

A PRIORI E TIPO PENAL: ADOLF REINACH SOBRE O SIGNIFICADO DA REFLEXÃO PARA O DIREITO^Φ

Alessandro Salice¹

RESUMO: Neste artigo, discuto a abordagem eidética de Reinach sobre lei penal e, mais especificamente, o impacto de suas ideias sobre reflexão prática nas distinções entre dois tipos penais, homicídio e assassinato. Primeiro, reconstruo a visão geral de Reinach sobre Fenomenologia e Direito. Segundo, foco na relação de fundamentação que Reinach considera subsistir entre Direito a priori e Direito positivo. No terceiro momento, mostro que, apensar da reflexão prática na grande maioria dos casos ter um papel relevante na avaliação da ação criminosa como no homicídio e no assassinato (a última ofensa sendo geralmente acompanhada por um processo de deliberação), o link entre reflexão e o tipo penal assassinato *não* é sustentado por Reinach para identificar uma relação eidética entre as duas essências. Concluo enfatizando que o resultado negativo da investigação de Reinach não contesta sua afirmativa sobre uma relação de fundamentação entre o Direito a priori e o Direito positivo: a lei positiva pode e frequentemente diverge da lei a priori.

Palavras-chave: Reinach, Direito a priori, reflexão, tipo penal.

ABSTRACT: In this article, I discuss Reinach's eidetic approach to criminal law and, more specifically, the impact of his ideas about practical reflection on the distinction between the two criminal types of manslaughter and murder. First, I reconstruct Reinach's general view on phenomenology and law. Second, I focus on the grounding relationship that Reinach claims to subsist between a priori law and positive law. In a third step, I show that, although practical reflection in great many cases does play a relevant role for the legal assessment of a criminal action as manslaughter or as murder (the latter offence being generally accompanied by a process of deliberation), the link between reflection and the criminal type of murder is *not* held by Reinach to identify an eidetic relationship between the two essences. I conclude by highlighting that the negative result of Reinach's investigation does not controvert his claim about a grounding relationship between a priori law and positive law: positive law can and often does diverge from a priori law.

Keywords: Reinach, a priori law, reflection, criminal type.

1. *Introdução: o pensamento de Reinach entre fenomenologia e direito*

Um dos traços que qualificam a filosofia de Adolf Reinach pode ser identificado na constante atenção que ele reserva ao domínio do social e, mais especificamente, às temáticas pertinentes a filosofia do direito. Tal atenção não representa uma mera curiosidade filosófica, justificada talvez pela nobre tendência da fenomenologia primeira para aferir toda a objetualidade que a abordagem positivista da ontologia nega (e nega até hoje) uma pátria². Ao contrário, a presença de tais temáticas, que permeiam partes fundamentais da produção filosófica reinachiana, é corroborada com uma sólida e documentada presença da doutrina jurídica. Em Reinach o interesse pelo direito resulta efetivamente inervado com raízes profundas, que tiram sua seiva também e sobretudo do comprometido percurso de estudos do fenomenólogo. Tendo se inscrito em 1901 na Faculdade de Direito da Universidade de Munique, já a partir de 1902 ele consolida sua formação filosófica participando dos encontros do *Akademischer Verein für Psychologie* (círculo de discussões fundado por Theodor Lipps em 1895 ao qual Theodor Conrad – sobrinho de Lipps e amigo próximo de Reinach – se inspirará para dar vida, em 1907, à *Philosophische Gesellschaft* de Göttingen³). Desde o início de sua carreira acadêmica, Reinach cultiva duas direções de estudo – a filosófica e a jurídica – de modo paralelo e contíguo, como bem demonstram os seus numerosos deslocamentos entre os vários centros universitários alemães: além da Universidade de Munique, ele frequentou a de Göttingen (onde a partir de 1905 se dirige repetidamente para encontrar Edmund Husserl) e os ateneus de Berlim (em 1903) e de Tübingen (em 1906)⁴ a fim de seguir os cursos de direito elaborados por naqueles centros.

Tal variedade de estudo começa logo a refletir-se na produção científica reinachiana: ele dedica sua tese de doutorado de 1904 ao conceito de causa no direito penal (crf. Reinach¹ 1905) e, embora seja no campo filosófico que, em 1909, ele adquire, em Göttingen, a *venia legendi* (com uma tese sobre a essência e a sistemática do juízo da qual Husserl foi o primeiro relator), o seu aprofundamento nos temas pertinentes a fundação filosófica do direito prossegue sem interrupção. Os resultados mais maduros das suas indagações confluem principalmente em *duas* publicações: a primeira, que aparece em 1913 no primeiro número do *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische*

Forschung, representa, sem dúvida, a obra-prima do jovem fenomenólogo e traz o título *Os Fundamentos A priori do Direito Civil*. No *Rechtsbuch*, como também são chamados *Os Fundamentos*, Reinach – além de produzir contribuições de profundo relevo para alguns institutos fundamentais do direito civil, tais como a propriedade, a representação, etc. – estabelece as bases para uma teoria dos atos sociais (ou, em outra terminologia, dos atos linguísticos) em uma moldura conceitual cujas margens são claramente definidas pelas reflexões sobre a linguagem desenvolvidas no âmbito da chamada Escola de Brentano (e, em particular, daquelas de Husserl e de Anton Marty). Esta monografia, sobre a qual está concentrada a maior parte dos estudos dos comentaristas⁵, move-se sobre um terreno que o autor circunscreve explicitamente a alguns conceitos fundamentais do direito *civil*. Tal limitação deve ser examinada por duas vertentes diferentes: de um lado, Reinach revela que o social identifica uma inteira região ontológica estruturada a priori conforme a lei de essência que lhe é típica⁶: a respeito desta esfera ontológica, ele afirma claramente querer concentrar-se unicamente na esfera do direito a priori e suas conexões de essência ali presentes. Do outro, dentro do direito, ele prefere explicitamente o âmbito do direito civil como terreno primário de indagação, deixando de fora os outros ramos, para os quais sublinha a possibilidade de uma fundação a priori *análoga* àquela conduzida para o direito civil⁷.

