

O FENÔMENO JURÍDICO*

1. O que é fenômeno? 2. Espécies de fenômeno. 3. O que é fenômeno jurídico? 4. Qual a sua natureza? 5. É possível definir a sua "essência"? 6. Análise semiótica dos símbolos linguísticos "ius" e "derectum". 7. O estudo científico do fenômeno jurídico: aspecto zetético. 8. Análise diacrônica do fenômeno jurídico: da indiferenciação (alopoiese) à diferenciação (autopoiese) sistêmica. 9. Racionalização e formalização sistêmica do fenômeno jurídico. Positivização do direito. 10. Abordagem dogmática do fenômeno jurídico: princípios. Função tecnológica-pragmática da dogmática jurídica.

1. O QUE É FENÔMENO?

A palavra fenômeno, em grego "fainómenon", de "faino", verbo que significa "mostrar-se", "aparecer", "tornar-se visível", "revelar-se", guarda esse sentido originário ou seja, significa o fato de algo aparecer ou tornar-se perceptível em face do ser humano. Fenômeno é tudo aquilo que poder ser percebido pelo homem; é o fato da manifestação do ser na realidade mundana; é todo e qualquer acontecimento perceptível no tempo e no espaço.

Os objetos (entes) que não têm existência no tempo e no espaço, mas só existem enquanto pensados, tais como, os números da matemática, as figuras geométricas e os conceitos da lógica, não podem enquanto tais (seres ideais) serem considerados fenômenos, pois não estão na experiência sensível ou seja, não podem ser *percebidos* pelos sentidos humanos. Só podem ser *concebidos* (compreendidos) pela mente humana: são *entes rationis*, seres de razão.

De igual modo, os entes metafísicos, embora possam ter existência, como por exemplo, Deus, espíritos, contudo não estão na experiência sensível, nem podem ser percebidos pelos sentidos humanos e por isso, não podem ser fenômenos.

Somente os entes da natureza (físicos, químicos, biológicos, psicofísicos) e os objetos culturais (produzidos ou criados pelo homem), por terem existência real no tempo e no espaço e poderem ser percebidos pelos sentidos, pois estão na experiência sensível, podem constituir fenômenos no sentido estrito.

2. ESPÉCIES DE FENÔMENO

Como os únicos entes (seres) que existem no tempo e no espaço e estão na experiência empírica são os seres **naturais** e **culturais**, e, por conseguinte, são eles os únicos que podem ser percebidos pelos sentidos humanos, uma vez que se manifestam ou se revelam na experiência sensível, passível de ser captada pelos sentidos, podemos afirmar que existem duas espécies de fenômeno: a) os **fenômenos naturais**, que existem

independentemente da presença do homem no cosmos, tais como, os fenômenos físicos, os fenômenos químicos, os fenômenos biológicos, entre outros, e b) os **fenômenos culturais**, produzidos e criados pelo homem; resultado da ação humana sobre o cosmos, como *verbi gratia*, a linguagem (no sentido lato, abrangendo o gesto, o olhar, o paladar, o tato, o olfato, a audição, o som, a escrita, a fala), os mitos, os artefatos de arte, a arquitetura, os costumes, as tradições, entre outros.

3. O QUE É FENÔMENO JURÍDICO?

É o uso da **força** (1) (*potestas*) por alguém (*auctoritas*) que, legitimado pelo consenso social, estabelece regras (normas) de conduta que garantam a ordenação pacífica da sociedade. Em outros termos: é a institucionalização (confirmação de terceiros) da força simbolizada na norma de conduta intersubjetiva. É, em suma, o uso da violência institucionalizada simbolizada na norma de conduta imposta pelo emissor legitimado.

Assim, pode-se afirmar que o direito é expressão signica de **força** (*vis*) legitimada pelo consenso social. A palavra força, aqui, tem o sentido de coercibilidade, imperatividade, isto é, capacidade para coagir, impor, obrigar.

4. QUAL A SUA NATUREZA?

O fenômeno jurídico é de natureza cultural, pois é uma realidade social criada pelo homem. As regras de conduta (*normae agendi*) são estabelecidas pela autoridade (emissor da norma) que pode ser um indivíduo ou um grupo de pessoas ou uma assembléia popular.

O fato jurídico é um fato cultural, instituição humana por excelência, resultado do processo de racionalização e sistematização da ordenação social. O direito, como fenômeno humano, não é (nem pode ser) um objeto ideal, nem metafísico, nem natural; é um **objeto cultural**. A História do Direito demonstra claramente essa realidade.

5. É POSSÍVEL DEFINIR A SUA "ESSÊNCIA" ?

