

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
CAMPUS DE SANTO ANGELO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

**O POSITIVISMO LEGALISTA VIGENTE: APORTES CRÍTICOS À LUZ DA
FENOMENOLOGIA HERMENÊUTICA**

MARCELO CACINOTTI COSTA

SANTO ÂNGELO/RS

2011

MARCELO CACINOTTI COSTA

**O POSITIVISMO LEGALISTA VIGENTE: APORTES CRÍTICOS À LUZ DA
FENOMENOLOGIA HERMENÊUTICA**

Dissertação de Mestrado para obtenção do título de Mestre em Direito, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Santo Ângelo, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado

ORIENTADOR: Professor Doutor Lívio Osvaldo Arenhart

SANTO ÂNGELO/RS

2011

MARCELO CACINOTTI COSTA

O POSITIVISMO LEGALISTA VIGENTE: APORTES CRÍTICOS À LUZ DA
FENOMENOLOGIA HERMENÊUTICA

Dissertação de Mestrado submetido à Comissão Julgadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – *Campus* de Santo Ângelo como parte dos requisitos necessários à obtenção do Grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direitos Especiais, Linha de Pesquisa: I – Direito e Multiculturalismo, ou II – Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos.

Comissão Julgadora:

Prof. Dr. Lívio Osvaldo Arenhart
Orientador

Prof. Dr. Doutor Adalberto Narciso Hommerding
Examinador

Prof. Dr. Gilmar Antônio Bedin
Examinador

Santo Ângelo, março de 2011

DEDICATÓRIA

À minha noiva Ana Cristina, pelo apoio incondicional; aos meus pais, minha irmã e minhas sobrinhas, pela compreensão nos momentos de ausência e pelo incentivo do início ao fim desta empreitada.

Àqueles que direta ou indiretamente contribuíram com bibliografias, sugestões e demonstraram algum interesse sobre o tema pesquisado.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Lívio, meu orientador, pela atenção e dedicação a mim deferida, e, principalmente, por manter o caminho lúcido da pesquisa realizada. Ao Professor e amigo Dr. Adalberto Narciso Hommerding por se dispor a acompanhar meus estudos e contribuir sobremaneira no resultado desta dissertação.

Aos demais professores pelos ensinamentos e aos colegas pelas discussões e troca de informações que, somados, resultaram em crescimento pessoal e intelectual, em especial, aos companheiros de apresentação de seminários e trabalhos.

À secretária do curso, sempre disponível a prestar informações e ajudar incondicionalmente; às bibliotecárias, pelos empréstimos e valorosos auxílios na busca de obras; aos colegas advogados que de uma forma ou de outra me substituíram nos compromissos durante o período de aulas.

A essas pessoas, meu reconhecimento e agradecimento com gratidão, pois, certamente, sem elas este trabalho não teria se concretizado.

EPIGRAFE

“Nunca chegamos aos pensamentos. São eles que vêm”.

Martin Heidegger, *A Experiência do Pensamento*.

RESUMO

O presente trabalho aborda questões filosóficas e a relação delas com o direito. Nessa linha, realiza-se uma crítica ao sistema jurídico jurisdicional e identifica-se uma crise instaurada em meio à inefetividade e à irresponsabilidade dos protagonistas da atividade jurídica no País.

Para tanto, realiza-se uma inter-relação das questões filosóficas mais relevantes para a formação do pensamento jurídico e contrapõem-se métodos epistemológicos tradicionais com “métodos” hermenêuticos, no sentido de justificar o termo “crise”, demonstrando o rumo equivocado que direito e a modernidade tem tomado.

Para tornar este trabalho menos abstrato possível, busca-se uma abordagem com análise de casos práticos, vivenciados no dia a dia da lide forense, com o intuito de demonstrar de forma mais pedagógica possível a relação existente entre a filosofia jurídica clássica e a fenomenologia hermenêutica, sob um viés pragmático.

Por fim, realizada a diferenciação necessária entre duas éticas: ética do regramento e a ética da finitude (responsabilidade), fazendo-se uma abordagem sobre a verdade no processo, buscando contrapor duas matrizes teórico-filosóficas bastante distintas: a dos procedimentalistas e a dos pragmáticos, no sentido de demonstrar que a verdade é temporal e não se compatibiliza com ambientes de caráter arbitrário.

Palavras-chave: sistema jurídico jurisdicional – fenomenologia hermenêutica – verdade e o processo.

ABSTRACT

This work approaches philosophical questions and their relationship with the Law. In this context, the work produces a critical about the jurisdictional juridical system and is identified a crisis, which takes place among the uneffectiveness and the irresponsibility of the protagonists of the juridical activity in the Country is identified.

In face of that, the work did a relation of the most important philosophical questions for the formation of juridical thought and traditional epistemological methods are compared with hermeneutical methods, for explain the word “crisis”, showing the mistaken way where are inserted the Law and the modernity .

In order to make this work less theoretical as possible, is pursued an approach with the analysis of practical cases, experienced day by day in forensic work, with the goal of connect and demonstrate with the most pedagogical method as possible, the relationship that exists between the classic juridical philosophy and the hermeneutic phenomenology, under a pragmatic view.

At last, after the required differentiation between the two ethics: the ethics of rule and the ethics of responsibility, the true in process is approached, searching to put against two very different theoretical-philosophical sources: proceedings and pragmatics, to demonstrate that the true is temporal and it's not compatible with environments that shows arbitrary features.

Key Words: jurisdictional juridical system – hermeneutical phenomenology – the true and the process.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	11
1 A FORMAÇÃO JURÍDICO-JURISDICIONAL DE VIÉS POSITIVISTA.....	15
1.1 O ESTADO LIBERAL E O POSITIVISMO JURÍDICO.....	16
1.2 O MODELO INSTITUCIONAL POSITIVISTA E A FATICIDADE (HISTORICIDADE)	20
1.3 A METAFÍSICA DUALISTA E O ESQUECIMENTO DO SER	23
1.4 COMO SUPERAR O PROBLEMA DA METAFÍSICA?	30
1.5 O ENSINO JURÍDICO DE VIÉS EPISTEMOLÓGICO	34
1.6 O PROBLEMA DA LEI COMO RAZÃO AUTÔNOMA	38
1.7 O ESQUEMA SUJEITO-OBJETO E SUAS CONSEQÜÊNCIAS.....	41
1.8 A LINGUAGEM COMO COMPREENSÃO.....	47
2 O ESTADO D'ARTE DO DIREITO – CASOS JUDICIAIS	53
2.1 VIÉS DA DECISÃO ANALÍTICA E CONTRAFÁTICA	57
2.2 VIÉS DA DECISÃO SOLIPSISTA E CONTRAFÁTICA.....	65
2.3 A DISCRICIONARIEDADE/PROTAGONISMO JUDICIAL (“A <i>CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO</i> ”).....	69
2.4 FENOMENOLOGIA AO DIREITO NO QUE DIZ RESPEITO À COMPREENSÃO DO SENTIDO DAS COISAS	73
2.5 A HERMENÊUTICA.....	82
2.6 A FENOMENOLOGIA SOCIAL DE MARTIN HEIDEGGER.....	89
2.6.1 O significado do Ser (<i>Dasein</i>).....	89
2.6.2 A cotidianidade.....	91
2.6.3 Características existenciais do ser-aí na cotidianidade.....	93
2.6.3.1 A sociabilidade	93
2.6.4 O “ <i>a gente</i> ”, a angústia e o cuidado (responsabilidade).....	95
2.7 A TECNOLOGIA	98
2.8 A SERENIDADE.....	103

3 A VERDADE E O PROCESSO	107
3.1 OS DOIS PARADIGMAS: A ÉTICA DA METAFÍSICA (RACIONALISTA) E A ÉTICA DO CUIDADO (RESPONSABILIDADE).....	109
3.2 A VERDADE NO DIREITO: POSSIBILIDADE OU MITO?	112
3.3 A RELAÇÃO ENTRE VERDADE E LIBERDADE	119
3.4 A VERDADE E A OBRA DE ARTE.....	122
3.5 O PROCESSO CIVIL E O PARADIGMA DA RACIONALIDADE.....	125
3.6 A VERDADE EM JÜRGEN HABERMAS E RICHARD RORTY: PRAGMATISMO OU ARGUMENTAÇÃO?.....	129
3.7 APORTES FINAIS - A ÉTICA DA RESPONSABILIDADE NO DIREITO	136
CONSIDERAÇÕES FINAIS	142
REFERÊNCIAS	144
OBRAS CONSULTADAS	147

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em face da árdua atividade jurídica desenvolvida ao longo de muitos anos como advogado, aliado ao convívio com série de profissionais da área do direito ligados ao meio acadêmico, não poderia dedicar este trabalho de pós-graduação (dissertação de mestrado) a uma mera descrição de institutos legais ou casos esparsos que, de certo modo, não justifica a proposta crítica e reflexiva a que o trabalho visa, principalmente quando se identifica que há um predomínio de uma relação de superficialidade e artificialidade entre as instituições que integram o Estado, o direito e as pessoas¹. Tal característica mostra-se presente desde o primeiro contato com a formação da sociedade herdeira da modernidade, perpassa o ensino jurídico tradicional das universidades, contamina o sistema jurídico-institucional como um todo e se instaura, ao fim e ao cabo, nas decisões judiciais (hermenêutica tradicional²), cuja fundamentação preponderante se funda na dicotomia cartesiana da relação sujeito-objeto³.

Buscando fôlego na hermenêutica filosófica, pretendemos demonstrar a importância do pensamento fenomenológico hermenêutico⁴ como alternativa capaz de superação do positivismo talhado pela tradição metafísica⁵. Assim, imprescindível redirecionar o

¹ Parece consenso que o sistema jurídico-jurisdicional vigente no Brasil, refém dos ideais do estado liberal e do modelo positivista, atravessa uma profunda crise de efetividade, identificação histórica e responsabilidade (Luiz Alberto Warat, Lenio Luiz Streck, Ovídio Baptista da Silva etc.).

² Distinção que se faz entre hermenêutica dos manuais de direito (Carlos Maximiliano) com propósito de classificar e subdividir métodos de interpretação, e a hermenêutica que apresenta um “método” de interpretação do direito (diferenciação que será bem explicitada a seguir).

³ “Por certo, a pretensão das teorias positivistas era oferecer à comunidade jurídica um objeto e um método seguro para produção do conhecimento científico no direito. Isso levou – de acordo com a atmosfera intelectual da época (problemática que, entretanto, ainda não está superada) – a uma aposta em uma racionalidade teórica asfixiante que isolava/insulava todo contexto prático de onde as questões jurídicas realmente haviam emergido.” STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pág. 61.

⁴ “Método” interpretativo fundado em uma relação orgânica e sistêmica, visando, principalmente, suplantar o tradicional método epistemológico de mera subsunção (herança da metafísica).

⁵ ‘Metafísica’ vem de uma expressão grega que significa ‘as coisas depois [meta] da física’, atribuída pelos editores de Aristóteles à obra em que trata da ‘primeira filosofia’. A primeira filosofia deveria estudar: 1. os aspectos comuns a todos entes [ta onta] (tal como o fato de que nenhum ente pode ser e não ser ao mesmo tempo) e 2. a natureza do ser primordial ou mais elevado, Deus na primeira filosofia estão o fato de que Deus não se move ou muda, não sendo, assim, objeto da física, e o fato de que a ‘metafísica’ como equivalente à ‘ONTOLOGIA’. Mas devido à sua associação com Deus, que persiste desde Aristóteles até Hegel, ele frequentemente a designa de ‘ontoteologia’.

O ‘meta’ em ‘metafísica’ significava originalmente ‘depois’, argumenta Heidegger, mas logo passou a significar ‘através de’, ‘além’, ‘ultra’. Por isso ‘metafísica’ passou a significar ‘ir além das coisas físicas, i.e., naturais, i.e., dos entes’. É similar à TRANSCENDÊNCIA, exceto pelo fato de a metafísica ser *primordialmente* uma especialidade do filósofo, não algo que todo o DASEIN realize. Heidegger aprovava de início a metafísica. Como ‘ontologia’, a metafísica contrasta com ‘epistemologia’, que Heidegger invariavelmente critica, e com a ciência, que estuda os entes, mas não o SER (ou o NADA). Ela é equivalente à ‘(boa) filosofia’, que o próprio Heidegger faz. Uma questão metafísica ou filosófica possui dois aspectos distintos: 1. Ela se preocupa com o

pensamento calcado na relação sujeito-objeto, que nos impede de enxergar e desvelar a verdade livre e não arbitrária, mantendo-nos aprisionados dentro da intencionalidade estritamente teórica, que relega toda a dimensão prática para a política e a moral, dando a impressão de que elas não podem fazer parte da ciência do direito, nos exatos termos preconizados pelo racionalismo analítico⁶.

O pensamento analítico e cartesiano recebe toda a influência da tradição filosófica ocidental. Daí a proposta heideggeriana de *superação da metafísica*⁷.

E a crítica mais precisa que se pode fazer a um modelo instaurado por base exclusivamente racionalista, verificável a partir de série de experiências ligadas ao cotidiano da atividade jurídica, caracterizada por desencontros e por desconformidades geradas por este sistema que despreza o tempo, a história e a realidade fática das pessoas, atinge seu ápice *quando consegue descolar o enunciado da lei do mundo concreto, ou seja, quando transforma a lei em razão autônoma*⁸, não só pelas decisões descontextualizadas e arbitrárias, mas, sobretudo, pela maneira irresponsável com que se manejam os precedentes jurisprudenciais no País.

Notadamente pretendemos trabalhar exemplos que decorrem de situações concretas vividas no dia a dia forense e que demonstram muito bem o distanciamento existente entre a

todo: não podemos considerar, por exemplo, a liberdade sem levantar toda a esfera de questões metafísicas. Ao contrário da ciência, a metafísica *ultra* passa qualquer ente particular ou domínio de entes alcançando os entes como um todo, o MUNDO e o próprio ser. 2. Aquele que questiona está envolvido na questão ou a filosofia envolve 'surpreendendo' não simplesmente o homem em geral, mas aquele que questiona como um indivíduo, indo à sua raiz. Ela surpreende aquele que questiona porque, como todo Dasein, ele é um ente em meio aos entes *implicitamente* transcende aos entes como um todo: 'A metafísica é o acontecimento básico de Dasein'.

A metafísica não pode acabar com a nossa dificuldade; ela pode apenas nos levar mais longe na mesma direção. Um retorno para uma fase anterior, mais benigna da metafísica, tal como o tomismo, é impraticável, e também ineficaz, já que qualquer fase anterior da metafísica tem uma tendência à malignidade: a metafísica não controla pensamentos individuais, ela é uma força impessoal que os conquista.

Nossa única esperança é a superação da metafísica. Não podemos fazer isto enquanto 'o homem permanecer sendo o animal *rationale*, pois assim ele será sempre o animal *metaphysicum*'. Precisamos tentar voltar ao FUNDO da metafísica. Só assim pode-se efetuar uma 'transformação da essência do homem' e, portanto, uma 'transformação da metafísica'. INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, págs. 111-113.

⁶Explica a validade e a legitimidade do direito com um argumento metafísico, isto é, o direito vale porque advém da vontade divina, da natureza humana ou da própria razão.

⁷O problema da superação da metafísica transpassa originalmente o cerne do pensamento heideggeriano. Diante da facticidade de um esgotamento total das próprias possibilidades de concretização do saber metafísico na modernidade e de um conseqüente esvaziamento de sentido das diferentes tentativas de retomar ainda mais criticamente os seus desdobramentos estruturais, Heidegger se encontra desde o princípio mobilizado por uma imposição histórica em relação à instauração da filosofia sobre novas bases. Tudo em sua obra ganha corpo através de um esforço radical por estabelecer uma fundamentação radicalmente diversa da filosofia. Esta fundamentação não diz respeito, contudo, a uma mera negação dogmática das determinações essenciais a todas as fundamentações anteriores, mas se perfaz a partir de um enraizamento destas determinações no solo não-metafísico de sua proveniência. CASANOVA, Marco Antônio. *Fenomenologia Hoje II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, pág. 70.

⁸STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pag. 61

regra e o seu destinatário, pois a aplicação dos institutos jurídicos se dá dentro de um contexto analítico-científico decorrente da tradição ocidental de cariz dogmático e cartesiano.

É certo que por vivenciarmos uma incongruência entre a abstração da norma e o mundo da vida contextualizado, num sistema que se considera democraticamente de direito, maior força se encontra para discutir e trazer ao meio acadêmico tais considerações, talvez por que somente assim podemos ter a certeza de estarmos contribuindo, mesmo que minimamente, para que futuramente bons ventos possam soprar em *terrae brasilis*.

Portanto, nos investimos na tarefa de fazer uma abordagem crítica sobre a influência dogmático-positivista no atual sistema jurídico-jurisdicional e, conseqüentemente, sobre os reflexos negativos que o pensamento tradicional exerce sobre todo o contexto jurídico-social.

Sendo assim, baseamo-nos, sobretudo, na hermenêutica filosófica (Martin Heidegger, Hans-Geor Gadamer e Ernildo Stein) e na matriz teórica denominada Nova Crítica do Direito, cunhada por Lenio Luiz Streck e seus seguidores.

Assim, na medida em que iremos avançando nos tópicos que constituem este trabalho, utilizaremos de situações concretas que servirão de ferramenta pedagógica para uma melhor compreensão do que se pretende explicitar.

Portanto, partindo para uma análise de dois paradigmas bastante distintos, epistemologia científica e epistemologia da hermenêutica, o primeiro baseado na ética da positividade e do regramento; o segundo na ética do cuidado e da responsabilidade – “método⁹” fenomenológico hermenêutico – pretendemos aprofundar as idéias que verificam a necessidade de uma postura de superação e transcendência no pensamento jurídico atual.

Importante registrar que os casos práticos que ao longo deste trabalho serão abordados foram escolhidos de forma exemplificativa, tão-somente com o intuito de apontar a insuficiência e o desmoronamento de um sistema edificado sobre fundações frágeis, que necessita urgentemente repensar o seu rumo a partir de uma reflexividade vigilante.

Assim, a partir de uma abordagem crítica pretendemos identificar as bases de formação do pensamento da modernidade e relacioná-lo com o pensamento jurídico-judicial predominante. Já tendo sido colocado às bases com que se propõe abordar o problema decorrente da modernidade, no segundo capítulo realiza-se uma análise de casos concretos, discutindo alguns temas relacionados ao protagonismo judicial, a historicidade e o direito, a

⁹“Quando utilizamos o termo entre aspas, procuraremos apontar para a própria fenomenologia, enquanto um *como* um *modo* de filosofar. Quando se menciona o termo *método* sem aspas, estaremos falando do método em seu sentido produzido no interior da modernidade, ou seja: idéia de certeza e segurança próprias da matematicidade do pensamento moderno”. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o conceito de Princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pág 36.

pré-compreensão e a faticidade. Por fim, já tendo sido bem delimitadas as duas éticas (finitude e positivação) de abordagem, retoma-se a discussão entre o método e o “método” hermenêutico sob o viés da verdade no processo.

1 A FORMAÇÃO JURÍDICO-JURISDICIONAL DE VIÉS POSITIVISTA¹⁰

Neste capítulo buscamos identificar, perpassando pela formação histórico-filosófica do pensamento moderno, a influência do positivismo jurídico e da *metafísica*¹¹ na formação do pensamento jurídico-social em vigor e as vicissitudes decorrentes desta relação de cariz eminentemente racionalista.

Assim, importa referir, mesmo que sucintamente, de que forma se desenvolveu o positivismo e a filosofia que lhe dá suporte, ou seja, o ambiente histórico que serviu como mola propulsora desse sistema que se tornou preponderante e caracteriza o mundo ocidental de forma bastante intensa.

Como não poderia deixar de ser, salientamos a relação existente entre o modelo institucional positivista e a historicidade (faticidade), deixando bastante claro a insuficiência decorrente de qualquer sistema que, em nome de uma pretensa cientificidade do conhecimento, despreza a singularidade e a evolução histórica que é inerente ao ser humano e a sua co-relação social, respectivamente.

Dessa forma, esta abordagem traz alguns problemas decorrentes do pensamento moderno, como o esquecimento do ser (no sentido heideggeriano), o dogmatismo e a epistemologia baseada na relação sujeito-objeto, o ensino jurídico epistemológico, o problema de lei como razão autônoma, até chegarmos ao tema da linguagem, cuja abordagem é remetida ao final com o propósito de salientar a sua importância como chave para a superação da metafísica.

Os tópicos que constituem o presente capítulo já foram abordados em obras¹² de outros autores que, igualmente, realizam uma crítica ao sistema positivista moderno. Entretanto, utilizamos o mesmo critério de fragmentação e estruturação do assunto por acreditar que os tópicos se relacionam e se complementam, facilitando, consideravelmente, a compreensão do todo.

¹⁰A abordagem crítica do positivismo neste trabalho se relaciona com o positivismo jurídico desde Thomas Hobbes, Jeremiah Bentham, John Austin, até chegar em Hans Kelsen e Herbert Hart, apenas para distinguir do positivismo filosófico de Auguste Comte e outros.

¹¹Pode ser sinônimo de um nome coletivo para tudo aquilo que se quer superar no pensamento filosófico tradicional: a tentativa de recondução de todos os fenômenos a um princípio fundamental, um conceito poderoso de teoria que a eleva acima de toda a *práxis*. Qualquer doutrina idealista das idéias, a filosofia da consciência de Descartes, para a qual o “*cogito*” era o ponto final da autocertificação.

¹² Principalmente pelo Professor Lenio Luiz Streck.

Também, procuramos dar ênfase ao problema da hermenêutica jurídica em crise (no sentido de Lenio Luiz Streck) num contexto de análise de casos, tornando, assim, o enfoque o mais didático possível.

Por fim, realizada a diferenciação necessária entre duas éticas¹³: ética do regramento e a ética da finitude (responsabilidade), importante a abordagem sobre a verdade no processo, buscando contrapor duas matrizes teórico-filosóficas bastante distintas: a dos procedimentalistas e a dos substancialistas (pragmáticos), no sentido de demonstrar que a verdade é temporal e não se compatibiliza com ambientes de caráter arbitrário.

Dessa forma, trabalha-se uma proposta de rompimento com a segurança cartesiana-kantiana¹⁴ herdada da filosofia da consciência, origem do senso comum teórico, com o desejo de procurar novas formas de exercitar reflexiva e criticamente o direito, livre das amarras do dogmatismo, ou seja, pensando o impensado, como poderia dizer Heidegger.

1.1 O ESTADO LIBERAL E O POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo¹⁵ em grande medida tem seu desenvolvimento devido ao progressivo avanço das ciências naturais, particularmente das ciências biológicas e fisiológicas do século XIX¹⁶. Assim, procurava-se aplicar os princípios e os métodos daquelas ciências à filosofia e à sociedade, como capaz de solver todos os problemas do mundo e da vida, com a esperança de conseguir os mesmos fecundos resultados obtidos nas ciências, a verdade universal e

¹³Importante esclarecer a intenção do autor ao trabalhar no texto o termo ética, principalmente para se distinguir do termo moral. Quando falamos em ética estamos nos referindo a quebra de paradigmas e a mudança de rumos ideologicamente determinados pela formação histórica, como algo capaz de conduzir os rumos do pensamento humano. Moral estaria num campo mais regional e local, cujo conceito não é trabalhado nesta dissertação.

¹⁴“...a contribuição positiva da *Crítica da Razão Pura*, de Kant, por exemplo, reside no impulso que deu à elaboração do que pertence propriamente à natureza e não em uma ‘teoria do conhecimento’. A lógica transcendental é uma lógica do objeto *a priori*, a natureza, enquanto setor ontológico”. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I, Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2005, pág. 37.

¹⁵O positivismo é um movimento que defende a idéia de que nada há além do mundo empírico (sensível), aquele que a metafísica, por sua vez chama de ‘aparente’. O aparente, para o positivismo, não é o ‘mero aparente’. Ele é o fenômeno, aquilo que ‘aparece’ e ‘é o caso’ – o que está disponível, tangível, inteligível. O que podemos aprender, ou observando os fatos – ‘estados de coisas’ – ou decompondo a linguagem, nos dá, segundo o positivismo, tudo que precisamos saber sobre o mundo. JÚNIOR, Paulo Ghiraldelli. *Filosofia da Educação*. São Paulo: Ática, 2006.

¹⁶ O mérito de tal construção jusnaturalista foi certamente o de inaugurar uma nova matriz epistemológica na busca explicativa dos fundamentos do direito e do Estado, estabelecendo um contraponto ao discurso legitimador das instituições sociopolíticas vigentes à época. Seus teóricos produziram uma inversão metodológica de considerável alcance no que concerne à concepção de poder: no lugar de racionalidade divina, a sustentar até então o absolutismo dos monarcas, os direitos humanos de caráter exclusivamente individual passaram a constituir o centro de referência norteadora da organização social. CORRÊA, Darcísio. *A Construção da Cidadania Reflexões Histórico-Políticas*. Ijuí: Unijuí, 1999, pág. 87.

incontestável. Enfim, o positivismo jurídico¹⁷ teve impulso, graças aos crescentes problemas de ordem econômico-sociais que assolaram o século XIX.

Em conseqüência da perda de paradigma e da incessante busca de respostas concretas encontradas com a evolução científica, passa-se a supervalorizar a atividade econômica, produtora de bens materiais, moldando-se a sociedade em bases puramente materialistas, ambiente extremamente fecundo para o desenvolvimento do positivismo e capaz de sedimentar uma ideologia econômico-social.

Classe social bastante presente na formação do pensamento moderno, a burguesia utiliza-se do discurso jusnaturalista¹⁸ para exercer uma crítica à desigual estrutura social da época, momento histórico que culminou com a revolução francesa, tornando-se instrumento de tomada do poder do decadente Estado feudal – destacando-se, assim, a bandeira empunhada em nome dos direitos humanos, onde o direito passa a ser visto como a principal mediação do combate à opressão. Opressão esta que é sufocada por um imponente processo de positivação, que ganha força por sua associação à idéia de direito natural¹⁹.

Da citação acima, percebe-se claramente o efeito do positivismo jurídico²⁰ no momento histórico ocidental no início do século XX, principalmente no combate do Estado opressor e ditatorial, já que este positivismo trazia os ideais do contrato social com uma

¹⁷ “Para esta nova matriz metodológica de explicação dos fundamentos do direito a ciência jurídica tem por objetivo o conhecimento do conjunto de normas formadas pelo direito vigente, positivo. No intuito de separar o direito da moral e da política, pregam seus seguidores que o jurista deve limitar sua análise ao direito estabelecido pelo Estado ou pelos fatos sociais, abstendo-se de qualquer valoração ético-política, isolando o mundo das normas e de sua realidade social: o objeto de estudo do direito é o sistema de normas coercitivas fora de seu contexto concreto”. Idem, pág. 90.

¹⁸ O Jusnaturalismo, para os iluministas, adquire uma fisionomia eminentemente laica. Ao contrário do jusnaturalismo medieval que o antecede, para os iluministas o direito natural é dado exclusivamente humano, ou seja: é um direito autônomo e racional. A *lex naturae* é independente da *lex dei*. A novidade, pois, do jusnaturalismo concebido pelos iluministas relativamente a forma como era entendido pelos pensadores cristãos medievais, é de que direito natural não tem qualquer vínculo com qualquer divindade. É direito essencialmente humano. É algo originário e intrínseco ao homem. LUISI, Luiz. *Filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, pág. 97-98.

¹⁹ Com a vitória das revoluções americana e francesa de fins do século XVIII, ‘os direitos naturais’, deixam o plano ideal e se transformam em direito positivo. São consagrados em textos constitucionais e na legislação ordinária. As constituições americanas e a francesa do século XVIII, e as supervenientes do século XIX, integraram o seu texto como a enunciação desses direitos. E na legislação ordinária o jusnaturalismo se positiva de modo especial no Código Civil Napoleônico. Ao alvorecer do século XIX. Com a nossa independência política a legislação de inspiração iluminista chega ao Brasil. Mas a sua recepção no nosso ordenamento político adquire conotações especiais, pois, a realidade social aqui existente principalmente nas primeiras cinco décadas do século XIX haveria de tornar inviável um acolhimento incondicional e integral. Idem, pág. 98.

²⁰ O positivismo jurídico é a teoria que veio contrapor-se à doutrina do direito natural. Para esta nova matriz metodológica de explicação dos fundamentos do direito a ciência jurídica tem por objeto o conhecimento do conjunto de normas formadas pelo vigente, positivo. No intuito de separar o direito da moral e da política, pregam seus seguidores que o jurista deve limitar sua análise ao direito estabelecido pelo Estado ou pelos fatos sociais, abstendo-se de qualquer valoração ético-política, isolando o mundo das normas de sua realidade social: o objeto de estudo do direito é o sistema de normas coercitivas fora de seu contexto concreto. CORRÊA, Darcísio, *A Construção da Cidadania Reflexões Histórico-Políticas*. Ijuí: Unijuí, 1999, pág. 90.

roupagem da vontade geral, como idealizado principalmente por Thomas Hobbes e Jean Jacques Rousseau, ou seja, uma tentativa de demonstrar dialeticamente o valor original da pessoa humana ante a sociedade e o Estado²¹.

Portanto, o problema do positivismo não reside em si, já que historicamente foi decisivo para que hoje pudéssemos conviver com a tão propalada *segurança jurídica* num contexto democrático. O cerne da questão é sim o “*fechamento*” proporcionado pelo positivismo dogmático e, por conta disso, todos os seus desdobramentos metafísicos e de pouca efetividade jurídico-jurisdicional, responsável pelo afastamento das instituições do Estado e da jurisdição da cotidianidade do mundo prático.

Entretanto, verifica-se que a burguesia, com a tomada do poder, modifica seu discurso, como bem observa Corrêa:

Os direitos naturais e imprescritíveis do homem, ou seja, os direitos humanos do antigo discurso pré-revolucionário, de caráter eminentemente político, foram estrategicamente substituídos pelo discurso dos direitos subjetivos, de cunho mais jurídico, cuja fonte e fundamento foram deslocados do estado de natureza (natureza do homem) para o direito objetivo, leia-se a Lei.²²

O positivismo jurídico então se cristaliza a partir da necessidade da burguesia, modelo de Estado que derrubou o modelo de Estado Monárquico, em manter o poder dentro dos moldes da nova economia capitalista. Assim substitui o indigesto discurso político-revolucionário dos direitos naturais do homem pelo discurso jurídico-positivista da legalidade, do *Estado-de-Direito*²³.

²¹ Com efeito, a temática do Estado como forma de organização social estruturou-se na modernidade a partir dos teóricos desse ‘contrato’ que se coloca como condição de possibilidade para a superação da constante guerra de todos contra todos. Thomas Hobbes é o corifeu da teorização do Estado que surge a partir do rompimento com a forma estatal medieval. Trata-se, antes de tudo, de uma ruptura paradigmática: a modernidade surge com a superação da metafísica clássica. Em outras palavras, os sentidos não estão mais nas coisas, não há mais essências; agora o sentido passa a estar na mente, na consciência de si do pensamento pensante. É o triunfo do novo princípio epocal: o cogito.

Isso possibilita dizer que o Estado não é algo dado, mas, sim, algo a ser construído pela razão humana. Por isso a metáfora do contrato social, que passa a ser a forma de simbolização desse novo paradigma: os homens vivem no estado de natureza, no qual todos são ao mesmo tempo livres e não livres. É o um que é o todo, e esse todo é também o nada. Dito de outro modo, esse de natureza gera a sua própria antítese, porque, se todos são livres, ninguém o é. STRECK, Lenio Luiz e BONATTO, Tatiana. *Direito e Literatura Ensaio Crítico, O senhor das moscas e o fim da inocência*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2008, pág. 114.

²² CORRÊA, Darcísio. *A Construção da Cidadania Reflexões Histórico-Políticas*. Ijuí: Unijuí, 1999, pág. 88.

²³ A ordem capitalista, já plenamente expressa em termos jurídicos, não tolerava questionamentos subversivos, lutas políticas em favor dos novos exploradores e oprimidos, o proletariado. Como os fundamentos teóricos do discurso do direito natural moderno não podem ser compreendidos fora da afirmação dos indivíduos como anteriores e superiores ao Estado e, conseqüentemente, como crítica permanente das estruturas jurídico-estatais, os juristas do sistema substituíram tal discurso pela postura metodológica do positivismo jurídico. O melhor exemplo de tal mudança de caráter ideológico está no fato de as Constituições do Estado liberal-burguês não incluírem mais o direito de resistência à opressão como um direito fundamental do homem, enquanto o direito de

Daí a importância dos feitos históricos na formação e manutenção do poder (ideologias), principalmente quando se verifica a insuficiência de um sistema de discurso eminentemente legalista com pretensões de universalidade, esvaziado de potencial ético-político por meio de uma postura de cariz metodológico e despreocupada com o *funcionamento social*²⁴ e com o sentimento de valor da vida.

Como bem ensina o Professor André Leonardo Copetti Santos:

Ao longo da história da humanidade, com raríssimas exceções, o exercício monopolizado do poder, ainda hoje presente em muitas sociedades, foi e continua sendo uma fonte inesgotável de vida qualitativa ruim, de infelicidade, em razão do distanciamento das ações sociais efetivadas pelos ocupantes dos espaços de poder...²⁵

E o mais difícil nisso tudo é que, desde o início de qualquer relação com a modernidade, estamos envolvidos por um véu que nos encobre e nos impossibilita de ver as coisas como elas se manifestam de forma própria e originária, tornando-nos massa de manobra que se torna cada vez mais afastada da condição própria de estar no mundo, de ser projeto, de exaurir possibilidades, de ser autêntico, parafraseando a analítica existencial de Martin Heidegger.

Lenio Luiz Streck refere bem o problema gerado decorrente do positivismo jurídico:

O positivismo atinge seu desiderato quando – repito, nas suas mais diversas manifestações – quando consegue descolar a enunciação da lei do mundo concreto, ou seja, quando transforma a lei em razão autônoma (mesmo quando, nas posturas realistas, considera as decisões judiciais como o modo privilegiado de manifestação do direito).²⁶

Assim, ao contrário do que resultou da sedimentação do positivismo, há, hoje, o problema da falta ou da pouca efetividade do direito, principalmente no que se refere ao dogmatismo com o fim em si mesmo, assim como à interpretação e os limites das decisões

propriedade continua juridicamente reafirmado na legislação constitucional dos países do Ocidente, inclusive no Brasil. Idem, pág. 89.

²⁴ Claro que, quando de juristas se trata, o consenso pequeno-legalista, sobre o que é fazer ciência do Direito, complica-se bastante, ao misturar as efervescências difusas da intertextualidade, gerada pelo cotidiano dos cientistas, com as versões – emocionalmente carregadas – do funcionamento social e a natureza ontológica do Direito. Para dizê-lo com outras palavras, existe uma conotação fundante dos territórios científicos. Trata-se de um regime que esconde certos segredos, provoca alguns medos e encerra as verdades em discursos arrogantes legíveis. WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, págs. 85-86.

²⁵SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de Filosofia Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pág. 25.

²⁶STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pág. 61.

judiciais que envolvem uma complexa relação entre os meios institucionalmente disponíveis (regramento) e o caso concreto (moral e a tradição). De qualquer modo, diante da imensa discussão e críticas que se possa fazer ao modelo baseado na subsunção, é certo dizer que a interpretação do Direito é incompatível com um *grau zero de significado*²⁷, afirmação esta que nos prepara para nos projetar em atingir vãos mais altos.

1.2 O MODELO INSTITUCIONAL POSITIVISTA E A FATICIDADE (HISTORICIDADE)

Tradicionalmente, decorrente da modernidade, se aprende e se ensina no ambiente acadêmico (Direito) o caráter essencial das regras (jurídicas), ou seja, somos determinados a compreender o mundo e o direito como sendo um substrato de institutos normativos regulatórios, positivado, método característico de um sistema jurídico de origem romano-germânica, fundamentalmente legalista²⁸ e profundamente contrafático²⁹.

Equívocada, portanto, é a forma com que se define e se processa o ensino jurídico nos bancos acadêmicos, envolvendo o destino e a formação dos futuros responsáveis pelo caminho e os desdobramentos que o direito irá proporcionar. Entretanto, necessário que o Direito seja encarado como prática social, como uma poli-ferramenta de solução e pacificação social democrática – não meramente como compêndio de regras ou um emaranhado de leis estanques – sem qualquer vinculação com o mundo prático da vida.

As leis servem sim para dar as linhas gerais de conduta, para que se tenha um balizador, uma formatação prévia de segurança e previsibilidade, mas não podem ser definidas nem confundidas de modo distorcido como sendo Direito. O Direito é muito mais!

O texto da lei, como já foi dito, são as matrizes, as quais somente serão preenchidas (normatizadas) com o mundo prático da cotidianidade, sem jamais desprezar a sedimentação histórico-cultural, cujo conjunto constitui o homem naquilo que ele foi, naquilo que ele é, e, principalmente, naquilo que ele será³⁰.

²⁷ Idem, pág. 65.

²⁸“Se é certo que a Universidade não deve ser reduzida a um mero campo de batalhas políticas e ideológicas, também é certo que não se deve incorrer no erro posto – o de se aceitar acriticamente a pretensa objetividade do conhecimento e da aplicação do direito, recusando-se a reconhecer que os sistemas jurídicos são ambíguos, encerrando inúmeras contradições as quais, muitas vezes, propiciam soluções normativas paradoxais e mesmo injustas. FARIA, José Eduardo. *A Reforma do Ensino Jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1987, pág. 15.