O mesmo período remete também a segunda publicação – intitulada: *A reflexão: seu significado ético e jurídico* – na qual Reinach discute uma problemática específica do direito penal. Publicado inicialmente em duas partes na renomada *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik* em 1912-1913, o ensaio provavelmente apresenta reflexões que Reinach conduziu e expôs em um curso ministrado no verão de 1911, intitulado *Willensfreiheit, Zurechnung und Verantwortlichkeit*. Claro que se o compararmos com os do *Rechtsbuch*, os resultados jurídicos da pesquisa sobre o conceito de reflexão estão ali ilustrados – embora de maneira igualmente significativa – dentro de limites mais estreitos. Isto fez com que tal artigo tenha atraído, até então, menos atenção daquela parte da literatura secundária interessada na dimensão social da pesquisa reinachiana⁸. Contudo, antes e concomitantemente à redação do *Rechtsbuch*, ele desenvolve pesquisas de caráter inovador a respeito da axiologia e da psicologia

descritiva de determinadas vivências psíquicas (e, sobretudo, de vivências de reflexão, de atitude interrogativa e de sentir), mostra *in nuce* alguns elementos que na monografia de 1913 serão tratados de forma mais difusa (por exemplo, a natureza do ato de demandar) e na última parte lança um olhar iluminador sobre outros ramos do direito (e, especificamente, sobre o direito penal) que, como já dito, faltam nos *Fundamentos*. Aqui reside um dos aspectos de maior importância da publicação: na verdade o ensaio sobre a reflexão não encara de frente o problema de uma fundação a priori do direito penal, neste se encontram algumas indicações – nem todas explícitas, mas não por isso menos instrutivas – sobre a direção na qual uma tal fundação poderia se desenvolver. Ao evidenciar estas indicações será então interessante notar a convergência desse documento com os argumentos desenvolvidos na monografia de 1913, de modo particular no que concerne a concepção do direito positivo e a natureza dos atos de disposição, como verdadeiro e próprio órgão de cada ramo do direito positivo.

Na continuação deste trabalho procurar-se-á principalmente ilustrar qual concepção do direito positivo Reinach assume e como esta deve ser enquadrada no seu projeto de uma fundação a priori do direito (civil). Num segundo momento, mostrar-se-á como a pesquisa sobre a vivência de reflexão e a sua relevância para alguns tipos penais desempenham um papel paradigmático a fim de esclarecer a possibilidade de uma fundação a priori também do direito penal.

2. *Direito a priori e direito positivo*

Uma das teses fundantes da reflexão renachiana consiste na cisão entre o direito a priori e o direito positivo. O leitor adquire uma visão completa dessa radical distinção só no final dos *Fundamentos* (e, em particular, nos parágrafos 8, 9 e 10) onde Reinach discute a noção de disposição [*Bestimmung*] como ato social principal e então define as relações entre direito a priori e as doutrinas tradicionais do direito natural. Independentemente deste percurso argumentativo, o autor não deixa de delinear a sua posição desde as primeiras páginas da introdução, nas quais se encontra expressa, de maneira concisa, mas inequívoca, a qualidade de *ciência* do direito a priori:

[ao] lado da matemática pura e da ciência natural pura existe também uma ciência pura do direito, que como as outras, é constituída por leis rigorosamente sintéticas e a priori e que serve como fundamento para disciplinas não a priori, que, ao contrário, estão até para além do contraste de a priori e empírico⁹.

A importância filosófica de tal afirmação não pode ser suficientemente acentuada e a sua plena compreensão tem como condição preliminar uma referência à doutrina da ciência elaborada por Husserl nos seus *Prolegômenos para uma Lógica Pura*, a qual Reinach nesta passagem se inspira de modo quase servil, ainda que não lhe faça nenhuma menção explícita. Não é este o lugar para uma exposição exauriente da posição husserliana a respeito da doutrina da ciência, sendo assim serão desenvolvidas somente algumas breves considerações.

No *Prolegômenos*, Husserl utiliza o termo “lógica pura” para indicar uma doutrina – ou antes uma teoria – da ciência¹⁰, onde com o termo “ciência” não se entende uma ciência historicamente particular, mas sim a ideia mesma de ciência, ou seja, a sua essência. A lógica pura explora tanto o tipo de significado quanto o de objeto – ambos tomados no sentido mais geral possível¹¹. A parte da lógica pura que trata de espécie de significado será designada em trabalhos posteriores como “apofântico formal” e seu fim precípua é o de explorar as leis a priori que estruturam os conceitos de significado, sintaxe e coerência¹². É chamada com o termo “ontologia” a seção da lógica pura que investiga a noção de objeto. A propósito da ontologia, Husserl revela a seguinte dicotomia disciplinar que não é dada no apofântico: a ontologia é de fato ou *ontologia formal* ou *ontologia material*. Tal distinção é justificada pela natureza diversa dos conceitos nos quais as respectivas disciplinas se apoiam. Se a ontologia formal tem a ver com conceitos formais, as ontologias materiais orientam-se por conceitos materiais. Conceitos formais são conceitos do tipo: um, objeto, algo, relação, parte, etc., e são caracterizados pelo fato de que uma proposição, que contenha unicamente conceitos formais, pode ser completamente formalizada. Por exemplo, nas afirmações “um objeto é algo” ou “um objeto é um”, lidamos com conceitos que não acrescentam nenhuma informação ao – por si mesmo já vazio – conceito de sujeito (aqui, ao conceito de objeto): essas são *leis analíticas* (que podem ser “particularizadas” logo que ao conceito vazio de objeto se

substituí por um conceito material: “uma casa é algo”, “uma casa é um objeto” etc.). Tais conceitos se conectam analiticamente à noção de objeto enquanto tal (e, *a fortiori*, a todo e qualquer objeto). Portanto, as proposições da ontologia formal são tautologias e as suas negações contradições, assim que se pode dizer que esta é uma disciplina a priori e analítica.

