos seus dados mediatos. Neste sentido o direito é o conjunto de princípios gerais que presidem à formação dos fenómenos jurídicos.

Objectivamente o direito apresenta-se como um fenómeno normativo. Penetrando na sua essência, revela mais alguma coisa : uma força desencadeada pela necessidade imperiosa da vida, tendente à realização da justiça. As condições criadas por esta necessidade exprimem o modo de ser dos fenómenos jurídicos e podem, portanto, enunciarem-se como princípios cuja origem próxima se encontra nas condições existenciais, ligados ao jogo das prerrogativas e inibições, traduzindo os movimentos inevitáveis da vida social. Eis o sentido mediato e transcendente do direito.

Afirmou-se ser o direito objectivamente um fenómeno nor-

mativo. O seu aspecto saliente é êsse sem dúvida. O direito é um conjunto de normas. Afirmou-se também ser mais do que isso. Não se confina dentro dos limites de um mero sistema de regras de conduta de natureza especial. Num sentido imediato, porém, revela-se como um complexo de normas reguladoras das relações sociais, determinadas pelos fenómenos jurídicos. Neste sentido constitui um autêntico sistema de valores jurídicos, escalonados segundo o grau da sua indispensabilidade, indo das expressões jurídicas ainda imperfeitamente definidas até à norma perfeita, de sanção declarada e garantida pelo Estado. A essência do direito, o seu carácter intrínseco, não está portanto no elemento coercivo e sancionador, mas na predisposição de dar um refôrço aos valores ético-sociais, à medida em que estes se tornam necessários à disciplina das relações humanas. A fenomenologia do direito consiste na valorização jurídica que é uma valorização da valorização ética.

Franz-Paul Langhans