²⁹Contrafático no sentido de negar a realidade que é (deve ser) própria do ato de normatização do texto (*aplicação*).

³⁰GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2007, págs. 191-192. “O ser do ser-aí humano é um ser histórico. Isso não significa que ele está presente como o ser-aí da natureza, apenas de maneira mais frágil e mutável do que ela. Tampouco significa que ele se sabe como histórico, que ele possui uma

Essa distorção preconizada pelo sistema jurídico-positivista-analítico já era denunciada pelo professor Luis Alberto Warat, conforme as palavras abaixo citadas:

O Estado abusa do Direito enquanto reivindica o lugar do normativo, como instância que provoca alucinação do outro e exalta um projeto político-jurídico que se basta a si mesmo.

O Direito aparece, então, como um lugar tópico e utópico inabalável que justifica a normatização total do tecido social. Um discurso ‘uterino’ de socialização, um feitiço que instala, na sociedade, a ilusão de um lugar simultaneamente protetor dos interesses da sociedade e as liberdades pessoais. Em ambos os casos, é sempre o indivíduo visto como um selvagem potencialmente perigoso, como um culpado potencial que deve ser vigiado pelo Estado e pelo Direito.

Um Estado e um Direito livres de toda suspeita e dos riscos de qualquer abuso. Um Estado e um Direito vistos como os lugares de harmonia entre os interesses sociais e os interesses individuais. As exorbitâncias, as desmesuras, os abusos, ficam para os que estão a eles obrigados; o Estado e o Direito ficam então negados como potência de desordem e perversão.

Desta forma o juridicismo, como lógica de dissimulação, mostra-se eficiente dando crédito a uma ficção de neutralidade que escamoteia os abusos de uma dominação jurídico-estatal decidida nos bastidores.³¹

Não se está aqui preconizando uma espécie de niilismo ou uma ruptura total com o ordenamento legal, como alguns poucos críticos e desinformados poderiam lançar, por exemplo, à analítica existencial de Heidegger. No processo jurídico-decisório, a ação interpretativa parte de um conjunto de conceitos e conhecimentos prévios (pré-compreensão) e, de certa forma, sedimentados pela tradição, que nos possibilita alcançar previsões com um mínimo de segurança possível.

Ao comentar o tema da tradição histórica Gadamer refere:

...a razão histórica não é a faculdade de ‘suspender’ o próprio passado histórico na presença absoluta do saber. A consciência histórica é ela mesma histórica. Exatamente como o ser-aí historicamente agente, ela experimenta uma transferência constante de corrente por que não se encontra no intervalo da distância, de ‘maneira estética’, mas na corrente histórica. Em verdade, constitutivo dela que –recordando-se – ela se eleve sobre o seu instante histórico. Nós denominamos esse fato da seguinte forma: tem-se uma consciência de época. ‘Época’ significa apoio. Ela estabelece um suporte ‘ideal’ em meio à corrente do acontecimento, a partir da qual o presente histórico – e nele emergindo também o passado – vem a ser uma imagem histórica, contudo, ela dissolve uma vez mais o apoio que dá. Ela pode se compreender como decadência de um mundo ou como nascimento de um novo, como decadência, por exemplo, da época burguesa do Ocidente ou começo de uma nova ordem planetária do mundo – enquanto histórica, ela é devir e perecimento

consciência historiográfica. Ao contrário, ele só possui uma consciência porque é histórico. Ele é o seu futuro, a partir do qual ele se temporaliza em suas possibilidades. Todavia, o seu futuro não é o seu projeto livre, mas um projeto jogado. Aquilo que ele pode ser é aquilo que ele foi. O ideal de da compreensão histórica universal é uma falsa abstração que esquece a historicidade.

³¹WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, págs. 207-208.

como dissolução do antigo, para ela são válidas as palavras de Hölderlin: ‘essa dissolução ideal é intrépida.’³²

Do ponto de vista histórico, a tradição cumpre esse papel. Logo, o ordenamento jurídico, como conjunto sistemático de normas, deve servir de parâmetro para a interpretação. Após qualificar algo como jurídico, na realidade, está se considerando os conceitos expostos pela dogmática, por razões de democracia e segurança, tudo isto já previamente conhecido.

Portanto, embora repetindo, não queremos propor uma ruptura total com o positivismo, algo impensado e desastroso para as relações sociais como um todo, mas, tão-somente, buscamos alertar para o perigoso pensamento dogmático a um só tempo técnico e hermeticamente fechado.

Principalmente quando o lidador do direito não percebe que a normatização do texto legal deve se dar a partir de sua integração com os acontecimentos já ocorridos ao longo da história, de forma progressiva, gradual e evolutiva, não o contrário.

Daí a importância de compreendermos que a sedimentação dos processos de formação do pensamento não deve acontecer indissociado do contexto histórico-social – exatamente o oposto da pretensão defendida pela filosofia da consciência. Neste sentido, o saudoso Professor Luis Alberto Warat ensina:

Embora esteja empregando a palavra consciência (buscando talvez um certo efeito contradiscursivo na mentalidade dominante), isto não me impede de registrar minha absoluta desconfiança em relação às tentativas de situar a ideologia como uma forma particularmente elaborada da consciência. Ele é um sistema de significados destinados a disciplinar os pensamentos e precisa, portanto, de uma atividade social para processar sua história. A ideologia, qualquer que seja o uso de seu termo, se processa na história, e não na consciência.³³

Se buscarmos as lições de filósofos que trabalham velando em consideração o pensamento da fenomenologia hermenêutica, podemos perceber nitidamente a presença constante da situação histórica para a compreensão do indivíduo. Hans-Georg Gadamer³⁴, o filósofo que trouxe a dimensão histórica à analítica existencial de Heidegger, irá dizer que:

³²GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2007, pág. 192.

³³WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, pág. 89.

³⁴Gadamer parte de um *Sujeito Histórico* e suas condições espaciais e temporais, contando com suas estruturas prévias de pré-compreensão, ou seja, a memória cultural presente nas tradições, mitos, teorias... Assim, o sujeito que compreende não parte de um grau zero de compreensão, mas, ao contrário, conta com toda uma história que lhe caracteriza e o define como sujeito.

O efeito da tradição que sobrevive, e o efeito da investigação histórica formam uma unidade de efeito, cuja análise só poderia encontrar uma trama de efeitos recíprocos. Nesse sentido, faremos bem em não entender a consciência histórica – como pode parecer à primeira vista – como algo radicalmente novo, mas, antes, como um momento novo dentro do que sempre tem sido a relação humana com o passado. O que importa, noutras palavras, é reconhecer o momento da tradição no comportamento histórico e indagar pela sua produtividade hermenêutica³⁵.

Portanto, o essencial para a fenomenologia não é se erigir ao *status* de movimento filosófico, mas, acima de tudo, compreender a fenomenologia está em concebê-la como possibilidade³⁶, ou seja, transcendência, superação, trajetória de vida, pois acima do que é real-efetivo (*wirklich*) estão as possibilidades (*Moglichkeiten*).

1.3 A METAFÍSICA DUALISTA E O ESQUECIMENTO DO SER

Inadequada seria trabalhar uma crítica ao sistema jurídico-jurisdicional sem uma abordagem filosófica³⁷, dada a relação de muita proximidade entre direito e filosofia³⁸, principalmente quando se pretende lançar um olhar reflexivo e questionador em busca de identificar alguns problemas existentes no cotidiano do sistema jurídico como um todo.

Embora haja muita resistência quanto à importância da filosofia, inexoravelmente os rumos seguidos pela sociedade vigente foram determinados desde o seu início pelo modelo filosófico adotado. E, portanto, daí a forte influência racionalista cartesiana que serviu de

³⁵GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1999, pag. 424.

³⁶“Para compreender o que significam estas três estratégias da fenomenologia hermenêutica, podemos remeter a uma frase situada no parágrafo 7º de *Ser e Tempo* que pode ser considerada uma espécie de núcleo de toda a fenomenologia hermenêutica. Nela Heidegger diz: ‘*Por encima de la realidad está la posibilidad. La comprensión de la fenomenologia consiste únicamente em aprehenderla como posibilidad*’. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pág. 38.

³⁷Quem fala sobre o mundo, trata de algo que não se limita e sempre que alguém fala de algo dentro do mundo fala de algo que se limita. O objeto das ciências pode ser delimitado, o objeto da filosofia não pode ser delimitado. A filosofia faz uma coisa que a ciência não consegue fazer: tratar de si mesma. Enquanto as ciências tratam de um objeto, a filosofia trata de um universo que o discurso das ciências humanas pressupõe. STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, pág. 15.

³⁸Porém, existem ainda setores da dogmática jurídica – ou certa dogmática jurídica que não consegue sequer chegar ao patamar do velho senso comum teórico denunciado de há muito por Luis Alberto Warat – que (ainda) teimam em ‘simplificar’ o fenômeno jurídico, buscando transformar a doutrina em um conjunto de *prêt-à-porters* e frases com pretensões assertórias. Pergunta-se, por exemplo, a um filósofo se é possível escrever sobre Aristóteles, Kant ou Heidegger de ‘forma descomplicada’ ou ‘simplificada’...; pergunte-se a um cirurgião se é possível fazer um manual ‘descomplicado’ acerca de como se faz uma operação cardíaca ou um transplante...; entretanto, parece que o direito se transformou no *locus* privilegiado das (ou dessas) simplificações, como se o jurista não tivesse inserido em um ‘modo de ser-no-mundo’, enfim, em um mundo que existe a partir de paradigmas de conhecimento. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pág. 77.

suporte para o desenvolvimento do modelo capitalista-individualista e do positivismo jurídico.

O problema do *esquecimento do ser*, conforme denunciado por Heidegger, constitui o cerne da perda de rumo da filosofia ocidental e, conseqüentemente, um dos principais responsáveis pela crise do sistema jurídico-social do mundo moderno, já que, entre outras coisas, acolhemos a ditadura da razão humana sobre a natureza (*Physis*-aparência; *logos*-lugar da verdade), assim como a prevalência dos conceitos analíticos em detrimento do mundo da vida.

Portanto, é à luz de questões filosóficas que identificamos possíveis desvios e equívocos que a tradição filosófica vem acumulando ao longo da construção do pensamento moderno. Heidegger critica a *metafísica*³⁹ na medida em que afirma que ela pensou a razão como fundamento, no entanto, mostra que a idéia de fundamento pode ser interpretada de maneira diferente. Portanto, o fundamento do ser seria agir na linguagem fenomenologicamente.

No ponto, Streck leciona :

Daí que, de forma resumida, sempre correndo os riscos que definições resumidas e classificações provocam na ciência – é possível afirmar que a concepção central no pensamento metafísico ocidental pressupõe um conhecimento visto como um processo de adequação do olhar ao objeto, essências próprias das coisas. Em conseqüência, a verdade se caracteriza exatamente pela correspondência entre o intelecto e a coisa visada, como a fórmula aristotélica e medieval. A linguagem é apenas instrumento que comunica/transporta essências e / ou conceitos verdadeiros. Como bem assinala Oliveira, ‘a tradição de pensamento sempre pressupôs uma isomorfia entre realidade e linguagem, porque há uma essência comum a um determinado tipo de objetos que possuem essa essência. A palavra designa, precisamente, não a coisa individual, mas o comum a várias coisas individuais, ou seja, sua essência. Para a metafísica clássica, o conhecimento verdadeiro consiste na captação da essência imutável das coisas, o que, precisamente, é depois comunicado pela linguagem. (...) sem o conhecimento da essência, não há, para a tradição, conhecimento verdadeiro’. Ou seja, ‘as palavras têm sentido porque há objetos que elas designam: coisas singulares ou essências’.⁴⁰

Para tanto, após um estreitamento com a filosofia heideggeriana, encontramos nela um dos maiores adversários da metafísica. Heidegger denuncia o grande equívoco que decorre do

³⁹Na interpretação de Heidegger, entretanto, a metafísica, enquanto busca o fundamento, percorre várias épocas da história ocidental, caindo sempre na armadilha inevitável de pensar o ser por intermédio de um ente determinante. Heidegger chamará isso de entificação do ser, que tem como conseqüência o seu encobrimento, tornando-se a metafísica a história do esquecimento do ser. Como o vínculo do pensar metafísico se faz com a história do esquecimento do ser, o pensar metafísico está nas raízes desse esquecimento. STEIN, Ernildo. *Exercício de Fenomenologia. Limites de um Paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, pag. 112.

⁴⁰STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pág 113.

esquecimento do ser das coisas, ou seja, do vezo materialista e entificador que aprisionou o pensamento ocidental num mundo de pensamento raso e mediano.

Neste contexto, a fenomenologia surge como um novo caminho para transpor o que Heidegger denominou de *enclausuramento* do pensamento ocidental, metafísica tradicional e positivismo. A metafísica que se estruturou desde Platão até Descartes, e o positivismo jurídico decorrente da Escola Analítica⁴¹ e do Círculo de Viena⁴².

Salientamos a importância da filosofia nesta abordagem, pois não se pretende denunciar problemas envolvendo o que é a realidade ou o que é a aparência, mas a questão gira em torno de que a solução para o problema consiste em mostrar como é que a aparência foi completamente tomada por realidade.

Portanto, preconiza-se uma abertura do pensamento como algo em constante movimento, impedindo que ele se direcione para o *'fechamento'*, característico da modernidade metafísica, que impede a circularidade. Assim, o círculo vicioso e entificador, que corrói as relações sociais e deteriora o direito, deve ser superado pelo agir fenomenológico.

Com o intento de criticar o pensamento metafísico, Heidegger propõe a retomada do que seria o pensamento ontológico, isto é, a busca de uma filosofia que pudesse “desvelar o ser” – *o ser no sentido verbal*. Tal concepção propõe a retirada da experiência envolvida com o pensamento de características dualistas⁴³ da metafísica e do positivismo.

Segundo o modelo platônico-cartesiano, o nascimento do pensamento dualista vem expresso sempre por dicotomias. Em Platão, a dicotomia privilegiada foi a de real-aparente. Nos modernos (Descartes e John Locke), a dicotomia real-aparente ganhou uma cobertura epistemológica, gerando a dicotomia sujeito-objeto. Esse tipo de pensamento teria se fundido com o *humanismo*⁴⁴. O fruto dessa união teria provocado um enfraquecimento do pensamento

⁴¹O Positivismo Jurídico veio então, enquanto método de abordagem do direito, pressupor o modelo das ciências positivas operando no âmbito da teoria jurídica, de forma a excluir juízos de valor do campo de conhecimento científico, conforme a proposta de Hans Kelsen, exemplo mais ilustrativo desse positivismo metodológico, evocando as posições da Escola Analítica do Direito que preconizavam uma abordagem formalista restrita a descrição das normas positivas existentes.

⁴²A filosofia analítica e, no interior desta, o positivismo lógico, viram nos filósofos britânicos G.E. Moore (1873-1951) e Bertrand Russel (1872-1970) dois grandes protagonistas. Em certa medida, eles alimentaram o projeto dos filósofos do Círculo de Viena, cujo expoente foi o alemão (naturalizado estadunidense) Rudolf Carnap (1891-1970). Em geral, os historiadores da filosofia tomam o Círculo de Viena como o berço do positivismo lógico. JÚNIOR, Paulo Ghiraldelli. *Filosofia da Educação*. São Paulo: Ática, 2006, pág. 139.

⁴³ Concepção cartesiana que caracteriza a modernidade no sentido de separar corpo e mente, razão e emoção, bem e mal, sujeito e objeto, para dar alguns exemplos. Ou seja, estamos impedidos de harmonizar a razão e a emoção sendo entendidos como domínios inconciliáveis. Assim, institucionaliza-se na sociedade a dicotomia e se impede que se compreendam as coisas de uma forma sistêmica e integrada.

⁴⁴ Por um lado, o humanismo superestima o papel do homem, colocando-o no centro do universo, e acessando tudo a partir do ponto-de-vista do homem. Por outro lado, subestima seu papel. Não reconhece que o homem não

filosófico – o desvio de seu caminho autêntico. Isto é: o desvio de toda a reflexão ocidental. E a reflexão ocidental da época em antecedeu o surgimento da principal obra de Heidegger, *Ser e Tempo*, trazia uma influência muito intensa de Kant em relação a Platão⁴⁵.

Platão passa a ver o ser como idéia, já que idéia é concebida como o que é visto no visível que está dado, o seu aspecto, o seu *eidos*⁴⁶. Dessa forma, o ser para os filósofos clássicos está na essência do que pode ser materialmente reconhecido como algo, ou seja, entificação do ser.

Alexandre Marques Cabral explica:

Desde Platão, o Ocidente vem, de diversas formas, buscando o ser do ente, perguntando pelo ente como tal. O ser do ente é sempre algo no ente, ou mesmo um outro ente. Não se pensa a co-pertença de ser e ente, que jamais os identifica e jamais os separa totalmente. Perdeu-se a dobra, a comunhão de ser e ente, ou melhor, perdeu-se o que Heidegger chama de diferença ontológica: a diferença entre ser e ente, que se mantém no dar-se do real. A pergunta pelo ser, agora, é a pergunta pelo mais ente do ente. Na linguagem de *Ser e Tempo*, pode-se dizer que isto que chamamos de metafísica, no âmbito do pensamento conceitual, é somente a inautenticidade do modo de ser do pensar. Este, em sua autenticidade, é o dizer da origem, a *homolegein*, a fala do ser em seu processo de realização. Falar do ser, como vimos nos pensadores originários, é falar de seu movimento de aparição e retração, e é, além disso, apresentá-lo desde o aparecimento dos entes, sem que com estes se identifique, metafísica é o pensamento que pensa desde fora de seu elemento, em dissonância com o ser. É por isso que metafísica é a atuação do modo de ser do pensar fora de sua autenticidade⁴⁷.

No ponto, bem assinala Ernildo Stein:

O caráter inconcluso do pensamento de Heidegger, tão marcante em seus ensaios, se impõe como um ‘caminho’, uma ‘senda perdida’, um ‘caminho do campo’, segundo falam os títulos de seus livros. Esse caráter de inacabado não pode ser visto como atitude reticente que mantém reservas na interrogação filosófica. Nele surge antes a fidelidade radical à própria condição da interrogação pelo ser. Não é apenas uma dimensão formal presente na filosofia de Heidegger. A dimensão itinerante de sua interrogação emerge das condições ontológicas em que precede a própria reflexão na finitude. O método fenomenológico liga-se a esta estrutura

é apenas um ente dentre outros, mas o ente que, antes de tudo, abre um MUNDO, ou os entes como um todo. Para o humanismo, o homem é a criança mimada que pensa que todos os brinquedos da loja são para ele. Para Heidegger, o homem é o empresário que fundou e sustenta a loja de brinquedos, resistindo à tentação de consumir seus conteúdos. INWOOD, Michel. *Dicionário Heidegger*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, pág. 92.

⁴⁵ “Podemos, assim, perceber que a relação de Heidegger com Platão antes de *Ser e Tempo* consistia numa espécie de campo de prova para os temas centrais de *Ser e Tempo* que ele descobrira nas interpretações da obra de Aristóteles. O filósofo situava-se no contexto de uma discussão filosófica dominado pelos neokantianos que faziam uma leitura apenas kantiana da Platão, sobretudo na direção de uma teoria do conhecimento. Heidegger tinha, portanto, que nadar contra a corrente dominante na interpretação de Platão, e para isso ele ganhava força por causa do fio condutor de que se valia, utilizando os temas fundamentais presentes no projeto de *Ser e Tempo*.” STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia. Limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, pág. 68.

⁴⁶Eidos pode ser a denominação para aquilo que se vê, a aparência, o que tem forma de corpo.

⁴⁷CABRAL, Alexandre Marques. *Heidegger e a destruição da ética*. Rio de Janeiro: Mauad UFRJ, 2009, pág.117.

itinerante da interrogação e, mais adiante, a vinculação do método fenomenológico com o círculo ontológico e a viravolta deixarão bem claro o alcance dessa situação concreta.⁴⁸

Com esta concepção de pensamento revigorante e reflexivo, jamais poderemos perder de vista o que Ernildo Stein acima denomina de atitude itinerante, a indefinição, pois, no momento em que definimos algo como verdade universal ou absoluta, torna-se a cair novamente na armadilha do processo repetitivo e vicioso de formação do pensamento com pretensões de universalidade.

Na modernidade, imaginava-se ter-se libertado da metafísica – e este era o ideal positivista – cujo projeto cartesiano seria o modelo ideal. Heidegger denominou a metafísica moderna de “metafísica da subjetividade”⁴⁹. Pois, segundo ele, a modernidade teria reduzido a filosofia a uma discussão sobre a relação, tipicamente epistemológica, entre sujeito e objeto. O sujeito, neste contexto, passa a ser definido como o substrato, o que subjaz a tudo, capaz então de gerar ele próprio o objeto. O objeto, por definição, só é objeto para o sujeito. Daí, o sujeito representa para si e em si o objeto, ou seja, como algo que é descoberto ou criado pelo sujeito.

Quando abordamos o humanismo, procuramos enfatizar sobre a perda do real sentido desta definição. Ao reduzirmos a vida a uma relação de materialidade, acabamos por fomentar o desvirtuamento do ser humano e o distanciamento de sua humanidade, ao ser considerado como mais um ente entre os demais existente no mundo, relacionado a um mero objeto.

O fenômeno, ao manifestar-se no tempo, contém o sentido do ser. Ao passo que o homem, com sua linguagem, em sua existência, proporcionaria a oportunidade de compreensão desse "ser-aí" presente no tempo, não como um objeto de estudo pré-concebido e imutável, mas constituído por diversas categorias que transformam o ser em algo sujeito à experiência concreta.

Ao se manifestar de vários modos, o ser revelaria a sua essência no tempo, ao contrário das concepções universalizantes⁵⁰ que visavam apenas classificação, de acordo com

⁴⁸STEIN, Ernildo. *Compreensão e Finitude*. Ijuí: Unijuí, 2001, pag. 201

⁴⁹A subjetividade, nesse modelo, nada mais era do que a própria consciência, tomada de maneira abstrata. Abstrata? Sim: a subjetividade era vista, então, como, a reunião de ‘formas de consciência’. JÚNIOR, Paulo Ghiraldelli. *Filosofia da Educação*. São Paulo: Ática, 2006, pág. 72.

⁵⁰As concepções universalizantes se caracterizam por negar a singularidade própria do ser humano. Nesta singularidade vem ligada a questão temporal de mutabilidade e evolução social que impede que subsista qualquer idéia com pretensões de universalidade. Podemos exemplificar abordando a questão muito debatida nos dias atuais sobre o conceito tradicional de família. Ora, ao longo de muitas décadas a tradição nos ensina que o conceito de família se dá entre homem e mulher, tanto que a própria Constituição da República assim estabelece. Entretanto, queiramos ou não, este conceito tradicional de família não dá conta da realidade social atualmente vivida. Principalmente porque decorre da mutabilidade social a existência de famílias formadas por pessoas do

as diversas maneiras de existir supostamente atemporais. A superação da metafísica proposta por Heidegger supõe haver um único significado autêntico do ser, a saber, aquele cuja essência se encontra no respeito à própria temporalidade. Qualquer outra forma de reconhecimento do ser, baseada numa técnica de pesquisa científica, provocaria o esquecimento e a ocultação da verdade do ser.

Portanto, na abordagem que Heidegger faz sobre o humanismo, *Carta Sobre o Humanismo*, sustenta que a ética abandone o moralismo superficial e o legalismo dos códigos de costumes e procure a sua raiz na *morada*⁵¹ do próprio ser humano (linguagem), pois somente assim seria possível uma compreensão de como surgem os comportamentos e costumes cotidianos de cada pessoa.

No ser humano, o pensamento forneceria o acesso à linguagem e esta a manifestação da verdade do ser que o habita. Ao pensar, o ser humano pode estabelecer a relação do ser consigo mesmo, suposto que “ser” referindo à própria existência tem um caráter de auto-implicação: “eu sou...” não é uma expressão indiferente a como quero me compreender! O pensar, assim, seria o engajamento numa ação que leva ao ser⁵².

Por conseguinte, o pensamento moderno de cariz analítico deveria desabsolutizar a pretensão de conhecimento relacionado à verdade e à ciência. O pensamento radical não se reduz às exigências de uma exatidão artificial dos sistemas teóricos, porém, repousa sobre as expressões do ser exibidas em suas múltiplas variações e possibilidades.

Para Heidegger, só quando o pensamento sai de seu elemento próprio é que, por perder o poder de guardar sua essência, a técnica passa a ser valorizada como atividade cultural e a filosofia vai transformar-se em uma técnica de explicação pelas causas últimas, numa crítica direta à metafísica feita por Aristóteles, que buscava as causas últimas das coisas⁵³.

O humanismo, de fato, deveria consistir numa meditação que preservasse o ser humano em sua humanidade, em sua essência. A essência do ser humano, contudo, não se

mesmo sexo, as quais integram a sociedade, produzem direito e não podem ser ignoradas pelo sistema jurídico atual.

⁵¹A linguagem é a casa do ser. HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o Humanismo*. São Paulo: Centauro, 2008, pág. 8.

⁵²Assim, em Heidegger, hermenêutica é levar o ser do ente a se manifestar como fenômeno (*phainomenon* = o que se manifesta), sendo a ontologia (fundamental) a interrogação explícita e teórica pelo sentido do ser. A ontologia só é possível, aqui, como fenomenologia, que terá como temática o ser dos entes, o sentido dos entes. Não mais, pois, a ontologia clássica, isto porque enquanto a metafísica é uma fatalidade porque suspende as coisas humanas no interior do ente, sem que o ser do ente possa ser jamais conhecido, a ontologia (fundamental) vai se preocupar com o ser. Não mais o ente enquanto ente, mas, sim, o ser (e o sentido) do ente, uma vez que o ser sempre se manifesta nos entes. Só há de ser no ente. A metafísica sempre pensou o ente, mas nunca pensou o ser que possibilita o ente, aduz o filósofo. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pág. 204.

⁵³Busca presente em Aristóteles e que caracteriza a metafísica tradicional, ou seja, o esvaziamento proporcionado pela vã tentativa de determinação das coisas.

resume em ser um organismo animal que pensa. Esse tipo de classificação científica, embora não possa ser negada e declarada como falsa, revela que as mais altas e dignas determinações humanísticas da essência do ser humano ainda estão distantes de seu ideal. Ao ser humano cabe proteger a verdade do ser e, por conta disso, o ser não pode se confundir com o ente, como se fossem a mesma coisa, tal como se verifica na modernidade.

O humanismo de Heidegger, nas suas próprias palavras, é aquele que "*pensa a humanidade do ser humano desde a proximidade do ser*". O que está em jogo, portanto, não é o ser humano, mas sua história e origem, do ponto de vista da verdade do ser. O sucesso desse humanismo, para além do ser humano, depende da linguagem e do acesso do pensamento originário àquela verdade que pertence a linguagem. Em suma, "*a essência do ser humano reside na ek-sistência*"⁵⁴, isto é, o humanismo deve voltar-se não para o ente humano, mas sua existência autêntica na verdade do ser-no-mundo. O mundo, aqui, é concebido como o lugar no qual o ser aparece: uma clareira, no sentido heideggeriano.

Ao se pensar a verdade do ser originariamente, encontraremos a humanidade num âmbito de transcendência da mera técnica. Nesse contexto, a humanidade própria está a serviço dessa verdade que abandona a perspectiva técnica do homem biológico das ciências naturais. Caso contrário, a exigência por uma ética da obrigação deverá ser o meio pelo qual se ordenará e estabelecerá a conduta do homem da técnica, dominado pela *revolução tecnológica*⁵⁵ e pelos meios de comunicação de massa. Sem o caminho da origem, só através de uma ética de deveres o ser humano poderia planejar e agir como um todo, correspondente à técnica: uma vida inautêntica.

Portanto, um dos caminhos para a superação da metafísica seria nos afastarmos dos conceitos prontos e acabados de viés universalizante que visam regular a conduta humana, principalmente porque vivemos em meio ao entendimento dominado pelo *sensu comum teórico*⁵⁶, do que não é positivo tem que ser necessariamente negativo⁵⁷.

⁵⁴HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o Humanismo*. Tradução de Rubens Eduardo Frias. 2ª Ed. São Paulo: Centauro, 2005, pág. 56.

⁵⁵A revolução tecnológica em curso é perigosa porque pode fazer não apenas que o pensamento a ela correspondente possa se tornar um dia o único modo de pensar admitido, mas que o próprio pensar e, com ele, o ser humano, para não falar do seu ente mesmo, sejam varridos, desapareçam da face da terra. RÜDIGER, Francisco. *Martin Heidegger e a Questão da Técnica. Prospectos Acerca do Futuro do Homem*. Porto Alegre: Sulina, 2006, Pág. 177.

⁵⁶O sensu comum teórico não tem, assim, a pretensão de construir um objeto de conhecimento sobre a realidade social; ele visa, apenas, a normatizá-la e justificá-la por meio de um conhecimento padronizado. FARIA, José Eduardo. *A Reforma do Ensino Jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 1987, pág. 47.

⁵⁷Mas será que efetivamente o “contra”, que um pensar apresenta diante do que comumente se imagina, aponta necessariamente para a pura negação e para o negativo? Isto acontece só então e neste caso, sem dúvida, de modo inevitável e definitivo – isto é, sem uma livre visão de qualquer outra coisa – quando já de antemão se coloca o elemento opinativo como ‘o positivo’, decidindo, a partir deste, absoluta e ao mesmo tempo

1.4 COMO SUPERAR O PROBLEMA DA METAFÍSICA?

A resposta ao problema da metafísica que entifica e materializa as relações sociais, largamente denunciada por inúmeros estudiosos do Direito⁵⁸ e da Filosofia⁵⁹, passa necessariamente por uma redefinição e conscientização generalizada das bases do pensamento que aprisiona e deteriora as relações sociais – um dos caminhos encontrados e trabalhados nesta dissertação é a fenomenologia hermenêutica.

Assim, uma resposta plausível ao problema da metafísica reivindica uma filosofia da finitude, radicada na própria condição humana, avessa ao sentimento determinista e acomodado das verdades absolutas.

A dificuldade é tamanha porque vivemos e pensamos sob a influência típica da modernidade, que, ao se abordar o assunto da necessidade de reflexão sobre rumo do pensamento atual, as pessoas sequer manifestam interesse adentrar nesta abordagem, ficam alheias e deixam de pensar com mais profundidade sobre questões de extrema importância, questões determinantes para definir o rumo e o tipo de sociedade que pretendemos para o futuro.

Com a modernidade, podemos perceber claramente a busca incessante de uma segurança utópica, ou seja, tudo está voltado para se chegar a uma certeza, em busca de uma verdade que está sendo forjada conforme os anseios de quem se diz interessado em obtê-la. Na verdade, a consequência disso é o abandono daquilo que temos de mais importante e nos faz evoluir, que são as diferenças, as ambigüidades, inerentes e indissociáveis da natureza humana.

No ponto, Zygmunt Bauman contribui:

Os céticos do início da era moderna estavam horrorizados com o caos que se tornava mais visível por meio do cada vez mais surrado tecido da ordem tradicional; estavam estarecidos, amedrontados e fora de si. Juraram não descansar até que as fundações sólidas do conhecimento claro e sem ambigüidades do mundo fossem encontradas ou construídas. Leibniz, por exemplo, interpretou ‘a suspensão do juízo (epoché) como dúvida’, sendo este um estado involuntário de ignorância que nos deixa à mercê de impulsos originados nas paixões. Obviamente, o homem

negativamente, sobre o âmbito de toda e qualquer possível oposição a ele. Num tal procedimento escondendo-se a recusa de submeter a uma reflexão o que, por preconceito, se julga ‘positivo’, juntamente com posição e oposição, dáde esta em que se pensa estar a salvo. Com o constante apelo ao elemento lógico suscita-se a aparência de um empenho no pensar, quando, então, justamente, renunciou ao pensar.

⁵⁸ Lenio Luiz Streck, Ovídio Baptista da Silva, Alexandre Morais da Rosa, Rafael Tomaz de Oliveira, Maurício Ramires, Adalberto Narciso Hommerding, Luis Alberto Warat, Francisco José Borges Motta, Wálber Araújo Carneiro...

⁵⁹ Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer, Ronald Dworkin, Richard Rorty, Ernildo Stein, Rudi Schneider...

que é presa de uma paixão está perturbado; e pareceria absurdo tentar adquirir a imperturbabilidade por meio de perturbações.⁶⁰

A *finitude*⁶¹ exemplifica muito bem que o determinismo e a invariabilidade das coisas é meta que não pode ser atingida, pois o mundo é determinado pelo tempo, o tempo modifica, atrofia, faz evoluir, ou seja, não permite que algo exista imutavelmente (utopia moderna⁶²) – tal característica rege o mundo, as pessoas e as sociedades, queiramos ou não – e, por isso, impede que qualquer sistema que pretensamente vise descobrir a verdade absoluta, sucumba no meio do caminho.

Complementando a linha de raciocínio sobre a finitude, podemos alinhar que a imutabilidade e a busca de verdades absolutas capazes de se prostrar no tempo são, ao fim e ao cabo, uma vingança do homem pela sua condição natural de ser finito, quase com o intuito de manter-se infinito de alguma forma, mesmo não mais existindo – como se tivesse a condição de deixar uma herança um legado – capaz de torná-lo onipresente no mundo.

De outro lado, a finitude nos aproxima da nossa existência, nos assombra, nos angustia – tal angústia que nos faz seguir olhando para frente em busca de algo mais, nos faz seguir as possibilidades da vida, de transformar e crescer. A finitude nos faz ver que não podemos nos render a determinismos nem aceitar as verdades como absolutas, mas, ao contrário, superar os pré-conceitos em busca de algo diferente, crítico, mesmo sem saber exatamente o que se pretende buscar.

⁶⁰BAUMANN, Zygmunt. *A Sociedade Individualizada. Vidas Contadas e Histórias Vividas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, pág. 81.

⁶¹A finitude é responsável pela relação especial de Dasein com o ser: ‘Há e deve haver uma coisa tal como o ser somente onde a finitude tornou-se existente. Portanto, a compreensão do ser revela-se [...] como o solo mais íntimo da nossa finitude’ (k, 228/156. Cf. 280/175: ‘Pois a ONTOLOGIA é uma indicação da finitude. Deus não a possui’). A finitude é semelhante ao SER-LANÇADO: ‘A finitude da cognição humana encontra-se no ser-lançado entre e para os entes’ (XXV,85). A filosofia é uma expressão de nossa finitude, uma tentativa de nos familiarizar em um mundo que não criamos e que não compreendemos inteiramente’ (XXIX,12), e a própria filosofia é finita: ‘todo filosofar, sendo uma atividade humana, é incompleto, finito e restrito. Até mesmo a filosofia como conhecimento do todo deveria ficar satisfeita e abandonar a idéia de compreender o todo de uma só tacada’ (XXI, 10). Não podemos alcançar uma visão ‘verdadeira em si mesma’ por meio da contraposição de diferentes pontos de vista finitos, como Hegel tentou fazer; nenhuma visão que possamos alcançar jamais será a única visão possível (K, 236s/161). Nossa tendência de uniformizar e ignorar distinções, por exemplo, entre diferentes tipos de ente, também provém da nossa finitude. (XXXI, 235s). INWOOD, Michel. *Dicionário de Heidegger*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002, pág 72.

⁶²Uma notável característica das utopias modernas era a atenção dedicada ao planejamento meticuloso dos cenários da vida cotidiana – o planejamento e o desenho do espaço da cidade, onde a grande maioria dos habitantes dos mundos futuros deveria viver. E esperava-se que a clareza e a uniformidade do cenário externo assegurassem uma uniformidade no comportamento humano, sem deixar espaço para a hesitação, a incerteza e a ambivalência. BAUMANN, Zygmunt. *A Sociedade Individualizada. Vidas Contada e Histórias Vividas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, pág. 87

Quem diz o *é do ser* é este ente chamado ser humano e que em Heidegger responde pelo termo alemão *Dasein*⁶³. Assim, surge o que o filósofo denomina de ontologia fundamental – fundamental porque compreende as estruturas do ente que, existindo, compreende o ser. O *Dasein* existe porque compreende o ser e, compreendendo o ser se compreende, lançando-se para adiante de si mesmo⁶⁴.

Heidegger se movimenta numa dimensão originária que é a própria existência do humano. Como o *Ser-aí (Dasein)* é o único ente que existe – os demais entes subsistem – a ontologia fundamental receberá a forma de uma *analítica existencial (Existenzial)*⁶⁵, porque pretende compreender, fenomenologicamente, as estruturas deste ente que existe. O *ser-aí* é o que ele já foi (passado), além do que ele ainda está para ser, o seu futuro, tudo isso compreende a sua faticidade.

Portanto, a superação do pensamento metafísico somente pode encontrar guarida a partir da introdução do “*método*” fenomenológico⁶⁶ de investigação, que nada mais é do que abrir o sistema para o mundo fático, dando prioridade às múltiplas possibilidades do mundo

⁶³(...) No léxico da filosofia clássica alemã, o termo *Dasein* indicava simplesmente a existência de algo concebido em geral em seu caráter determinado. Em um escrito do período pré-crítico, Kant, por exemplo, dedica-se a expor *O único argumento possível para uma demonstração da existência (Dasein) de Deus*. Heidegger, ao contrário, entende o termo *Dasein* em um sentido literal: para ele, *Dasein* indica propriamente o *aí* espaço temporal (*Da*) do ser (*Sein*); isto é, o lugar e o instante da abertura e determinação, através de uma compreensão, do ser. ARAÚJO, Paulo Afonso. *Nada, Angústia e Morte em Ser e Tempo, de Martin Heidegger*. Revista Ética e Filosofia Política. Juiz de Fora-MG. Volume 10, nº 02.