Paralelamente à lei analítica a priori, Husserl introduz a noção de *lei sintética a priori*. Se a primeira contém somente conceitos formais, ou seja, conceitos “vazios”, a segunda contém conceitos materiais, que possuem um conteúdo (*sind sachhaltig*): trata-se de conceitos como “casa, árvore, cor, som, espaço, sensação, sentimento...”. Se a verdade incondicionada da primeira deriva da analiticidade com a qual os conceitos formais pertencem ao conceito de objeto, a verdade da segunda deriva donexo essencial que liga os conceitos materiais. A lei «uma cor não pode ser sem uma certa extensão por ela recoberta»¹³ revela o nexode essência – ou: a não-independência recíproca – através do qual o conceito de cor e o de extensão são unidos (mesmo tais leis podem ser “particularizadas” através da introdução de conceitos menos gerais, resumidos sob os mais gerais: “o vermelho não pode ser sem uma certa extensão por ele recoberta”). A verdade incondicional da lei depende do fato que entre *este* conceito e *aquela* conceito, ambos determinados no seu conteúdo específico, vige uma não-independência recíproca. Portanto, a lei não consente a formalização dos conceitos materiais *salva veritate*: se nesta substitui-se o conceito material por um outro conceito, o valor de verdade da proposição pode mudar¹⁴. Além disso, o primeiro conceito não está analiticamente contido no segundo, nem o segundo no primeiro. As proposições que constituem as ontologias materiais não são, então, leis analíticas, senão sintéticas, e a sua negação não constitui contradição (não sendo tautológicas), mas meramente um absurdo ontológico (já que negam a subsistência de uma conexão de essência).

É importante sublinhar que os conceitos materiais são relacionados entre si em ordem de espécie e gênero e que, para cada conceito material há determinadas relações de essência e, *a fortiori*, determinadas leis sintéticas e leis a priori. É então possível estabelecer que em cada conceito material suficientemente geral se radica numa ontologia material que investiga as conexões de essência a este inerente. Surge assim a ideia de uma

pluralidade de ontologias materiais que refletem a pluralidade dos gêneros materiais. Assim, por exemplo, do conceito material de psíquico se orienta para uma psicologia racional (que se distingue da psicologia empírica enquanto não procura estabelecer fatos empíricos, mas revelar nexos de essência), do conceito de físico surge uma física racional etc.¹⁵

Delineia-se assim o contexto geral no qual Reinach implanta a sua noção de direito a priori: de fato, ele pode ser agora enquadrado como aquela (parte da) ontologia material que se funda no conceito de sociabilidade¹⁶. As proposições constituintes do direito a priori são, então, sintéticas e a priori, vez que se referem às conexões de essência (ou seja, aos estados de coisas essenciais) que estruturam os objetos sociais¹⁷. Mas, sobretudo, essas são *ou verdadeiras ou falsas*, dependendo se os estados de coisas essenciais a que se referem existem efetivamente ou não. Em resumo, o direito a priori é uma ciência e, mais especificamente, uma ciência dedutiva.

Resta, então, perguntar-se quais são as leis de essência do social ou mesmo quais são os conceitos fundamentais do direito a priori e onde estes devem ser procurados. Ora, é evidente que um dos traços característicos da esfera social é de ser intrinsecamente relacionada a atos e ações (bem como a atitudes e crenças) dos agentes sociais. Portanto, uma pesquisa eidética das *experiências* dos agentes (e, em primeira instância, as suas experiências sociais) deveria ser capaz de esclarecer os mecanismos que regulam as modalidades com as quais o social é plasmado e modificado pelos agentes – ou, pelo menos, ser capaz de esclarecer todos os mecanismos aos quais as leis de essência estão subjacentes. É este, então, o fio sutil sobre o qual corre a análise reinachiana: de um lado, ela foca em mostrar que o *sozialer Verkehr* é sim estruturado por determinados mecanismos de essência, mas, por outro, sublinha a possibilidade – fundada justamente em tais leis de essência¹⁸ – de plasmar o social relativamente às instâncias *contingentes* e não predeterminadas em um hiperurânio de essências. O mundo social descrito por Reinach *não* é, portanto, um rígido mundo ideal, como pode ser aquele dos objetos matemáticos, mas se encontra, ao contrário, em um contínuo processo de formação. Somente as suas modalidades de formação (ou pelo menos *algumas* delas) são reguladas por leis de essência.

Deste modo, fica claro que, com a introdução dos atos sociais como objetos psíquicos *sui generis*, Reinach não somente abre uma nova rubrica na psicologia racional inaugurada por Husserl com as suas *Investigações Lógicas*, mas lança também sólidos fundamentos para uma ciência racional do social. Nestes *atos sociais* ele identifica os conceitos que considera fundamentais para o direito civil¹⁹. Conforme sua descrição, estes são atos psíquicos e intencionais que têm como traço essencial o poder de realizar-se com sucesso somente na condição de serem entendidos pelo destinatário. Em outras palavras, um ato social qualquer deve ser entendido pelo destinatário ao qual é endereçado para realizar-se com sucesso: esta é uma condição que não é posta na execução dos atos internos (uma percepção, um juízo ou um sentimento não têm um destinatário e se realizam independentemente de qualquer forma de entendimento da parte de terceiros), constituindo, assim, uma das características conhecidas do conceito de sociabilidade²⁰. Existe uma verdadeira e própria multitude de atos que carecem de compreensão, entre eles, a atenção de Reinach repousa *em particular* sobre promessa e disposição [*Bestimmung*]. O motivo desta escolha temática é evidente e se explica à luz da sua importância para a fundamentação do direito civil (permanece, assim, um *desideratum* da pesquisa fenomenológica preparar descrições de essência adequadas para todos os demais tipos de ato²¹).

A centralidade da promessa reside em sua *eficácia*: cada promessa realizada com sucesso substancia duas relações recíprocas. De um lado, se dá a relação de obrigação que liga promitente, promissário e conteúdo da promessa (o que foi prometido) tal que, se uma promessa é realizada com sucesso, então subsiste a obrigação do promitente em relação ao promissário de realizar o que foi prometido. De outro, encontra-se a pretensão que liga os três constituintes de tal modo que o promissário tem em relação ao promitente a pretensão de que o que lhe foi prometido seja realizado²². Como já se disse, compete ao direito a priori extrair as leis de essência que constituem esta entidade. A relevância fundante de uma tal indagação está à mão: encontrando-se na base de cada contrato, obrigação e pretensão são noções indispensáveis ao direito civil que não cria nem estipula estas reações, mas já as *encontra* dadas no mundo, e só pode limitar-se a *normatiza-las*.