Se admitimos (no item 3) que o fenômeno jurídico consiste na ordenação social mediante o uso da força (coercibilidade/*potestas*) simbolizada na norma de conduta, vale dizer, um "fenômeno de disciplina social sob a forma repressiva, punitiva" (TSF, 3.1), pode-se concluir que a *característica essencial* desse fenômeno é a **força** (coercibilidade), no sentido de capacidade de se fazer impor efetivamente ou de obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. O direito é assim o exercício da força institucionalizada a serviço da ordenação social.

Se tirarmos essa qualidade, ou seja, a **força**, do fenômeno jurídico, este deixa de existir como tal e passa a ser outro tipo de fenômeno social, menos jurídico. O uso da violência simbólica só existe de *forma legítima* no mundo do direito; fora do direito não é permitido o uso da violência. Logo, a *vis* (força/coercibilidade) é *característica essencial* do fenômeno jurídico.

6. ANÁLISE SEMIÓTICA DOS SÍMBOLOS LINGÜÍSTICOS "IUS" E "DERECTUM"

O termo latino "*ius*":

Aspecto **sintático**: palavra do latim clássico, que por sua vez, originou-se do vocábulo "*iu*" do idioma sânscrito, que significa ligar, constringir, unir. O termo latino *ius* foi usado até o século IX d.C., a partir do qual foi substituído pelo termo "*derectum*", do qual se originaram: direito, diritto, droit, derecho. *Jus, juris* é substantivo do gênero neutro; da terceira declinação.

Aspecto **semântico**: *ius* conota sentido de união, junção, constrição, ligação, amarração (por dentro do sujeito), força moral (virtus - virtude) e denota um indivíduo que está amarrado por laços morais; que está obrigado a fazer alguma coisa.

Aspecto **pragmático**: o termo foi usado inicialmente pelo romanos, pois acreditavam que o *ius* era sagrado, de origem divina (transcendente); mundividência mítico-dogmática.

O termo latino "*derectum*":

Aspecto **sintático**: vocábulo latino: *derectus, a, um* - part. passado do verbo *dirigere*, que significa endireitar, alinhar, retificar, corrigir. Posteriormente : *directum*. *Derectum* provém de *de* (prefixo latino) + *rectum*; "de" = de cima para baixo, sentido descendente; "rectum" = alinhado, certo, retidão.

Aspecto **semântico**: *derectum* conota (primitivamente) sentido de retidão moral, vontade divina, sobrenatural; posteriormente (séc.X) passou a conotar correção, observância das leis humanas, retidão jurídica dos atos. Denota decisão conforme as normas jurídicas vigentes.

Aspecto **pragmático**: o processo de dessacralização ou secularização do direito levou ao uso dessa palavra, em lugar de "*ius*"; passou-se de uma visão transcendente para uma visão imanente do direito (= obra do homem).

7. O ESTUDO CIENTÍFICO DO FENÔMENO JURÍDICO: ASPECTO ZETÉTICO

Como todo e qualquer fenômeno, o fenômeno jurídico pode ser objeto de estudo e investigação por parte de várias ciências (sociologia, história, filosofia, economia,...) e também por parte do próprio jurista.

O estudo do fenômeno jurídico que visa descrever o fenômeno tal como ele se manifesta, levantar hipóteses, questionar premissas e princípios, definir o que é o fenômeno e sua essência, é um estudo de natureza zetética (do grego "zetein" = perquirir, indagar). A zetética jurídica tem função especulativa (sem compromisso com a solução dos conflitos), visa enunciados que possam ser verificados e comprovados, tem como ponto de partida a evidência de suas premissas, rege-se pelo princípio da refutabilidade, bem como pelo princípio causal-explicativo, seu código é verdadeiro/falso, tem natureza descritiva (ordem do ser).

Enfim, a zetética caracteriza-se pela "abertura constante para o questionamento" do fenômeno estudado (objeto de estudo) em todas as direções (questões infinitas).

8. ANÁLISE DIACRÔNICA DO FENÔMENO JURÍDICO: DA INDIFERENCIAÇÃO (ALOPOIESE) À DIFERENCIAÇÃO (AUTOPOIESE) SISTÊMICA.

Vide capítulo 2 "O direito como objeto de conhecimento: perfil histórico", p. 52-82, do livro *Introdução ao Estudo do Direito*, 3ª edição, de Tercio Sampaio Ferraz Junior, Editora Atlas, 2001.

Sobre "sistema autopoietico" e conceito de "sistema", vide Jackson Borges de Araújo, *Legitimação da Constituição e soberania popular*, São Paulo: Editora Método, 2006, capítulo 1, p. 19-57. Ainda: Jackson Borges de Araújo, *ICMS – ficção do fato gerador na substituição tributária*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, capítulo 1, p. 1-10. Para aprofundamento: v. Gunther Teubner. *O direito como sistema autopoietico*, trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

9 RACIONALIZAÇÃO E FORMALIZAÇÃO SISTÊMICA DO FENÔMENO JURÍDICO. POSITIVAÇÃO DO DIREITO.

A partir do Renascimento, séc. XV d.C., o *derectum* perde progressivamente seu caráter sagrado-imanente (dessacralização) e ético (des-moralização) próprio da Idade Antiga, bem como o caráter sagrado-transcendente, próprio da Idade Média (cristianismo eurocêntrico), em razão dos quais o *ius* era considerado um fenômeno de origem/natureza sagrada.