⁶⁴“...o ponto de partida de uma analítica existencial da pre-sença não é desprovida de dificuldades. Em sua tarefa, inclui-se uma exigência, que de há muito inquieta a filosofia, embora as tentativas de satisfazê-la sempre tenham fracassado: a saber, elaborar uma idéia de um ‘conceito natural de mundo’. A abundância de conhecimentos disponíveis das culturas e formas de pre-sença mais diversas e mais distantes parece favorecer o desenvolvimento frutífero dessa tarefa. No entanto, isto é apenas uma aparência. No fundo, tal acúmulo de conhecimento leva apenas a se desconhecer o problema propriamente dito. A comparação sincrética de tudo com tudo e a redução de tudo a tipos ainda não garante de per si um conhecimento autêntico da essência. A possibilidade de se dominar a multiplicidade variada dos fenômenos num quadro de conjunto não assegura uma compreensão real do que é assim ordenado. O princípio autêntico de ordenamento tem seu próprio conteúdo que nunca poderá ser encontrado pelo ordenamento, na medida em que este já o pressupõe”. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I, Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2005, pág. 89.

⁶⁵Existenzial aplica-se à ‘estrutura ontológica da existência’, i.e., existenciários e suas inter-relações, e à compreensão que o filósofo tem da mesma. Que, por exemplo, Existenz envolva o ser-no-mundo é um problema existencial, assim, como a sua compreensão filosófica. Existenziell aplica-se ao leque de possibilidades aberto para o *Dasein*, a compreensão que delas possui e a escolha que faz (ou recusa) entre elas. Se *Dasein* faz o que o IMPESSOAL está fazendo ou, ao contrário, escolhe escolher e decide tornar-se soldado ou filósofo, estes são problemas existenciários. A diferença entre ‘existencial’ e ‘existenciário’ é análoga à distinção entre ‘ONTOLÓGICO’ e ôntico, embora estes termos não se restrinjam a *Dasein*”. INWOOD, Michel. *Dicionário de Heidegger*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, págs. 59-60.

⁶⁶ “Com Heidegger, tem-se uma verdadeira renovação da intenção da filosofia e do próprio método fenomenológico: quanto à filosofia, Heidegger a libera do corte opressivamente teórico que a marcava desde Descartes e a matematização do pensamento na modernidade, e abre caminho para a sua invasão pela história, para a colocação da história como modelo de pensamento; ao passo que, na fenomenologia, enquanto *como* da investigação ou “*método*”, o filósofo rompe com a orientação para a descrição daquilo que é dado à consciência pela intencionalidade, para estabelecer a superação dos atrelamentos existentes na linguagem que implicam em encobrimento das *possibilidades* existentes na tradição”. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pág. 40.

prático-significativo como pano de fundo a se chegar ao sentido e ao significado das coisas. Se não adentramos no âmago das questões, ou seja, naquilo que realmente importa para identificação das aflições e dos problemas a serem enfrentados e resolvidos pelo direito, de nada adiantará vivermos numa conteudística dogmática e contra-fática, completamente alheios aos resultados que desta construção se produzirá.

Heidegger assim explica:

O ser pode-se encobrir tão profundamente que chega a ser esquecido, e a questão do ser e de seu sentido se ausentam. O que, portanto, num sentido privilegiado e em seu conteúdo mais próprio, exige tornar-se fenômeno é o que a fenomenologia tomou para objeto de seu tema.

A fenomenologia é a via de acesso e o modo de verificação para se determinar o que deve constituir tema da ontologia. A 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. Pois, o mostra-se não é um mostra-se qualquer e, muito menos, uma manifestação. O ser dos entes nunca pode ser uma coisa 'atrás' da qual esteja outra coisa 'que não se manifesta'.

'Atrás' dos fenômenos da fenomenologia não há absolutamente nada, o que acontece é que aquilo que deve tornar-se fenômeno pode-se velar. A fenomenologia é necessária justamente porque, de início e na maioria das vezes, os fenômenos não se dão. O conceito oposto de 'fenômeno' é o conceito de encobrimento.⁶⁷

Aliado ao “método” fenomenológico se encontra a noção de finitude, pois na condição de vermos as coisas no mundo na sua estrutura própria, indissociável está a noção de finitude. O homem quando se depara frente à morte (nada), por exemplo, coloca-se diante de sua finitude e assume a responsabilidade pela vida que irá viver: nada dará conta de mim, exceto “eu” mesmo. Decidirei o que é melhor, mesmo que a opção escolhida seja um modelo de vida já criado por outras pessoas, gosto e prefiro que minha vida seja desta ou daquela maneira e assim seguirei vivendo e trabalhando até que eu entenda de forma diversa, autonomamente.

Neste ponto o indivíduo se volta para a finitude. Toda a forma de vida já foi definida pelo impessoal, mas o *Dasein* deve (pode) enfrentar o nada, a morte, a solidão. A morte se converte em possibilidade para o *Dasein*, como bem refere Benedito Nunes⁶⁸. Quando se dá conta disto, a relação do *Dasein* com o mundo muda por completo.

⁶⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I, Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2005, pág. 66.

⁶⁸ Já vimos que Heidegger confere ao exercitamento para a morte o papel de liberar as nossas autênticas possibilidades fácticas. Agora constatamos que essa decisão é como o parto da consciência moral. Concorrentes que se transpassam, o *ser-para-a-morte* e o *poder-ser-livre* implicam, cada qual, a projeção do *Dasein* para fora de si mesmo, com o que a existência toma a configuração de um êxtase, de um movimento extático, que traça o perfil ontológico da temporalidade. NUNES, Benedito. *Heidegger & Ser e Tempo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002, pág. 24.

A fenomenologia⁶⁹ e o seu rompimento com a metafísica tradicional nos traz elementos suficientes para que possamos enxergar que o racionalismo analítico e suas definições de pretensões universalistas, principalmente no campo do direito, são insuficientes para dar conta das vicissitudes e da polissemia do mundo da vida real.

1.5 O ENSINO JURÍDICO DE VIÉS EPISTEMOLÓGICO

Na verdade, a grande temática está em abrir caminho para uma discussão mais substantiva, abrangente e reflexiva sobre a inter-relação entre as instituições de ensino de direito e o mundo da vida (prático).

Há uma grande controvérsia social, cuja explicação passa, necessariamente, pela recusa da tese do ‘saber pelo saber’, já que deve se encontrar dentro do ensino jurídico a sua real funcionalidade social.

É pacífico que os locais de ensino não devem ser um local para se aceitar acriticamente a pretensa objetividade do conhecimento e da aplicação do direito. Entretanto, embora todos saibam disso, pouco ou nada se faz para superar esta “cômoda” situação. Cômoda porque a educação universitária converteu-se numa banal e descompromissada atividade de informações genéricas e/ou profissionalizantes – tornando o aluno desorientado e acrítico diante de um estudo desarticulado e sem novas constatações –, panorama em que pouco estimula à investigação original e à formação de um profissional comprometido com o meio social que irá desenvolver suas atividades.

E o professor Luis Alberto Warat há muito já denunciava:

O ensino tradicional não deixa de ser um doentio sistema de rotulação. Através dele, as pessoas ficam padronizadas em nome de uma realidade que se

⁶⁹As ciências perderam seu significado de verdade, de sua verdadeira função na história, e, portanto, de sua tarefa. As ciências estão em crise porque se servem de categorias abstratas e porque esqueceram que as categorias estão fundadas em um mundo precategorial histórico e real, em um mundo que precede a elaboração das categorias científicas. O homem vive neste mundo não como um sujeito abstrato, mas como sujeito concreto; não como sujeito parcial, mas como sujeito em todas as suas funções reais. Por isso quando Marx critica a concepção capitalista do trabalho abstrato, também Husserl critica o cientista abstrato e as ciências que não estão fundadas em um mundo precategorial, no mundo que Husserl chama de *Lebenswelt*. A fenomenologia deseja retornar aos sujeitos concretos e às operações concretas dos sujeitos no mundo que fundam as categorias da ciência. As ciências estão em crise porque esqueceram a gênese histórica e real de suas categorias. PACI, Enzo. *O Significado do Homem em Marx e em Husserl. A Crise do Pensamento Moderno*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1970, pag. 11.

busca reduzir pela classificação. O aluno-padrão é aquele que não escuta as moções do desejo e se deixa consumir pela ordem e seus efeitos de poder.⁷⁰

Característica predominante no ensino tradicional é a estimulação de uma educação estanque, de zoneamento de profissões, currículos fechados e formações falsamente especializadas. Portanto, é certo que as universidades são incapazes de cumprir sua função social, ou seja, de propiciar ao acadêmico a condição suficiente para compreender e se posicionar criticamente sobre os problemas, quem dirá poder pensar acerca dos rumos do direito, o que somente se daria na medida em que conseguíssemos estabelecer um sistema de ensino que estimulasse a reflexão sobre os padrões e os conceitos insuficientes, possibilitando alternativas de pensamento.

Ao se reduzir o direito a um mero sistema de normas, como sói acontecer em grande parcela das instituições de ensino a partir da atuação profissional dos lidadores do direito, os quais se limitam a dar sentido jurídico unívoco aos fatos sociais que são ou não acopláveis ao esquema normativo vigente, dentro da regra de subsunção, torna-se prescindível qualquer questionamento em nível teórico-dogmático.

Assim, a partir da estratégia de sistematização, abstração, impessoalização e generalização, operacionalizada pelas categorias jurídicas forjadas originariamente pelo Estado liberal-burguês – atribui-se à lei a responsabilidade de organizar relações formalmente “igualitárias” entre os “sujeitos de direito”, que não passam de fantasias ideológicas de valor reducionista.

Já na década de 1980 o professor José Eduardo Faria discutia o problema:

Desta maneira, nossas faculdades de direito foram limitadas a simples ‘escolas de legalidade’, por meio das quais são reproduzidas soluções pré-elaboradas a partir de casos exemplares, mediante conceitos e categorias nascidos e consolidados no século XIX. Isso permite, por um lado, que se resguarde acriticamente determinadas opiniões tidas como ‘juízos científicos’, e, por outro lado, graças a um saber pretensamente ‘humanista’ e supostamente não-ideológico, com a falsa aparência de um conhecimento sistemático e coerente, que se transmitam as crenças que sustentam a dogmática jurídica. Ao forjar uma mentalidade estritamente legalista em progressiva contradição com a realidade crescentemente não-legalista, em cujo âmbito a ‘racionalidade material’ cada vez mais se sobrepõe à ‘racionalidade formal’, no sentido que Max Weber dá aos dois termos, esse tipo de ‘ciência’ praticado em nossos cursos de direito leva ao que um importante e engenhoso autor preocupado com a reforma do ensino jurídico chamou de ‘senso comum teórico dos juristas de ofício’.⁷¹

⁷⁰WARAT, Luis Alberto. *A ciência Jurídica e Seus Dois Maridos*. Santa Cruz: Universitária da APESC, 1985, págs. 115-116.

⁷¹FARIA, José Eduardo. *A Reforma do Ensino Jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 1987, pág. 46.

Alguns dos nossos paradigmas estão ainda associados à cultura tradicional que iniciou seu processo de formação na expansão industrial em meados do século passado. Impregnado de ideais positivistas reconhecem o direito como sendo um postulado do direito natural inerente ao homem. Tal paradigma propicia uma visão abstrata de justiça e considera o Estado como fonte central de todo o direito e a lei como a única expressão, desprezando os acontecimentos de natureza social, política e econômica. Portanto, invoca-se uma vulgata jusnaturalista, que expressa como forma de defesa de um vago e ambíguo ‘humanismo’, com o pretexto de invocar uma validade respaldada por uma suposta função social.

Infelizmente, ao longo da formação jurídica no país, nossas faculdades de direito foram limitadas a simples ‘escolas de legalidade’⁷², cujo preço está se pagando hoje e continuaremos pagando ainda por muito tempo. E, talvez, um dos preços mais caros que se paga é a situação crítica em que se encontra do sistema jurisdicional assoberbado e, conseqüentemente, ineficaz e demorado.

E tudo isto é feito empunhando-se a bandeira da *legalidade*⁷³. Como se a regra de cariz abstrato fosse suficiente para dar conta da situação fática e concreta que se exige na *aplicatio* no cotidiano social. O princípio da legalidade, portanto, claudica na sua insuficiente limitação em resolver as vicissitudes da vida concreta⁷⁴.

Inexoravelmente, o problema da crise jurídico-institucional que se formou do processo dogmático-racionalista tem efeito cascata, perpassando a instituições em geral, o modelo de ensino jurídico, o tipo de moralidade aceita pela sociedade e, por fim, revela-se num frondoso e imponente “monstro” da modernidade.

Ao invés de se apresentar soluções de conflitos com raízes no processo das relações sociais, com soluções alternativas de conflitos e à luz de um método hermenêutico fenomenológico, valoriza-se uma abordagem sistemática-lógico-dedutivas, privilegiando-se o princípio da autoridade.

⁷²O modelo de Estado que se assenta num legalismo exacerbado, taxativo quanto à vinculação única e expressa à lei, faz com que todos os problemas resultantes do legalismo se acumulem diante do Poder Judiciário.

⁷³O Princípio da Legalidade determina que o Estado e seus prepostos não poderão exceder os limites da lei, seja para retirar ou conceder direitos. A prática nos ensina que este princípio não supre as necessidades da administração e dos administrados, cujas conseqüências são desastrosas quando se refere à efetividade estatal e supressão de direitos e garantias constitucionais.

⁷⁴Ao longo da nossa história tornou-se comum vermos noticiar a deteriorização de dinheiro público em obras inacabadas, materiais objeto de apreensões como alimentos, madeira, equipamentos eletrônicos, veículos etc, se deteriorando em depósitos da Receita Federal e Polícia Federal, pois não há mecanismos legais que autorizem uma rápida destinação social e útil para esses recursos.

O ensino jurídico, porém, jamais deveria ser reduzido a um mero elenco de disciplinas de natureza exclusivamente técnica e profissionalizante. Ensinar o direito é também uma forma de ensinar a encarar e acatar o direito (pretendida pelo ensino neutro).

Sobre o *sensu comum teórico* pertinente as palavras do Professor Warat:

Gostaríamos de fazer referências ao caráter institucional do *sensu comum teórico*. Situando-nos nesta perspectiva, poderíamos considerar o que chamamos de apropriação institucional dos conceitos, ou seja, da recuperação institucional do trabalho epistemológico. Assim, pretendemos designar um tipo de leitura, dos conceitos, construída no interior de marcos institucionais específicos (escolas de direito, tribunais, órgãos legislativos) onde se produzem versões das teorias ajustadas às crenças, e representações e interesses legitimados pelas instituições. Os marcos institucionais funcionam como lugares de interlocução repressiva, na medida em que estabelecem uma interpretação, polissemicamente controlada, das instâncias discursivas que se apropriam, chegando, em muitos casos, a estabelecer versões estereotipadas dos conceitos com uma clara função legitimadora. Com este objetivo é que no interior dos marcos institucionais de apropriação se recorta e se reconstrói conceitos e critérios epistemológicos, desmembrados das matrizes teóricas em que foram produzidas.

A apropriação institucional dos conceitos produz-se ao aceitar, como legítima, a assimilação e dispersão de conceitos que pertencem a disciplinas e paradigmas diversos, como é o caso da aludida apropriação institucional das categorias pertencentes às matrizes kelsenianas. Elas forma perdendo, paulatinamente, todas as suas singularidades teóricas, através de lentos mecanismos redefinitórios que terminam por fundir os conceitos kelsenianos às representações jusnaturalistas e tudo isto misturado com princípios liberais, aspirações transcendentalistas, fenomenológicas, neopositivistas e até, em muitos casos, com um Hegel inconsciente e estereotipadamente assimilado.⁷⁵

Assim, diante de uma realidade permeada de significações que deveriam moldar o acadêmico de direito, ele acaba por silenciosamente ser conduzido a trilhar um caminho cujo processo de conhecimento está dominado pela dogmática jurídica de viés positivista. O aluno não passa de um mero reprodutor da dogmática, impossibilitando que tenha uma verdadeira visão do fenômeno jurídico.

A padronização que, em certa medida, traz ao homem uma pseudo-confiança, já que ele se acomoda pela sensação de estar absorvido pelos padrões médios de aceitabilidade, ao fim e ao cabo, lhe custa muito caro, pois ele perde a referência de autonomia e liberdade que é própria de quem pensa autenticamente, e passa a agir estritamente a partir dos conceitos e dos modos de agir da coletividade, como se fosse integrante de uma manada⁷⁶.

Eis, então, uma árdua tarefa a do docente do direito que, além de efetivamente trabalhar com o acadêmico a técnica e a ciência jurídica, deve, principalmente, jamais negar

⁷⁵WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, págs 32-33.

⁷⁶Item melhor trabalhado no capítulo que aborda o *ser-com* heideggeriano.

aos seus aprendizes o direito de pensar e refletir sobre o sentido do direito, dissociado da simplória caracterização de ciência como mera subsunção da regra ao caso concreto.

Portanto, cabe ao professor-pesquisador-pedagogo a responsabilidade de abrir as portas e orientar o sentido da caminhada acadêmica. Faz-se necessário quebrar a ilusão criada pela pelo tradicional ensino jurídico, desmascarar sua real função escondidas sob as sombras dos mitos da neutralidade e da objetividade, trazer à luz o que a dogmática jurídica esconde em seu discurso, ou seja, as ideologias e as contradições de um sistema que não acompanha a realidade social.

Disso tudo, não pairam dúvidas de que o risco maior decorrente do conhecimento específico e dogmaticamente minucioso é o da perda da dimensão do todo – isto é, o da alienação subjacente à técnica pela técnica⁷⁷.

1.6 O PROBLEMA DA LEI COMO RAZÃO AUTÔNOMA

Contrariamente ao dogmatismo positivista ensimesmado, o processo interpretativo ou hermenêutico pretende demonstrar o caráter produtivo do aplicador do direito e não limitar-se meramente a uma reprodução viciosa. As condições de produção estão relacionadas ao cotidiano, à cultura e à historicidade dos envolvidos, seja do intérprete-aplicador, seja do destinatário da decisão.

Diante disso, jamais se pode esquecer que o que está contido na palavra da lei não possui sentido unívoco, mas, ao contrário, possui sentido plurívoco, que se exaurirá de sentido no momento em que se incorporar ao sistema social vigente.

Daí que o verdadeiro sentido da lei, pelo processo interpretativo hermenêutico, se apresenta ao lidador do direito de fora pra dentro, não com sentido autônomo, mas heterônomo, incrivelmente criado pelo próprio intérprete em contato com a situação fática e concreta, diametralmente oposto à epistemologia⁷⁸.

Veja-se que este processo interpretativo decorre de uma naturalidade inerente ao próprio processo de inter-relação pessoal, no qual as relações sociais não são pautadas por métodos estanques de inter-relação, ou seja, as conseqüências do entrelaçamento social se

⁷⁷ A técnica e a tecnologia – assunto será abordado sob o viés heideggeriano no final do segundo capítulo.

⁷⁸ “O que há para a epistemologia? O que há aquém da teoria do conhecimento? Poderia ser assim: o que é essa ‘mancha podre’ de que a teoria do conhecimento e a epistemologia não dão conta? Ela mostra que existe um ser metafísico, isto é, que usa conceitos que comprovadamente não têm conteúdo.” STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência: o Ambiente Hermenêutico e As Ciências Humanas*. Ijuí: Unijuí, 2008, pág. 115.

determinam especificamente em cada situação própria, compreendendo desde o momento histórico vivido pelas pessoas até os sentimentos e sensações próprias de cada um.

Esta característica decorrente do pensamento metafísico de separar o interprete do objeto a ser interpretado, dando à linguagem atributo de terceira coisa, é lucidamente observada por Lenio Luiz Streck:

A partir das Investigações Filosóficas, Wittgenstein passa a ser, ao lado de Heidegger, um dos mais ardorosos críticos da subjetividade (filosofia da consciência). Parte da idéia de que não existe um mundo em si, que independa da linguagem; somente temos o mundo da linguagem. As coisas e as entidades se manifestam em seu ser precisamente na linguagem, posição que também o aproxima muito de Heidegger. A linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento. Cai por terra, assim, a teoria objetivista (instrumentalista, designativa). Não há essências. Não há relação entre os nomes e as coisas. Não há qualquer essência comum entre as coisas no mundo. Abandona-se a idéia de exatidão da linguagem, porque a linguagem é indeterminada. O ideal de exatidão é um mito filosófico.⁷⁹

Na ânsia de expor as características fundamentais da modernidade, acabamos por apresentar os principais problemas que circundam a sociedade atual. Dentre eles, temos o afastamento da faticidade pela filosofia da consciência (teorização-objetivação-tecnicista), que domina o pensamento e aprisiona a prática jurídica, tornando o pragmatismo o detentor de todas as coisas (verdades).

Sobre a influência do dogmatismo tradicional, Lenio Luiz Streck prefacia a obra de Oliveira, dizendo:

Lamentavelmente, o passar dos anos apenas mostrou que a dogmática jurídica – entendida em seu sentido mais tradicional – continuou dominando as práticas jurídicas, a ponto de colocar a doutrina como refém de uma jurisprudência construída ad hoc, em que ‘o caso jurídico’ assume a função de álibi para construções pragmáticas, como se o direito (produzido democraticamente com berço constitucional) não tivesse DNA.⁸⁰

O positivismo analítico, nesse aspecto, faz com que o jurista passe a “objetivar” a lide do direito, esquecendo da faticidade. Não é por outro motivo que Adalberto Narciso Hommerding afirma, com apoio em Lenio Streck e Luis Alberto Warat:

⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m)Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pág. 170.

⁸⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, Prefácio.

O Direito só sobrevive objetivando as coisas. E essa objetivação cria um “mundo jurídico” desvinculado do real. O jurista, inserido nessa realidade, passa a “esquecer do mundo”, da faticidade, trabalhando apenas com conceitos produzidos pelo senso comum teórico dos juristas, que é o véu do ser do Direito (Streck), acreditando numa possível neutralidade de seus institutos e dos que o operam. Não há fusão de horizontes (Gadamer), o que implica em sérios problemas na compreensão da função social do Direito. Isso significa que “os encarregados de aplicar as leis, os construtores das significações jurídicas, os professores das escolas de Direito (os construtores das significações jurídicas) forjam uma realidade imaginária (colocada na perspectiva do senso comum) que fazem prevalecer como naturalismo. Um verdadeiro mundo de faz-de-conta instituído como realidade natural do Direito. Uma realidade imaginária que poderá ser considerada mítica, mágica (no sentido freudiano) capturadora, extravagante, mas que resulta imprescindível para a própria configuração do Direito na sociedade. A interpretação da lei seria impossível se os juristas decidissem sair da realidade mágica por eles mesmos instaurada⁸¹.

Nesta linha, buscando fôlego na filosofia heideggeriana, pretendemos demonstrar a importância do pensamento fenomenológico hermenêutico, como forma de superação do dogmatismo. Assim, impõe-se o abandono do pensamento da lei como se ela fosse um postulado da natureza, que nos impede de enxergar as coisas mesmas como elas se apresentam, nos mantendo aprisionados dentro da intencionalidade estritamente teórica – a qual relega toda a dimensão prática para a política e para a moral, as quais, segundo o positivismo, não podem fazer parte da ciência do direito. Intencionalidade esta que impossibilita perceber que, além do regramento, há o sentido das coisas.

Veja-se que a compreensão da regra jurídica fundida como postulado de jusnaturalismo impede ao profissional do direito uma atuação reflexiva com relação ao seu conteúdo. José Eduardo Faria analisa a questão do *direito positivo e o jusnaturalismo*:

Alguns dos paradigmas hoje prevalentes em nossos cursos jurídicos são decorrentes de uma cultura tradicional que iniciou seu processo de decadência a partir da expansão industrial dos anos 50. Eles estão ainda associados a um positivismo transcendente, de acordo com o qual o direito positivo é postulado como um direito natural inerente ao homem, integrante de sua personalidade e imutável e universal em seus primeiros princípios, motivo pelo qual a lei e a ordem passam a ser os valores naturais básicos que se deveria preservar.⁸²

Mais importante do que atribuir à fenomenologia a responsabilidade por proporcionar um “choque de realidade”, é compreender que mais elevada do que a realidade está a possibilidade. A compreensão da fenomenologia depende, primeiramente, de apreendê-la

⁸¹HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pág. 124.

⁸²FARIA, José Eduardo. *A Reforma do Ensino Jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1987, Pág. 43.

como possibilidade, posição diversamente oposta ao fechamento reducionista que o positivismo jurídico carrega.

Veja-se que o pensamento moderno se sedimentou sob o enfoque de que a realidade e os fatos da cotidianidade não eram relevantes; dizendo de outro modo, de que a vida particular de uma pessoa não possui a menor importância para a filosofia e, conseqüentemente, para o direito.

A partir da proposta de consideração da faticidade pelo método fenomenológico, temos a garantia de que não precisamos instalar um procedimento para alcançar a *transcendentalidade*⁸³ porque, desde sempre, nós já nos achamos nela enquanto somos-no-mundo e projetamos sentidos no horizonte do tempo, ou seja, a partir das possibilidades.

Daí pergunta-se: como fica a transcendentalidade do comportamento humano frente à moderna ciência jurídica e sua posição objetivante? Ela está nadificada pelo emaranhado de objetos, normas jurídicas, princípios e valores que entificam o pensamento do direito, de modo que ele apenas é em seu sentido positivo.

Assim, enquanto nos movermos num universo ôntico do direito, havido apenas pelos entes múltiplos e estratificados pela realidade material, já positivado pelas diversas teorias do direito, precisamos ter em conta que carregamos conosco o exercício da transcendentalidade, que somente se instala no momento em que o *ser* se manifesta – na medida em que superamos esta realidade pré-concebida – e deixemos de lado o supérfluo.

Dizendo de outro modo, partindo-se do contexto fenomenológico hermenêutico, inaceitável o dogmatismo fundado na intencionalidade estrita da norma, nem da intencionalidade estrita do julgador, pois o pensar existencial da transcendentalidade, de atuação circular (círculo hermenêutico⁸⁴), impede o fechamento do pensamento reducionista preconizado pelo dogmatismo positivista.

1.7 O ESQUEMA SUJEITO-OBJETO E SUAS CONSEQÜÊNCIAS

Na linha de argumentação até aqui desenvolvida, temos na fenomenologia de Heidegger o caminho criado pelo filósofo para superar o encobrimento a que se submete o

⁸³ Transcendentalidade é a transcendência ou a superação (*Überstieg*) dos entes para os entes como um todo ou MUNDO feita por DASEIN (XXVI, 203ss; XXVII, 207 ss; ER, 34ss). INWOOD, Michel. *Dicionário Heidegger*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, pág. 190.

⁸⁴ O círculo hermenêutico proposto por Heidegger não admite a fundamentação absoluta, repetição das coisas a partir da tradição histórica (círculo vicioso), sem pensar e interpretar (criticar) o porquê das coisas serem dessa ou daquela maneira, acabamos por instituir um coletivismo reducionista, deixando ao largo a particularidade do caso concreto e a singularidade das coisas.

pensamento ocidental, fruto da metafísica platônico-aristotélica, da antiguidade, e da metafísica cartesiana, da modernidade.

Da análise atenta do projeto heideggeriano se salienta o intento de denunciar e transcender o pensamento dualista: metafísica e positivismo. Para tanto, retoma o pensamento ontológico em busca do “*desvelamento do ser*” – “*do que é*” – a verdade (*Aletheia*⁸⁵), com manifesta intenção de chamar atenção do homem sobre o mundo ontificado que se instaurou como modo de viver e que o impede de enxergar o ser dos entes.

O pensamento dualista teria causado um desvio de toda a reflexão ocidental, principalmente quando se fundiu ao humanismo – que concebe o homem como fundamento de tudo – como se estivéssemos privados de pensar e vivêssemos numa inautenticidade massificada. Exemplo bastante claro disso seria a relação do homem (mão-de-obra) como recurso, característico do processo de industrialização da era moderna.

O positivismo, que nasce como uma nova alternativa para superação da metafísica, ou seja, adota o modelo científico cartesiano de epistemologia social, cristalizando, portanto, a relação sujeito-objeto.

O sujeito foi definido como o substrato, o que subjaz a tudo, capaz então de gerar ele próprio o objeto. O objeto, por definição, só é objeto para um sujeito. O sujeito representa para si e em si o objeto – ou como algo que é descoberto ou como algo que é criado pelo sujeito.

Disso passa-se a perceber o sujeito como sendo o homem e o objeto como sendo o mundo. Portanto, toda a realização no mundo visa o homem enquanto sujeito, sendo ele o grande legitimador de tudo o que existe. Assim, o mundo passa a não ser mais o que se apresenta, mas o que é representado pelo homem. Este, o sujeito, portanto, seria o fundamento de tudo. E o mundo todo estaria transformado, dessa forma, em concepção do mundo ou imagem do mundo – naquilo que o homem produz para si – em seu palco que é, enfim, o próprio mundo.

Daí decorre a noção de verdade ou noção de representação dela vinculada ao que é produto do homem ou o que é encontrado por ele. Bom, se tudo ganha a propriedade de existência na medida em que é re-apresentado pelo homem, o sujeito, que é então o próprio homem, não tem outra função que não se relacionar com o objeto.

⁸⁵A verdade pressupõe explicitamente velamento ou encobrimento. O DASEIN está tanto na ‘não-verdade [*Unwahrheit*]’ como na verdade. Em ST (222, 256f.) isto significa que o *Dasein* decadente interpreta mal as coisas. A ‘não verdade’ não é pura ‘falsidade’, nem é ‘encobrimento’: é o ‘disfarce [*Verstelltheit*]’ da verdade (XXXI, 91). Mais tarde, ‘não-verdade’ continua sendo, não ‘falsidade’, mas sim, ‘encobrir, velar [*Verbergung*]’ (LXV, 362). O que vela, porém, não é mais o homem, mas o ser. INWOOD, Michel. *Dicionário Heidegger*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, pág. 5.

Portanto, se tudo no mundo é para o sujeito, tudo passa a ser, por conseqüência, objeto. Assim, o mundo e o próprio homem são transformados em objetos – seres manipuláveis – o homem passa a ser o manipulador do próprio homem.

A conseqüência disso passa a repercutir nos mais diversos âmbitos da vida social, pois na filosofia a situação denunciada por Heidegger produz a hegemonia da epistemologia, ou seja, como a pretensão de se estabelecer uma teoria para descrever como que o homem descobre ou produz o saber, o que nada seria senão a manipulação do pensamento. Na cultura, há um verdadeiro domínio da ciência sobre todas as manifestações, gerando um tipo de saber exclusivamente metodológico sobre qualquer outro tipo de saber (pensamento).

A preocupação de Heidegger reside exatamente na ausência de pensamento que torna o homem contemporâneo cada vez mais dependente do pensamento pela técnica e pelo cálculo⁸⁶, em detrimento da *serenidade*⁸⁷.

No âmbito da vida cotidiana, a tecnologia (técnica) se torna comandante de tudo o mais. A tecnologia, enfim, se transforma no afazer *par excellence* do homem moderno.

Todas as coisas que nos cercam passam a assumir uma única característica objetiva, a de ser recurso – *cálculo* – o que “rende” e que “não rende”. Na educação, principalmente, torna-se característico a preocupação em se tornar elementos mais habilidosos para se mostrar como recurso, tais como os objetos ao nosso redor. Todo o propósito da busca de qualificação está em se tornar passível de troca. Um propósito que pudesse ser chamado de essencial, isto é, imanente às entidades do mundo, teria desaparecido na medida em que as coisas do mundo simplesmente passam a pertencer ao campo da circulação dos objetos por imposição da tecnologia.

O homem concebido como *recurso*⁸⁸, representa o substrato dos efeitos negativos da modernidade, pois transforma o homem concreto em suprimento a ser utilizado ou não pelo mercado de trabalho. Tal característica contribui não só de forma a subjugar e desvalorizar o homem na sua condição humana, mas, inexoravelmente, traz inefetividade entre as ações e os

⁸⁶ O pensamento que visa somente à resolução de problemas objetivos, que não é livre para pensar a si mesmo.

⁸⁷ O pensamento meditativo, tão necessário para a experiência da abertura (da alteridade e das possibilidades).

⁸⁸ “O capitalismo compele o trabalhador, um homem concreto que não é homem apenas no tempo de trabalho, mas em todas as horas de sua vida, e continua sendo homem concreto mesmo quando trabalha, a viver como se fosse *trabalhador abstrato*. A economia capitalista tem necessidade de considerar o homem como uma abstração. (...) Esta abstração, já vimos, é necessária ao capitalismo. O capitalismo, através do mau uso da ciência, *transforma o concreto em abstrato*, e depois considera concreta a abstração, enquanto esconde, com sua ideologia, esta transformação. De fato esta transformação é a transformação do homem real em trabalhador abstrato, em *homem parcial*. O operário deve realmente viver na sociedade capitalista assim como a economia política capitalista o concebe. Deve viver não como homem total, mas como homem parcial e explorado, homem reduzido a coisa, a *Ding*.” PACI, Enzo. *O Significado do Homem em Marx e em Husserl. A Crise do Pensamento Moderno*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1970, págs. 3-5.

resultados, bem como aguça o sentimento de irresponsabilidade que hoje se instaurou e permeia a sociedade e os envolvidos nas instituições públicas. Vivemos num contexto social de paradigma materialista, para não dizer capitalista, onde o comando que baliza o projeto social se resume em adquirir ‘qualidades’ que possam servir ao mercado, ou seja, o homem se converte em recurso para servir ou encontrar um lugar na complexa engrenagem social.

Em suma, a preocupação principal está em reunir capacidades suficientes para servir o mercado e, assim, obter algum tipo de riqueza que seja suficiente para (sobre)viver com o mínimo de dignidade e segurança. Ou seja, a hierarquia de prioridades está exclusivamente centrada na obtenção de recursos materiais suficientes à subsistência, situação primitiva que gera insatisfação e deteriora a relação do homem com o seu mundo.

As conseqüências desse pensamento obnubilado se refletem em todo o sistema social, a começar pelo desperdício de potencialidades humanas que se desvirtuam de sua inclinação natural para viverem reféns de uma atividade qualquer que lhe traz, momentaneamente, alguma segurança – sentimento este é perfeitamente compreensível quando se contextualiza as pessoas dentro de um país que pouco ou nada faz para incentivar as potencialidades de seu povo.

Exemplo regional que julgamos importante ressaltar, como forma de ilustrar um pouco o sentido do que se quer demonstrar, consiste na imensa massa de pessoas que buscam um lugar no mercado de trabalho, por exemplo, aderindo a inúmeras faculdades de direito que se multiplicam pelo País. O sentimento que impulsiona, num primeiro momento, este ou aquele indivíduo a cursar a faculdade de direito, concentra-se na busca incessante de uma colocação no mercado, tanto que, ao se deparar com a proposta de ensino, não se dá conta e se rende ao conhecimento estrito, não reflexivo, proveniente de um dogmatismo manualesco, pois o horizonte de maciça parcela dos estudantes de direito atualmente se resume estritamente a obter aprovação em algum (qualquer) concurso público que oferece milhares de vagas anualmente por todos os lados do País⁸⁹.

No ponto, Ernildo Stein comenta:

Se fossemos perguntar a qualquer estudante de um curso de humanidades, nos dias de hoje, qual o sentido de suas escolhas do curso, receberíamos a resposta de que quer se diplomar e encontrar algum trabalho na sociedade. Dificilmente

⁸⁹ Registra-se aqui que não há qualquer objeção em que as pessoas façam concurso público e que preencham vagas no serviço público, o que se critica é a massa de pessoas aderindo exclusivamente a este tipo de escolha como se fosse a única escolha, não só pelo lado profissional como também pelo lado financeiro, e as conseqüências que este pensamento de ‘manada’ podem gerar, não só as pessoas envolvidas neste círculo vicioso, mas principalmente ao tipo de serviço público que acaba por se formar, com reflexos dos mais diversos a toda a sociedade.

afloraria, na consciência que provavelmente tal estudante estaria esperando encontrar no curso que escolheu, uma outra dimensão que não simplesmente aquela que prepara para o êxito. É justamente dessa realidade invisível, para muitos dos responsáveis pelos cursos de Filosofia e Ciências Humanas, que gostaríamos de chamar a atenção. Fazer isso em nossos dias pode parecer até um disparate, pois como resistir individualmente à oferta de dados, fatos e materiais com que o estudante se ocupa durante um curso de humanidades?⁹⁰

Em decorrência desse processo de sobrevivência como recurso, a insatisfação das pessoas (servidores) é generalizada. Para se chegar a tal conclusão, basta que se percorram, por exemplo, alguns setores do serviço público no País ligados ao Poder Judiciário a ao Poder Executivo. E o cerne do problema não está estritamente relacionado com a má-remuneração ou com o acúmulo de serviço, mas principalmente porque temos pessoas envolvidas no desempenho de atividades que não escolheram e repudiam, pois a situação de homem como recurso o impede de refletir e tematizar estas questões.