Que a normatização de tais entidades sociais seja possível parece inquestionável e pode ser ilustrada com um exemplo dado pelo próprio Reinach. Através de uma indagação eidética é revelado que qualquer um que seja capaz de realizar promessas tem a capacidade de obrigar-se em relação a outras pessoas. Daí trata-se de uma lei de essência, ela não prevê exceções: *qualquer um* que faça promessa com sucesso obriga-se em relação ao destinatário da promessa. Em princípio, esta possibilidade é dada também aos menores de idade. É, entretanto, uma norma²³ do direito civil que a eficácia das promessas feitas por menores de idade seja suspensa justamente em razão da menoridade do promitente²⁴. Neste caso, existe lado a lado uma lei de essência relacionada à promessa e uma normatização correspondente que limita a sua validade. Reinach é explícito ao revelar que quase toda lei do direito a priori pode enfrentar sua derrogação no direito positivo: «e – para coloca-lo como princípio – não existe em geral qualquer proposição [do direito a priori, N.d.A.] para a qual não seja pensável uma tal derrogação»²⁵. Isto posto, deve ser claro como é possível que leis de essência, que em virtude de sua necessidade e universalidade não aceitam quaisquer violações, possam ter uma validade limitada. Perceba-se que esta questão se eleva, novamente, a valor fundante e, portanto, não interessa primariamente o direito positivo, mas sim ao a priori.

Inicialmente, Reinach nega que entre uma proposição do direito positivo – como a limitação da eficácia da promessa por menores de idade – possa existir numa relação de contradição com uma proposição do direito a priori. O direito a priori é, de fato, uma ontologia material, onde o direito positivo não é uma ciência, nem mesmo uma ontologia: as suas proposições não são nem verdadeiras nem falsas (e muito menos sintéticas e a priori). Os enunciados do direito positivo não exprimem juízo – como é o caso do direito a priori - mas sim disposições. Isso faz com que as duas disciplinas não se encontrem sobre o mesmo plano lógico e não possam, portanto, entrar em contradição entre si: a proposição dispositiva, na verdade, como a erotética ou imperativa, etc., não é verdadeira ou falsa²⁶. Os nexos que o direito positivo mantém com o a priori se veem todos sob a análise do ato de disposição, no qual é necessário então focar o olhar. Tal experiência se sobressai por ser um ato social (e assim carece de entendimento por parte do destinatário do ato) que *põe* um determinado estado de coisas ou um determinado comportamento

como dever-ser. Quando a experiência de disposição é expressa, ela toma a seguinte veste linguística: “A deve ser b [*A soll b sein*]”. Tal dever-ser não é, contudo, uma propriedade deôntica pertencente a A, que existe objetivamente e à qual a disposição deve adequar-se. Isto se dá, só e unicamente, em relação ao ato dispositivo que o *põe*. Assim, o fato de que um *juízo* direto de um dever-ser assuma em regra exatamente a mesma forma linguística (isto é: “A deve ser b”), revela-se como uma das maiores causas de desentendimento nas relações entre direito positivo e direito a priori. A manifestação exterior do ato não rende justiça ao ato psíquico subjacente. A proposição dispositiva «[...] encontra-se obviamente em claro contraste com a proposição judicativa “A deve ser b”, que carrega a expressão da existência de um dever-ser objetivo, fundado na retidão do ser-b de A»²⁷. Aqui o juízo é verdadeiro ou falso a partir de um estado de coisas (o objetivo dever-ser-b de A) subsistente ou não. A subsistência do estado de coisas é, então, um caráter objetivo do juízo correlato, ao qual tal ato deve adaptar-se para emergir a verdade. Bem diferente é o caso da disposição: «nesta, alguma coisa é posta como dever-ser [*seinsollend*]; este caráter posicional subsiste relativamente ao ato que o põe, sem que paralelamente a esse corra um em-si na esfera objetiva ao qual se deva adaptar»²⁸.

Enquanto o dever-ser posto pela disposição pertencer a comportamentos ou a estados de coisas que não têm uma existência meramente social, subsiste um destacamento temporal entre a realização da disposição – ou seja, a relativa substancialização de um dever-ser enquanto disposto – e a realização de tal dever-ser: este «espera a realização [*der Realisierung harrt*]»²⁹. Este destacamento, ao contrário, não se dá quando posto como dever-ser de entidades sociais. Aqui a eficácia da disposição é imediata: aquilo que é disposto como dever-ser é no momento mesmo no qual a disposição se cumpre com sucesso. Além disso, o fato do ato dispositivo poder dirigir-se tanto para um único comportamento (ou estado de coisas) como também a um *tipo* de comportamento (ou estado de coisas) – e, conseqüentemente, o fato de a proposição dispositiva poder ser geral – permite esclarecer em que sentido a validade de uma lei de essência (relativa à esfera social) pode ser condicionada. Assim, para voltar ao caso paradigmático citado acima, as promessas dos menores de idade são ineficazes não porque a lei de essência contempla uma incomum e anômala exceção, mas sim porque

uma disposição geral estabelece que *todas* as promessas realizadas por menores não devem ser eficazes. E, uma vez que é aqui posta como (não-)dever-ser é unicamente uma entidade social, tal disposição realiza imediatamente o seu efeito.

Deve ser finalmente esclarecido um último aspecto relativo à importância do ato de disposição para o direito positivo. Mesmo prevendo que o legislador disponha completamente segundo a própria vontade, Reinach diferencia entre disposições «fundadas [*gegründet*]» e «infundadas», deixando assim entrever a existência de critérios de avaliação entre as diferentes disposições: existe uma escala de avaliação determinada pelo dever-ser objetivo que fixa os limites do “fundamento” de uma disposição legislativa e que se estrutura sobre a menor ou maior justificativa que a disposição tira de um dever-ser objetivo. Embora o dever-ser de uma disposição não coincida com aquele objetivo, Reinach está atento em colocar as duas noções em relação entre si. No caso de o dever-ser de uma disposição pressupor efetivamente um dever-ser objetivo, então a disposição será «fundada»³⁰: «uma *disposição* [é fundada] na medida em que o que ela põe como devendo-ser conformemente à disposição deva ser realmente e em *si*»³¹. Isto, por outro lado, não implica que Reinach esteja apregoando uma forma de *ontologismo* no direito positivo: pelo contrário. O ontologismo «manifesta-se quando o desenvolvimento do direito positivo permanece vinculado ao que é a priori, *mesmo que isso não deva ser*»³². Tem-se ontologismo toda vez que o direito positivo orienta-se pelo direito a priori, sempre que, isto é, ele permite determinar as próprias disposições por leis de ser (e, perceba-se, não de dever-ser!). A esse propósito, Reinach escreve: «[em] nenhuma outra parte uma confusão metodológica de princípio mostra-se de modo tão funesto como onde com leis rígidas do ser se pretende restringir a livre disposição jurídica, fundada somente em consideração de valor»³³.