Na Idade Moderna, concebe-se o direito como fenômeno humano, resultante da racionalidade humana; sua característica: a imanência, a horizontalidade antropocêntrica. O fenômeno jurídico, agora, não vai buscar sua fundamentação e legitimação em instâncias meta-físicas, trans-cendentes ou sobre-naturais, que estão fora deste mundo, mas passa a exigir uma justificação puramente racional. Esta legitimação do fenômeno jurídico por via racional denomina-se de **racionalização** do direito, que, por isso, vai se tornando aos poucos um sistema operacionalmente diferenciado e fechado (autonomia sistêmica). A formalização do direito mediante a construção de uma Teoria Racional do

Direito fundada em consistentes argumentações lógico-jurídicas, ao tempo em que acentua o caráter racional-imanente do direito, consolida a característica desse "novo" sistema: a **autopoiese**.

A Teoria do Direito na Idade Moderna, embora tenha rompido os laços que o prendiam à Religião (direito de origem divina) e à Moral, não rompe com o caráter dogmático (próprio da Idade Média - Bolonha, séc. XI), ao revés, "tenta aperfeiçoar ao dar-lhe uma **qualidade de sistema** que se constrói a partir de premissas, cuja validade repousa na sua generalidade racional" (TSF, 68). Não há direito fora do Direito. A fundamentação do direito se faz por dentro (do sistema) e não "por fora" do sistema jurídico.

Com o aparecimento do Estado absolutista, sécs. XVII e XVIII, e o monopólio do poder de legislar pelo Estado, consolida-se a primazia do direito escrito (*lex*) sobre o direito consuetudinário; chamou-se este fato de posituação do direito (sentido sociológico).

O positivismo jurídico significa (denota) também o fato de que só é direito aquele que é posto por decisão (ato de vontade da autoridade) e cujas premissas da decisão são também postas por decisão.

10 ABORDAGEM DOGMÁTICA DO FENÔMENO JURÍDICO: PRINCÍPIOS. FUNÇÃO TECNOLÓGICA-PRAGMÁTICA DA DOGMÁTICA JURÍDICA.

Um estudo pode ser definido como dogmático na medida em que considera certas premissas, em si e por si arbitrárias, ou seja, resultantes de uma decisão (ato de vontade), vinculantes para o estudo, não porque sejam verdadeiras, mas porque foram estabelecidas pela autoridade como inquestionáveis.

O dogma impõe uma certeza sobre algo que continua duvidoso; o dogma não elimina a dúvida, apenas a substitui por uma "certeza" imposta pela autoridade. Tem função diretiva explícita (pragmática) e limitada. Trata de questões finitas.

O estudo dogmático se rege pelo princípio da irrefutabilidade ou inegabilidade dos pontos de partida (=premissas). Tem-se como exemplo de premissa dogmática, o **princípio da legalidade** plasmado na Constituição da República, art. 5º, inciso II, com a seguinte redação: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Esta norma é um dado que não pode ser negado ou questionado e constitui o ponto de partida inexorável de qualquer estudo por parte do jurista.

Embora a dogmática se vincule às suas premissas, não se esgota nelas mas exige sempre a sua interpretação (ato hermenêutico). Assim, o princípio da inegabilidade dos pontos de partida é **condição sine qua non** (=condição necessária) para o estudo dogmático do fenômeno jurídico, mas não é **condição suficiente** (*per quam*) para o estudo dogmático do direito, pois este exige a interpretação do dogma.

NOTAS

- (1) βία, ας, [bia, as] s.f. = força, violência, energia vital
βιάζομαι [biázomai] v. = usar de violência, da força
δύναμις, εως, [dýnamis, eos] s.f. = poder, força, potência → Δυναστεία, ας, [Dinastéia, as] s.f. = dominação, potência, dinstatia
ἐνέργεια, ας, [enérgeia, as] s.f. = força, energia, virtude → ενεργέω [energuéo] v. = trabalhar, agir, fazer, operar
ἐξουσία, ας, [exousía] s.f. = autoridade, poder de mando

(*) texto para uso exclusivo em sala de aula; serve como **roteiro** para leitura dos capítulos 1, 2 e 3 do livro *Introdução ao Estudo do Direito* de Tercio Sampaio Ferraz Jr, Editora Atlas.