Por conseqüência lógica, dentro desta relação de concepção individualista entre conhecimento-capital, somos premiados, em grande medida, com a má qualidade do serviço público, quase sempre contendo servidores totalmente descomprometidos com as atividades públicas em que foram investidos. O interesse maior foi alcançado, ou seja, a colocação no mercado de trabalho está assegurada, os vencimentos e a estabilidade estão garantidos, já que, superado o período probatório, o vitaliciamento torna-se uma garantia quase absoluta, o que proporciona maior descomprometimento ainda.

Neste contexto, é comum vermos pessoas investidas em cargos públicos de alta relevância social, como profissionais de saúde, do direito, do meio ambiente..., cujo interesse primeiro não está em cumprir a atribuição pública a que foi investido, pois sua remuneração não está relacionada com o seu comprometimento, muito menos possui a visão responsável de que serviços públicos devem ser executados por pessoas efetivamente comprometidas com o interesse público. Entretanto, a formação de sujeito pautado como recurso reduz e limita a sua capacidade de enxergar o todo do qual faz parte, cuja visão abrange tão-somente sua individualidade estrita.

O homem concebido como recurso é mais um exemplo da relação moderna que se instaurou no modelo racionalista de viver, pois impede que as pessoas se compreendam como pequenas partes integrantes de um todo maior, com responsabilidade pelas demais pessoas e pela atuação que exercem frente à sociedade, ainda mais quando se investem no compromisso de desempenhar uma atividade pública.

⁹⁰ STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia, Limites de um Paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, pág.331.

Neste contexto, tornam-se comuns e banais os casos de pessoas que sofrem pelos corredores dos hospitais por falta de atendimento médico, pessoas que acabam por morrer em hospitais por inexistir vagas suficientes ou porque o hospital da localidade não possui equipamentos ou médicos qualificados para atender adequadamente.

Não estamos aqui tentando encontrar um responsável por este ou aquele fato, mas denunciando a totalidade de um sistema cuja engrenagem está emperrada e não é suficiente mais apenas lubrificá-la, precisa ser urgentemente substituída. A situação crítica da saúde pública no País é exemplo típico de que o mais importante ficou esquecido (a vida). Nas palavras de Heidegger, entifica-se o ser, valorizando-se sobremaneira a burocracia e os proclamas e, com isso, se encobre na materialização social sentimentos e valores que são mais preciosos e dignos de proteção que o objeto protegido.

Para o modelo atualmente institucionalizado, o mais importante é o custo que uma internação ou a repercussão econômica que uma multa poderá ocasionar ao Estado, pois a eventual perda de uma vida que deveria ser sentida e valorizada passa despercebida pela banalização que o próprio sistema alimenta, ou seja, não é o primeiro e não será o último.

Com esta característica da modernidade de entificação do ser, não sairemos do problema com o simples direcionamento de mais verba para saúde ou que sejam construídos novos hospitais etc. A proposta que pretendemos demonstrar identifica o problema mais profundamente, no seu âmago, que decorre do encobrimento daquilo que realmente importa e, por razões de conteúdo histórico e filosófico, gradativamente vem sendo esquecido.

Com o “método” fenomenológico, Heidegger identifica o problema da metafísica e propõe um caminho alternativo para contornar esse mundo que nos faz imediatamente manipuladores e, então, dominadores e dominados ao mesmo tempo.

No direito, a situação não é diversa, pois as conseqüências do dualismo cartesiano que fomenta a relação sujeito-objeto deterioram o sentido próprio das coisas, principalmente quando se verifica a predominância do pensamento reducionista de aplicação normativa baseada na relação regra-subsunção.

Destacamos que há um problema fundamental na relação entre filosofia e os campos específicos do conhecimento em função de uma disputa pela delimitação do objeto investigativo. Também, a filosofia não é uma matéria auxiliar ou que se ocupa apenas de um mundo descolado do real, do supra-sensível ou algo assim. Portanto, toda a tradição metafísica ocupa-se com a questão do conhecimento de forma equivocada, ou seja, a partir da presentificação das coisas, esquecendo-se do ser no sentido verbal e histórico. Todo o conhecimento, de alguma forma, se relaciona com a idéia do ser. Isto porque, sempre que nos

referimos a algo e, portanto, o conhecemos, precisamos dizer que este algo é. Neste ponto Lenio Luiz Streck explica:

(...) A tese que desenvolvo deve ser entendida como processo de desconstrução da metafísica vigorante no pensamento dogmático do direito (sentido comum teórico). A tarefa dessa crítica é a de 'desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos' (Heidegger-Stein). A metafísica pensa o ser e se detém no ente; ao equiparar o ser ao ente, entifica o ser, através de um pensamento objetificador. Ou seja, a metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência), faz com que se esqueça justamente da diferença que separa ser e ente.⁹¹

No campo jurídico, esse esquecimento corrompe a atividade interpretativa, mediante uma espécie de extração de mais-valia do ser (sentido) do direito. O resultado disso é o predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou numa cultura jurídica standardizada, na qual o direito não é mais pensado em seu acontecer. Há que se retomar, assim, a crítica ao pensamento jurídico objetificador, refém de uma prática dedutivista e subsuntiva, rompendo-se com o paradigma metafísico-objetificante (aristotélico-tomista e da subjetividade), que impede o aparecer do direito naquilo que ele pode ter de transformador.

O que Heidegger preocupa-se em demonstrar é que com a Filosofia Clássica, responsável por todo o pensamento da tradição metafísica – a questão fundamental do *ser* passa a ser esquecida, em detrimento do ente. Ou seja, a metafísica deixa de lado o que é mais importante para o pensamento: o sentido do ser, pois o explicará a partir de um ente, transformando o ser num objeto.

Assim, para Heidegger, a questão está em retirar o mais digno de ser pensado do esquecimento a que foi submetido. Isto poderá ser realizado pela fenomenologia hermenêutica, que procura desenvolver um modo de acesso ao ser e de pensar o seu sentido.

1.8 A LINGUAGEM COMO COMPREENSÃO

A linguagem constitui a questão mais importante de ser entendida, neste processo de buscar sentido para o mundo do Direito e, de um modo geral, para o mundo da vida.

O ser que pode ser compreendido é linguagem, ou seja, toda a compreensão é linguagem. Mas o conceito de linguagem não se resume à idéia de signo, ao contrário, o

⁹¹STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2008, pág. 165.

conceito de linguagem crê na dimensão orgânica (processos ligados à vida), juntamente com a participação do sujeito histórico em sua constituição e uso.

Como já referido, o projeto heideggeriano envolve a busca incessante pelo sentido do ser, o que é, o que se manifesta. A linguagem, então, aparece aprisionada pela metafísica e precisa ser repensada conjuntamente com a filosofia, já que *a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto*⁹², reduzindo-a a mero signo, o que impediu o surgimento *do conhecimento humano de como as coisas são em si mesmas*⁹³, pois a linguagem, para Heidegger, é tão importante que ele atribui como sendo “*a casa do ser*”⁹⁴.

A compreensão e a busca pelo sentido do ser somente é acessível a partir da linguagem. A linguagem constitui-se como sendo todas as formas de compreensão das coisas, ela se manifesta diariamente desde o primeiro abrir dos olhos pela manhã e nos acompanha até os nossos sonhos na noite seguinte.

A linguagem está no pensamento, na fala, na mentira, no amor, no sexo, no silêncio. Como nos ensina Ernildo Stein⁹⁵ *chegamos aos objetos pela linguagem*. De um lado, ao longo de todo este trabalho traçamos os rumos que a filosofia clássica e o positivismo têm trilhado o seu caminho, concebido dentro de uma racionalidade e em busca de uma universalidade. De outro lado, buscamos no método da fenomenologia hermenêutica para que possamos mitigar este racionalismo que distancia o homem do sentido das coisas, e o acesso a este caminho alternativo que aqui propomos, – somente se dá pela linguagem – e linguagem significa também racionalidade.

As construções de caráter lógico-formal se utilizam da linguagem dos significados para produzir o sentido, entretanto, a linguagem pressupõe esta mera relação de signos e significados (fala), já que a linguagem vai além, a linguagem é interpretação, é hermenêutica, ela carrega sentido que transcende a razão.

Ernildo Stein ensina:

Nossa compreensão do mesmo modo tem a estrutura de algo como algo. Então, propriamente, a filosofia já é sempre hermenêutica. Sempre temos que interpretar de alguma maneira; pela interpretação chegamos ao objeto da filosofia. Sempre chegamos a algo como algo, isto é, a linguagem traz em si um duplo elemento, um elemento lógico-formal que manifesta as coisas na linguagem, e o

⁹²STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pág. 163.

⁹³Idem, pág. 164.

⁹⁴HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o Humanismo*. São Paulo: Centauro, 2005, pág. 8.

⁹⁵STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, pág. 9

elemento prático de nossa experiência de mundo anterior à linguagem, mas que não se expressa senão via linguagem, e este elemento é o como e logos hermenêutico.⁹⁶

Em Heidegger busca-se retomar a linguagem de uma forma completamente diferente do que modernamente vem sendo concebido, ou seja, sem encurtar a linguagem na tentativa absurda de se chegar previamente e analiticamente em contato com a realidade do mundo.

Nossa caminhada busca, assim, erigir a linguagem a própria condição de existir do homem como parte indissociável do *Dasein*, deixando que ela se mostre como ela é – como o que fala para nós e por nós – não o que é falado como meros comandos de significação de pretensos sujeitos.

Ao tratar a linguagem a partir de Heidegger, Hans-Georg Gadamer assinala:

Não buscamos o diálogo apenas para compreender melhor os outros. Ao contrário, nós mesmos é que somos muito mais ameaçados pelo enrijecimento de nossos conceitos ao quisermos dizer alguma coisa e ao buscarmos o acolhimento do outro. As minhas próprias tentativas de pensamento ainda são dirigidas por uma outra evidência. O problema não está em não compreendermos o outro, mas em não nos compreendermos. Precisamente quando buscamos compreender o outro, fazemos a experiência hermenêutica de que precisamos romper uma resistência em nós, se quisermos ouvir o outro enquanto outro. Essa é, então, realmente uma radical determinação fundamental de toda a existência humana e ela domina até mesmo a nossa assim chamada autocompreensão. Para aquilo que chamávamos no século XVIII ‘amor-próprio’ dizemos hoje ‘narcisismo’.

No entanto, como também podemos articular pontos de vista modernos com intelecções mais antigas, uma coisa é em todo caso clara: o fato de a própria linguagem ser uma forma da vida e de a vida ser nebulosa e se envolver sempre uma vez mais em nuvens. Assim, nunca podemos nos movimentar senão por um curto espaço de tempo em uma névoa que se ilumina, uma névoa que nos envolve novamente quando buscamos a palavra correta. Vive-se mais facilmente quando tudo segue como se deseja, e, no entanto, a dialética do reconhecimento exige que não haja nenhum prêmio barato. É isso que experimentamos junto à resistência que sentimos quando abrimos espaço para que o outro vigore em contraposição a nós. Ter consciência disso pode nos auxiliar ao máximo a passarmos por cima de nossas tomadas de posição prévias, a nos aproximarmos da coisa mesma e a vermos por fim a nós mesmos colocados em questão – e a partir de onde isso poderia acontecer melhor do que a partir do outro que insiste em si mesmo?⁹⁷

Segundo Paulo Ghiraldelli Júnior, em texto publicado na internet, há um exercício capaz de levar ao entendimento aquilo que Heidegger planejou para superar a condição moderna e deteriorada em que estaríamos absurdamente envolvidos. Para tanto, basta que observemos através de uma janela determinada paisagem e exercitemos a tarefa de descrever tudo aquilo que nossa visão alcança.

⁹⁶STEIN, Ernildo. *Nas Proximidades da Antropologia. Ensaios e Conferências Filosóficas*. Ijuí: Unijuí, 2003, pág. 279.

⁹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva*. 2ª Ed. Tradução Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007, págs. 106-107.

Cada coisa que enuncia, como por exemplo, pássaro, bicicleta, casa, mesa, não indicia uma experiência própria com o que é o enunciado, por deliberação própria. Cada palavra enunciada já está pré-concebida, conjuntamente com um conjunto de outras enunciações/palavras. Entretanto, a paisagem e tudo nela existente podem deixar de ser percebidos como nomes previamente estabelecidos e podem aparecer como efetivamente são. Ghiraldelli irá dizer que *“Essa experiência fenomenológica pode ocorrer, se você ouvir a linguagem. É ela, a linguagem, que fala, e não você que fala com ela. Nela, na linguagem, há a experiência originária – mas não é a sua experiência se você não a escuta. Não é a experiência autêntica se você, em vez de escutar a linguagem, escuta apenas a você mesmo falando”*⁹⁸.

O mais interessante desta reflexão é a constatação de que, a partir da experiência fenomenológica, a linguagem é a representação de tudo, não só da fala, pois ela fala por nossa boca. Não enxergamos nada do que pensamos e externamos senão por meio da linguagem, já que o ato de enxergar e pensar decorre também da própria linguagem. Do mesmo modo que, ao falarmos, não somos nós falando, mas a própria linguagem falando.

Dessa forma, devemos concentrar atenção na linguagem e, com paciência e meditação, ouviremos o que é, o ser que se manifesta na sua morada, na linguagem.

A ciência irá nos dizer que, ao olharmos pela janela e apreendermos determinado objeto, a luz, por meio de ondas, atinge a coisa e, então, ao atingir nossa retina, nos possibilita enxergamos o objeto e com um determinado som damos um nome àquela coisa. Seria simples assim? Primeiramente, não vemos luz nem ondas, e a coisa que apreendemos só ganha contorno e significado porque há uma teia de significados, não estabelecidos por nós, previamente à disposição, que se denomina “linguagem”.

A partir de uma relação mais autêntica com a relação de significação e linguagem, para além do que a ciência nos possibilita ensinar sobre o que é a experiência, vemos as coisas por estarem se manifestando utilizando o som produzido pelas palavras da própria linguagem, que se manifesta, entre outras formas, utilizando a nossa boca, nos fala e fala para todos, cujos significados, já existentes em sua rede, produz a palavra que é exteriorizada com a fala.

Essa capacidade de ver o fenômeno da linguagem, nessa dimensão profunda que escapa do modo moderno de conversar (baseado na relação sujeito-objeto e na representação) é o método de Heidegger que se propõe para superação da metafísica.

⁹⁸ <http://ghiraldelli.wordpress.com/filosofia/o-meu-heidegger-essencial/> (acessado em 01-03-2011).

A questão da linguagem passa pelo entendimento de que não existe o universal das coisas, pois, ao se trabalhar com nomes ou palavras (nominalismo), faz-se sem que elas se refiram ou tenham relação exclusiva com os objetos. No nominalismo, típico da modernidade positivista, o ser humano passa assujeitar as coisas, característica do dualismo (relação sujeito-objeto), em que o mundo passa a ser explicado e fundamentado pela razão.

A redução da linguagem a mero signo está na base da tradição científica moderna, traz seu ideal de designações exatas e precisas, forjando a utilização de conceitos inequívocos.

O referencial axiomatizado (postulado lógico), a relação essencial da fala e da comunicação se transforma numa relação instrumental, perdendo-se a relação orgânica entre as palavras e aquilo que se designa. O pensamento e o sentimento se distanciam das palavras – as quais se reduzem a meros indicadores de coisas.

Em resumo, as palavras não pertencem ao homem, não são meros signos apropriáveis, nem são modeláveis a qualquer significado. Portanto, a invenção das palavras não se constitui num ato gratuito, mas uma exigência histórica e localizada no tempo e no espaço.

A experiência do mundo reside na linguagem e todo o objeto do mundo é englobado no horizonte dessa linguagem.

Portanto, a base da hermenêutica é a própria concepção de conhecer/compreender, ou seja, não somos conhecedores à procura de um objeto para tomar posse (sentido) dele, mas, ao contrário, a nossa relação com este objeto é a de experimentação, libertação de nossos preconceitos, permitindo-nos o surgimento do novo, que se constrói nessa experiência dialética, fazendo aparecer algo que ainda não se mostrava.

Pela reestruturação da linguagem, não mais vista simplesmente como mero elemento lógico-argumentativo, passa-se a percebê-la como algo que já está é sempre pressuposto, previamente como nossa condição de possibilidade de estarmos no mundo.

Daí que, com Lenio Luiz Streck, a viragem lingüística representa:

Numa Palavra: a viragem ontológico-linguística é o raiar da nova possibilidade de constituição de sentido. Trata-se da superação do elemento apofântico, com a introdução desse elemento prático que são as estruturas prévias que condicionam e precedem o conhecimento. Assim, a novidade é que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidade desse relacionamento; é pela linguagem que os objetos vêm a mão.

Nesse novo paradigma, a linguagem passa a ser entendida não mais como terceira coisa que se coloca entre o (ou um) sujeito e o (ou um) objeto e, sim, como condição de possibilidade. A linguagem é o que está dado e, portanto, não pode ser

produto de um sujeito solipsista (Selbstsüchtiger), que constrói o seu próprio objeto de conhecimento.

Nesse sentido, a viragem ontológico-linguística se coloca como o que precede qualquer relação positiva. Não há mais um 'sujeito solitário'; agora há uma comunidade que antecipa qualquer constituição de sujeito.⁹⁹

Daí percebe-se que a linguagem é muito mais do que signos, ela é a própria condição de estarmos no mundo, ela que liga os princípios epocais e é ela que sedimenta a própria tradição. A linguagem não é o instrumento que se coloca entre o sujeito e o objeto, ou seja, entre as pessoas e o Direito. Pelo contrário, é a partir dela que podemos conceber o Direito, do mesmo modo a tradição e suas possibilidades somente podem ser percebidas e valorizadas pela linguagem.

"Ser-aí" é aquilo que é característico do homem. Só o homem, na concepção heideggeriana, existe como um "ser-aí" capaz de revelar-se, sem se esgotar ou se reduzir à mera conceituação. O homem teria a possibilidade de trazê-lo à luz e apresentar-se enquanto tal, ou seja, sendo um ser que se mostra no tempo. Por ser dotado de linguagem, o homem tem a condição necessária para a manifestação do próprio ser no tempo, não como objeto tradicional das ciências e filosofia ocidental, mas na forma de uma subjetividade entrelaçada, na qual sujeito e objeto se mesclam em um pensamento originário.

Talvez essa seja a grande contribuição crítica de Heidegger à filosofia. Ele foi um dos primeiros a tentar superar a relação sujeito-objeto, na qual a filosofia - notadamente a Teoria do Conhecimento - havia se detido. Portanto, o filósofo da floresta negra buscou incessantemente alternativas (fenomenologia) para o impasse para o qual a modernidade caminhava, apontando as dificuldades que a metafísica proporcionava à compreensão do ser.

Ao chamar atenção para a linguagem como veículo de manifestação do ser, Heidegger queria dizer que tanto nos significados das palavras, como nos sons que elas transportavam, haveria um ser que fala por intermédio da língua.

Assim, não resta dúvida que o paradigma da linguagem como uma terceira coisa, que separa o sujeito do objeto, característico do sistema positivista de cariz racionalista, impulsiona o modelo jurídico social para o anacronismo das instituições e do direito, mais ou menos como se irá descrever no capítulo seguinte.

⁹⁹STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, págs. 16-17.

2 O ESTADO D'ARTE DO DIREITO – CASOS JUDICIAIS

No presente capítulo objetivamos entrelaçar a ética¹⁰⁰ da metafísica com a ética da responsabilidade (ou ética da finitude) com os acontecimentos da vida cotidiana. A partir da exposição de casos concretos, poderemos identificar claramente a insuficiência do modelo racional-positivista para dar conta do mundo prático, além de deixar bastante claro a necessidade de uma mudança de rumo. O “método” fenomenológico hermenêutico mostrar-se-á como uma alternativa possível e suficiente para superarmos o sistema vigente.

A análise pode partir de alguns casos, como, por exemplo, determinado servidor público aposentado desde o ano 1992 recebe em sua casa comunicação do órgão que o aposentou, dando conta da cassação de sua aposentadoria, pois o Tribunal de Contas da União, após dez anos do ato administrativo, verificou erro na concessão da aposentação. O servidor, então, ingressa em juízo sustentando a ocorrência do artigo 54 da Lei nº 9.784/99 (prazo de cinco anos, decadência administrativa), além da boa-fé e da segurança jurídica. O Órgão Judiciário de 1º grau concede antecipação da tutela e profere sentença de procedência da ação, posteriormente confirmada pelo Tribunal Regional Federal. Segue-se recurso especial ao egrégio Superior Tribunal de Justiça, e a Corte Superior, após 18 da aposentação do servidor, profere decisão no sentido de que a decadência administrativa invocada somente terá sua contagem a partir da promulgação da Lei nº 9.784/99, ou seja, decide o colegiado do STJ que aquele servidor, atualmente com quase 70 anos de idade, embora aposentado desde o ano de 1992, tendo normalmente recebido sua aposentadoria por longos dez anos, sem desconfiar que houvesse qualquer tipo de irregularidade em sua aposentadoria, deveria retornar a trabalhar. Registra-se, ainda, que este servidor desenvolvia sua atividade pública por mandato, cujo cargo já está extinto há muitos anos sem possibilidade de retornar à atividade.

Como acima aludido, o acórdão da egrégia 5ª Turma do STJ, ao julgar o REsp. nº 707673, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, determinou a contagem da decadência administrativa a contar da promulgação da Lei nº 9.784/99, sob a seguinte fundamentação:

¹⁰⁰ Ética como algo paradigmático para uma determinada época histórica, como responsável por uma mudança de rumo. Ética que trabalha crítica e reflexivamente a moral, capaz de reestruturar o pensamento jurídico e social.

É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, até a edição da Lei 9.784/99, a Administração poderia rever os seus atos a qualquer tempo, não sendo possível lhe atribuir incidência retroativa. Por conseguinte, o prazo decadencial de cinco anos previsto no art. 54 somente pode ser contado a partir de sua vigência.

(...)

Destarte, considerando-se que o ato impugnado pelo recorrido determinou a cassação de sua aposentadoria (concedida em 6/10/92) a partir de agosto/02, dentro, portanto, do prazo quinquenal contado a partir da vigência da Lei 9.784/99, não há falar em decadência.

Para que possamos desenvolver uma crítica a qualquer manifestação judicial, imprescindível que analisemos detidamente os fundamentos de fato e de direito que levaram ao órgão judicial decidir de uma ou de outra forma. E não é por outro motivo que se transcreve acima a fundamentação da decisão judicial em análise, muito embora seu caráter discricionário sem qualquer respaldo constitucional. O que passaremos a analisar a seguir.

Ao longo deste trabalho, realizamos algumas inserções sobre a importância do processo histórico no sistema jurídico, não só porque a história é o resgate dos costumes e da sedimentação da faticidade de uma determinada comunidade, mas, também, porque a história nos permite visualizar a evolução social do homem.

Um dos motivos que levaram que se trabalhasse o caso judicial acima descrito é a forma com que a decisão judicial desconsidera uma intensa produção legislativa¹⁰¹, doutrinária e jurisprudencial, endossada pela evolução histórica do pensamento jurídico brasileiro, de que o tempo, inexoravelmente, exerce influência muito forte no Direito e não pode ser ignorado por uma interpretação jurisprudencial de ocasião¹⁰², ainda mais quando

¹⁰¹ A Lei nº 4.717/65, artigo 21. Desde a vigência da Lei da Ação Popular o prazo prescricional das pretensões invalidantes da Administração Pública, no que concerne a seus atos administrativos é de cinco anos.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem á melhoria de sua condição social: XXIX: ação quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

Art. 37, § 5º: A lei estabelecerá os prazo de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Código Tributário Nacional:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos...

Art. 174. A ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos...

Constituição da República:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ...

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos...

Art. 7º. XXIX: ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos...

¹⁰² A referência se justifica porque até então o STJ tinha entendimento contrário (ver precedentes abaixo relacionados). Assim, diante da modificação de entendimento judicial sem justificativa nem fundamentação legal, o denominamos de “*jurisprudência de ocasião*”.

MS 6566/DF, j. 27-10-1999, DJ 15.05.2000 p. 113, Relator Ministro GARCIA VIEIRA, Relator para o Acórdão Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS.

emanada de uma corte judicial com relevante papel constitucional para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Outra característica com nuances de discricionariedade arbitrária¹⁰³ (solipsismo judicial) é a forma com que a decisão judicial desconsidera o próprio instituto legal¹⁰⁴, o qual é bastante claro ao determinar a importância dos efeitos patrimoniais dos atos administrativos para a contagem da decadência, que contar-se-á da percepção do primeiro pagamento, incompreensivelmente ignorado pelo STJ.

Ao fundamentar a impossibilidade de retroação do artigo 54 da Lei nº 9.784/99, a Corte Superior está afirmando cabalmente a inexistência de qualquer prazo de prescrição ou decadência envolvendo atos administrativos, o que privilegia demasiadamente o Estado e produz uma insegurança jurídica incompatível com a evolução do regime jurídico brasileiro.

O posicionamento judicial do STJ, neste caso, desconsidera a temporalidade (tempo), desconsidera a historicidade, isso sem falar na boa-fé do aposentado que não conseguirá descansar jamais (eternamente aguardando o advento de alguma restrição ao seu direito).

As decisões judiciais devem, invariavelmente, analisar o caso e a verificação das condições específicas do destinatário da jurisdição, já que a orientação judicial do STJ sobre a irretroatividade da lei nº 9.784/99 não pode ter um fim em si mesma, totalmente na contramão de um longo processo de sedimentação e construção de direitos e garantias fundamentais.

REsp. 219883/SP, j. 18-12-2002, publicação DJ 04.08.2003 p. 444, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO

MS 7455/DF, j. 28-11-2001, DJ 18-03-2002, pag. 169, Relator Ministro VICENTE LEAL.

MS 7445/DF, j. 26-06-2002, DJ 16.09.2002 p. 133, Relator Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS.

MS 7200/DF, j. 12-06-2002, DJ 05.08.2002 p. 189, Relatora Ministra LAURITA VAZ.

REsp. nº 515225/RS, j. 04-09-2003, publicação DJ em 20-10-2003, pg. nº292, Relator Ministro FÉLIX FISCHER

MS Nº 7452/DF, DJ 14.04.2003, p. 175, Ministro JORGE SCARTEZZINI, S3 - TERCEIRA SEÇÃO.

EREsp 446077/DF EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL Nº 2004/0127683-8). Relator Ministro Paulo Medida.

REsp. 619050/RS, publicação DJ 03.06.2004. Relator Ministro PAULO MEDINA.

REsp. 619050/RS, publicação DJ 03.06.2004. Relator Ministro PAULO MEDINA, 6ª Turma.

REsp. nº 645856/RS, j. 24-08-2004, publicação DJ em 13-09-2004, pg. nº291, Relatora Ministra LAURITA VAZ.

AgRg no REsp. nº 595627/RS, j. 16-03-2004, publicação DJ em 19-04-2004, pg. nº236, Relator Ministro GILSON DIPP.

AgRg no REsp 710158/CE, j. 18-08-2005, publicação DJ 12.09.2005 p. 361, Relator Ministro FÉLIX FISCHER

MS nº 8627/DF, j. 08-03-2006, publicação DJ em 20-11-2006, pg. 268

¹⁰³ Preconiza o que o positivismo tem de mais nefasto que é a aplicação da lei como razão em si mesma, fazendo-nos retornar ao antigo modelo de “*Juiz Boca da Lei*”, onde o julgador não estava autorizado a interpretar.

¹⁰⁴ Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

A crítica que se faz é motivada pela perturbante insensibilidade com que alguns tribunais se posicionam frente ao mundo da vida, sem demonstrar nenhum interesse com o resultado ou com o destinatário da decisão.

Pertinente ao tema, Francisco José Borges Motta analisa com profundidade:

Desnecessário dizer que uma postura forjada nestes moldes exige que o Direito seja mais do que um sistema de regras, prévias, abstratas e universais, a serem ‘aplicadas’, dedutivamente (ou subsuntivamente), às situações mundanas. O Direito tem de ser algo mais complexo do que isso, se quiser fazer frente ao gravíssimo mister, de perfil transformador da realidade, concretizador de direitos, que a Constituição deposita em suas mãos (...) estamos em rota de colisão com todas as formas de positivismo jurídico, responsáveis que foram por uma ficcionalização que distancia da discussão jurídica as questões concretas da sociedade, de molde a não ser exagero afirmar: a matriz positivista seqüestrou o mundo prático.¹⁰⁵

Esse detalhe, que certamente passaria despercebido a olhos menos atentos, denota o espírito democrático que iluminou o ilustre professor Caio Tácito na elaboração do anteprojeto do qual resultou a Lei nº 9.784/99. Todos os que têm um mínimo de discernimento sabem, ou deveriam saber, ainda que perfunctoriamente, a distinção entre Lei e Direito.

O posicionamento adotado pelo STJ é incompreensível à luz do Estado de Direito, pois, irresponsavelmente, desconsidera o tempo enquanto figura jurídica essencial, já que após prolongada passagem em aberto de um ato jurídico produzindo efeitos, sua modificação gera fator de séria instabilidade intersubjetiva ou mesmo intergrupar. Quero dizer: a definição jurídica das relações interpessoais ou mesmo coletivas não pode se perder no infinito.

Enfim, toda a formação legislativa historicamente sedimentada no país, anterior a Lei 9.784/99, faz referência ao tempo de cinco anos, fazendo-nos ter a certeza de que a arbitrariedade judicial do presente caso contraria toda uma história de construção normativa, levando-nos a crer que, com o entendimento do Egrégio STJ, todos os atos administrativos anteriores a Lei nº 9.784/99, podem ser revistos indefinidamente, sem qualquer limitação de tempo. O que constitui verdadeira afronta a Constituição da República e traz à tona um dos traços mais marcantes dos sistemas totalitários, qual seja, a insegurança jurídica.

O problema aqui suscitado ganha contornos tão graves que, a partir da edição da Lei nº 9.784/99 e do referido entendimento do STJ sobre a sua irretroatividade do artigo 54, está justificando que o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS realize a revisão administrativa de benefícios previdenciários (aposentadoria e pensão) de ex-combatentes, pessoas que

¹⁰⁵MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, pág. 33-32.

lutaram na 2ª Guerra Mundial, na grande maioria hoje contando com mais de 80 anos de idade¹⁰⁶.

E assim o sistema jurídico-jurisdicional vai convivendo dentro de suas incongruências à mercê do principal protagonista que é o cidadão, para o qual o sistema foi criado e não o contrário. Veja-se a situação concreta vivida pelas pessoas, muitas delas octagenárias, vivendo com suas pensões e aposentadorias ao longo de muitas décadas, se depararem com retirada de parcela considerável de seus benefícios. Quem irá explicar para estas pessoas que isto decorre da lei, ou seja, que decorre de uma lei nova que veio para atingir e prejudicar situação consolidadas desde a 2ª Guerra Mundial?

O que mais impressiona, ainda, diante da situação fática tratada, deixando um pouco de lado o enfoque filosófico e as teses jurídicas, é o solipsismo judicial que pode contaminar um tribunal ou um julgador a decidir desta ou daquela forma, desconsiderando completamente a Constituição e sem qualquer respeito à cidadania.

Trazemos o referido exemplo, também, para demonstrar a insuficiência e a limitação que um sistema fundado em paradigma normativista pode alcançar, principalmente quando se está diante de conseqüências imprevisíveis que decisões afastadas da realidade podem causar na vida das pessoas.

2.1 VIÉS DA DECISÃO ANALÍTICA E CONTRAFÁTICA

Outro exemplo aparentemente sem importância se vê presente em um dos pontos mais criticáveis da atuação jurisdicional atual. Recentemente, após analisar petição inicial de demanda de servidor público federal postulando reajustes não concedidos desde o ano 1992, em face da União, com vencimento demonstrado nos autos no valor líquido de R\$ 3.700,00,

¹⁰⁶ “Previdenciário. Mandado de segurança. Revisão administrativa de benefício. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. Decadência. Aposentadoria. Ex-combatente. Aplicação da norma vigente à época da concessão. Reajustamentos conforme a lei 5.698/71. Impossibilidade. 1. Rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva. 2. O prazo decadencial estipulado pela Lei 9.784/99 só passou a vigor para os benefícios concedidos após sua edição, não reabrindo prazos para a Autarquia revisar benefícios concedidos anteriormente, no caso, há mais de 25 anos. A meu juízo, o decurso desse tempo, por si só, aliado a boa-fé da pensionista que tem mais de 70 anos de idade, já seriam suficientes para o reconhecimento do instituto da decadência do direito de revisão por parte da Administração. 3. A aposentadoria de ex-combatente rege-se pela legislação vigente ao tempo em que preenchidos os requisitos necessários à sua obtenção, é dizer, concedido o benefício na vigência da Lei 4.297/63 - portanto anteriormente à Lei 5.698/71 - em observância ao princípio *tempus regit actum*, aquela norma regerá também os reajustamentos devidos ao amparo, ainda que daí resulte renda mensal superior ao teto estabelecido pelo RGPS.” Apelação/Reexame Necessário nº 2009.72.08.001540-0, Relator Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira, da 6ª Turma do TRF 4ª Região, 05.05.2010.

juiz federal despachou negando a assistência judiciária gratuita, com a seguinte fundamentação, naquilo que mais importa:

(...) Com relação à Assistência Judiciária Gratuita, tenho por indeferi-la, uma vez que os comprovantes de rendimentos apresentados na inicial, demonstram não fazer jus ao benefício requerido, senão vejamos reiterados julgados do TRF4:

‘PROCESSUAL CIVIL. IMPUGNAÇÃO À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PRESUNÇÃO MISERABILIDADE JURÍDICA. CRITÉRIO OBJETIVO. FAIXA DE ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. RENDIMENTOS SUPERIORES. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO.

1. O critério objetivo adotado por esta Segunda Turma para balizar a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita é a faixa de isenção do Imposto de Renda.

2. Sendo os rendimentos percebidos pelo impugnado superiores ao limite adotado, não há presunção de miserabilidade jurídica.

3. Apelação provida para revogar o benefício da gratuidade da Justiça anteriormente concedido.

(TRF4, AI 2006.70.12.000257-0, Segunda Turma, Relator Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona, D.E. 03/05/2007)’

‘CONCESSÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA FÍSICA. A assistência judiciária gratuita somente é devida a quem não possui rendimento suficiente para suportar as taxas judiciárias sem prejuízo de sua manutenção ou de sua família. Se os vencimentos do postulante estiverem além da faixa de isenção do Imposto de Renda, não há como afirmar que não possa arcar com as custas do processo. (TRF4, AG 2008.04.00.043347-0, Primeira Turma, Relator Jorge Antonio Maurique, D.E. 03/03/2009)’(...).

A decisão acima, ora trazida à discussão, embora possa parecer banal e corriqueira, tornou-se praxe nos juízos do país a fora e se caracteriza por negar a jurisdição, por preconizar uma igualdade formal que não é recepcionada pela atual Constituição da República e, principalmente, por revestir-se de extrema “irresponsabilidade” jurisdicional (*agir impróprio*) no sentido hermenêutico, situação que será abordada a seguir em item específico ao analisarmos a filosofia heideggeriana do *ser com*.

O julgado utiliza precedente jurisprudencial para negar o benefício da assistência judiciária gratuita, adotando o que denominou de um “*critério objetivo*” para negar ou deferir o referido benefício. Dito de outro modo, se determinado cidadão possui rendimentos que não ultrapassam a faixa de isenção do imposto de renda, ele terá direito ao deferimento; de outro lado, se os vencimentos da mesma pessoa ultrapassam o limite de isenção do IR, estaremos, assim, diante de indeferimento.

Parece fácil e bastante lógico. Entretanto, como já alertava Martin Heidegger o ser das coisas é tão óbvio que as pessoas não conseguem ver. Tal “simplicidade” ou “objetividade”, também pode ser descrita por “nivelamento por baixo”, em que o julgador se esconde (acomoda) em precedentes descontextualizados do caso tratado e, por absoluta

irresponsabilidade, afasta-se do compromisso de julgar, negando ao jurisdicionado o direito de ser tratado como pessoa detentora de um direito individual próprio.

Mas para que possamos falar em irresponsabilidade, imprescindível questionar: o que significa agir de forma irresponsável? Segundo Hans Jonas o comportamento irrefletido realizado por outrem sem o comprometimento de interesse alheio é tido como ato culposo, imprudente. Entretanto, ao estar em jogo interesse alheio decorrente do agir irrefletido, estaremos diante de irresponsabilidade. E diz mais: *O exercício do poder sem a observação do dever é, então, irresponsável, ou seja, representa uma quebra de relação de confiança presente na responsabilidade. Uma desigualdade de atribuições ou competências faz parte dessa relação*¹⁰⁷.

Como já referido, embora, para muitos, passe despercebido o exemplo acima tratado, ele nos revela a profundidade do problema da falta de critérios de fundamentação jurídica em decorrência da discricionariedade judicial, pois, além do prestador da jurisdição “criar critérios” inexistentes na própria Lei nº 1.050/60, mantém-se distante da faticidade do jurisdicionado.

Podemos utilizar, no caso, “o veneno contra veneno”. Embora o judicioso despacho ora trabalhado mencione que o precedente por ele utilizado representa o posicionamento reiterado do TRF, encontramos manifestação do próprio Tribunal capaz de enxergar e considerar como fundamento de decidir a particularidade do caso concreto.

A decisão abaixo transcrita analisa as circunstâncias pessoais do destinatário da prestação jurisdicional, não se rendendo à primeira evidência. Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência é avassaladora no sentido de que a mera indicação, na inicial, da condição de prejuízo ao sustento decorrente do pagamento das custas judiciais e dos honorários advocatícios cria presunção iuris tantum favorável à parte postulante.