3. *A reflexão e os tipos penais*

A argumentação acerca do significado da reflexão da ética e do direito move-se sobre o pano de fundo teórico acima delineado. Ainda que grande parte do ensaio esteja reservada à descrição eidética da experiência de reflexão, é sobretudo nos últimos trechos que se encontram algumas indicações sobre o direito penal. O aparente hiato que, no

artigo, parece dividir as considerações psicológicas das jurídicas se dissolve, assim que se olha a sua estrutura geral. De fato, isso se origina na observação de “antinomias singulares” que se impõem à valoração jurídica (e ética) a respeito do papel que a reflexão tem para determinadas ações:

[a] ação de mérito é considerada menos meritória se aconteceu “sem qualquer reflexão”. Contudo, ela é considerada menos meritória também se, vice versa, o sujeito agente a realizou “somente sobre a base de uma longa reflexão”. Nós reprovamos um homem se realiza uma ação importante sem “refletir pelo menos por um momento”. Mas julgamos, ao contrário, muito duramente uma ação reprovável se foi realizada “com reflexão”. Este último ponto de vista se faz valer de modo bastante duro em nosso código penal. O ato de matar um homem que ocorre sem reflexão é punido com reclusão não inferior a cinco anos e, em presença de circunstâncias atenuantes, com detenção não inferior a seis meses (StGB §§ 212, 213)³⁴. O ato de matar um homem realizado com reflexão é punido, em qualquer caso, com a morte (StGB § 211). Seis meses de detenção e a morte: uma diferença enorme, para a qual é unicamente determinante a reflexão, a mesma reflexão que, em si, no entanto, apreciamos e exigimos dos homens³⁵.

Mesmo que na sequência prescindíssemos quase totalmente da dimensão ética na qual Reinach trata a reflexão para nos limitarmos a sua validade jurídica, encontramos aqui o nexos entre a análise psicológica a respeito de tal experiência e o *excursus* conclusivo sobre o direito penal. Como a reflexão parece estar na base de antinomias de campo ético, assumindo ainda relevância penal nos artigos §§ 211, 212 e 213 do StGB, sobressai um pedido de esclarecimento fenomenológico a respeito. E, como no caso dos atos sociais, determinar o que a reflexão é, representa uma tarefa disciplinar que não entra no campo de interesse do direito positivo (nem muito menos da ética). Esta é, na verdade, uma experiência psíquica de perfil complexo e compete à pesquisa psicológico-descritiva apontar os traços essenciais. Assim, nas primeiras duas partes do seu ensaio, Reinach concentra-se em conceber a essência da reflexão: em particular, ele expõe a distinção entre a reflexão intelectual e aquela inerente à vontade, revelando o caráter comum de processo teleológico. Onde a primeira tem como alvo uma tomada de posição sobre o ser de algo, a segunda visa, ao contrário, uma resolução. Na conclusão da segunda parte, Reinach mostra como todas as quatro antinomias éticas podem ser reconduzidas a uma

relação meramente extrínseca e não necessária entre a reflexão e o valor/desvalor da ação, assim que nenhuma das quatro proposições analisadas resulta necessariamente válida³⁶.

Uma vez encontradas as características essenciais da reflexão e desatados os nós antinômicos do início, na última parte do seu artigo, Reinach engaja-se, enfim, num confronto serrado com algumas posições do direito penal positivo. A reflexão é ou não uma componente de certos tipos penais e, se é, como deve ser avaliada? O StGB parece prever que, se o ato de matar um indivíduo ocorrer com reflexão, então este será subsumido ao tipo penal assassinato, e em caso contrário, sob o de homicídio. Em outras palavras, segundo esta interpretação do código, o ato de matar um homem sem reflexão *constituiria* o tipo penal homicídio, matar com reflexão, aquele muito mais grave, de assassinato. À luz dos resultados conseguidos nas duas primeiras partes do ensaio, Reinach coloca em consideração a hipótese que seja a própria experiência a resolver os dois tipos penais em questão. É, contudo, necessário manter distintas as duas linhas *diversas* de pesquisa que tendem a sobrepor-se nesta investigação conclusiva: a primeira tem relevância para o direito penal *positivo* e coincide com a procura de uma interpretação exata dos parágrafos do StGB em questão. Nas disposições do § 211 e do § 212 é afirmado precisamente que a reflexão seja a nota distintiva dos dois tipos penais? E o que se entende com o termo “reflexão”? E em que sentido avaliar a condição segundo a qual a ação deva ser *realizada* com reflexão? Estas perguntas têm todas uma natureza prevalentemente exegética e, embora «seja um problema da ciência positiva do direito penal [...] o que se deve [...] compreender por reflexão de acordo com o direito positivo», Reinach acredita poder «fornecer [...] uma contribuição esclarecedora em um ou outro ponto»³⁷.