2. Percebendo o recorrente o valor líquido mensal de R\$ 8.044,20 (oito mil, quarenta e quatro reais e vinte centavos), superior aos dez salários mínimos, entretanto, deve-se considerar que a autora, segundo alega, é portadora de neoplasia maligna, o que, caso comprovado na ação de origem, confere-lhe direito à isenção do imposto de renda, nos termos do art. 6º da Lei 7.713/1988, cujo objetivo é justamente facilitar o custeio do tratamento para doenças reconhecidamente graves.

3. Assim, comprovadas despesas correntes elevadas, especialmente com medicamentos, é de reconhecer que o pagamento das custas processuais irá prejudicar o sustento próprio da autora e de sua família.

¹⁰⁷JONAS, Hans, *O Princípio da Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Contraponto Puc-Rio, 2006, pág. 168.

4. Agravo de instrumento provido.¹⁰⁸

Portanto, resta nítido que o posicionamento majoritário do Egrégio TRF 4ª Região não está representado pela fundamentação da decisão ora analisada, caracterizando-se, sim, por se distanciar do mundo da vida, por mera analítica-objetivação, o que gera descompromisso e irresponsabilidade com a prestação da jurisdição.

A prática de fundamentação de decisões em precedentes pouco ou nada aplicáveis ao caso, há muito vem sendo pertinentemente criticada por Lenio Luiz Streck¹⁰⁹: (...) *a fundamentação de decisões (pareceres, acórdãos, etc) a partir de ementas jurisprudenciais sem contexto e verbetes proto-lexicográficos apenas reafirma o caráter positivista da interpretação jurídica, pois esconde a singularidade dos ‘casos concretos’; (...).*

Aliás, salientamos que o autor acima citado, por sua valorosa produção literária no sentido de identificar problemas de cunho estrutural em nosso direito, se utiliza principalmente da contribuição filosófica de Heidegger, Gadamer e Dworkin como base para esta difícil empreitada.

Quando discorremos sobre as decisões judiciais distanciadas dos seus destinatários, dissociadas da faticidade, e aliamos a isto uma veemente crítica no sentido de que tais posicionamentos, baseados em citações como: “*adoto, pois, como razões de decidir...*”, “*conforme o posicionamento...*” se caracterizam pelo *impessoal* agir impróprio ou inautêntico.

Neste sentido, estamos exigindo do juiz que assuma sua jurisdição, se posicione como *ser* autêntico, original, capaz de proferir uma decisão harmonizada com a integração do direito (faticidade) e levando em conta a singularidade própria de cada ser humano. De fato, como sói comum acontecer, é corrente no meio judicial¹¹⁰ uma jurisdição limitada e voltada para o encobrimento, já que predomina o viés dogmático-racionalista.

Heidegger indaga-se em *Ser e tempo* sobre a possibilidade de uma apreensão ontológica do ser-aí que contemple uma totalidade, um todo estrutural. Por isso, ao longo de toda a sua obra reflete sobre características ontológicas ou existenciais do ser-aí.

Veja-se que Heidegger identifica as diversas consequências que o *ser-no-mundo*, a partir das possibilidades que lhe é dada, pode receber. O termo *desvelamento* do sentido

¹⁰⁸Desembargador Federal JOEL ILAN PACIORNIK, D.E. 01-06-2010, AI nº 2009.04.00.039807-2 – RS, 1ª Turma do TRF 4ª Região.

¹⁰⁹STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, págs. 370-37.

¹¹⁰Daí a importância de se trabalhar pragmaticamente casos concretos.

remete à idéia de se estar a caminho de algum lugar, indo em determinada direção, como projeto. Neste sentido, pode nos orientar em relação às nossas decisões e para a “possibilidade do próprio”, condição a ser conquistada, uma vez que o ser-aí na cotidianidade existe no modo de ser da impessoalidade, ou seja, do *próprio-impessoal*¹¹¹.

Do estudo do capítulo quarto da obra *Ser e Tempo* de Heidegger, mais precisamente do parágrafo 26 em diante, extraímos algumas considerações importantes para a compreensão da *fenomenologia social*¹¹². Veja-se que o próprio título da obra de Heidegger se dispõe a abordar as questões ligadas a *co-presença dos outros* e o *ser com* vivendo no mundo na cotidianidade, que nada mais é do que uma análise na fenomenologia dos acontecimentos sociais, de como nos estruturamos a partir destas características de estar ‘com’ no mundo, quais os desdobramentos deste viver comunitário, se daí advêm algumas implicações na formação das relações sociais, na formação do direito, e assim por diante.

O *ser-com-os-outros* cotidiano é o lugar do “público”, onde tudo é para todos indistintamente, onde somos como os outros são, fazendo aquilo que se faz, preocupamo-nos com o que a “gente” se preocupa. Esse *ser-com-os-outros* cotidiano é, portanto, o lugar do nivelamento ou uniformidade, onde tudo é de todos. Esse mundo habitual que é para todos, de todos e onde somos como todos. Por assim dizer, é o espaço que se configura como aquele que pertence à massificação e à mediocridade, ao qual acabamos, enfim, por pertencer e construir.

Heidegger quando aborda a palavra “os outros”¹¹³, ao contrário do que se pode imaginar, não se refere a todas as outras pessoas exceto a “mim mesmo”. A conotação heideggeriana de “os outros” são aqueles dos quais ninguém se diferencia propriamente e, entre os quais, também se está, mais ou menos quando nos deparamos com posicionamentos generalizantes¹¹⁴.

¹¹¹ O esclarecimento do ser-no-mundo não ‘é’ e nunca é dado sem mundo. Da mesma maneira, também, de início, não é dado um eu isolado sem os outros. Se, pois, os ‘outros’ já estão co-presentes no ser-no-mundo, esta constatação fenomenal não deve considerar evidente e dispensada de uma investigação a estrutura *ontológica* do que assim é ‘dado’. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I, Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2005, pág. 167.

¹¹² Denominação da relação do homem com o mundo em sociedade.

¹¹³ Os “outros” não significa todo o resto dos demais além de mim, do qual o eu se isolaria. Os outros, ao contrário, são aqueles dos quais, na maior parte das vezes, ninguém se diferencia propriamente, entre os quais também se está. Esse estar também com os outros não possui o caráter ontológico de um ser simplesmente dado ‘em conjunto’ dentro de um mundo. O ‘com’ é uma determinação da presença. O ‘também’ significa a igualdade no ser enquanto ser-no-mundo que se ocupa dentro de uma circunvisão. ‘Com’ e ‘também’ devem ser entendidos existencialmente e não categorialmente. Na base desse ser-no-mundo determinado pelo com, o mundo é sempre o mundo compartilhado com os outros. O mundo da pre-sença é mundo compartilhado. O ser-em é ser-com os outros. O ser-em-si intramundano destes outros é co-presença. Idem, págs. 169-170.

¹¹⁴ Posicionamento adotado pelo juiz quando se exime da responsabilidade de julgar adotando precedentes jurisprudenciais análogos que, no fundo, nenhuma relação há com o caso concreto objeto da decisão judicial.

Neste aspecto, o filósofo alemão identifica perfeitamente o fenômeno que decorre do viver com, de estar no mundo, cujas implicações não são outras senão as de proporcionar ao homem um “*prazer*” decorrente da acomodação e da incansável fuga da responsabilidade, que todos nós, por natureza, acabamos buscando até mesmo inconscientemente.

Para nós é muito mais fácil sair de casa trajando alguma roupa, elaborar um texto, dizer determinadas palavras ou, até mesmo, prolatar uma sentença, se aquilo que estamos manifestando já foi vestido por alguém, já foi escrito por alguém, já foi dito por alguém ou julgado por alguém, pois desta forma, inconscientemente, estamos ‘protegidos’ pelo coletivismo, pelo impessoal, pelo “*a gente*”.

A formação social decorrente do agrupamento pre-determinado das pessoas irá determinar exatamente como manifesta Heidegger em sua obra ‘*todos nós... Ninguém*¹¹⁵’.

Nas palavras do Filósofo alemão:

O Modo básico do viver com os outros, no cotidiano, Heidegger chama o ‘man...’ no alemão, o ‘They’ no inglês, ou o ‘a gente’, o ‘todos’, numa linguagem mais significativa para nós: ‘a gente falou’, ‘a gente decidiu’, ‘a gente fez’. Este ‘a gente’, este ‘eles’, tem características próprias e constitui o ‘público’ ou a ‘opinião pública’ – que domina a maneira de viver com os outros. Na época atual, de consumo e tecnologia, a imposição de preferências da opinião pública através dos meios de divulgação tem forças irresistíveis. Cada vez mais a vida fica estruturada e dirigida pelas organizações supereficientes, onde o indivíduo fica disperso, protegido e acomodado no geral, onde é empurrado, compelido à uniformidade e mediocridade. Ninguém em particular é responsável, pois a responsabilidade recai sobre a organização, sobre seu representante que, sempre, pode ser substituído por outro a qualquer hora. O homem se torna apenas um número ou uma parcela desse modo superorganizado de viver. O ‘a gente’, o todos, é, para Heidegger, o ninguém. Isto não quer dizer que o ‘a gente’ se apresente como um vazio, ou que exclua o alguém; ao contrário, o ninguém encobre e acomoda a todos que dele participam, que estão perdidos de si mesmo ali, a todos a que se chama público ou as exigências do público.¹¹⁶

Portanto, a *pre-sença*¹¹⁷ se pode entender como aquela que decorre do próprio mundo, enquanto que a *co-presença*¹¹⁸ decorre dos outros, do “ser-com”, que vem ao nosso encontro

¹¹⁵ Solon Spanoudis comentando o livro *Todos nós... ninguém*, de Heidegger, assinala que “*sendo-no-mundo*” diz respeito às várias maneiras que o existir humano – o *Dasein* – está possibilitado a viver. “Mundo”, primordialmente, não é um espaço homogêneo onde se encontra tudo o que existe. Este ser “no” (ser “em”) significa, originalmente, familiaridade, o sentir-me confiante. O mundo, no qual o ser humano existe, é anterior ao mundo espacial, topográfico, interior. Assim, para Spanoudis, “*ser-no-mundo*” refere-se às múltiplas maneiras que o ser humano vive e pode viver. Os vários modos como ele se relaciona e atua com os entes que encontra e a ele se apresentam. *Ser-com-os-outros*, desta forma, é a característica fundamental e genuína, mais especificamente, o como me relaciono, atuo, sinto, penso, vivo com os meus semelhantes – o ser humano.

¹¹⁶ HEIDEGGER, Martin. *Todos nós... Ninguém. Um Enfoque Fenomenológico do Social*, apresentação, introdução, notas e epílogo Solon Spanoudis, tradução e comentários Dulce Mara Cristelli. São Paulo: Moraes, 1981, pág. 21

¹¹⁷ Pre-sença é o termo utilizado em *Ser e Tempo* na edição da Editora Vozes, tradutora Maria de Sá Cavalcante, o qual não se concorda por gerar um sentido limitador ao termo originalmente cunhado por Heidegger *Dasein*.

das formas mais variadas, seja em nosso trabalho, em nossa casa, mas que também irá nos atingir de forma não tematizada. Ou seja: as coisas são por nós apreendidas simplesmente por “estar em volta” – o outro vem ao encontro pelo ser-com.

Indo ainda mais além do que se pretende dizer com os fenômenos que decorrem do estar-no-mundo, mesmo o homem que decide deliberadamente se isolar, aquele que não mais pretende qualquer contato social ou com quem quer que seja, não deixa de ser-com¹¹⁹.

Percebe-se assim, que o “ser-com” decorre do próprio existencial humano, e como tal traz inúmeras conseqüências que têm aplicação decisiva na vida social das pessoas, principalmente com relação à formação do pensamento e na constituição jurídica e social.

Importa salientar que inexistente qualquer manifestação negativa ou pejorativa relacionada ao “ser-com” – Heidegger evita manifestar-se com conotações valorativas ao ‘a gente’, o que poderia indicar um desprezo por esta maneira de viver¹²⁰. Apenas considera fundamental salientar as conseqüências negativas que esta característica social humana, se não pensada e trabalhada de forma adequada, pode levar a construção de um pensamento nivelado e de massificação.

A postura *imprópria*¹²¹ trabalhada por Heidegger terá conseqüências negativas quando relacionada com atividades de relevância social em que os envolvidos e legitimados devem atuar e se posicionar de forma própria. A confusão ou desconsideração das particularidades próprias de cada pessoa ou de cada caso que se irá analisar são facilmente suprimidas ao se adotar um posicionamento “nivelado” de caráter universalizante¹²².

E sobre o agir próprio ou impróprio nas decisões judiciais, ensina Adalberto Narciso Hommerding:

Por isso é que, quando o juiz decide utilizando, por exemplo, a ‘jurisprudência mansa e pacífica’, não é ele que está decidindo, ou seja, não é ele que tem a responsabilidade. Da mesma forma, se não decidir o mérito, responsabilidade alguma terá pelo julgamento da lide, ainda que a questão seja de direito, pois esta também carece de interpretação.

Portanto, preferível a utilização do termo *estar-aí* ou *Dasein*, os quais dão sentido de antecipação e retomada, sempre em constante movimento e circularidade.

¹¹⁸A co-presença segue a mesma linha acima explicitada, entretanto, com o sentido de ser/estar-aí-com (*Mitdasein*).

¹¹⁹O ser-com determina existencialmente a pre-sença mesmo quando um outro não é, de fato, dado ou percebido. Mesmo o estar-só do ser-aí é ser-com no mundo. Somente num ser-com e para um ser-com é que o outro pode faltar. O estar-só é um modo deficiente de ser-com e sua possibilidade é prova disso. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005, pág. 172.

¹²⁰A imposição de sentido negativo implicaria negação do próprio existencial humano, como característica básica que constitui todos os homens.

¹²¹Imprópria porque perde a capacidade de ser próprio e de pensar a diferença.

¹²²Poder considerar a opinião pública criada pela mídia um fenômeno típico da modernidade, capaz de massificar naquilo que veicula e direciona com fins específicos (políticos, comerciais...).

Afinal de contas, pouco lhe importará se a questão de fundo foi ou não apreciada, pois é o Tribunal que tem a última palavra, que suprirá a irresponsabilidade do magistrado e, como ‘bom pai’, acertará aquilo que resultou ou do mau julgamento ou do não-julgamento. Enfim, dirá o que é – ou dirá que é – a questão de direito e como ela deve ser decidida.

É portanto, a ‘inautenticidade’ do Dasein. O Dasein inautêntico não vive como si mesmo, mas como ‘eles vivem’. Mal vive. É vivido. Na existência inautêntica estamos constantemente temerosos da opinião de outros homens, do que ‘eles’ decidirão para nós, de não estar à altura dos padrões de sucesso material ou psicológico, embora nada tenhamos feito para estabelecer ou mesmo verificar tais padrões.¹²³

Na verdade o que se quer alertar, também, é a maneira indiferente¹²⁴ que caracteriza a sociedade composta pelo agir massificado, em que não mais se distinguem as pessoas dotadas de singularidade própria, cada qual com seu rosto, características decorrentes de sua existência singular, situação bastante diversa do coletivismo exacerbado.

E disso decorre o problema do juiz desconsiderar o direito do destinatário da jurisdição em receber um tratamento próprio, adequado à singularidade que é própria em cada ser humano.

Sobre a facilidade em se adotar precedentes jurisprudenciais “análogos”, têm pertinência os ensinamentos de Maurício Ramires:

A primeira é a de como o sistema jurídico-brasileiro – do qual se diz ser originário da tradição romano-germânica e, por conseguinte, fundado na lei escrita e promulgada pelo Estado – está permeável à utilização de precedentes judiciais na fundamentação das decisões. Há várias razões para isso. Uma delas é consolidação paulatina da noção profana de que, na medida do possível, ‘casos semelhantes devem ter respostas jurídicas semelhantes’, como expressão da ‘justa relação entre as coisas’ que está na própria origem do conceito de direito. Mas não é só. Outro fator que muito colabora aqui é a inédita facilidade de acesso aos repertórios jurisprudenciais dos diversos tribunais do país, propiciadas pelas recentes inovações tecnológicas; tornou-se muito fácil encontrar ‘respostas’ para dilemas jurídicos através de consultas a mecanismos eletrônicos de busca de julgados na Internet, bastando para isso digitar algumas palavras chave e clicar um botão.¹²⁵

Dessa forma, a partir da construção do pensamento filosófico heideggeriano que caracterizou bem o *impessoal* como ontologia do ser com, necessário que se possa pensar esta

¹²³HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Artigo Publicado na Revista da Ajuris n° 91, 2003, O §3º do Art. 515 do Código de Processo Civil: uma análise à luz da filosofia hermenêutica (ou hermenêutica filosófica) de Heidegger e Gadamer*, págs. 20-21.

¹²⁴Esses modos indiferentes da convivência recíproca facilmente desviam a interpretação ontológica para um entendimento imediato desse ser como ser simplesmente dado de muitos sujeitos. Embora pareçam apenas nuances insignificantes do mesmo modo de ser, subsiste ontologicamente uma diferença essencial entre a ocorrência ‘indiferente’ de coisas quaisquer e o não sentir-se tocado dos entes que convivem uns com os outros. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005, pág.173.

¹²⁵RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, págs. 29-30.

temática dentro do ambiente judicial, principalmente quando o ambiente social e cultural é predominante racionalista e dogmático, que dificulta ainda mais o pensamento reflexivo e renovador.

2.2 VIÉS DA DECISÃO SOLIPSISTA E CONTRAFÁTICA

Um cidadão, iniciante na carreira jurídica, depara-se com homônimo de uma pessoa processada e condenada, com decisão transitada em julgado, várias vezes pelo delito de tráfico de drogas, tanto na Justiça Federal como na Justiça Estadual.

Em se sentindo prejudicado com a constante relação de seu nome com o nome de criminoso contumaz, este cidadão ingressa com demanda judicial¹²⁶ para alteração de nome. O juiz da Vara dos Registros Públicos da Comarca de Porto Alegre recebe a ação e, após parecer do Ministério Público no sentido de ser parcialmente procedente o pedido, ou seja, opinando tão-somente pela inclusão de novo nome de família, sem que fosse possível qualquer supressão do nome originário, julgou improcedente a ação sob o fundamento, em síntese, de que no presente caso inexistia fundamento que justificasse, à luz da Lei 6.015/73, a mutabilidade do nome de família¹²⁷.

O *caput* do artigo 59 da Lei 6.015/73¹²⁸, que dispõe sobre os Registros Públicos, antes da sua alteração pela Lei nº 9.708/99¹²⁹, havia o entendimento decorrente da lei sobre a imutabilidade do nome civil, excetuando-se em casos justificados, mediante a manifestação do Ministério Público e por determinação judicial. Na verdade, o legislador visava preservar a sociedade contra eventuais fraudes decorrentes da mudança de nome, mas sua intenção não era tornar imutável o nome por si só – logicamente que o juiz estava autorizado a deferir mudanças de nome, quando o caso concreto justificasse tal necessidade.

Ora, da leitura atenta da fundamentação do julgado citado, o digno magistrado não considera justificção suficiente para o deferimento de alteração judicial de nome civil o fato de uma pessoa ter um homônimo com traficante de drogas, o qual possui inúmeros mandados judiciais de prisão expedidos e algumas condenações com trânsito em julgado.

¹²⁶ Processo nº001/1.05.1780042-3, Foro da Comarca de Porto Alegre-RS

¹²⁷ “(...) A retificação é possível quando não descaracteriza o nome de família do indivíduo, sendo este indisponível, pois é através dele que é identificado o tronco familiar.

Portanto, com relação a exclusão do patronímico materno do nome do requerente não encontra guarida nos casos especiais expressos na Lei dos Registros Públicos, uma vez que nada há que justifique a retificação pretendida. Processo nº 001/110735868, Vara dos Registros Públicos da Comarca de Porto Alegre-RS.

¹²⁸ Art. 58. O pronome será imutável.

¹²⁹ Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Veja-se que, para além de uma possível questão interpretativa, há uma nítida negação da realidade e um absurdo fechamento dogmático. Fica claro, deste exemplo, o solipsismo que aprisiona o aplicador do direito num mundo surreal que o impede de ter opinião própria sobre o caso que irá julgar, já que fala apenas pelas palavras literais de uma não-interpretação normativa.

A motivação das decisões judiciais constitui indubitavelmente verdadeira garantia democrática, sem a qual não podemos classificar dentro dos parâmetros de liberdade e justiça. Maurício Ramires comenta:

É assim, portanto, que é preciso compreender a obrigação de motivação da decisão judicial como garantia política e democrática. É freio ao arbítrio; a referência de sustentação normativa da decisão evidencia que ela não foi fruto de uma deliberação arbitrária do autor, mas de um trabalho de conhecimento e reflexão. É uma necessária comunicação entre a atividade judiciária e a sociedade, pois faz parte da responsabilidade dos juízes a sujeição de seus provimentos à ciência e à opinião das partes e do público, de forma transparente¹³⁰.

Entretanto, a motivação judicial não permite que seus fundamentos estejam relacionados exclusivamente na consciência ou convicção pessoal do juiz, mais ou menos como se demonstrou no exemplo acima. Lenio Luiz Streck aborda a questão e arrola algumas maneiras, dentre várias outras, que caracterizam bem o solipsismo judicial:

...interpretação como ato de vontade do juiz ou no adágio ‘sentença como sentire’; b) interpretação como fruto da subjetividade judicial; c) interpretação como produto da consciência; d) crença de que o juiz deve fazer a ‘ponderação de valores’ a partir de seu ‘valores’; e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador; f) crença de ‘os casos difíceis se resolvem discricionariamente’; g) cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporciona(ria)m uma ‘abertura se sentido’ que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete.¹³¹

Nesta linha de pensamento, percebe-se que Lenio Streck demonstra com muita propriedade o grave problema de sermos destinatários de decisões arbitrárias, sem qualquer previsibilidade ou limitação, pois ao juiz está permitido decidir nos limites de sua própria consciência. Refere o doutrinador estar permitido ao juiz decidir por livre convencimento? Mas, o que é isto, “o livre convencimento”? E ele avança: Daí a minha indagação: de que

¹³⁰ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, págs. 40-41.

¹³¹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pág. 33.

adianta afirmar um novo modo de gestão de prova se o sentido permanece a cargo de um ‘inquisitor de segundo grau’ que possui ‘livre convencimento?’¹³²

Dessa forma, novamente voltamos ao mesmo problema, ou seja, da impossibilidade de que ainda hoje existam posicionamentos judiciais que negam a realidade do mundo concreto, em prol de um entendimento dogmático-positivista que insiste em negar a faticidade. Não se constitui mais como democraticamente aceitável o julgador que nega o enfrentamento dos problemas e das inconstâncias do cotidiano, com se fosse possível conceber um intérprete soberano e fechado às vicissitudes do mundo da vida.

O sistema vigente, como criticado por Streck, é abstrato, estéril e não dá conta da realidade, pois se perde na inefetividade. O pior é que tal abstração pode gerar conseqüências extremamente danosas às pessoas, conseqüências estas que vão desde uma aniquilação emocional até imensuráveis problemas de ordem jurídico-econômica.

E para seguirmos neste rumo de demonstração a partir da análise de casos concretos, trazemos o caso emblemático acontecido na Comarca de Bagé-RS, no qual o Magistrado Roberto Coutinho Borba, ao julgar o processo nº11000058735, determinou que o motorista, que teve suspenso administrativamente o direito de dirigir por ter sido flagrado dirigindo embriagado, tenha garantido o direito de exercer sua atividade profissional como motorista profissional. Segundo o julgador, caso a punição administrativa fosse levada a cabo como determina a lei, o condutor estaria recebendo dupla punição, pois, além de se suspender o direito de conduzir estaria, também, impedindo-o de trabalhar, punição esta não prevista na lei de trânsito e que caracterizaria afronta ao princípio da legalidade¹³³.

Neste sentido, não é incomum vermos notícias nos mais diversos meios de comunicação, fruto da artificialidade proporcionada pelo nosso sistema legal-positivista que, como já referimos, não dá conta da situação fática vivida pelas pessoas.

Em 10-07-2010 se noticiou no jornal Zero Hora a matéria denominada “O novo mascote da família Zaniol”, que trata do caso de uma macaca-barriguda chamada Brigitte, sepultada em 07-03-2010 na Serra Gaúcha. O animal fora abandonado ainda filhote na residência dos Zaniol no ano de 1986, por um caminhoneiro vindo de Mato Grosso que estava de passagem na cidade de Caxias do Sul – RS.

O infortúnio de Brigitte e o desespero da família Zaniol deu-se no segundo semestre de 2005. Atendendo a uma denúncia e em estrito cumprimento à lei, fiscais do Instituto

¹³² Idem, pág. 46.

¹³³ <http://www1.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=120924> – acessado em 20-08-2010.

Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA apreenderam a macaca, levando-a para um criatório longe de Caxias do Sul.

Veja-se que aos agentes públicos, adstritos à legalidade¹³⁴, não é dado interpretar o caso concreto. Limitam-se unicamente a cumprir estritamente o que diz a letra (fria) da lei! Como um cálculo matemático. Animal silvestre de posse de pessoas não autorizadas, logo apreensão! Mesmo que o animal esteja sendo tratado da melhor forma possível, inserido no seio familiar há mais de 20 anos, recebendo carinho, atenção e gozando de ótimo estado de saúde.

Bom, então o que fazem os agentes públicos? Retiram o animal do seio familiar e o conduzem para um centro de tratamento de animais e, muito provavelmente, o aprisionam numa gaiola. Como não poderia deixar de ser, o animal entra num estado de estresse profundo, passa a não se alimentar... até que a família ingressa em juízo para ter o direito de posse e guarda do animal restituído. Neste ínterim, é concedida medida liminar que devolve a posse e a guarda do animal à família, tendo transcorrido mais ou menos 30 dias. Entretanto, o animal retorna para morrer na casa de onde jamais deveria ter saído.

O exemplo para os menos atentos pode parecer infantil ou pouco importante, mas os laços de afetividade que existem entre as pessoas e/ou animais fazem parte do mundo da vida, não podendo ser ignorados por uma racionalidade e uma positividade que não encontra subsídio na realidade fática, que simplesmente se pauta por uma legalidade insuficiente e nada efetiva.

Situação um pouco semelhante que envolve o Poder Judiciário e situações concretas entre pessoas e animais, dada a insensibilidade do legalismo Estatal, é o caso relatado recentemente no sítio do Espaço Vital¹³⁵.

¹³⁴ O grande dilema da modernidade é pensar a lei como um postulado do direito natural, como algo incontestável e universalmente acabado, ideal herdado da filosofia da consciência.

¹³⁵ “Luta por um papagaio epiléptico Publicado em 21.10.10.

O papagaio-verdadeiro ("Amazona aestiva") é uma ave comum no Brasil. Soró, morador de Moema, zona sul de São Paulo, faz parte dessa espécie, mas não merece o adjetivo. Portador de epilepsia, doença rara para um papagaio, Soró tornou-se alvo de uma disputa judicial entre a socióloga Tânia de Oliveira, 63, e o Ibama de São Paulo. Neste mês, a Justiça Federal paulista deu razão à mulher em caráter liminar. A decisão final, porém, não tem data prevista para ocorrer e Soró ainda não tem seu futuro definido. O Ibama determinou no mês passado a entrega da ave porque, segundo ele, as normas brasileiras não permitem mais a criação dessa espécie em cativeiro. O órgão sabia da existência da ave porque, desde 2002, por força de uma nova lei à época, a socióloga teve de pedir ao Ibama autorização para criar Soró em casa. Agora, porém, a ordem é entregá-lo ao Ibama, pois a lei não permite mais que a ave viva em cativeiro. Soró vive com os Oliveira há 26 anos. Tânia o herdou em 1997 e, desde então, passou a tratar a ave como membro da família. Chega a levá-lo em viagens que faz. O papagaio-verdadeiro pode viver 80 anos. O papagaio desmaia quando tem convulsões. Por isso, o viveiro dele tem uma tela especial para que ele não caia no chão e se machuque. Soró fala o nome de todos da família, além de repetir frases inteiras. A possibilidade de entregar a ave tornou-se impensável para a família Oliveira porque no documento do Ibama, segundo os advogados, está escrito que o papagaio Soró deve ser entregue para ‘ser sacrificado, se doente, ou entregue à natureza, sendo sadio’. ‘Seria um desastre’, disse o advogado Mauro Russo.

2.3 A DISCRICIONARIEDADE/PROTAGONISMO JUDICIAL (“A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO”¹³⁶)

Não é a toa que pautamos nosso trabalho, também, pelo estudo de casos e sua confrontação com a hermenêutica, conforme se verificou até aqui. Portanto, isto implica dizer que o direito não se limita a uma mera racionalidade ou que os principais problemas do direito estejam concentrados na mera interpretação dos textos jurídicos.

Fazer filosofia no direito implica propiciar o ambiente adequado a correta colocação do fenômeno jurídico, principalmente porque não nos é dado mais o afastamento de um ambiente de legitimação democrática.

Ao tratamos da questão de interpretação, Gadamer¹³⁷ irá deixar bem claro sobre a impossibilidade de se realizar interpretação por etapas, o que significa dizer que compreensão e aplicação são incidíveis¹³⁸. Lenio Luiz Streck dirá que *a impossibilidade da cisão entre compreender e aplicar implica a impossibilidade de o intérprete ‘retirar’ do texto ‘algo que o texto possui-em-si-mesmo’, uma espécie de Auslegung, como se fosse possível reproduzir sentidos*¹³⁹.

Neste sentido, o que precisa ser esclarecido é que a questão envolvendo o sentido do direito é algo que se concentra num plano anterior ao conhecimento. O lidador do direito não

A assessoria do Ibama disse ontem (20) que não havia um técnico que pudesse falar desse caso específico. A juíza federal Tânia Lika Takeuchi, substituta da 6ª Vara Federal Cível, concordou com os argumentos da socióloga para suspender temporariamente a entrega. ‘A medida adotada pelo Ibama mostra-se desarrazoada na medida em que não traz qualquer benefício ao meio ambiente ou ao animal’, diz trecho da decisão. A magistrada anotou que ‘em todas as hipóteses, deve-se aplicar ao caso concreto o princípio da proporcionalidade, já que nenhum direito é absoluto’, reconhecendo que a medida do Ibama ‘impede a sobrevivência de ave criada em cativeiro há 26 anos e que recebe neste ambiente doméstico todos os cuidados necessários ao seu bem estar.’ A Declaração Universal dos Direitos dos Animais prescreve, em seu artigo 6º, item 1, que todo o animal escolhido pelo Homem como companheiro tem direito a uma duração de vida correspondente à sua longevidade natural. Segundo a juíza, é ‘abusiva e desproporcional’ a intenção do Ibama de retirar o papagaio da sua guardiã, pois o próprio Instituto já outorgara autorizações em favor da socióloga, que demonstrou ter condições de cuidar da ave. ‘Seria tão somente prática de ato cruel contra o animal’, arrematou. Para o veterinário Ygurey Tiaraju Elmano de Oliveira, especialista em papagaios, a melhor decisão da Justiça seria manter a ave onde está, porque o papagaio Soró não consegue mais viver na natureza sozinho. ‘A gente sabe, por pesquisas científicas, que eles são animais que sonham, têm memória, têm uma certa consciência. Têm estresse e até depressão’, disse. ‘Nestas circunstâncias, não é saudável essa quebra de vínculo nem para o humano nem para a ave’, disse.” (Proc. nº 0019575-56.2010.4.03.6100 - com informações da Folha de São Paulo e da redação do Espaço Vital). http://www.espacoital.com.br/noticia_ler.php?id=21254 – acessado em 21-10-2010.

¹³⁶ Crítica que há muito vem sendo discutida por Lenio Luiz Streck.

¹³⁷ De fato, a cisão entre as funções cognitiva e normativa atravessa, por inteiro, a hermenêutica teológica, e não chega a ser compensada distinguindo-se o conhecimento científico de uma ulterior aplicação edificante. É a mesma cisão que atravessa a interpretação jurídica, na medida em que o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são atos separados, mas um processo unitário. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, Petrópolis: Vozes, 462-463.

¹³⁸ Cisão esta introduzida pelo já referido dualismo metafísico.

¹³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pág. 83.

fabrica o seu objeto de conhecimento. A presença antecipada é algo que não se pode dominar, pois o sentido não está a nossa disposição, por isso que Streck insiste dizendo: *não interpretamos para compreender, e, sim, compreendemos para interpretar*¹⁴⁰. Neste ponto podemos situar o problema dos modos procedimentais de se ter acesso ao conhecimento.

Portanto, iremos perceber que a teoria do direito aprisiona-o e o impede de ter acesso ao mundo real, já que o direito e o fato aparecem sempre cindidos.

Portanto, Streck concentra a sua Nova Crítica dizendo que os sentidos jurídicos se dão somente na *applicatio*, fruto da imbricação Heidegger-Gadamer-Dworkin, surge a idéia de *há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como adequada à Constituição*¹⁴¹.

Neste ponto surge o principal problema em torno de como ocorre e dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial¹⁴², já que a teoria da argumentação jurídica nada mais é do que reprimatização do método analítico e racionalista que aprisiona o direito em fórmulas previamente estabelecidas.

Lenio Luiz Streck aborda:

É nesse sentido que, ao ser antirrelativista, a hermenêutica funciona como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ou decisionismos. Veja-se: alguns críticos da hermenêutica acusam-na de 'irracionalista' (sic). Nesse sentido, afirmo, uma vez mais, que minhas críticas ao decisionismo, ao discricionarismo, etc., *não estão assentadas apenas nisso* (a pré-compreensão como limite). Essa é uma das teses (conclusões) que defendo. Criticar-me por isso é fazer pouco caso da hermenêutica. Registro, por exemplo, que minha aposta na pré-compreensão dá-se em face desta ser condição de possibilidade (é nela que reside o giro ontológico-linguístico). Minha cruzada contra discricionariedades e decisionismos se assenta no fato de existirem dois vetores de racionalidade (apofântico e hermenêutico), *circunstância que alguns de meus críticos não percebem ou não entendem*.¹⁴³

Na verdade quando se fala em discricionariedade judicial não se busca impedir que o juiz possa interpretar, principalmente porque não podemos jamais deixar de lado que as condições de possibilidade jurídica são questões de democracia.

O texto normativo se constitui como uma matéria-prima aguardando a sua concretização (normatização). Como a realização do texto em norma se dá na aplicação, este exercício não pode depender de uma subjetividade assujeitadora, como se o sentido fosse

¹⁴⁰ Idem, pág. 83.

¹⁴¹ Idem, pág. 84.

¹⁴² Principalmente diante das teorias argumentativas que apostam na vontade do intérprete (juiz).

¹⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pág. 85.

fruto exclusivo da vontade do intérprete (processo arbitrário e antidemocrático), dando também ao Poder Judiciário a possibilidade de legislar.

Assim, o ponto principal não está nas teorias que deverão ser aplicadas ou no caminho a ser encontrado para suprir as insuficiências do direito que deveria ser legislado. O problema está sim em manter-se acreditando em fórmulas interpretativas que apostam no solipsismo judicial, ou seja, dependente de um sujeito individual(ista), situação esta que não passa de mero repriminamento do positivismo por meio do nominalismo.

Pode-se perceber claramente o modo atravessado com que o positivismo de Kelsen e Hart opera no direito, principalmente ao atrelar o modelo de regras (princípios gerais do direito) à idéia de “valores”¹⁴⁴. Entretanto, a conceituação valorativa kantiana jamais consegue de desvencilhar do paradigma filosófico que a sustenta, ou seja, o sujeito pensante.

E a idéia de *eu (cogito cartesiano)* traz à tona o problema do protagonismo judicial e o questionamento de o que fazer para controlar a atuação jurisdicional? Ora tal questão sequer foi cogitada de resposta pelo positivismo, que atribuíra como sendo uma fatalidade¹⁴⁵.

Importante jamais se perder de vista que o modelo epistemológico racionalista¹⁴⁶ e o agir proveniente da filosofia analítica sequer chegam perto da compreensão intersubjetiva que se manifesta no conceito de significância e que se apresenta como responsável pela formação dos projetos de sentido e significado articulados no discurso.

Daí a importância da filosofia heideggeriana e gadameriana, já que devemos a eles a (re)introdução do mundo prático na filosofia, no sentido de transcendência, no sentido do ser-á estar sempre aberto na relação cotidiana que realiza com os entes.

Diante disso, podemos reintroduzir ao debate a importância do significado prático dado à interpretação hermenêutica¹⁴⁷, enfrentando a discricionariedade judicial pela construção da integridade do direito (Dworkin), que compreende uma noção com propósito democrático a partir do paradigma hermenêutico.

¹⁴⁴ Em outras palavras, continuamos reféns de um culturalismo defasado que pretendia fundar o elemento transcendental do conhecimento na idéia sintética de valores, que representariam, por sua vez, o complexo destes valores que comporia o mundo cultural. Chega a ser intrigante o fato de que toda tradição constituída depois do *linguistic turn* – inclusive alguns setores da filosofia analítica – tenha criticado o objetivismo ingênuo dessa concepção do neokantismo valorativo, demonstrando que a questão dos valores não dava conta radicalmente dos fundamentos lingüístico-culturais que determinam o processo de conhecimento. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pág. 90.

¹⁴⁵ A razão prática – que o positivismo chama de discricionariedade – não poderia ser controlada pelos mecanismos teóricos da ciência do direito. A solução, portanto, era simples: deixemos de lado a razão prática (discricionariedade) e façamos apenas epistemologia (ou quando esta não dá conta, deixe-se ao alvedrio do juiz – eis o ovo da serpente gestado desde a modernidade). E tudo começa de novo! Idem, 92.

¹⁴⁶ A relação entre prática e teoria terá essa característica circular, mas ambas estarão articuladas numa unidade, que é a antecipação de sentido. Ocorre que, desse modo, não podemos mais falar em ‘razão teórica’ ou ‘razão prática’, uma vez que o termo ‘razão’ vem imbuído de idéia solipsista que revestia o sujeito moderno. Idem, 93.

¹⁴⁷ Superação do da razão prática pelo mundo prático operada pela tradição hermenêutica.

A integridade convida o juiz a pensar no que o direito poderia vir a ser caso os juízes simplesmente estivessem livres para buscar coerência das suas decisões nos princípios de justiça que se originam no seio dos diferentes campos do direito.

As divergências são freqüentes na política e, com mais freqüência, no direito; enseja-se, para o bem da sociedade, que os conflitos sejam dirimidos de forma mais harmônica possível e que não quebre a consistência da vida comunitária, de modo a propiciar uma proximidade cada vez maior com o que se poderia chamar de segurança jurídica.

O ideal da integridade é manifestadamente coerente com o propósito de estabilidade, já que não permite o aparecimento do protagonismo judicial, pois, a todo o momento prega a validade do que foi juridicamente estabelecido principiologicamente, no sentido de possibilitar a certeza jurídica, especialmente nos casos mais difíceis. Portanto, a integridade permite que nos casos mais complexos a decisão seja plenamente fundamentada e baseada no estatuto da única resposta correta de Dworkin.

E Dworkin admite que sua teoria de princípio é capaz de propiciar uma coesão, embora não ampla e irrestrita, traz possibilidade de minimizar o problema da discricionariedade e do solipsismo, como bem refere Francisco José Borges Motta:

No fio dessas premissas, Dworkin defenderá a compreensão de que a integridade (assim concebida) é a chave para a ‘melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas distintas’; conquanto admita que não seria possível reunir, num único e coerente sistema de princípios, ‘todas as normas especiais e outros padrões estabelecidos por nossos legisladores e ainda em vigor’, o autor sugerirá que consideremos esse fato um ‘defeito’, e não como ‘o resultado desejável de uma justa divisão do poder político entre diferentes conjuntos de opinião’, de modo que nossa tarefa (enquanto operadores do Direito) passa a ser de se empenhar em ‘remediar quaisquer incoerências de princípio com as quais venhamos nos deparar’.¹⁴⁸

Por fim, podemos perceber na teoria dworkiniana um nítido desejo de suprimir as múltiplas possibilidades de um juiz “livre” para dar a decisão que vem lhe aprouver. Nesse sentido o filósofo americano apóia-se na integridade como forma de coibir a prática discricionária do juiz.

E sobre a integridade do direito Dworkin assinala:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às

¹⁴⁸ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, págs. 119-120.

vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que 'lei é lei', bem como o cinismo do novo 'realismo'. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer.¹⁴⁹

Para tanto, dirá Dworkin que o direito é composto como uma peça em série, que retroage ao passado no sentido de olhar para o que foi julgado no passado e assume os hábitos e costumes inerentes a esta comunidade, submete-a ao crivo da interpretação construtiva na perspectiva de sua modernização e aplicação na realidade presente. Essa dinâmica interpretacional, a exemplo de um romance em cadeia, visa superar/guardar, no direito como integridade, todas as características pertencentes às etapas anteriores de concretização da idéia de justiça e de equidade.

2.4 FENOMENOLOGIA AO DIREITO NO QUE DIZ RESPEITO À COMPREENSÃO DO SENTIDO DAS COISAS

O fim primeiro de se abordar a fenomenologia¹⁵⁰ e relacioná-la ao direito tem cabimento no sentido de avançar na percepção do mundo a nossa volta, deixando de lado o pensamento artificializado pelo sistema dogmático-positivista. É neste ponto que salientamos a importância do papel da fenomenologia, pois vem ela com o propósito de nos apresentar para o mundo da vida, distinguir e manifestar o que é próprio de cada pessoa, identificar de que forma as coisas se revelam na individualidade, a partir da faticidade e das diversas influências típicas do cotidiano.

O interesse para a fenomenologia não é o mundo em si, mas, sim, o modo como o conhecimento do mundo se dá e se realiza para cada pessoa. Perceber o fenômeno da vida é, sim, respeitar e enxergar cada um a partir de suas circunstâncias pessoais. Assim, o pensar

¹⁴⁹DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pág. 274.

¹⁵⁰ Ao discutir a questão do sentido do ser, Heidegger demonstra que a Fenomenologia compreende a verdade com um caráter de provisoriedade, mutabilidade e relatividade, radicalmente diferente do entendimento da metafísica que pressupõe a verdade una, estável e absoluta. Essa é uma das razões por que dizemos que a Fenomenologia é uma postura ou atitude (um modo de compreender o mundo) e não uma teoria (modo de explicar).

fenomenológico não deixa de ser uma proposta de enxergar as coisas da forma como elas se apresentam, referindo-se à própria formação de reflexões de ordem filosófica, porém, com uma nuance das diferenciações feitas por cada pessoa ao se deparar com o fenômeno da vida.

Há, portanto, uma compreensão típica e característica de cada *ser no mundo*, nas palavras de Heidegger, decorrente de sua própria formação e trajetória de vida, ou seja, da facticidade que é própria e singular de cada pessoa.

Portanto, procura-se, sempre levando em conta o método fenomenológico para cada *ser no mundo*, buscar uma melhor e mais adequada forma de disposição do Direito, num sentido de valorizar os fenômenos, sem esquecer jamais o direito individual inerente a cada ser humano – “método” que prioriza o bem da vida protegido em detrimento de teses e dogmatismos jurídicos.

Na verdade, o estudo da fenomenologia vai nos dizer que, na condição de seres humanos capazes de pensar, temos capacidade de compreender o sentido das coisas, avançando sobre os limites da entificação social proporcionada pela modernidade, com o intuito de valorizarmos a vida e o sentido que iremos atribuir a ela. Se nos remetermos a nossa experiência cotidiana mais singela iremos perceber que, para nos orientarmos bem com os outros e conosco mesmo, devemos estar atentos ao real sentido das coisas.

Não podemos tratar as pessoas com quem nos relacionamos como se elas fossem objetos, da mesma forma não podemos utilizar um método para balizar os relacionamentos (afetivo, sexual...), sob pena de vermos tais relacionamentos não prosperar, pois o cientificismo é limitado e insuficiente quando se refere a relações interpessoais (pautados pela amizade, amor e carinho). O cartesianismo, nesse sentido, não se preocupa com as pessoas, nem trabalha os valores que são inerentes da relação interpessoal –, mas visa, tão-somente, a utilidade objetiva e material que as pessoas podem dispor, tratando-as como entes e não como ser.

Aqui reside um ponto importantíssimo de nossa abordagem! Queremos demonstrar que nas relações sociais, dentre elas mais especificamente o direito, o método científico divorciado do “método” fenomenológico não dá conta das transformações que invadem o processo de mutabilidade social, cujas conseqüências podem ser facilmente constatáveis no atual panorama do sistema jurídico-judicial, por exemplo, encontrado no país.

Tarefa não muito fácil é retirar dos fatos aquilo que realmente se mostra importante para que possamos ter uma compreensão mais aproximada de seu sentido. Mas a dificuldade se acentua ainda mais quando se despreza os acontecimentos do dia a dia fenomenologicamente constituídos. Assim, retoma-se novamente idéia de que não interessa o

fato de alguma coisa existir, mas interessa, sim, o sentido dessa existência. Certamente que os fatos são importantes, mas pouco ou nada importa os fatos em si, dissociados de sentido. Aqui entramos em conflito com o próprio positivismo, já que esta corrente considera muito importante os fatos em si mesmos¹⁵¹, sem considerar que por trás dos fatos existem pessoas, sentimentos, singularidades...

Na verdade, para a corrente positivista, havendo a subsunção do fato à norma, ou seja, tendo ocorrido o acoplamento do fato à descrição normativa, estão preenchidos requisitos a gerar as conseqüências descritas pelo comando legal. A fenomenologia está para temperar a normatização pura e simples que, muitas vezes, impede ou impossibilita que o operar do direito perceba que, por trás dessa relação científica de acoplamento, existem pessoas com as mais variadas situações pessoais, que merecem tratamento de acordo com a sua faticidade.

A situação da interpretação e compreensão das coisas se problematiza quando o positivismo jurídico assume os fatos compreendidos a partir das ciências físicas, sem contestá-los ou sem contextualizá-los hermeneuticamente dentro de uma situação concreta específica.

Sendo assim, importante, para se chegar ao sentido das coisas, que deixemos de lado a forma como as coisas se apresentam externamente a nós, ditadas pelo dualismo: *metafísica*¹⁵² *tradicional e positivismo*.

Os fenômenos, ao se apresentarem, sempre são suscetíveis de questionamentos, uma vez que circundam os campos da reflexão filosófica, propiciando uma constante renovação, como um círculo, mas não um círculo vicioso, repetitivo e não renovável, mas, ao contrário, um círculo que se revitaliza, que acolhe o novo, que evolui, também denominado de círculo hermenêutico¹⁵³.

Essa é uma das razões por que dizemos que a fenomenologia é uma postura ou atitude (um modo de compreender o mundo) e não uma teoria (modo de explicar).

Ernildo Stein dirá que *o ente homem não compreende a si mesmo sem compreender o ser, e não compreende o ser sem se compreender a si mesmo; isso numa espécie de esfera*

¹⁵¹ Santo Agostinho, São Tomás de Aquino, Descartes, Spinoza, Leibniz, chegando até Kant, Fichte, Schelling e Hegel.

¹⁵² “Por Metafísica Heidegger denominou aquilo que estava expresso em dois sistemas ocidentais típicos, um antigo e outro moderno, como os de Platão e Descartes; quanto ao positivismo, trata-se não só do positivismo do século XIX, de cunho filosófico-sociológico, mas também, e principalmente, do positivismo lógico, interior à escola da filosofia analítica e ligado aos pensadores do Circulo de Viena. JÚNIOR, Paulo Ghiraldelli. *Filosofia da Educação*. São Paulo: Ática, 2006, pág. 98.

¹⁵³ Como Schleiermacher e Dilthey reconheceram, a hermenêutica envolve um círculo: não podemos compreender uma parte sem ter alguma compreensão do todo e não podemos compreender o todo sem compreender suas partes. INWOOD, Michel. *Dicionário Heidegger*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, pág. 80.

*antipredicativa que seria o objeto da exploração fenomenológica – daí vem a idéia de círculo hermenêutico, no sentido mais profundo*¹⁵⁴.

A fenomenologia constitui-se numa viravolta na orientação do pensamento humano construído e desenvolvido ao longo da história (postura epistemológica que fundamenta a técnica moderna de conhecimento), bastante influenciado pelo modelo platônico-cartesiano, com pretensão de refletir sobre a relação básica do homem com o mundo.

Assim, cabe à fenomenologia conceber um modo de conhecimento que não se reduza ao conhecimento dedutivo e tampouco ao conhecimento simplesmente empírico. A sua necessidade nasce num contexto histórico carente de conhecimento não-conceitual, indissociável da concretude dos fatos e que, ao mesmo tempo, fosse filosófico, sem desprezar a existência do sujeito.

A fenomenologia é antes de um preceito filosófico puro e simples, uma ferramenta no processo de cognição e de formação do pensamento, cuja influencia deveria se dar no campo do direito, exatamente porque neste contexto estão envolvidas situações típicas de vida e de costumes, que não são suficientemente abrangidas muito menos compreendidas pelo sistema analítico-dogmático, que se caracteriza pela inércia temporal e pela falta de contato com a realidade cotidiana.

Ao discutir a questão do sentido do ser, Heidegger demonstra que a fenomenologia compreende a verdade com um caráter de provisoriedade, mutabilidade e relatividade, radicalmente diferente do entendimento da metafísica que pressupõe a verdade una, estável e absoluta, desprezando completamente o tempo.

No ponto, Paulo Ghiraldelli irá dizer que *Heidegger não admitiu que pudéssemos olhar para o outro e para a obra que queremos analisar com a postura de um psicólogo observador. Ele exigiu outra coisa: perceber que nós mesmos somos o tempo. Estaríamos sempre em transformação e não teríamos como parar isso. Heidegger deu caráter ontológico ao entendimento*¹⁵⁵.

A reflexão fenomenológica nada mais é do que um exercício da consciência, mas não uma consciência interna nos moldes husserliano¹⁵⁶ e kantiano¹⁵⁷, mas da forma como nos

¹⁵⁴ STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência: o Ambiente Hermenêutico e As Ciências Humanas*. Ijuí: Unijuí, 2008, Pág. 90.

¹⁵⁵ JÚNIOR, Paulo Ghiraldelli. *Filosofia da Educação*. São Paulo: Ática, 2006, pág. 116.

¹⁵⁶ Intensa é a influência de Husserl em Heidegger. No entanto, enorme é a diferença entre os dois. É justamente a idéia do transcendental que é rejeitada por Heidegger em toda a sua amplitude. Ela novamente impossibilita a análise do real desde uma dimensão ontológica originária, onde o binômio sujeito-objeto não é medida para dizer a relação homem-entes. No entanto, é justamente porque, inicialmente, o juízo fenomenológico atém-se a um âmbito do real antipredicativo, onde o ser do real se dá como sentido, no pensamento de Husserl, que Heidegger assumirá como meio favorável à recolocação do problema grego do ser. É por isso que, em Heidegger, sua

ensina Gadamer: “*as ciências humanas e as ciências da natureza devem ser compreendidas a partir de uma intencionalidade da vida universal*”¹⁵⁸. E, no campo do direito, só poderemos entender este exercício se o fizermos enquanto um movimento da consciência jurídica dissociada do senso comum.

Sobre o trabalho de Gadamer, Paulo Ghiraldelli nos ensina:

O trabalho de Gadamer desembocou em uma filosofia sobre o mundo. Sendo o entendimento o resultado do engajamento na comunidade, no mundo, e sendo que todo o engajamento só se efetivaria por meio da aquisição lingüística de tudo que é a comunidade, nada mais certo do que ver o mundo como lingüisticamente constituído. Pois a linguagem, como ele a viu, não é linguagem senão como comunicação e entendimento. E isso daria o conteúdo e os limites do mundo. Quando apreendemos outro idioma (ou ponto de vista) e nos apossamos dele, não abandonamos nossas perspectivas anteriores. Há, segundo ele, uma fusão e uma incorporação de mundos. Não teríamos, assim, uma fronteira bem-delimitada entre um mundo e outro. Tampouco haveria uma fronteira final com o ‘mundo dos mundos’, aquele que poderia ser o ponto de vista de todos os outros mundos sem ser, ele próprio, visualizado a partir de um mundo outro que não ele mesmo.

O problema a enfrentar, aqui, seria o da melhor ou pior perspectiva: não poderíamos dizer, então, que há uma visão de mundo lingüístico mais próxima da verdade do que outra? Gadamer não disse que o enunciado ‘a Terra se move em torno do Sol’ é mais verdadeiro do que ‘O sol cai no horizonte da Terra’. Ambos seriam legítimos. Pois o que é falado na conversação é o que cria o entendimento. Isto é, o que é lingüístico é lingüístico por forjar a comunicação, o entendimento, por constituir a comunidade lingüística e, então, nos dar o mundo. Aqui, a saída gadameriana não estaria longe do eco da idéia de Heidegger de que ‘a linguagem é a casa do ser’. Isto é, a experiência lingüística seria anterior – ontologicamente falando – à experiência do conhecimento de qualquer coisa. A experiência do mundo – que é lingüístico – seria anterior ao tratamento das coisas particulares do mundo.¹⁵⁹

Portanto, pelas razões acima referidas, não há como pensarmos o homem e a construção da histórica da sociedade sem vinculá-lo ao “viver” fenomenológico. Ou seja, o fenômeno da vida é parte integrante de todos nós. Ao vivermos cada instante de nossa existência, estamos agindo fenomenologicamente, mesmo sem percebermos este movimento; daí a real necessidade do “método” fenomenológico e o direito manterem-se fundidos.

Günter Figal relaciona o mundo como possibilidade e o mundo como determinação referindo-se à Heidegger, dizendo:

fenomenologia tem relação direta com a ontologia. Mas justamente por ater-se ao sentido do real, a fenomenologia de Heidegger aparece como hermenêutica. CABRAL, Alexandre Marques. *Heidegger e a destruição da ética*. Rio de Janeiro: Mauad UFRJ, 2009, pág. 52.

¹⁵⁷ O problema, para Heidegger, é que o pensamento de Husserl, após o desenvolvimento das instituições supracitadas, assume o velho solipsismo moderno, reconhecendo, por influência de Kant, a presença de um sujeito transcendental que seria a fonte de toda a intencionalidade e, portanto, o próprio ser do real. Idem, pág. 51.

¹⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da Consciência Histórica*, organizador: Pierre Fruchon, tradução Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: FGV, 2006, pág. 39

¹⁵⁹ JÚNIOR, Paulo Ghiraldelli, *Filosofia da Educação*. São Paulo: Ática, 2006, pág.118.

O que está em questão para ele é retirar uma consequência da ‘transformação’ kantiana da compreensão do mundo própria à ‘metafísica tradicional’, consequência esta que o próprio Kant não tinha retirado. O fato de não se compreender mais por mundo a ‘totalidade’ das coisas, mas de referir sobre a possibilidade de uma tal compreensão, vem à tona para Heidegger com a idéia de uma totalidade do ente que é formada a cada vez historicamente no ser-aí.¹⁶⁰

Veja-se que é imprescindível sabermos dissociar as coisas como acontecimento da vida dos acontecimentos que decorrem do processo de cristalização do pensamento, decorrente da própria tradição clássica. Neste ponto, Karl Jaspers enfatiza muito bem a importância da história e da tradição como um caráter auxiliar para a formação da consciência, não como algo a ser seguido de forma absoluta e repetitiva, como se vê da citação abaixo:

Não nos compreendemos a partir da História, a não ser através da realidade da tradição, sem a qual não teríamos chegado a nós mesmos. Mas, se nos rendermos ao processo de conhecimento histórico, no qual hoje nos encontramos, perderemos a consciência de nossa própria responsabilidade original. E é por meio desta, e não pela contemplação da História que somos nós mesmos.¹⁶¹

Karl Jaspers menciona algo sobre a perda da própria responsabilidade original, algo que se relaciona e decorre como desdobramento do pensamento acomodado e não questionador, que será oportunamente abordado quando entrarmos na questão do “impessoal” salientado por Heidegger no quarto capítulo, parte I, de sua obra mais importante, *Ser e Tempo*.

Decorrente desta ferramenta filosófica importantíssima que é a fenomenologia, para a compreensão do pensamento e das estruturas jurídicas, a partir do início do Século XX surge uma nova corrente disposta a estudar a forma de tradução da consciência humana a partir dos fenômenos que lhe são apresentados.

O homem como ser-no-mundo é constitutivamente “projeto”. Diferentemente de como pensava Husserl¹⁶², o mundo não é uma realidade a contemplar, mas um conjunto de utensílios e coisas a utilizar, estando à mão, e não para simples contemplação. A existência é “poder ser”, “projeto”, “transcendência”¹⁶³ para o mundo, nas palavras de Gadamer. Estar no

¹⁶⁰FIGAL, Günter. *Oposicionalidade O elemento hermenêutico e a filosofia*. Petrópolis: Vozes, 2007, pág. 181.

¹⁶¹JASPER, Karl. *Introdução ao Pensamento Filosófico*. São Paulo: Cultrix, 1965, pág. 47.

¹⁶²Husserl queria ainda construir uma espécie de filosofia como ciência rigorosa e, progressivamente, uma filosofia como um saber absoluto, mas de um saber absoluto reconstruído na interioridade do sujeito transcendental. Portanto, seja uma filosofia do saber absoluto, mas construída desde o que poderíamos chamar de uma teoria do conhecimento. STEIN, Ernildo. *Mundo Vivido*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, págs. 125-126.

¹⁶³“O fato de se aprender a pensar a vida em todas as suas muitas direções de autointerpretação e de experiências linguísticas representa naturalmente uma tarefa genérica. A isso pertence a experiência da transcendência, a

mundo significa originariamente fazer do mundo o projeto das ações e dos possíveis comportamentos do homem.

É neste ponto que verificamos a importância do papel da fenomenologia, pois cabe a ela distinguir e manifestar o que é próprio de cada um, identificar de que forma as coisas se revelam na individualidade que é própria de cada pessoa, a partir de sua faticidade e das diversas influências típicas de seu cotidiano.

A fenomenologia no Direito nos é apresentada quando podemos verificar a coexistência da norma e das peculiaridades específicas do destinatário dela, exatamente como estamos tentando demonstrar no início deste trabalho a partir da análise de casos concretos.

Tudo isso demonstra que a análise/interpretação de qualquer regra jurídica deve respeitar o conteúdo fenomenológico, capaz de possibilitar a verificação do contexto social de sua elaboração e o contexto social de sua aplicação, ao invés da prática de subsunção que se limita a dar interpretação literal de qualquer dispositivo legal, como se não fosse possível atingir questões além da redação dada pelo legislador e, mais grave ainda, como se pudéssemos arrancar a temporalidade que caracteriza e produz evolução social.

O fio condutor das investigações fenomenológicas encontra na atividade prática sua linha mestra, ao contrário, por exemplo, da intencionalidade (husserliana e kantiana) que visava estabelecer um modelo universal de pensamento, designando um padrão científico que despreza a relação que existência humana mantém com o mundo¹⁶⁴.

A fim de demonstrar a universalização do pensamento proposta principalmente pela filosofia da consciência, Heidegger irá expressar em toda a sua obra uma preocupação com as insuficiências da atitude teórica e sua forma de conceber o campo do formal, em direção a uma investigação acerca da natureza e da formação dos conceitos e enunciados filosóficos como indicações de abertura e de não-fechamento.

A intencionalidade da consciência, portanto, distingue-se perfeitamente nas obras de Husserl e Heidegger, já que ambos são fenomenólogos. Entretanto, Heidegger avança na mera

experiência da poesia, da arte, do culto, do rito, do direito – tudo isso precisa ser pensado de maneira nova. Esse era o interesse de Heidegger. Ele sempre retomou uma vez mais esse caminho. Nós podemos nos perguntar o que, em nossa cultura marcada pela ciência, nosso pensamento tem a aprender com essas experiências. Tenho em vista aqui o seguinte: é preciso conquistar um novo equilíbrio, de modo que nosso pensamento não se esgote apenas no domínio (e exploração) da natureza, isto é, na disponibilização de tudo – nos mesmos inclusive.” GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2009, pág. 30.

¹⁶⁴“Para que se compreenda o que se entende por mundo na expressão ser-no-mundo, deve-se ressignificá-la, já que o sentido que este termo assume, em Heidegger, é *sui generis*, caso comparado com a sua compreensão pela tradição filosófica ao longo do desdobramento de sua história. Não só na filosofia, mas também na sociologia, na antropologia cultural, na teologia ou em qualquer outra ciência, o termo mundo possui um caráter polissêmico, uma vez que se refere a uma pluralidade de regiões do real.” CABRAL, Alexandre Marques. *Heidegger e a destruição da ética*. Rio de Janeiro: Mauad UFRJ, 2009, pág. 59.

intencionalidade de pensar ou contemplar objetos, como sustentava Husserl sem conseguir se desvencilhar de Kant, preocupando-se com a cotidianidade fenomenológica do mundo real.

Assim, ao tomar um caminho próprio, Heidegger tem a proposta voltada para fenomenologia dedicada ao que está velado na experiência do dia a dia, ou seja, ao que está além do que objetivamente se consegue ver. O filósofo busca uma estrutura do cotidiano, o “*estar no mundo*”, relacionado com projetos pessoais, relacionamento e projetos sociais, o estar lançado do mundo, entre outras coisas, na contingência de realizar projetos, de ser.

Dessa forma, sempre levando em conta o “método” fenomenológico para cada *ser no mundo*, busca-se uma melhor e mais adequada forma de disposição do direito, não visto como mero compêndio de institutos normativos, mas como uma ciência capaz de dar efetividade à cidadania – num sentido de valorizar o fenômeno da vida e o desenvolvimento sócio-cultural –, sem esquecer jamais o direito próprio e individual inerente a cada ser humano.

O exercício fenomenológico é o voltar-se para o mundo e para o fenômeno da aparência¹⁶⁵, referindo-se à própria formação de reflexões de ordem filosófica, porém, sem jamais abandonar as possibilidades e as diferenciações feitas por cada ser ao se deparar com determinado fenômeno (vida).

Assim, impõe-se necessariamente uma busca pelo *ser*, aquilo que se oculta nos entes, que não se desvela simplesmente no âmbito da relação do sujeito com o objeto, do mundo da materialidade tão somente – que está além da relação objetivada e racionalista – incapaz de dar o tratamento suficiente às relações sociais, incapaz de identificar as diferenças que se ocultam na igualdade (formal).

Na introdução de *Ser e Tempo*, Martin Heidegger nos diz que:

A impossibilidade de se definir o ser não dispensa a questão de seu sentido, ao contrário, justamente por isso a exige. O “ser” é o conceito evidente por si mesmo. Em todo conhecimento, proposição ou comportamento com o ente e em todo relacionamento consigo mesmo, faz-se uso do “ser” e, nesse uso, compreende-se a palavra “sem mais”. Todo mundo compreende: “o céu é azul”, “eu sou feliz” etc. Mas essa compreensão comum demonstra apenas a incompreensão. Revela que um enigma já está sempre inserido a priori em todo a-ter-se e ser para o ente, como ente. Esse fato de vivermos sempre numa compreensão do ser e o sentido do ser

¹⁶⁵O termo aparência assume a concepção de manifestação ou revelação da realidade. A aparência é o que manifesta ou revela a própria realidade, de modo que esta encontra na realidade a sua verdade, a sua revelação. Aprende-se o que é fenomenologia passo a passo, através da leitura, discussão, e reflexão... O que é necessário é o mais simples: aprender o que se deve através de atitudes naturais, tentar descrever as apresentações sem pré-julgar os resultados tomando por garantia a história, a causalidade, a intersubjetividade, e o valor que ordinariamente associamos com nossa experiência. Portanto, necessário se deixar examinar com absoluto cuidado a estrutura do mundo da vida diária para que possamos entender sua origem e sua direção...

estar, ao mesmo tempo, envolto em obscuridades demonstra a necessidade de princípio de se repetir a questão sobre o sentido do 'ser'.¹⁶⁶

A proposta fenomenológica, no direito, visa lembrar constantemente da necessidade de existir uma adequação valorativa do fenômeno em face do contrato social vigente, de forma a estabelecer qual o lugar de colocação que este fenômeno encontrará diante do contexto normativo.

No mundo do direito, o exercício da fenomenologia enquanto ferramenta de compreensão e superação da mera subsunção normativa deve ser uma constante, considerando a mutabilidade ativa dos próprios fenômenos jurídicos e sociais.

A reflexão fenomenológica é muito mais do que o exercício da consciência, pois só podemos entender este exercício se o fizermos enquanto um movimento de pensamento jurídico dissociado do senso comum teórico. Essa dissociação depende de uma clara visão do fenômeno objeto de adequação normativa, principalmente porque a regra jurídica já contém previamente valores moldados pela sociedade num processo de sedimentação e construção através da tradição. Portanto, necessário se faz o exercício fenomenológico no mundo prático de forma livre e democrática, sem desconsiderar a singularidade que é própria de cada situação.

Compreende-se, assim, que o método fenomenológico tem sua aplicabilidade no mundo prático, como uma libertação ao modo científico de pensar. Assim, abandona-se a técnica de conhecimento epistêmico e contrafático, priorizando-se a análise do caso concreto que permite a distinção suficiente e necessária para adequar a realidade de cada uma das pessoas ao direito.

Com o raciocínio fenomenológico estamos mais próximos de realizar a adequação necessária dos dispositivos normativos com o cotidiano, sem correremos o risco de interpretarmos o direito de forma descontextualizada ou até mesmo desatualizada, pois o método fenomenológico obrigatoriamente, com o movimento de velamento e desvelamento¹⁶⁷, passa ao largo da imutabilidade do pensamento, exatamente por jamais desconsiderar o tempo como integrante do processo cognitivo.

¹⁶⁶HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I, Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2005, págs. 29-30.

¹⁶⁷ A noção de fenomenologia em Heidegger está compilada à sua idéia de alétheia, pois como se sabe, a fenomenologia anseia desvelar aquilo que a partir de si mesmo sempre se oculta e se vela nos entes. A alétheia inspira a fenomenologia e esta é a via de acesso ao ser, como velamento e desvelamento.

A fenomenologia é a via e o modo de investigação para se determinar o que deve compor tema da ontologia¹⁶⁸. A fenomenologia, na visão heideggeriana, é um esforço de revelar aquilo que está oculto.

O pensar fenomenologicamente visa dar continuidade as operações culturais e sociais iniciadas diante de nós, de múltiplas maneiras, que devem ser renovadas, recicladas a partir do nosso presente, como um ciclo que se repete e se renova constantemente.

A volta fenomenológica há de ser entendida como um descontentamento contra o proceder despótico de certos sistemas e escolas da modernidade, que se sustentam em cima de conceitos axiomatizados e terminologicamente fechados, impossibilitando que o novo e o diferente sejam constantemente inseridos no horizonte jurídico e social.

Segundo Paulo Freire¹⁶⁹, “... somos seres *condicionados*, mas não *determinados*...”, “...a História é tempo de possibilidades e não de *determinismos*...”.

Assim, o “método” fenomenológico não opera por abstração e generalização; é uma intuição, ou visão direta, prévia a toda generalização empírica. Para captá-la é necessário prescindir de outros elementos que não interessam à investigação fenomenológica, ou seja, passar ao largo das concepções pré-determinadas, universalizantes e de cunho reducionista.

A grande questão consiste na desconstrução de certos conceitos erigidos como verdades absolutas, a partir do que muitos denominam de uma “*Antropologia Existencial*”¹⁷⁰, nas palavras de Ernildo Stein, concentrando-se nas transformações que se impõem ao problema do eu como sujeito.

2.5 A HERMENÊUTICA

Não é à toa que iremos tratar da hermenêutica tendo como pano de fundo a fenomenologia. Se tivermos condições de compreender ou, se até aqui, conseguimos ser suficientemente didáticos, poderemos nitidamente perceber que a fenomenologia está para a hermenêutica como uma atmosfera na qual se desenvolve o modo de *ser do próprio ser*

¹⁶⁸ Fenomenológico é tudo o que pertence a forma de explicação e demonstração e nesse sentido, fenômeno é, exatamente, o que constitui o ser. Sendo a fenomenologia a ciência dos entes, ela é ontologia. A fenomenologia é a via e o modo de investigação para se determinar o que deve compor tema da ontologia. A fenomenologia, numa visão heideggeriana, é um esforço de revelar aquilo que está oculto.

¹⁶⁹ FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia*, São Paulo: Paz e Terra, 1996, pág.19.

¹⁷⁰ STEIN, Ernildo. *Nas Proximidades da Antropologia*. Ijuí: Unijuí, 2003, pág. 101.

*humano enquanto ser no mundo que já sempre se compreende e explicita em seu modo de ser*¹⁷¹.

Ora, a proposta fenomenológica irá romper com a concepção de conhecimento epistemológico e de compreensão *a priori* realizada no âmbito da consciência (como entendiam ser possível Husserl e Kant), trazendo para o campo hermenêutico a relação orgânica que deve existir entre o conhecimento e a faticidade do mundo da vida.

A hermenêutica, após o aparecimento do pensamento científico moderno, começa a se diferenciar do mero ato de interpretação. A hermenêutica, então, projeta-se a se comportar como ciência, mas indo muito além do que preocupar com técnicas de interpretação. Dessa forma, em meio ao ambiente da cientificidade, verificamos que a hermenêutica passou a ter importância decisiva para a filosofia e para a formação do conhecimento.

Entretanto, a aposta feita pela hermenêutica na linguagem matemática acaba por inseri-la no campo da lógica¹⁷². E, apenas com a fenomenologia que ela passou a ser vista como compreensão¹⁷³, revelando-se na consciência do próprio ser.

Para a fenomenologia, a compreensão consiste no movimento básico da existência, ou seja, na circularidade, já que ela não representa um comportamento humano que possa ser disciplinado estática e metodologicamente – compreender, em Heidegger, *é a forma originária de realização do estar aí, do ser-no-mundo*¹⁷⁴.

Para Heidegger, existir é interpretar, somos, enquanto ser-aí (no mundo), interpretação; e pertencer ao ser¹⁷⁵ é o mesmo que compreender o ser. O sentido do ser para a ontologia fundamental não é algo dado, ela denota a recuperação da pergunta pelo ser esquecida pela tradição metafísica.

O homem só compreende porque já é pertencente ao ser, o ser o constitui. O *Dasein* é o único ente capaz de questionar, dialogar e assim ele se faz capaz de interpretar, dessa forma, qualquer intuito e tentativa de interpretação devem estar mediado pela presença do ser (ser-

¹⁷¹ A hermenêutica liga-se ao ‘como’ hermenêutico que, no fundo, se refere sempre ao modo de ser do próprio ser humano enquanto ser no mundo que já sempre se compreende e explicita em seu modo de ser. STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia. Limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, pág. 152.

¹⁷² A lógica irá trabalhar estritamente dentro do campo material ou ôntico, já que ela não tematiza, por sua própria insuficiência, a constituição do pré-formal, aquilo que antecede à forma (o fenômeno).

¹⁷³ “Esse tornou-se o pensamento diretriz de *Ser e Tempo*: iluminar a estrutura ‘hermenêutica’ do ser-aí, isto é, não dar simplesmente prosseguimento à hermenêutica do ‘espírito’ e de suas criações que denominamos cultura, mas empreender uma ‘hermenêutica da facticidade’.” GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2009, pág 117.

¹⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1999, pág. 325.

¹⁷⁵ Essa compreensão que temos, a priori, do ser, Heidegger chama de ontologia fundamental.

aí). Daí o significado do termo *Dasein*: Heidegger o designa como sendo o lugar de manifestação do ser, onde a questão do ser surge¹⁷⁶.

A filosofia hermenêutica vista pela ótica existencial opera com a intenção de revelar, para além do que é manifesto, argumentativo, lógico, sempre uma condição de possibilidade, já pressuposta, desde que nos compreendemos e nos explicitamos em nosso modo de ser. Assim, põe-se em vista um modo de ser fundamental do ser humano quando se manifesta – no pensamento, na fala, na escrita – e assim utiliza os recursos para determinar os limites do discurso humano.

A fenomenologia hermenêutica busca trazer à luz aquilo que se oculta na aparência, ou seja, interpretar aquilo que se mostra, que se manifesta, mas que, quase sempre, não se deixa ver (verdade). O movimento de velamento e desvelamento que caracteriza o mundo obstaculiza a verdadeira compreensão que, por sua simplicidade e obviedade, se oculta na entificação daquilo que a nossa retina consegue captar, mas que, na verdade, serve de obstáculo para compreensão integral do que efetivamente precisa ser compreendido.

Veja-se que, dentro desta incessante busca pelo ser, a questão fundamental de Heidegger não é o homem, mas, sim, a busca pelo sentido, ou seja, a busca pelo sentido do ser em geral. O ponto de partida para tentar determinar o sentido do ser seria o *Dasein*, o homem, pois, de todos os entes, o homem é o único capaz de se questionar, de perguntar pelo sentido das coisas. A esta ontologia, Heidegger irá denominar de hermenêutica.¹⁷⁷

Dentro dessa busca incessante pela interpretação que decorre do próprio existir humano, vem a idéia de circularidade, também denominada de *círculo hermenêutico*¹⁷⁸.

Sobre a interpretação e compreensão, impõe-se transcrever valioso trecho da obra mais célebre de Martin Heidegger:

Toda interpretação que se coloca no movimento de compreender já deve ter compreendido o que se quer interpretar. Esse fato foi sempre foi sempre

¹⁷⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 1999, pág. 32.

Ser não está apenas nos entes simplesmente dados! Há outros âmbitos e modos de ser, por exemplo: o ser-utensílio, o ser-aí, o ser-aí-com, o mundo como tal etc.

¹⁷⁷“Em Heidegger, a hermenêutica possui uma intenção meramente adjetiva, isto é, explicita a facticidade como elemento constitutivo do *Dasein* em que ele desde sempre se compreende e compreende o ser, fazendo parte da *ontologia fundamental*. A fenomenologia é hermenêutica em Heidegger, no sentido de que trata de um compreender prévio do modo de ser do *Dasein*. Ela mesma não tem autonomia como uma área do conhecimento. Ela especifica um procedimento – a fenomenologia – que se dirige a uma estrutura ontológica que deve ser mostrada.” STEIN, Ernildo. *Nas Aproximações da Antropologia*. Ijuí: Unijuí, 2003, pág. 65.