A segunda linha de pesquisa permanece praticamente não expressa, mas pode ser reconduzida à ideia – assim claramente exposta no *Rechtsbuch* – segundo a qual uma fundamentação a priori é possível também para o direito penal. Reinach adianta um segundo quesito que desta vez tem um caráter plenamente fundante: apesar das disposições do StGB e, enfim, apesar dos dois tipos penais de homicídio e de assassinato, *é geralmente possível valorar* como mais grave (ou seja, como afetado por um desvalor maior) o ato de matar cometido com reflexão em relação a um cometido sem reflexão? Que o direito vigente possa *dispor* que dois tipos penais devam ser distintos tendo em

vista a relação do ato de matar com a reflexão, é um mero dado de fato a propósito do qual resta somente a esclarecer de que modo os artigos § 211 e § 212 serão interpretados (e este, lembre-se, é o primeiro quesito que Reinach se coloca). Eis, pois, que na segunda linha de pesquisa a atenção *não* é mais endereçada a uma justificativa da distinção entre os dois tipos penais – distinção que se coloca inteiramente *dentro* do perímetro do direito positivo – mas sim, é dirigida a entidades do mundo (a reflexão, a ação e determinados valores), as suas essências, e as suas relações recíprocas, que existem independentemente de qualquer normatização, ou seja, independentemente de qualquer tipo penal. O segundo quesito pode ser, então, reformulado deste modo: posto que as entidades de valor/desvalor, ação e reflexão existem objetivamente, então o desvalor do ato de matar realizado com reflexão é sempre e necessariamente mais grave que um o ato de matar realizado sem reflexão?

Olhando com atenção, a linha de argumentação corre aqui paralelamente àquela desenvolvida em relação ao direito civil: o *corpus* de disposições do direito penal *positivo* encontra nas entidades já dadas no mundo – e estas são justamente ações de um determinado tipo (no caso específico: o ato de matar uma pessoa) acompanhadas ou não da experiência de reflexão (e portadora de valores ou desvalores). Também para o direito penal encontram-se os desvios constatados por Reinach nos seus *Fundamentos* relativamente ao direito civil: de um lado, têm-se disposições que determinam e regulam institutos jurídicos e, no caso do direito penal, tipos penais, do outro, ontologias materiais que se ocupam de percorrer, ao longo de suas características essenciais, os conceitos fundamentais que estão na base (e tornam possíveis) institutos e tipos penais do direito positivo. Se ao *jurista* compete *dispor* qual elemento (ou qual multiplicidade de elementos) contradistingue uma figura criminosa, cabe ao filósofo ocupar-se dos elementos que, então, *fundam* (ou tornam possível) tal figura criminosa sem que estes sejam, por sua vez, tematizados pelo direito positivo³⁸. A este propósito, deve-se repetir que Reinach não faz nenhuma restrição ou pretende confronto com o jurista: também neste caso, direito a priori e direito penal são duas disciplinas essencialmente distintas e, conseqüentemente, os resultados da pesquisa eidética não são, por isso mesmo, vinculantes para o direito vigente³⁹. Somente os juízos do filósofo, mas não as disposições

do legislador, são verdadeiras ou falsas, as disposições são unicamente fundadas ou não fundadas. Portanto, são apenas mais ou menos *fundadas*, mas não verdadeiras ou falsas, considerar o tipo penal do assassinato como o ato de matar relaciona-o de um modo determinado com a reflexão (onde determinar exatamente qual seja tal relação é tarefa hermenêutica do direito positivo). Ao contrário, é verdadeiro ou falso, mas não mais ou menos fundado, julgar o ato de matar realizado com reflexão de maneira (eticamente) mais grave em relação àquela realizada sem reflexão.

Para concluir, devo dizer que o resultado da pesquisa reinachiana será prevalentemente *negativo*: a presença da reflexão – seja ela intelectual ou inerente à vontade – *não* constitui um elemento suficientemente probatório (isto é, um traço de relevância essencial) para valorar o ato de matar cometido com reflexão de modo mais grave em relação aquele realizado sem reflexão. Como para a dissolução das antinomias éticas, esta afirmação encontra sua justificativa no fato da reflexão atuar somente como *símbolo* para o desvalor da ação⁴⁰: é sim possível que o ato de matar cometido com reflexão seja acompanhado de um valor particularmente execrável, desde o momento que o assassino tenha premeditado a morte, embora tenha compreendido o desvalor através da reflexão. Mas isto não existe sempre e universalmente: é, na verdade, possível que se aja sem reflexão mesmo tendo compreendido *imediatamente* o desvalor de sua ação⁴¹.

Deste êxito negativo não se deve tirar consequências apressadas. Isto não vai afetar o projeto de uma fundação a priori do direito penal, isto é, isto não implica que o movimento fundante posto em ação por Reinach tenha por isso encalhado: ao contrário, ele já se coloca no contexto de uma tal fundamentação. É um *resultado* eminente da pesquisa fundadora que o ato de matar acompanhado da reflexão não tenha necessariamente um desvalor maior em relação àquela realizado sem reflexão. Por outro lado, não pode entrar na esfera de interesse do direito a priori determinar de que modo o direito positivo pode ou deve valorar este dado na definição dos dois tipos, homicídio e assassinato. Em outras palavras, a consideração fenomenológica já apresentou tudo o que dela podemos esperar e que a ela pode ser pedido: na verdade, ela direcionou as leis de essência daquelas entidades que o direito penal encontra já dadas e que deve normatizar. E exatamente *aqui* se revela a proficuidade da distinção entre direito positivo e direito a

priori esboçada acima: é somente a partir da circumspecta delimitação da esfera lógica a qual pertencem que as duas disciplinas podem esclarecer as respectivas tarefas e aspirar a absolvê-las sem o risco de ingerências indevidas.