¹⁷⁸A compreensão pode ser tida como algo referencial, já que compreendemos algo a partir de uma relação com algo que já conhecemos ou com algo que já se formou em nossa mente, ou seja, a circularidade hermenêutica funda-se na pré-compreensão sobre o sentido daquilo que buscamos compreender. Aquilo que compreendemos se agrupa em círculos sistêmicos que formam uma unidade. Assim, por uma interação dialética entre todo e parte, cada um dá sentido ao outro sendo, portanto, denominado de círculo hermenêutico.

observado na interpretação filológica, embora apenas nos setores dos modos derivados de compreensão e interpretação. A interpretação filológica pertence ao domínio do conhecimento científico. Esse conhecimento exige o rigor de uma demonstração fundamentada. A prova científica não deve pressupor aquilo que ela há de fundamentar. Se, porém, a interpretação já sempre se movimenta no já compreendido e dele se deve alimentar, como poderá produzir resultados científicos sem se mover num círculo, sobretudo se a compreensão pressuposta se articula no conhecimento comum de homem e mundo? Segundo as regras mais elementares da lógica, no entanto, o círculo é um *circulus vitiosus*. Com isso, porém, o ofício da interpretação histórica se acha a priori banido do campo de todo conhecimento rigoroso. Enquanto não se abolir da compreensão esse círculo, a historiografia deve-se satisfazer com possibilidades de conhecimentos menos rigorosas. (...)

O círculo não deve ser rebaixado a um *vitiosum*, mesmo que apenas tolerado. Nele se esconde a possibilidade positiva do conhecimento mais originário que, de certo, só pode ser apreendida de modo autêntico se a interpretação tiver compreendido sua primeira, única e última tarefa é de não se deixar guiar, na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos ingênuos e 'chutes'. Ela deve, na elaboração da posição prévia, da visão prévia e concepção prévia, assegurar o tema científico a partir das coisas elas mesmas. Porque a compreensão, de acordo com o seu sentido existencial, é o poder-ser da própria pre-sença, as pressuposições ontológicas do conhecimento histórico ultrapassam, em princípio, a idéia de rigor das ciências mais exatas. A matemática não é mais rigorosa do que a história. É apenas mais restrita, no tocante ao âmbito dos fundamentos existenciais que lhe são relevantes.¹⁷⁹

Portanto, a circularidade hermenêutica funda-se na pré-compreensão apoiada sobre o sentido daquilo que buscamos compreender, ou seja, aquilo que sustenta a compreensibilidade de alguma coisa; é a perspectiva que se estabelece na estruturação de um projeto diante de concepções previamente existentes. Este círculo da compreensão não é um cerco em que se movimenta qualquer tipo de conhecimento, mas, ao contrário, a estrutura prévia existencial compreende a idéia e projeto pelo ser presente e histórico, com ênfase no conceito de tradição.

Percebe-se, desde logo, que este ir e vir de perspectivas não se opera em uma só direção e de forma linear, como se dá na lógica e na matemática, mas de forma tópica e dialética.

Logicamente, diante da necessidade de sempre trabalharmos com a historicidade ao nosso lado, na cotidianidade, verifica-se que a fenomenologia e a hermenêutica se dão no caso concreto, do dia-a-dia, ou como preferem os filósofos, na *facticidade*.

Sobre a *facticidade* Gadamer nos ensina :

A facticidade sublinha a fatualidade do fato. Desse modo, ela se torna uma formulação que apresenta um desafio para todo o querer compreender, mais ou menos como quando em *Ser e Tempo* se fala do ter-sido-jogado do ser-aí. É constitutivo do ser-aí humano o fato de irmos ao mundo sem sermos questionados e de sermos chamados sem sermos questionados. Em todo o nosso 'ter-sido-jogado', vivemos em vista de nosso futuro para o qual nos projetamos.

¹⁷⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I, Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2005, pág. 210.

Com isso, a hermenêutica concentra-se em algo incompreensível. No entanto, isso sempre vale de algum modo para a hermenêutica. A hermenêutica encontra-se diante do desafio do incompreendido, e, por meio daí, ela é trazida para o caminho do questionamento e obrigada a compreender. Nisso não reside de maneira alguma um assenhoreamento previamente estabelecido sobre tudo aquilo que é dotado de sentido. Ao contrário, tem-se aí muito mais uma resposta ao desafio que sempre se renova de não se poder compreender algo que se mostra como algo espantosamente outro, alheio, obscuro – e talvez profundo que precisaríamos compreender. Não obstante, isso também acaba por minimizar o paradoxo que reside na hermenêutica da facticidade. Não isso ou aquilo que não foi compreendido, mas o incompreensível puro e simples, o fato de estar aí, e, ainda mais, a incompreensibilidade de não ser: é isso que é projetado em vista de sentido.¹⁸⁰

Podemos utilizar alguns termos cunhados por Heidegger para tentar compreender os níveis de alcance do pensamento interpretativo quando se fala em agir hermeneuticamente. Uma delas é a ‘*diferença ontológica*’.

O projeto filosófico de Heidegger pretende operar uma crítica de como a metafísica pensa o ser para poder recolocar a sua questão em seu próprio fundamento. Através de um diálogo com a tradição filosófica ocidental, Heidegger buscou demonstrar o fundo impensado de tudo o que por ela foi pensado para, através da caracterização da diferença ontológica, indicar a constituição onto-teo-lógica da metafísica e a necessidade de se pensar a questão do ser noutra fundamentação.

A diferença ontológica significa, portanto, que o ser não é o mesmo que o ente; logo, ele não pode ser pensado do mesmo modo que pensamos os entes. Por sua vez, a constituição da metafísica indica o fato de ela nunca ter pensado a diferença entre ser e ente e, por isso, sempre pensou o ser como se ele fosse um ente possível.

Devemos compreender que, ao contrário do que se pretende com os ideais metafísicos, matemáticos e de exatidão das coisas existentes no mundo, vivemos dentro de um exercício constante de abertura e fechamento, ou como prefere Heidegger, ‘*velamento*’ e ‘*desvelamento*’, que decorre do próprio existir no mundo. Ao se falar em “*diferença ontológica*”, podemos perceber que se está se referindo ao que ainda não se encontra expresso na primeira formulação, ou seja, ao nos depararmos com a palavra “ser” temos uma pré-compreensão que isto se refere a todo o ente (objetos), elevado, assim, ao nível de conceito. Com isso, o ser é diferenciado de todo o ente – levando-nos ao significado da diferença ontológica.

A distinção que se faz da diferença ontológica separa exatamente os dois diferentes planos de abordagem e que se apresenta exatamente como as coisas acontecem. De um lado há o campo objetivo, ontificado, balizador de quase toda a formação do pensamento

¹⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2007, pág. 96.

positivista ocidental; de outro lado, temos o campo transcendental, ou ontológico, em que o seu conteúdo exige muito mais esforço para ser atingido, pois se busca ver as coisas para além de como se apresentam, além do mero alcance visual, exercício indispensável para superação da 'entificação' do ser humano e do seu pensamento, próprio da tradição metafísica.

Assim, nítido está que a diferença (ontológica) não é algo feito por alguém, mas que somos colocados nessa diferenciação que é própria da faticidade. Podemos afirmar que o nosso pensamento se encontra desde sempre sobre o caminho da diferenciação do ente em relação ao ser, ou seja, na *diferença ontológica*.

Neste contexto, podemos aludir à obra de Gadamer, *Verdade e Método*, onde ao abordar a questão da *faticidade* o filósofo faz uma combinação com o conceito de *historicidade*. Gadamer volta-se para a dimensão histórica para mostrar que todas as nossas manifestações (sociais, culturais...) são sustentadas por um fundo inesgotável no qual estamos mergulhados e jamais conseguiremos emergir completamente à tona. E, ao lado desta influência histórica que nos traz uma pré-compreensão das coisas, há ou deverá haver a hermenêutica. Assim a hermenêutica (jurídica) repousa sob a hermenêutica filosófica, pois em tudo que o direito regula opera uma historicidade carregada de sentido que sempre vem antecipado na pré-compreensão.

Portanto, é evidente que a postura pretendida pela fenomenologia hermenêutica é decorrente da insuficiência do modelo racionalista que não se dá conta do aprisionamento do direito e de todo o pensamento moderno ao formalismo e ao procedimento objetivador. E desse diagnóstico da impossibilidade de um compromisso de nossas orientações fundamentais serem voltados à tradição leva à perspectiva hermenêutica.

Ernilo Stein, *ao comentar a obra de Hans-Georg Gadamer*, traz a tona o problema acima referido:

É assim que Gadamer se volta para o trabalho de encontrar o caminho para a consciência histórica, numa apropriação da tradição que preserve para esta a força do compromisso. Esse caminho a hermenêutica filosófica explora na crítica da falsa autocompreensão metodológica das ciências do espírito. O filósofo pretende salvar a substância da tradição mediante uma apropriação hermenêutica.

(...)

Gadamer deu-nos, com sua hermenêutica filosófica, uma lição nova e definitiva: uma coisa é estabelecer uma práxis de interpretação opaca como princípio, e outra, bem diferente, é inserir a interpretação num contexto, ou de caráter existencial, ou com as características do acontecer da tradição na história do

ser, em que interpretar permite ser compreendido progressivamente como uma autocompreensão de quem interpreta.¹⁸¹

Podemos afirmar seguramente, também, que, para Heidegger e Gadamer, a fenomenologia hermenêutica introduz uma forma de pensar entre a Filosofia e o conhecimento – fundamentalmente baseado na filtragem dos *standards*¹⁸² da metafísica tradicional – já que nos encontramos num ambiente de (re)produção social em constante movimento.

A questão central será retomar a questão do ser frente ao intenso processo de entificação, característico do pensamento ocidental, e remetê-lo ao contexto histórico da pré-compreensão que o ser-aí, enquanto ser-no-mundo, sustenta como compreensão e explicitação de si mesmo. O resgate do ser identificado em seu contexto histórico originário seria, em resumo, o começo de um processo hermenêutico autêntico em direção à valorização do ser humano e à libertação do pensamento reducionista (racionalismo).

A fenomenologia hermenêutica não pretende utilizar a filosofia como um discurso de justificação mediante uma discussão epistemológica, principal equívoco das principais construções filosóficas. A adoção de uma filosofia pela hermenêutica decorre de um contexto determinado, onde se verifica que o modelo tradicional está superado e não possui condições de dar conta das vicissitudes na sociedade atual.

Mas ao contrário do que se verifica na história e na construção do pensamento filosófico, onde não era incomum uma escola tentar solapar a outra, a fenomenologia hermenêutica é consciente da impossibilidade de se pré-determinar algo como sendo absoluto e imutável, talvez seja por isso que sua pretensão nuclear seja a abertura, o não-fechamento em conceitos prontos, universais e acabados.

Sobre a proposta de não-fechamento da Filosofia hermenêutica Ernildo Stein comenta:

A fenomenologia hermenêutica de Heidegger, ao nos apresentar os modos de ser-no-mundo do *Dasein*, opera com a intenção de revelar, para além do *como* apofântico, manifestativo, argumentativo, lógico, como um *como* hermenêutico. Mas esse *como* não é resultado de operações de explicitação lógica ou argumentativa. Ele sempre vem pressuposto como condição de possibilidade, desde que nos compreendemos e explicitamos em nosso modo de ser.¹⁸³

¹⁸¹ STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia. Limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, pág. 164.

¹⁸² *Standards* ou princípios epocais são fundamentos de moralidade utilizados por teorias filosóficas que representam determinados momentos ou épocas da evolução do conhecimento e da história.

¹⁸³ STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia. Limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, pág. 162.

Na verdade, o que o direito precisa da Filosofia é uma nova forma de descrição do mundo, que seja livre e descompromissada em ter que encontrar fundamentações baseadas em verdades irrefutáveis.

A hermenêutica, portanto, é a verdadeira manifestação daquilo que é próprio e decorrente do estar-no-mundo. O estar-no-mundo é a própria abertura, é o viver de mãos dadas com a possibilidade, num ambiente livre e sem imposição. Sendo assim, qualquer tipo de conhecimento que preconize, *a priori*, métodos de interpretação e compreensão é, por seu descompromisso com a faticidade e com a liberdade, torna-se incompatível com o “método” fenomenológico e hermenêutico.

Como dizia Heidegger, não há sujeito sem mundo, assim como não há homem sem *Dasein*. Não podemos negar o mundo! Estamos nele mesmo que não aceitemos tal condição. Assim, estamos inseridos no mundo, de certa forma, fomos jogados no mundo, por isso, o *Dasein* é *ser-no-mundo*¹⁸⁴ (hermenêutica da facticidade).

Como estamos enxertados no mundo, a existência não é só minha, há também a existência de um outro. Ser-no-mundo se refere também a *ser-com-os-outros* – abordagem em que nos concentraremos para explicitar o fenômeno social e os seus desdobramentos no âmbito do direito e da sociedade em geral.

2.6 A FENOMENOLOGIA SOCIAL DE MARTIN HEIDEGGER

A fenomenologia social é uma descrição filosófica de uma das características básicas do ser humano. Por sua relevância no mundo jurídico, dá-se uma abordagem com o intuito de demonstrar os desdobramentos negativos que o ser-com “impróprio” pode representar no cotidiano da vida social, principalmente diante da proposta reflexiva e crítica que este trabalho se destina a realizar.

2.6.1 O significado do Ser (*Dasein*)

A filosofia heideggeriana, em síntese bastante apertada, busca pensar o significado da condição básica da existência de todas as coisas. Para tanto, o filósofo da Floresta Negra propõe a busca do sentido do ser, como um exercício à superação da metafísica (positivismo),

¹⁸⁴Dasein ist In-der-Welt-sein

resgatando aquilo que foi obscurecido durante toda a formação filosófica desde os pré-socráticos, voltando-se para um pensamento original, reflexivo e renovador.

Na introdução de *Ser e Tempo*, Martin Heidegger¹⁸⁵ nos diz: “*ser*’ é o conceito mais universal, isso não pode significar que o conceito de *ser* seja o mais claro e que não necessite de qualquer discussão ulterior. Ao contrário, o conceito de ‘*ser*’ é o mais obscuro”.

A afirmação acima transcrita exprime em poucas palavras o que se pretende dizer em quase todo este trabalho, ou seja, como o mundo nos é apresentado pela aparência, diante de nossos olhos. Na verdade, o que seriam coisas definitivamente prontas e acabadas são indícios que funcionam como um limitador do exercício crítico e contestador do intérprete, quase sempre encobrindo o sentido próprio daquilo que precisa ser enxergado (desvelado).

O ser, por sua vez, dispõe sobre aquilo que se constitui como o transcendental, que está além do mero estar-aí, aquilo que precisa ser pensado e meditado para além do que se mostra, a condição de pensabilidade de todo estar-aí concreto: o lugar de onde brota tudo aquilo que se mostra.

A compreensão pode ser facilitada se compararmos o ser com a luz que nos possibilita enxergar. Sem luz a visão humana resta impossibilitada. A luz é a condição necessária para vermos as coisas. Em Heidegger o ser é a condição necessária para que existam as coisas. Assim, como nunca se vê a luz sem que estejam presentes as coisas iluminadas, nunca se tem a experiência direta do ser sem a presença dos seres (entes), como se um estivesse para o outro.

A característica da filosofia Heideggeriana está na análise do problema do ser frente ao mundo da vida, ao dia a dia concreto, ou, como ele mesmo denominou, a vida da *cotidianidade*.

Daí porque se insiste tanto na fenomenologia, que nada mais é do que deixarmos de lado o mundo abstratamente combinado e pré-definido, para podermos pensar e interpretar os rumos que iremos adotar (decisões) no acontecer fenomenológico, na concretude da cotidianidade, sob pena de cairmos na falta de efetividade, na indiferença, na irresponsabilidade, no impessoal.

¹⁸⁵HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes. 2005, pág. 29.

2.6.2 A cotidianidade

Ao invés de se buscar um estado excepcional da existência, Heidegger propõe uma investigação fenomenológica dos seres humanos em sua cotidianidade¹⁸⁶, buscando-se a investigação do ser a partir do ser humano, ao contrário, por exemplo, do que preconiza a teoria argumentativa de Jürgen Habermas¹⁸⁷.

No universo construído sobre a vida cotidiana das pessoas, Heidegger manifesta-se a partir do homem (*Dasein*) que desde o seu nascimento encontra-se *jogado* no mundo, o que ele próprio denomina de *ser-no-mundo*, ou seja, o homem livre num horizonte a ser formado a sua vontade e capaz de desenvolver qualquer coisa, pois estar no mundo é estar mergulhado em possibilidades.

A compreensão do fato de *estar-no-mundo* como presença que é absorvida por seu próprio mundo, a partir de um agir predominante livre, dá a idéia de indeterminação do *Dasein*. Em outras palavras, o homem é absorvido pelo mundo em que vive e nele se relaciona e se influencia a partir das estruturas já existentes e da sua vontade.

Heidegger ensina:

A interpretação ontológica do mundo foi privilegiada através de uma análise do manual intramundano porque, sendo em sua cotidianidade tema constante, a pre-sença não apenas é e está num mundo, mas também se relaciona com o mundo segundo um modo de ser predominante. Na maioria das vezes e antes de tudo, a pre-sença é absorvida por seu mundo¹⁸⁸.

A evidência ôntica¹⁸⁹ da afirmação de que eu estou aí e de que eu sou determinado ser não deve levar a crer que já está delineado inequivocamente o caminho de uma interpretação ontológica¹⁹⁰ do que assim estiver posto ou for dado. Parece que permanece inquestionável, também, se o conteúdo ôntico dessa afirmação reproduz, de forma adequada, o teor fenomenal do *Dasein* cotidiano. Pode ser que o quem da presença cotidiana não seja sempre justamente eu mesmo.

Tal afirmação se justifica dentro da senda argumentativa que se propõe de forma central neste trabalho, ou seja, da necessidade de se enfrentar a objetivação do conhecimento

¹⁸⁶Ao contrário da fenomenologia de Husserl que, sem conseguir se desvencilhar das amarras kantianas, trabalha a experiência no campo da consciência.

¹⁸⁷Tema abordado na parte final do último capítulo.

¹⁸⁸HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I, Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2005, pág. 164.

¹⁸⁹Relativa ao significado interno do mundo, aquilo materialmente identificado/entificado.

¹⁹⁰Relativo ao que está além da mera entificação, ou seja, o que não pode ser materialmente apreendido.

é importante, mas, além disso, devemos, também, nos deparar com o problema da massificação do pensamento decorrente do agir impessoal característico do homem (*ser com*).

Para se destacar a importância do mundo Heidegger denominou de *ser-no-mundo* o ato de existir do *Dasein*. O uso de hífen na expressão sinaliza que inexiste distância entre nós e o mundo, que o mundo não é algo que está aí fora. Fazemos parte do mundo tanto como ele faz parte de nós, parte do ser do *Dasein*, em tanto ser-em.

No lugar de pensar “em” como indicador espacial de estar em algum lugar, compreende-se melhor o ser-no-mundo como estar imerso, como modo de ser. Estar envolvido no mundo é característica intrínseca do homem (*Dasein*), não distancia física ou mental de eu/nós com o mundo. Concebemos nosso mundo de uma maneira muito específica: através de nossa relação *com*.

Heidegger contorna o pensamento metafísico assim como a história do pensamento filosófico ocidental. Antes dele se pensava que a existência particular de uma pessoa não tinha efeito algum na ponderação dos temas filosóficos. Inúmeros pensadores de expressão acreditavam que podiam examinar a essência de toda a humanidade de forma objetiva e universal. Kant é um destes exemplos¹⁹¹.

Podemos perceber nitidamente que, além da exigência de se resguardar o direito das pessoas em se determinar a partir de sua existência única e singular (fenomenologia), há, também, a necessidade de um agir autêntico e próprio, adequado ao próprio *Dasein*.

Imprescindível voltarmos a pensar o que significa ser humano, para o qual Heidegger denominará de *Dasein* (*ser/estar-aí*). O caráter de ser do ente que chamamos de “humano”, o ser que somos, a entidade que somos, na especificidade de nosso ser, cada um de nós descobre na afirmação eu sou. Sem esquecer que não se trata de reduzir a um corpo biológico, a uma mente, a um ator social, a um fator econômico, a uma consciência, ou a qualquer outro conceito planejado ou ontificado.

Mais uma vez vem a crítica heideggeriana ao modelo filosófico tradicional que ignora o homem como *ser jogado* no mundo. O *Dasein* está jogado no mundo, vem à existência num mundo que está fora de seu controle, um mundo que contém coisas que o *Dasein* não elegeu.

A existência determina nossas possibilidades de conhecimento e o acontecimento básico de nossa existência é estar jogado no mundo. Ao não se ter controle sobre o contexto

¹⁹¹O problema que aparece em Kant, e que acaba por torna sua crítica não suficientemente radical, é exatamente a *hipertrofia* em relação ao sujeito, à consciência. Ou seja, com Heidegger, é possível dizer que Kant aceitou acriticamente a ontologia da *res cogitans* de Descartes no momento em que o eu transcendental representa o ponto de unidade de todos os juízos, o repositório final de todos os conceitos. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pág. 18

social a que pertencemos, invariavelmente, fazemos parte de uma cultura que, conseqüentemente, determina todo o substrato necessário para definir nosso comportamento.

Todo o *Dasein* invariavelmente é formado pela sua cultura. Os seres humanos estão definidos de acordo com o seu contexto. Os seres humanos em particular não conseguem viver sem se posicionar. Ninguém é um indivíduo autônomo, livre para escolher sua própria maneira de existir.

Nesse sentido, Arenhart explicita:

Com efeito, cada um/a de nós existe e recebeu de graça a sua existência. Para qualquer um/a de nós é impossível criar-se a si próprio. Eu, você, qualquer um/a de nós poderia não tê-la recebido! O meu lançamento no existir não esteve em meu poder. Não sou livre em relação ao meu começo. Minha liberdade não é a origem desde a qual se funda meu ser. A fundação do meu ser pertence à minha facticidade. Cada vez que eu me dou conta do fato de existir, muita coisa já tem ocorrido comigo; as condições determinantes da minha vida já estão postas.¹⁹²

A filosofia tradicional que criou métodos de encontrar a essência universal da humanidade jamais levou em conta que o pensamento humano se difere de acordo com cada cultura. Portanto, sistemas pretensamente universais somente são capazes de refletir seu próprio contexto social. As características que se considerava da “*natureza humana*” são apenas características de uma cultura particular.

2.6.3 Características existenciais do ser-aí na cotidianidade

2.6.3.1 A sociabilidade

No constante processo de entendimento do eu e do nós, pela identidade e pela diferença dos homens no mundo, Heidegger considera um erro partir de uma idéia pronta já formulada e acabada sobre o tema, facilmente verificável quando trata da questão da substancialidade¹⁹³:

Por mais que se rejeite a substância da alma ou o caráter de coisa da consciência e de objetividade da pessoa, ontologicamente, já no ponto de partida, fica-se atrelado a algo cujo ser guarda, explícita ou implicitamente, o sentido de ser

¹⁹²ARENHART, Lívio Osvaldo e PORTELA, Amabilia Beatriz. *A Possibilidade de Ser Livre e a Questão do Destino – Buscando o Equilíbrio entre o Decisionismo e o Fatalismo*. Revista de Ciência Humanas/Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Frederico Westfhalen: Ed. URI, 2005, pág. 40.

¹⁹³HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes. 2005, pág. 165.

simplesmente dado. A substancialidade é o guia ontológico da determinação dos entes a partir do qual se responde à pergunta quem. De maneira implícita, concebe previamente ao *dasein* como algo simplesmente dado. Em todo o caso, o caráter indeterminado de seu ser sempre implica este sentido. Ora, o ser simplesmente dado é o modo de ser de um ente que não possui o caráter do *dasein*.¹⁹⁴

Veja-se que há algo de muito próprio na relação social humana. A relação social do *Dasein* não é uma relação entre sujeitos, mas nasce de uma dependência entre os homens decorrente da ocupação deles com os entes, as coisas.

Esta relação social irá gerar uma imensa preocupação com os outros – preocupação esta é tão intensa que Heidegger irá exemplificá-la com a antecipação da existência do outro, ou seja, nos preocupamos com os outros, assumimos o seu lugar de tal forma que esquecemos de nós mesmos e os impedimos de serem eles mesmos em sentido próprio.

A preocupação de que se fala traz conseqüências negativas para o homem social e, conseqüentemente, acaba por atingir o mundo jurídico. Dela, assume-se uma forma de impessoalidade, nas qual todos se preocupam demasiadamente com o outro, com o que se pensa, com o que se acha socialmente. Portanto, se esquece do verdadeiro sentido de sua própria existência.

A vida social é o império do “*a gente*”, a ditadura do impessoal, o âmbito em que se confunde o “*todos nós e o ninguém*”, na medida em que se age balizado pelo que todo mundo diz e pensa. A preocupação básica de Heidegger acerca da vida em sociedade, e que muito influenciou-nos a desenvolver este enfoque, é que ela é regida por uma noção obscura de convivência, em que não há o sujeito e prevalece o domínio do impessoal.

Este impessoal se caracteriza por inexistência de rosto, uma espécie de ninguém que comanda – sem preocupação e sem responsabilidade – a vida individual e não pode ser identificado com este ou aquele ser humano.

Para Heidegger, o impessoal acaba por dissolver o *Dasein* no espaço aberto da opinião pública (falatório)¹⁹⁵, que tudo devora, nivela por baixo e determina o que cada um deve

¹⁹⁴*Dasein* é, essencialmente, ser-com possui um sentido ontológico-existencial. Ela não quer constatar onticamente que eu, de fato, não estou sozinho como algo simplesmente dado ou que ocorrem outros de minha espécie. Idem, pág.172.

¹⁹⁵O falado no falatório arrasta consigo círculos cada vez mais amplos, assumindo um caráter autoritário. As coisas são assim como são porque delas se fala assim. Repetindo e passado adiante a fala, potencia-se a falta de solidez. Nisso se constitui o falatório. O falatório não se restringe apenas à repetição oral da fala, mas se expande no que escreve enquanto o ‘escritório’. Aqui, a repetição da fala não se funda tanto no ouvir dizer. Ela se alimenta do que se lê. A compreensão mediana do leitor *nunca* poderá distinguir o que foi haurido e conquistado originariamente do que não passa de mera repetição. E mais ainda, a própria compreensão mediana não tolera tal distinção, pois não necessita dela já que tudo compreende.

A falta de solidez do falatório não lhe fecha o acesso à public-idade mas o favorece. O falatório é a possibilidade de compreender tudo sem se ter apropriado previamente da coisa. O falatório se previne do perigo de fracassar na apropriação. O falatório que qualquer um pode sorver sofregamente não apenas dispensa a tarefa de uma

fazer. As características do impessoal¹⁹⁶ regem, desde sempre, toda e qualquer interpretação da pre-sença e do mundo, tendo razão em tudo. Sobre o impessoal, Heidegger comenta:

O impessoal encontra-se em toda a parte, mas no modo de sempre ter escapulado quando a pre-sença exige uma decisão. Porque prescreve todo julgamento e decisão, o impessoal retira a responsabilidade de cada pre-sença. O impessoal pode, por assim dizer, permitir que se apóie impessoalmente nele. Pode assumir tudo com a maior facilidade e responder por tudo, já que não há ninguém que precise responsabilizar-se por alguma coisa. O impessoal sempre ‘foi’ quem... e, no entanto, pode-se dizer que não foi ‘ninguém’. Na cotidianidade da presença, a maioria das coisas é feita por alguém de quem se deve dizer que não é ninguém.¹⁹⁷

2.6.4 O “a gente”, a angústia e o cuidado (responsabilidade)

O “a gente”, cujo termo alemão utilizado por Heidegger é “*das Man*”, constitui todas as possibilidades no mundo do *Dasein* num contexto coletivo. Heidegger manifesta a importância do “a gente” na manifestação da cultura. Ou seja, as práticas sociais que formam o mundo do *Dasein* são estabelecidas pelo “a gente”. O “a gente” cumpre uma função normativa e molda o comportamento do *Dasein*. Exemplificando: o “a gente” define que todos devemos trabalhar para viver.

O “a gente” constitui o universo e os parâmetros em que um indivíduo pode e deve atuar. O que dá sentido e inteligibilidade a existência de cada *Dasein*. As normas de comportamento são apenas elementos contingentes de diversas culturas. Todos os elementos específicos de um mundo contribuem para a atividade mais significativa do *Dasein*: ser-no-mundo.

Como já é possível perceber, o ser-no-mundo não decorre de uma atividade solitária, pois o *Dasein* caracteriza-se pelo “*ser com os outros*”. Durante todos os dias da vida, este *Dasein* particular se dissolve no “a gente”, e o “a gente” por sua vez forma parte do *Dasein*.

As possibilidades do Ser do *Dasein* estão à disposição do “a gente”. O “a gente” é indefinido e pode ser representado por qualquer outro.

Ao invés de termos uma natureza humana essencial, Heidegger irá considerar que cada pessoa está constituída pelo “a gente”. O *Dasein* é o “a gente”. E para o *Dasein* há algumas

compreensão autêntica como também elabora uma compreensibilidade indiferente, da qual nada é excluído. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 1999, págs. 228-229.

¹⁹⁶Espaçamento (o indivíduo quando perde seu sentido ou o ser caráter de ser de alguma forma, perde, justamente, sem lugar) Medianidade e Nivelamento.

¹⁹⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes. 2005, pág.180.

possibilidades de existir no mundo, como atitudes que adotamos frente ao mundo, que seriam: indiferença, impropriedade e propriedade.

A indiferença caracteriza aquela pessoa que está no mundo, seguindo a tradição social ou familiar como modelo de vida, sem questionar o sentido de sua vida e sem questionar seu lugar no mundo, aceitando às cegas a existência que o “a gente”, sua família, seu trabalho e sua comunidade lhe apresentam. Esta pessoa vive sua vida, segundo Heidegger, sem consciência de sua condição fundamental de haver sido jogada, de ser possibilidade, abandonando, por assim dizer, o seu ser¹⁹⁸.

Distanciando-se da situação de indiferença – onde o indivíduo recebe os efeitos do que Heidegger irá denominar de “*angústia*” – situação em que a pessoa se reconhece como “jogada no mundo”, cercada de possibilidades, e pensa sua existência a partir de novos caminhos, superando a manifestação onipresente do “a gente”.

A *angústia* seria a percepção da finitude (da responsabilidade), onde o indivíduo se dá conta de que está no mundo, se dá conta de que existe algo mais do que está acostumado (tranquilamente acomodado) a viver e sentir. A *angústia* também se manifesta quando o indivíduo se dá conta de que nem tudo que ele pode fazer na vida já está definido pelo “a gente” e que com o tempo regressará ao nada (morte), como uma engrenagem. A *angústia* enfrenta a possibilidade da morte num sentido de que, momento em que o indivíduo se depara diante de dois caminhos.

O primeiro caminho é quando o indivíduo não suporta a possibilidade da finitude e se nega a enfrentar a *angústia*. Tal situação é definida por Heidegger como o decaimento (*Caída*): o *Dasein* se rende ao mundo do “a gente”, se deixa absorver pelo geral (impessoal) e passa a viver de modo impróprio em seu respectivo mundo.

Há, ainda, outra opção do indivíduo, frente ao nada: ele se coloca diante de sua finitude e assume a responsabilidade pela vida que irá viver. Nada dará conta de mim, exceto eu mesmo. Decidirei o que é melhor, mesmo que esta opção seja um modelo de vida já criado por outras pessoas, gosto e prefiro que minha vida seja desta ou daquela maneira e assim seguirei vivendo até que eu entenda de forma diversa, posicionando-se reflexivamente.

Neste ponto o indivíduo se volta para a finitude. Toda a forma de vida já foi definida pelo “a gente”, mas o *Dasein* deve enfrentar o nada, a morte, a solidão. A antecipação da

¹⁹⁸ “...o fato do *Dasein*, enquanto convivência cotidiana, estar sob a tutela dos outros. Não é ela própria o que é, os outros lhe tomam o ser.” HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes. 2005, pág. 179.

própria morte se converte em possibilidade para o *Dasein*, como bem refere Benedito Nunes¹⁹⁹. Quando se dá conta disto, a relação do *Dasein* com o mundo muda por completo.

O modo próprio de ser do *dasein* consiste, desta forma, na decisão firme de assumir, como própria a sua habitação, o lugar desta angústia²⁰⁰ quando o homem não pode mais sentir-se na própria casa; quando assume como pátria este país onde só pode chegar e permanecer com um sentimento de estranheza.

Dado que o *Dasein*, e não o “*a gente*”, é responsável pela sua própria morte, o *Dasein* se vê responsável pela sua própria vida, num sentido muito mais amplo do que meramente cuidar ou zelar por algo. Heidegger irá chamar esta transformação de “*Cuidado*”.

Ao cuidar do mundo, o *Dasein* realiza a melhor de suas possibilidades, mesmo quando estas possibilidades já tenham sido previamente definidas pelo “*a gente*”.

A se perceber como um *ser para a morte*, o *Dasein* muda a sua forma de vida, já que não mais se vê como mera parte do mundo, mas inserido no mundo particular do *Dasein*. Este modo de viver expressa cuidado (cura ou *Sorge*) pelo seu mundo e manifesta um modo autêntico de existência.

O cuidado (ou *Sorge*), como definido por Heidegger, expressa também o sentimento de preocupação ou solicitude que nutrimos pelos outros (mundo), ou seja, nossas preocupações com os outros acabam por pautar o nosso próprio existir. É neste sentido que Heidegger irá falar do decaimento (*Verfallen*) como um lugar mediano ou comum. A referida condição existencial, quando levada a extremo, como modismos e tentativas uniformizantes, constitui o que se denomina como processo de massificação.

O cuidado faz surgir a preocupação fundamental diante das possibilidades de poder ser do ser-aí. O que está em jogo são as possibilidades de realização. Na perspectiva de que o ser-aí existe numa temporalidade primordialmente futura, marcada por uma finitude (ser-para-a-morte), ele se projeta em possibilidades, ou seja, de *vir-a-ser*, em relação às suas realizações.

Importante frisar que o *desvelamento* do sentido pode nos orientar em relação às nossas decisões e, como também salienta a ontologia de Heidegger, para a possibilidade do

¹⁹⁹ Já vimos que Heidegger confere ao exercitamento para a morte o papel de liberar as nossas autênticas possibilidades fácticas. Agora constatamos que essa decisão é como o parto da consciência moral. Concorrentes que se transpassam, o *ser-para-a-morte* e o *poder-ser-livre* implicam, cada qual, a projeção do *Dasein* para fora de si mesmo, com o que a existência toma a configuração de um êxtase, de um movimento extático, que traça o perfil ontológico da temporalidade. NUNES, Benedito. *Heidegger & Ser e Tempo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, pág. 24.

²⁰⁰A angústia retira o *Dasein* de seu empenho decadente no mundo. Rompe-se a familiaridade cotidiana. O *Dasein* se singulariza, mas como ser-no-mundo. O ser-em aparece no “modo” existencial de não sentir-se em casa (*Un-zuhause*). É isso o que diz o discurso sobre a “estranheza” (*Unheimlichkeit*). HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes. 2005, pág.255.

próprio, condição a ser conquistada, uma vez que se observa que o ser-aí na cotidianidade existe no modo de ser da impessoalidade, ou seja, do *próprio-impessoal*²⁰¹ (*man-selbst*).

A *angústia* devolve ao *Dasein* os motivos que os inquietam: sua autêntica possibilidade-para-ser-no-mundo. Heidegger vincula a angústia ao termo alemão (*Unheimlichkeit*) que significa não sentir-se em casa. O *Dasein* pode ceder ao decaimento seguindo sua proximidade com o “a gente”, enredando-se em seus próprios interesses, até chegar ao ponto de se privar da possibilidade de retornar a si mesmo, o que é comum acontecer. Mas pode, também, descobrir o mundo a sua maneira, desocultar seu ser próprio. Este descobrimento do mundo e este desocultamento do *Dasein* funcionam como uma ruptura dos disfarces que o *Dasein* utiliza para obstruir o seu próprio caminho.

Heidegger irá aprofundar a crítica ao racionalismo cartesiano e sua filosofia centrada na humanidade e nos problemas mundiais. Segundo o filósofo, a “coisa pensante” de Descartes simboliza todas as metáforas que usamos para pensar em nós como indivíduos. Noções como “o eu”, “a alma”, “o indivíduo”, “a gente” dão lugar a um modo egoísta de pensamento. Quando nos vemos como “coisa pensante”, nos colocamos implicitamente, como forma individual e coletiva, no centro do mundo. Ou seja, tudo existe para nós... esta forma equivocada de ver o mundo Heidegger irá denominar de “*Tecnologia*”.

2.7 A TECNOLOGIA

A tecnologia expõe exatamente as conseqüências de um agir entificado e dissociado de sentido. Logicamente, este agir impróprio e voltado exclusivamente para um viver no mundo da materialidade traz problemas nos diversos âmbitos da sociedade; problemas que vão desde a falta de conscientização política e social até ao completo desrespeito ao ecossistema.

Segundo a idéia central da tecnologia, que tem fôlego em Descartes, todos os seres do mundo ou todas as coisas que nos rodeiam, estariam no mundo para que as consumamos (antropocêntrico). O mundo em sua totalidade se converte em “*algo*” que existe exclusivamente para nossos propósitos. O termo que Heidegger utiliza para descrever os seres transformados em “*algo*” é “*bestand*”²⁰², que significa reserva, recurso disponível. Tudo que

²⁰¹ “O próprio do *dasein* cotidiano é o próprio-impessoal que distinguimos do si mesmo em sua propriedade, ou seja, do si mesmo apreendido como próprio” HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes. 2005, pág. 182.

²⁰² O homem também é visto como *Bestand*, como o poder humano explorável e como recurso humano. INWOOD, Michel. *Dicionário Heidegger*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, pág.182.

existe está como provisão para o nosso uso. Assim, toda vez que pensamos em nós, nos vemos como uma versão da “coisa pensante”, como já referido, nos moldes de Descartes.