NOTAS

1. Alessandro Salice, University College Cork, Ireland (alessandro.salice@ucc.ie)
2. Uma tendência à qual se pode atribuir somente à falta de espírito sistemático, cfr. sobre este assunto Besoli 2008: xvii e s. Os objetos aos quais é negada uma pátria podem então ser nomeados “*heimatslose Gegenstände*”, imitando assim uma expressão usada por Alexius Meinong (cfr. Meinong [11906] 1973: 214 - 233) para caracterizar todas aquelas entidades que não encontravam colocação nas tabelas categóricas marcadas unicamente sobre a base das ciências naturais. A teoria do objeto meinonguiana, cujo acolhimento permeia profundamente a inteira primeira fenomenologia, tem um papel central também nas reflexões reinachianas e, como exemplo, basta citar estas linhas escritas em 1913: «[a filosofia], como ontologia ou teoria a priori do objeto [*apriorische Gegenstandslehre*], deve se ocupar da análise de todos os tipos possíveis de objeto em quanto tal» Reinach [1913] 1989: 145, tr. It.7 (tr. Mod.). Para uma comparação entre a ontologia meinonguiana e a de Reinach, especialmente a respeito das teorias do juízo, veja-se Salice, 2009.
3. Sobre a história e a fenomenologia destes dois círculos, cfr. Spiegelberg 1965: 168-227, Avé-Lallament 1975: ix –xvii
4. Sobre a vida, a obra e o legado de Reinach, veja-se Schuhmann e Smith 1987, Avé-Lallament 1975: 171 -180, Salice 2008^a: lxxvii – lxxiv
5. Portanto, não é por acaso que são precisamente as posições relativas ao direito expostas por Reinach no seu *Rechtbuch* a serem objeto eminente de investigação no recente conjunto de ensaios *Adolf Reinach, entre droit et phénoménologie. De l'ontologie normative à la théorie du droit*, cfr. Benoist e Kervégan, 2008.
6. Cfr. «[existem] vastos âmbitos da vida social que não são tocados por nenhuma normatização do direito positivo. Também nestes encontramos aquelas formações habitualmente designadas como especificamente jurídicas, das quais nós afirmamos a independência do direito positivo, e também aqui vigem obviamente aquelas leis a priori. [...] Essas e algumas outras leis adicionais formam o a priori das relações sociais [*das Apriori des sozialen Verkehrs*], também para esferas que estão de fora de qualquer regulamentação do direito positivo» Reinach [1913] 1989: 146, tr. It. 8 (tr.mod.).
7. Cfr. «nos limitamos, no que segue, a expor alguns fundamentos a priori do direito civil. Estamos convictos, no entanto, que também as outras disciplinas jurídicas, em particular o direito penal, o direito público [*Staatsrecht*] e o administrativo são suscetíveis e precisam de uma tal fundação» Reinach [1913] 1989: 145, tr. It. 7 (tr. mod.). Relativamente ao projeto de uma fundação do *Staatsrecht* pode-se encontrar uma formulação articulada em Edith Stein (cfr. Stein 1925) cuja argumentação, embora com alguma distinção (cfr. Schuhmann 2004), parte de onde se interrompe aquela reinachiana (cfr. Gombocz e Salice 2006), isto é, da demanda sobre a condição de validade de uma disposição [*Bestimmung*] (cfr. Reinach [1913] 1989: 253, tr.it. 173 s.).
8. Uma exceção a esta afirmação é apresentada por De Vecchi 2009.
9. Cfr. Reinach [1913] 1989: 146 e s., tr.it.8, tr.mod. Uma outra coisa ainda é a ciência do direito positivo [*positive Rechtswissenschaft*], constituída por juízos que podem ser verdadeiros ou falsos e cujo objeto de estudo é o direito positivo em quanto tal e certamente nenhuma lei de essência.
10. No nome e conceito de “doutrina da ciência” ou *Wissenschaftslehre*, que Husserl recebe de Bernard Bolzano e da sua obra homônima, vai convergir em uma corrente de pensamento impregnado pela tradição filosófica ocidental: a propósito do que foi denominado “classical model of science” – cuja primeira formulação pode ser traçada no segundo livro dos *Analíticos Posteriores* de Aristóteles – veja-se Betti e de Jong 2008, onde é reconstruído, focando em algumas de suas passagens cruciais, o desenvolvimento histórico-filosófico deste modelo de ciência. O peso de tal linha de pensamento é realçado pelos autores, além de Bolzano, também

- pelo próprio Husserl (cfr. Betti e de Jong 2008: 3), e – sem quaisquer reservas – pode ser reafirmado por Reinach e pela sua ideia de direito a priori.
11. Cfr. Husserl [1900] 1975: §§62-72.
 12. Cfr. Husserl [1929] 1974: 110-154.
 13. Cfr. Husserl [1901] 1984: 257 tr.it. 43.
 14. A propósito da relação entre analiticidade e sinteticidade de uma proposição em Husserl (e Bolzano), veja-se Simons 1992: 361 ss., Benoist 1997: § 2.
 15. Para uma lista mais detalhada das múltiplas ontologias materiais em Husserl veja-se Schuhmann 1991.
 16. Se a natureza, considerada do ponto de vista da correspondente ontológica material, é uma *natura formaliter spectata* – como o próprio Husserl aponta torcendo em sentido ontológico a noção kantiana de origem da natureza geral (“*Natur überhaupt*”) aqui natureza subjacente s categorias do intelecto (Husserl 1973b: 125ss.,tr.it. 17ss KdrV B165, tr.it. 182 s.; para uma comparação cfr. Kern 1964: 145) – então, de modo contrário, a sociedade, de um ponto de vista ontológico-regional, é uma *societas formaliter spectata* (cfr. Kant 1934: 447).
 17. Deve-se notar que Reinach não utiliza nem a expressão “objeto social” nem, muito menos, “ontologia social”. Se a *noção* de ontologia social, especificamente de ontologia material, pode-se facilmente extrair da argumentação husserlinana (cfr. Também Schuhmann 1991), parece que também a sua denominação pode ser reconduzida a Husserl, que a menciona em um manuscrito do *Nachlass*, cfr Husserl 1973b (neste propósito, veja-se Di Lucia 2003). É então provável que “ontologia social” fosse já usada no circuito fenomenológico de Göttingen no período em que Reinach redigia o seu *Rechtsbuch*.
 18. Cfr. Reinach [1913] 1989: 252 s., tr.it. 171 s.
 19. Os conceitos dos diversos atos sociais (e aqueles que daí foram obtidos) não exaurem *todos* os conceitos fundamentais do direito civil: existem entidades sociais que não são atos sociais e cuja existência não pode ser reconduzida a atos sociais. A propriedade, por exemplo, é uma relação social que surge de uma ação de criação (*Schaffen*) e não de um ato social, cfr Reinach [1913] 1989: 213, tr.it. 112.
 20. Para a teoria dos atos sociais e o seu contexto histórico-filosófico, cfr. Crosby 1983, Mulligan 2000, Salice 2008b, Schuhmann 2004, Smith 2000. Amplo espaço foi reservado a essa teoria também no número monográfico *Les études philosophiques*, dedicado ao fenomenólogo alemão (cfr. Benoist 2005.)
 21. No decorrer de sua obra, Reinach não deixa de descreverem mais detalhes o perfil ôntico do ato de demanda, de comunicação e de comando; para uma lista completa dos atos sociais mencionados pelo autor, veja-se Mulligan 2000: 309 s.
 22. Neste contexto, então, os predicados “pretender” e “ser obrigado” não denotam conteúdo psicológico: Reinach distingue o sentir-se em obrigação do ser obrigado e o pretender (psicologicamente entendidos) do ter uma pretensão. É possível sentir-se em obrigação sem ter alguma obrigação e podemos pretender algo sem ter nenhum direito. Sobre a natureza da pretensão e obrigação em Reinach, permito-me indicar Salice 2008c.
 23. “Norma” é um termo equívoco e, para ser sincero, Reinach nega que as proposições juspositivista sejam normas já que as normas geralmente pressupõem um dever-ser que subsiste objetivamente, enquanto as proposições jurídicas dispositivas não devem por essência pressupor um dever-ser objetivo, mas somente uma pessoa que as promulgue, Reinach [1913] 1989: 241, tr.it.155.
 24. Para este e outros exemplos de derrogação das leis de essência, veja-se: Reinach [1913] 1989: 238 e s., tr. it. 151 e s.
 25. Reinach [1913] 1989: 239, tr. it. 152, tr.mod.
 26. Cfr. Reinach [1913] 1989: 240, tr. it. 154.
 27. Reinach [1913] 1989: 243, tr. it. 158, tr.mod.

28. Reinach [1913] 1989: 244, tr. it. 160, tr.mod. Sobre a natureza deste dever (também qualificado na literatura como “tético”), veja-se Di Lucia 2008; para o nexo que liga as posições reinachianas com o desenvolvimento desta noção na reflexão do filósofo polonês Czeslaw Znamierowski, cfr. Lorini 2008 e Passerini Glazel 2008.
29. Reinach [1913] 1989: 246, tr. it. 163, tr.mod.
30. São três em particular as qualificações que Reinach aponta para as relações que um ato pode ter com a esfera objetiva (cfr. Reinach [1913] 1989: 244 s., tr. it, 160 e s.): além da validade [*Gegründetheit*], que – como se viu – caracteriza a disposição (mas também a demanda na medida em que esta se dirige a um estado de coisas que é objetivamente duvidoso), temos a exatidão lógica [*logische Richtigkeit*] que diz respeito a atos de adequação [*Anpassungsakte*] e, entre estes, primariamente ao juízo. E finalmente a já citada eficácia [*Wirksamkeit*], ou seja, a característica de alguns atos (como as disposição, a promessa, o comando, etc.) de provocar efeitos no mundo.
31. Reinach [1913] 1989: 245, tr. it. 161, tr.mod.
32. Reinach [1913] 1989: 262, tr. it. 188, cursivo do autor [*N.d.T.*]
33. Reinach [1913] 1989: 265, tr. it. 192, tr.Mod.
34. “StGB” é a abreviação de “Strafgesetzbuch für das deutsche Reich [*Código de direito penal para o Reich alemão*]” de 1871. Os artigos no centro da discussão reinachiana são os §§ 211 e 212. Estes são: «§. 211. Quem mata um homem intencionalmente [*vorsätzlich*] se executou o ato de matar [*Tödtung*] com reflexão [*Überlegung*], é punido por assassinato [*wegen Mordes*] com a morte» e «§. 212. Quem mata um homem intencionalmente, se realizou a execução sem reflexão, é punido por homicídio [*wegen Todtschlages*] com reclusão não inferior a cinco anos».
35. Reinach [1912/13] 1989: 279, tr.it. 109.
36. 36. Cfr. Reinach [1912/13] 1989: 299-3003, tr.it. 130-134.
37. 37. Reinach [1912/13] 1989: tr.it. 135.
38. Perceba como isto implica uma forma bem delineada de positivismo jurídico: do ponto de vista penal, o crime de homicídio ou de assassinato existe apenas limitadamente a um tipo penal e assim, e o ipso, e a um direito positivo que põe tais tipos penais - «nenhum crime sem tipo penal» (*Kein Verbrechen ohne Tatbestand*, cfr. Beling 1906: 23). Isto é também confirmado pelo amplo uso que, nas partes conclusivas de seu ensaio, Reinach faz da noção de “tipos (*Tatbestand*)” ou “tipos penais (*Straftatbestand*)”, noção que possui uma clara matriz juspositivista (para a diferente noção de *Tatbestand* como “estado de fato” fundante de um estado de coisas, veja-se Reinach [1911] 1989: 112 ss. tr.it. 77 ss., e Salice 2008c, 2009). Aqui revela-se mais uma vez a formação jurídica de Reinach: durante o seu período de estudos em Tübingen, ele entrou em contato com o penalista Ernst Beling (1866 - 1932), pelo qual tinha uma alta consideração (cfr. Schuhmann e Smith 1984: 10 s.). As posições juspositivistas deste último unem-se no seu *Lehre vom Verbrechen* (1906), um texto fundamental para a teoria do “Tatbestand” do início do século (cfr. Gargani 1997), que não aparece citado nas obras de Reinach, mas cuja leitura revela, desde as primeiras páginas, uma inequívoca proximidade entre as posições dos dois autores.
39. Certo, tal afirmação vale só *cum grano salis*, é na verdade o próprio Reinach que, com seu ensaio, propõe-se a convencer o legislador a rever tal distinção em vista da «próxima reforma do direito penal», cfr. Reinach [1912/13] 1989: 311 tr.it. 143. Um desejo que diz respeito a seu esperado fundamento (*Gegründetheit*) das proposições do direito penal.
40. Para caracterizar tal relação simbólica, Reinach usa o termo “Anzeichen [*índice*]” (ou o verbo “anzeigen [*indicar*]”, cfr. Reinach [1912/13] 1989: 299 s.) que aqui é entendido exatamente no sentido husserliano, segundo o qual entre um sinal como índice e o objeto indicado existe uma

relação de mera “Anzeige”, ou seja, uma relação simbólica que (diferentemente da relação entre expressões e significado) existe *não necessariamente e universalmente*: pode subsistir, mas pode também não subsistir, cfr. Husserl [1901] 1984: 30-37, tr.it. 291-297.

41. Para uma reconstrução mais aprofundada da argumentação reinachiana inserida no contexto mais amplo da discussão no mérito da premeditação, cfr. De Vecchi 2009.