As coisas não têm valor em si, pois dependem do valor que atribuímos artificialmente a elas. Ao invés de vermos o mundo repleto de outros seres, cada um com a sua própria existência independente, os percebemos como um “recurso disponível”²⁰³ que existe para uso exclusivo da *coisa pensante*.

Francisco Rüdiger bem explicita:

Instalada a era da técnica, a natureza aparece desde o princípio como reserva de recursos interior à armação. A armação retira o ser de sua proveniência essencial, ou seja: da aletheia (verdade). O próprio da armação é, com efeito, a exigência de que todos os entes se convertam em recursos. O aparecimento da armação está ligado ao surgimento da ‘ação fundamental e essencial que ordena’: isto é, a ação que reinterpreta a natureza como ‘recurso fundamental’. Com isso, responsabiliza-se por um completo afastamento da verdade do ser e do ser da verdade, na medida em que seu processo de posição, o da armação, tende não só a calcular o ente, mas, relativamente, à verdade, a padronizá-la, uniformizá-la, planejá-la sistematicamente.²⁰⁴

A *técnica*²⁰⁵, no sentido corrente da palavra, é apenas uma pequena porção da atitude tecnológica, surgida como resultado de ver a humanidade como centro do universo. Esta atitude tecnológica será denominada por Heidegger por *Gestell*²⁰⁶, que podemos traduzir como sendo atribuição, divisão, o que seria a atitude que divide e circunscreve o disponível para o nosso uso, de um modo sistemático e gradual.

Com a atitude tecnológica, ocorre uma divisão do mundo como recurso a fim de se dispor para o seu uso. Tudo é classificado para suprir a conveniência e as necessidades humanas. A começar pela divisão dos continentes, dos países, dos estados e das comunidades.

Desta classificação referida por Heidegger, o homem divide o mundo em porções que as utiliza para o seu próprio consumo. Desta divisão pró-recursos vamos contabilizando inúmeros abusos da natureza, o que reflete exatamente como se dá esta atitude tecnológica.

²⁰³ Questão já abordada nas fls. 31 e seguinte.

²⁰⁴ RUDIGER, Francisco. *Martin Heidegger e a questão da técnica*. Porto Alegre: Sulina, 2006, pág. 43-44.

²⁰⁵ “A técnica é, em essência, uma forma de saber, que se objetiva não apenas em várias coisas, mas, também, segundo diversos princípios de interpelação. O corpo pode ser tão investido de técnica quanto a máquina, e essa pode se tão falha (no limite: não operar) quanto o são as técnicas investidas no corpo humano.” Idem, pág.54.

²⁰⁶ Heidegger utiliza para expressar o modo pelo qual a ‘fissura’ conflitual entre terra e mundo é localizada e composta na *Gestalt*. INWOOD, Michel. *Dicionário Heidegger*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, pág. 182. *Gestell* é o nome dado por Heidegger à reunião de ser e homem assim promovida, à correspondência recíproca entre ser e homem caracterizada pela calculabilidade, planificação, o comando e a eventual reconstrução de todo e qualquer ente de acordo com esses princípios. RUDIGER, Francisco. *Martin Heidegger e a questão da técnica*. Porto Alegre: Sulina, 2006, pág. 140.

Assim, podemos visualizar com mais clareza os perigos da pré-conceituação tecnológica, principalmente quando aplicamos as noções de Heidegger na nossa integração com outras culturas, já que o ocidente tem sido suficientemente excludente para desconsiderar como coisas pensantes as demais culturas que não se ajustam ao seu próprio modelo.

O pensamento tecnológico, portanto, corresponde ao momento de consumação da metafísica tradicional, como bem exemplificou *Friedrich Nietzsche*²⁰⁷ ao denunciar a encampação histórica pela técnica moderna da vontade de poder. A vontade de poder descrita por Nietzsche se transforma em algo ilimitado, negando qualquer meta ou objetivo final que não seja a conquista da super-humanidade.

Devido à preponderância da atitude tecnológica, a origem de muitos dos problemas do mundo pode remontar a esta crença filosófica, presumidamente inocente, de que somos uma versão que tem supremacia sobre os demais. Ao vermos as coisas desta maneira, perdemos o respeito por todos os demais seres do mundo, perdemos nossa capacidade de nos reconhecer como *Ser*.

Para Heidegger, qualquer maneira de ver o mundo centrado exclusivamente em uma classe única de ser exclui a possibilidade de ver o mundo de múltiplas maneiras: multicultural, apreciativa, respeitosa, artística²⁰⁸.

Somente quando nos dermos conta de que somos parte de um todo maior, afastados de uma visão solipsista do mundo, é que poderemos reconhecer mais respeito e dignidade entre as pessoas e suas respectivas culturas. A tecnologia nos impede de ver o ser, impede a sua revelação, pois já pressupõe que toda a revelação será consumida e que tudo que se desoculta só pode ser visto como recurso.

Nossa atitude tecnológica nos leva a separar os seres de seus contextos originais. Por exemplo, pensemos num leão vivendo livremente numa savana africana. Pegamos este mesmo leão dentro de uma jaula num circo qualquer. Este animal preso em uma jaula certamente deixou de ser um leão. Como pode ser um leão se já não está em seu habit natural? Se já não

²⁰⁷“Nietzsche localiza o homem no centro do universo. Tudo deve apresentar-se ao homem para ser julgado. Sob este aspecto, ele desenvolve a metafísica antropocêntrica de Descartes, e anuncia a MAQUINAÇÃO tecnológica da modernidade. Isto é coerente com a vontade de poder e sua transvalorização da essência de todos os entes em ‘valor’. Valores são aquilo com que os tecnocratas contam, vontade de poder é o que dirige a sua conquista da terra, um empreendimento tão sem sentido em seu objetivo quanto a própria vontade de poder: ‘A falta de sentido agora torna-se o sentido dos entes como um todo’. O super-homem de Nietzsche é o tecnocrata”. INWOOD, Michel. *Dicionário Heidegger*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, pág. 128.

²⁰⁸“Opera-se com Descartes uma reviravolta de há muito preparada, que confere à técnica uma nova relevância. Articula-se o movimento de posicionamento da essência da verdade na consciência. Acontece dessa forma, porém, porque esse movimento é, na realidade, efeito da apropriação do ente por uma vontade de poder que a tudo comanda e em tudo retorna *ad infinitum*”. RUDIGER, Francisco. *Martin Heidegger e a questão da técnica*. Porto Alegre: Sulina, 2006, pág. 108.

pode mais dispor de liberdade? O animal preso foi convertido num objeto decorativo para que as pessoas possam vê-lo ou admirá-lo, reduzido a um mero recurso utilizado para entreter pessoas e produzir ganho financeiro.

Como já referido anteriormente, as pessoas só têm condições de perceber e distinguir a noção de valor das coisas, a partir do momento em que elas desenvolvem a noção de cuidado ou responsabilidade, para melhor adequar à linguagem jurídica. Precisamos enxergar, além da atitude tecnológica, uma forma alternativa de ver as coisas, forma esta que nos possibilite viver e enxergar com os olhos do homem que medita.

Para Heidegger a arte é uma forma de apreciarmos os nexos que existem entre os seres, coisa que a tecnologia ignora. Mediante o contraste existente entre a arte e a tecnologia, Heidegger irá dizer que existem diferentes formas de *ser-no-mundo*. Esta *objetivação tecnológica*²⁰⁹ torna o mundo reduzido ao que existe de mais supérfluo, pois o homem está condicionado a estabelecer uma sobrevivência confortável e uma estabilidade material a qualquer preço, mesmo que para se chegar a este desiderato seja necessário desacordar compulsões irracionais de animal (guerras, genocídios, discriminação, violência...).

Como chegamos, então, a uma forma diversa de nos relacionarmos com o mundo? Nossas práticas sociais somente irão se harmonizar com o real sentido do ser se tivermos uma preocupação maior com a linguagem. Mediante a linguagem, podemos experimentar nossa relação original com o mistério da existência e da vida.

A linguagem é sempre uma remessa histórica, mesmo quando o indivíduo não conhece a história. A linguagem como informação não é a linguagem em si, mas um envio histórico do sentido e dos limites da época de hoje, um momento que não inaugura o novo, mas leva ao extremo o velho, ou seja, o que já sempre vem sendo delineado pela modernidade.

Dentre outras formas de meditação e reflexão do mundo, vê-se na linguagem, uma das formas, exemplificativamente, de se chegar a um agir humano mais ético, próprio e responsável, ou seja, de superação do *maquinismo da técnica*²¹⁰.

²⁰⁹ No entanto, quanto mais o mundo passa a ser medido como objeto, quanto mais nos reduzimos a meros seres vivos, quanto mais tudo o que existe passa a ser visto como estoque, isso tudo em uma linha de superposição, menos são as coisas em número e, portanto, menos são as chances de uma experiência originária com ele, mais pobre de mundo fica o homem, menos riqueza tem o mundo em sentido ontológico e histórico. Idem, pág. 52.

²¹⁰ “as próprias mutações no plano genético e corporal ainda são de pouca relevância, se atentarmos para o fato de que grave é o eventual impacto da técnica no campo do pensamento, o eventual velamento do caráter criador, rememorativo e poético da linguagem em que isso tudo está encaixado. Encontra-se em curso um processo de informatização da linguagem que ameaça as possibilidades criativas espontâneas da linguagem e, portanto, a própria essência do ser humano, ao reduzir a linguagem a simples instrumento de informação possível de processamento maquinístico. RUDIGER, Francisco. *Martin Heidegger e a questão da técnica*. Porto Alegre: Sulina, 2006, pág 193.

A linguagem funciona como uma memória estendida do ser, que registra todos os momentos em que os seres surgiram na existência. Cada aparição histórica do ser cria uma palavra especial que se converte no símbolo de sua chegada. Portanto, se buscarmos a origem das palavras fundamentais, podemos resgatar a experiência original do seu surgimento e da existência para o ser.

Verifica-se na filosofia heideggeriana uma real preocupação com o processo de empobrecimento das palavras, pois, segundo ele, cada geração produz um encobrimento dos estratos originais das palavras, produzindo uma banalização do sentido real delas, como, por exemplo, o valor fundamental da palavra amor. Para o filósofo, a chave para entendermos nosso lugar no mundo está em reconhecermos o momento inicial da existência, ou seja, o momento em que o Ser fala.

Assim, ao retiramos as capas de sentido que a história vem depositando sobre a experiência original das palavras principais de nossas vidas – verdade, conhecimento, ser humano... – podemos viver mais uma vez em relação a estes acontecimentos e a existência. Desta maneira, quando alguém diz “eu te amo”, experimentará o significado original e genuíno das palavras e, em consequência, aceitará a responsabilidade do que está dizendo.

Toda a nossa linguagem é a linguagem do *Dasein*, e se converte em memória viva dos seres que surgem da existência, nas palavras de Heidegger: “*a linguagem é a morada do Ser*”.

Desde quando o mundo é mundo, a língua se constitui numa mediação entre nós e mundo, nós e as coisas, mesmo que num simples meio de troca e de comunicação. Entretanto, com o avanço do tecnicismo, a língua está sendo levada a se reduzir a mero veículo de informação, num sentido de forma abstrata da escrita.

A redução da linguagem é uma das características mais marcantes da denominada era da informática, pois, de um lado, propicia a “aproximação das pessoas”, porém, de outro, reduz a linguagem a palavras e signos que se materializam em telas de computadores (MSN, Orkut, emails). Ninguém mais precisa da linguagem corporal, por exemplo, assim como todos querem a rapidez e a imediatidade da significação da informação.

Francisco Rüdiger complementa:

A tecnologia maquinística originariamente priva o homem de usar as mãos e, assim, fomenta o rebaixamento da palavra a simples meio de comunicação. As palavras tornam-se funcionais em seu raio de influência, colaborando para promover uma uniformização entre os seres humanos. A tecnologia maquinística mais avançada que os computadores encarnam coloniza, porém, a relação entre o pensamento, o ser e o ente. Os editores de texto introduzem o maquinismo não

apenas no campo da palavra, como o fizera a máquina de escrever, mas mais além, no do pensamento, sobretudo se cogitarmos que, em momento futuro, poderão ser próteses gramaticalmente programadas, implantadas no nosso córtex cerebral.²¹¹

Segundo Heidegger, desde Platão somos absorvidos por pretensões filosóficas egoístas que acabam obscurecendo nossa relação com o ser. Por nos esquecermos da característica mais importante de nossa existência, estamos pagando um preço demasiadamente alto: um mundo dominado pela atitude tecnológica. Tudo está submetido ao cálculo e a vida regida pela eficiência: o máximo benefício pelo menor custo no mínimo de tempo. E a natureza? Recurso para ser subjogado e manipulado.

Segundo se depreende da filosofia heideggeriana, não se está querendo que prevaleça um discurso anti-modernidade de conteúdo niilista, mas se pretende que se estabeleça uma nova compreensão do mundo, distanciada da noção que vincula o ser humano e o mundo à condição de recurso.

2.8 A SERENIDADE

O termo *serenidade*²¹² (*Gelassenheit*²¹³) é utilizado por Heidegger como uma proposta de se pensar a relação dos homens com o avanço da tecnologia, no sentido de que possamos conviver com ela sem que jamais nos esqueçamos de pensar e meditar.

Heidegger irá dizer que o homem atual está cada vez mais deixando de pensar propriamente, deixando-se de agir crítica e reflexivamente. Tal capacidade jamais pode ser renunciada ou deixada de lado, e não se refere à capacidade de pensar inovações e avanços tecnológicos, mas se refere a uma indiferença ou desinteresse no que constitui primordial ou essencialmente para todos.

O filósofo da floresta negra sustenta que o homem atual não quer pensar. Entretanto, reconhece que em nenhum momento da história se viu tanta evolução tecnológica. Disso conclui-se que há duas formas de pensamento: o pensamento que calcula e o pensamento que medita.

²¹¹ RUDIGER, Francisco. *Martin Heidegger e a questão da técnica*. Porto Alegre: Sulina, 2006, pág. 191.

²¹² O termo *Serenidade* decorre de uma Conferência ministrada por Martin Heidegger, ocorrida em 1959, publicada no Brasil em 2001, no Rio de Janeiro, pelo Instituto Piaget.

²¹³ Termo originário do verbo *lassen*, que significa deixar, permitir. *Gelassenheit* é, então, a condição de quem permite ser e é permitido ser. Remete à expressão alemã *sein und sein-lassen*, ser e deixar ser, liberdade de ser.

Ao analisar as duas formas de pensamento, Heidegger diferencia um do outro, dizendo que ambos são importantes. Entretanto, alerta que o pensamento que calcula não é o único modo que o homem possui para lidar com as coisas, com os outros e consigo mesmo.

O pensamento que calcula é o que rege a tecnologia, que se volta para as coisas do mundo e apreende todas as suas possibilidades. Nisso, o pensamento que calcula converte o mundo num objeto conformado aos cálculos e previsões que lhes são próprios.

Pois bem, admite-se, sem dúvida, de um lado, que o pensamento que calcula obtém resultados eficazes, principalmente diante do aumento de novas tecnologias que facilitam a nossa vida. E é neste ambiente de totalidade e eficiência que reside o risco da permanência desse tipo de pensamento, considerado como exclusivo.

De outro lado, do pensamento que medita retira-se a experiência da meditação. O pensamento que medita não está preocupado com o avanço de novas técnicas, pois isso é atribuição do pensamento que calcula, mas a sua importância está no fato de que ele é a própria essência dessa técnica que vigora em nosso mundo.

Francisco Rüdiger ensina que *“o pensamento reflexivo move-se na contramão dessa linha de cálculo, porque, para ele, trata-se de pensar o sentido, e não proceder à representação²¹⁴”*.

Aí reside um questionamento que já abordamos ao longo do trabalho sobre a finitude, ou seja, a metafísica representa o homem como animal – onipotente –, ser vivo racional. A meditação é justamente o contrário, concebe o homem na sua condição finita de mortal, responsável, cuidadoso.

O homem, ao buscar o crescimento tecnológico de uma maneira ilimitada e a todo custo, coloca em risco o futuro do seu próprio mundo e de sua própria existência, simplesmente porque esqueceu o pensamento que medita. O homem da técnica esquece que ele jamais terá o controle absoluto da natureza.

Mas aí vem o seguinte questionamento: qual é a causa dessa ausência do pensamento que medita? A resposta pode ser dada a partir de uma simples análise das prioridades mais valorizadas pelo homem atual. As pessoas não têm mais tempo para meditar sobre aquilo que está mais próximo delas. Estão cada vez mais apressadas para conquistar as novidades que a tecnologia lhe põe à disposição de forma intensa, novidade que já vem pronta e acabada e que chega com a mesma rapidez com que vai embora.

²¹⁴ RUDIGER, Francisco. *Martin Heidegger e a questão da técnica*. Porto Alegre: Sulina, 2006, pág. 232.

Também, o homem moderno está embriagado com o futuro, atraído pela ânsia de resultado, esquece-se do passado e deixa de viver o momento mais importante, o presente. Talvez seja por isso que se descarta tão facilmente aquilo que se teve tanta pressa para conquistar, pois a verdadeira conquista exige tempo, tempo para meditar.

Em nossas relações cotidianas apenas nos apropriamos das coisas que contenham algum valor material iminente e nossas relações com os outros e o mundo tornam-se superficiais, talvez seja por isso que o homem não acredita no pensamento que medita como forma de solucionar os problemas. Mas, segundo Heidegger, o homem por natureza é um ser que medita, que pensa. Muito mais do que uma busca ou uma ação, esse pensamento é, antes de tudo, um ser e deixar ser (as coisas, os outros), sem a ânsia de controlar.

O controle de tudo e de todos, característica da sociedade atual se dá pela falta de serenidade. Dizendo de outra forma, a serenidade carrega no ser humano um jogo de linguagem ou simulação que o protege perante as outras pessoas (privacidade). Portanto, a serenidade é possibilitada pela simulação (proteção à privacidade). Mas a modernidade absorvida pela tecnologia propicia a instauração de uma ânsia de controlar²¹⁵.

Antes de simplesmente negarmos a tecnologia, Heidegger irá sugerir que pensemos a essência da tecnologia. A busca da essência das coisas fará com possamos impedir que a tecnologia nos torne prisioneiros dela, ou nos transforme em seus servos. Quando o homem só tem o pensamento que calcula, é porque ele já se encontra dominado pela tecnologia e por isso ele fica cada dia mais pobre de pensamento, reduzido, já não consegue meditar sobre si mesmo e nem sobre o mundo que está a sua volta.

Portanto, para que possamos conviver com a tecnologia Heidegger irá dizer que é necessário dizer sim e não para ela. Ora, dizer sim e não aos objetos tecnológicos nada mais é do que a “serenidade”. A serenidade consiste em perceber que há um mistério²¹⁶ que envolve

²¹⁵ Podemos utilizar como exemplificação a denominada, por nós, “metáfora do Ricardão”, ou seja, referindo-se ao marido que, ao recém sair de casa, retorna imediatamente pensando que o Ricardão já se encontra no seu armário. Fato este bastante presente na sociedade moderna a partir de patologias como o transtorno obsessivo-compulsivo.

²¹⁶ Mistério esse que permanece sempre oculto para cada um de nós. Os homens jamais conseguirão desvendar o mistério que envolve a técnica pelo fato dela não ser uma invenção humana. Se pararmos para pensar quem inventou a televisão, o computador, o avião, quem descobriu a cura para algumas doenças, poderemos facilmente dizer que foi este ou aquele cientista, mas não saberemos explicar os motivos que levaram esses cientistas a fazer essas descobertas. Talvez até possamos encontrar inúmeras explicações científicas para tais descobertas, e chegarmos a conclusão que tudo isso só é possível porque o homem é um ser inteligente, mas de onde vem toda essa inteligência que possibilita a ele todas essas conquistas? É por tudo isso que podemos dizer que existe um mistério que envolve toda e qualquer descoberta científica e tecnológica. Mistério sempre oculto e que só se revela a nós na medida em que nos mantivermos abertos a ele. Abertura que só se torna possível por meio da serenidade. RAFAEL, Maria Aparecida, RIBEIRO, Glória Maria Ferreira. *A questão da tecnologia no pensamento de Martin Heidegger ou uma possível leitura da Conferência “serenidade” (1959).*

toda a técnica, se desapegando da idéia de considerá-la como alguma coisa em si mesmo, ou portadora de uma autonomia que possa decidir ou escolher tudo.

Sobre o tema da *técnica*²¹⁷ e da meditação, imprescindível que sejam compreendidos, considerando o grau de importância de cada um deles, dentro de um todo maior, ou seja, coexistindo harmonicamente sem que um se sobreponha ao outro.

Por fim, importa transcrever a mensagem que Rüdiger nos deixa para reflexão:

A realidade histórica, para não falar da natural, o mundo, enfim, comporta em sua infinita vastidão em elemento de cunho incerto e totalmente indomável pelo ser humano e em relação ao qual caberia mostrar prudência e conduzir-se com sabedoria, porque só com isso se poder fazer justiça aos inquestionáveis poderes de nossa inventividade.²¹⁸

Portanto, com as considerações que julgamos necessário realizar para por fim ao segundo capítulo, principalmente no sentido de ressaltar a importância da fenomenologia hermenêutica com alternativa para superação do racionalismo metafísico que estamos agudamente absorvidos, partimos para a última parte deste trabalho relacionado com a questão da verdade e o processo.

http://www.ufsj.edu.br/portalrepositorio/File/existenciaearte/Edicoes/3_Edicao/Cidinhaok.pdf – Acessado em 08-03-2010.

²¹⁷O grande problema da técnica é quando ela é tomada como algo absoluto, fora da circunstância desde a qual ela advém. E a dinâmica da técnica é o mistério que se oculta sempre na circunstância em que ela se instaura. A abertura ao mistério só é possível àqueles que têm um pensamento que medita. Aqueles que sabem dizer simultaneamente sim e dizer não a técnica são os únicos capazes de reconhecer este mistério que está oculto na técnica e, portanto são capazes de manterem-se abertos a ele. Manter-se aberto ao mistério, portanto, é mantermo-nos aberto à reflexão e jamais permitir que apenas o pensamento que calcula regule e determine o mundo.

As coisas se transformam numa velocidade tão grande que o homem não consegue meditar sobre todos os avanços tecnológicos. O homem não consegue meditar porque ele não percebe que ele é a medida da técnica, que o projeto de ser dele é anterior a toda e qualquer técnica.

O homem só é, ou melhor, ele só ganha o seu ser, na relação que ele estabelece com as coisas que estão a sua volta. Contudo, ao lidarmos com os objetos tecnológicos percebemos que eles sempre nos impõem à experiência da tentação e da serenidade. Tentação de ficarmos apenas com o pensamento que calcula, desconsiderando nossa origem e a importância do agir na meditação. Impõe-nos a experiência da serenidade quando nós percebemos que é preciso dizer sim e não à tecnologia. Temos que dizer sim a ela, na medida em que não podemos deixar de fazer um bom uso dos objetos tecnológicos, e dizer não à tentação de nos sentirmos seduzidos pelo pronto e o acabado, acomodação advinda da falsa idéia de “facilidade” que a tecnologia nos oferece. Por tudo isso, podemos concluir que a questão proposta por Heidegger em meados do século passado ainda continua atual no mundo contemporâneo. Desde então mais de cinco décadas já se passaram e a humanidade já presenciou incríveis avanços tecnológicos. A tecnologia sempre nos desafia a estarmos num constante aperfeiçoamento. Ela nos permite compreender que os seres humanos nunca estão prontos, feitos e acabados. Na medida em que o homem descobre novas tecnologias ele tem a oportunidade de se refazer, de se recriar junto com elas. Todos os dias temos novamente que nos lançar no mundo para conquistar sempre de novo a medida do nosso ser. Se lançar é estar sempre aberto para fazer a experiência da serenidade. Serenidade que é simplesmente acolher aquilo que se é e jamais querer além daquilo que se pode ser.

²¹⁸ RUDIGER, Francisco. *Martin Heidegger e a questão da técnica*. Porto Alegre: Sulina, 2006, pág. 236.

3 A VERDADE E O PROCESSO

A terceira e última parte do trabalho tem por objetivo analisar o fenômeno da verdade no processo. Veja-se que nosso atual contexto é um contexto de mudança de paradigma. Ou, ao menos, que se encaminha para uma mudança de paradigma, de modelo. Aliás, constitucionalmente falando, já vivemos no paradigma do Estado Democrático de Direito²¹⁹. O outro paradigma de que falamos diz respeito à tendência de superação, no Direito (leia-se nas decisões judiciais), do modelo formal-racionalista em prol de um modelo pautado na ética voltada para o “cuidado”²²⁰. Podemos afirmar que isso é uma consequência desse modelo do Estado Democrático de Direito.

A ética, ou, melhor, esse modelo de ética tem fins não-arbitrários. Tem uma preocupação com a justiça das decisões, com a efetividade do Direito – notadamente no campo do Direito Processual - e com a democracia. Lançando mão da “fenomenologia hermenêutica” (Martin Heidegger), queremos, pois, defender uma “prática interpretativa” do direito que supere o método de subsunção. Nesse sentido, utilizaremos duas teorias distintas: a) a teoria baseada no modelo formal-racionalista (ética positivista); e b) a teoria pautada na fenomenologia hermenêutica (ética do cuidado ou responsabilidade).

Queremos aqui, portanto, sustentar a necessidade de desconstrução da metafísica tradicional vigorante no pensamento dogmático do direito (sentido comum teórico) para dar espaço à atividade interpretativa, fazendo “aparecer” o direito naquilo que ele tem (ou deve ter) de transformador²²¹. Para isso temos de demonstrar que a verdade funciona como

²¹⁹Consulte-se: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2008. Também HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

²²⁰ “Cuidado” é palavra que tem um sentido ontológico, pois pretende romper com a idéia metafísica de que todos os enigmas da filosofia estariam resolvidos por uma resposta objetiva sobre a origem e o fim do ser e dos entes. Com Heidegger, a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica, onde a compreensão é entendida como estrutura ontológica do Dasein (ser-aí), onde o Da (o aí) é como as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser, não sendo esse modo uma “propriedade do ser, mas, sim, o próprio ser”. O único ente que compreende ser é o homem (Dasein), o ser-aí, que é o ser-no-mundo, que é cuidado (Sorge). O cuidado é temporal (zeitlich). A compreensão do ser se dá na temporalidade e, através do cuidado, ela recebe ao mesmo tempo a abertura e o limite dessa abertura. Compreender o ser, assim, vem sempre acompanhado por um acontecer irrepresentável e que não pode ser nominado pelo Dasein. Compreender é o caráter ôntico original da vida humana mesma. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, págs. 170-189.

²²¹ Por todos, STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

elemento de confirmação e estabilização do sistema e do poder, relacionando-se com o agir (ir)responsável do jurista que opta pelo *impessoal*²²² e pela postura *inautêntica*²²³.

Daí por que parece ser importante pensarmos a verdade não como um “fim” a ser perseguido de “forma absoluta”²²⁴. Ao contrário, a verdade deve ser vista como um ingrediente que integra a linguagem, o contexto histórico, a singularidade do caso concreto. Portanto, deve ser concebida de forma não absoluta nem arbitrária, mas, acima de tudo, de forma livre e pragmática. O processo judicial, pois, não pode ficar refém de verdades “últimas”, “universais”, sob pena de negarmos a realidade, pecarmos em inefetividade e, principalmente, nos distanciarmos de uma justiça democrática e constitucionalmente possível.

Importa aqui, sobretudo, definir bem claramente quais os níveis da discussão que estamos nos propondo desenvolver, principalmente porque tratamos de dois paradigmas contrapostos dentro de um mesmo contexto social: de um lado, o paradigma racionalista, que podemos denominar de “ética do infinitismo”, atualmente instituído no sistema vigente com a característica do positivismo; de outro, o paradigma do *cuidado*²²⁵ ou da *finitude*²²⁶, que iremos denominar de “ética da responsabilidade” (Hans Jonas), compreendendo o “*método*”²²⁷ fenomenológico hermenêutico (Heidegger) como forma de superação do racionalismo reducionista.

²²²O impessoal leva embora as escolhas de *Dasein* e sua responsabilidade pelo que faz e acredita. Não sou eu que decido para que serve um martelo ou que decido usar roupas em público. Nem alguém em particular decide tudo isto. Ninguém o faz. É apenas o que se pensa e se faz, o que o impessoal pensa e faz. INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*, tradução Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, pág. 97.

²²³A inautenticidade está frequentemente associada com o impessoal. Ser autêntico é fazer sua própria coisa, não o que o impessoal prescreve. INWOOD, Michael. Op. cit., p. 12. Consulte-se, no Direito, acerca da inautenticidade, também o que refere HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil: uma análise à luz da filosofia hermenêutica (ou hermenêutica filosófica) de Heidegger e Gadamer. *Revista da Ajuris*, v. 57, págs. 9-57, 2003.

²²⁴ Sobre a temática da verdade como mito, conferir: HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. O tempo do processo e o mito da verdade: uma reflexão hermenêutica sobre a tutela preventiva dos direitos coletivos. In: Lúcio Delfino; Fernando Rossi; Luiz Eduardo Ribeiro Mourão; Ana Paula Chiovitti. (Org.). *Tendências do moderno processo civil brasileiro - aspectos individuais e coletivos das tutelas preventivas e ressarcitórias*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, v., págs. 117-139.

²²⁵ Segundo clássicos dicionários de filologia, alguns estudiosos derivam cuidado do latim *cura*. Esta palavra é um sinônimo erudito de cuidado e é usada na tradução de Ser e Tempo de Martin Heidegger. Em sua forma mais antiga, *cura* em latim se escrevia *coera* e era usada num contexto de relações de amor e de amizade. Expressava a atitude de cuidado, de desvelo, de preocupação e de inquietação pela pessoa amada ou por objeto de estimação. BOFF, Leonardo. *Saber Cuidar Ética do humano – Compaixão pela Terra*. Petrópolis: Vozes, 1999, pág. 90-91.

²²⁶ A finitude é a condição humana de ser-lançado, de ser-projeto, ou seja, como podemos interpretar da leitura de Heidegger em Ser e Tempo: nascemos em direção à morte. A finitude nos faz agir autenticamente, nos faz pensar, nos retira da medianidade.

²²⁷ “Fazemos uso do termo ‘método’ entre aspas para distingui-lo da acepção que em torno dele se constrói na modernidade no sentido de um procedimento mecânico prévio capaz de ordenar e estruturar o conhecimento de algo. Para esse sentido, usamos o termo método sem aspas. Com ‘método’ queremos significar – como esclarece Heidegger – o caminho através do qual se segue a coisa”. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o*

Seguimos, assim, em frente para tratarmos da questão relativa à verdade no Direito: seria ela uma possibilidade ou um mito? Para responder a questão, temos de verificar a relação da verdade com a liberdade, da verdade com a obra de arte, do Processo Civil com o paradigma racionalista; a verdade em Jürgen Habermas e Richard Rorty e, por fim, as relações entre a ética da responsabilidade e o Direito. Ao trabalho, pois.

3.1 OS DOIS PARADIGMAS: A ÉTICA DA METAFÍSICA (RACIONALISTA) E A ÉTICA DO CUIDADO (RESPONSABILIDADE)

Quando falamos em ética queremos nos referir às reflexões acerca dos modos de agir socialmente, coletivamente. Nesse sentido, ela funciona como um “dosador” da moral. A ética nada tem a ver com formas de vontade deste ou daquele grupo, mas funciona atuando de forma bastante contundente diante de abismos criados pela própria sociedade.

Portanto, quando falamos de duas éticas que se contrapõem estamos falando de dois abismos sociais. Esses abismos sociais fizeram com que, em determinado momento histórico, cada um a seu tempo, diante de determinada necessidade, pudessem servir ou atuar como precursores de um novo paradigma²²⁸.

Sabemos que as bases histórico-sociais do ocidente, bastante influenciado pelo cientificismo, propiciaram o nascimento e o desenvolvimento do positivismo jurídico, decorrente de uma real necessidade social da época²²⁹.

Da mesma forma como ocorreu com a influência do positivismo nas relações sociais e no direito, já há algumas décadas passamos a conviver com um novo conceito de ética ou paradigma. Toda vez que se pensa na ética do cuidado, imaginamos este processo ocorrendo mais intensamente na vida das pessoas a partir de discussões sociais envolvendo a coletividade, o bem estar social, a preocupação com as minorias, com o multiculturalismo etc. Apenas para exemplificar, há alguns anos sequer ouvíamos falar em meio ambiente ou em preservação ambiental; não existiam programas e campanhas estatais e paraestatais ligadas às questões ambientais. O fato de ocorrerem extinções de espécies de animais e devastação de ecossistemas era, pela maioria, encarado como mais uma fatalidade.

Conceito de Princípio. A hermenêutica e a in(determinação) do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pág 208.

²²⁸ “A filosofia ocupa um importante lugar na cultura apenas quando as coisas parecem estar caindo aos pedaços – quando crenças há muito arraigadas e amplamente aceitas estão ameaçadas”. RORTY, Richard. *Filosofia como política cultural*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pág. 128.

²²⁹ O positivismo jurídico na modernidade ganha bastante força a partir do momento em que a sociedade almeja estabilidade e segurança jurídica, principalmente para coibir o “arbitrário” que até então representava o Estado.

Muito provavelmente, a partir das últimas três décadas, a temática central que determina os diversos meios de comunicação não é outra senão a preservação da vida, o cuidado com o meio ambiente, a preocupação com o futuro do planeta. Enfim, instaurou-se uma tendência do cuidado e da responsabilidade que repercute nas atividades mais comezinhas, como na conduta, por exemplo, das crianças ao se preocuparem com o destino de materiais e resíduos domésticos, situação raríssima de se encontrar, por exemplo, em quem viveu a infância até a década de 70.

Partindo do pressuposto de que a ética exerce uma espécie de controle na moral, como um agir reflexivo e crítico, não há como negar que a transformação ou mudança de paradigma exercem uma força bastante grande em todos os setores da sociedade.

Não é à toa que nas últimas décadas temos vivenciado algumas transformações modelares em toda a sociedade. A ética e a responsabilidade têm sido uma constância em setores onde, anteriormente, não havia mínimas preocupações com dita questão. Não que tenhamos erradicado a corrupção ou que tenhamos nos tornado “homens ecológicos” ou atingido um modelo ideal de conduta pautada pela boa-fé e pelo cuidado. Não é isso! Inexoravelmente, estamos num processo de transição que se pode denominar de “paradigma da responsabilidade”, do cuidado, da finitude²³⁰, nas palavras de Zeljko Loparic²³¹. Há, assim, uma preocupação natural com os direitos das minorias; fala-se em multiculturalismo, cidadania, soluções alternativas de conflito, alteridade; há, enfim, uma tendência coletiva voltada ao cuidado.

Podemos citar, nesse contexto, como uma das características mais marcantes da modernidade, o processo de judicialização dos litígios, a solução de conflitos via Poder Judiciário. O desenvolvimento desse processo de judicialização, evidentemente, decorreu de uma exigência social de pacificação, visando evitar a instauração de uma justiça privada, paralela ao Estado. Pois bem. Agora, estamos notando, em todos os “cantos”, o surgimento de formas alternativas de soluções de conflitos, uma preocupação constante com a composição do litígio, com a aproximação dos litigantes. Significa dizer que temos uma ética da responsabilidade avançando lentamente como uma forma de superação de um abismo social de conflito instaurado e das instituições que não dão mais conta de suas atribuições.

²³⁰ “Hoje, o infinitismo está em crise tanto na filosofia como no resto da cultura ocidental. O relativismo teórico e a falibilidade são moeda corrente nas teorias da natureza. A morte das utopias e do messianismo secularizado sinaliza a mea culpa das éticas infinitistas. Também perderam a força as idéias correlatas do progresso e da perfectibilidade do homem. A fantasia de criar o ‘novo homem’, quando prevaleceu, revelou-se um caminho de retorno à barbárie”. LOPARIC, Zeljko. *Ética e Finitude*. São Paulo: Educ, 1995, pág. 09-10.

²³¹ Idem.

Outra característica contemporânea é a de que, no âmbito do Direito, notadamente no Brasil, nunca se legislou tanto para a proteção e melhoria da situação dos historicamente oprimidos. Estatuto da Criança e do Adolescente, Código de Defesa do Consumidor, Lei Maria da Penha, Lei da Alienação Parental, Estatuto do Idoso, apenas para citar alguns institutos legais, constituem exemplos do que afirmamos.

Poderíamos pensar nas pessoas que historicamente foram oprimidas e que agora são agraciadas pela “bondade” do nosso Poder legislativo que, por um instante, parece ter acordado para a valorização das crianças, mulheres e idosos. Será mesmo que isso ocorre? Sinceramente, preferimos acreditar em algo mais profundo, de caráter *transcendental*, de cunho ético e ligado à mudança de paradigma, talvez fortalecido e impulsionado pela própria situação de insuficiência das instituições públicas de cariz legal-reducionista.

Há, sim, atualmente, uma preocupação com a responsabilidade, numa espécie de virada da existência humana e com a possibilidade de assumirmos o compromisso de viver com responsabilidade, de sermos autênticos. Veja-se que a finitude contempla em seu lado positivo um dado fundamental da existência, pois ela somente tem sentido para quem existe. Tal condição não tem outro sentido senão de nos impulsionar como *projeto*²³² e nos afastar de uma vida inautêntica.

O cuidado, como modo de ser do ser-aí, é condição de possibilidade de promoção da vida autêntica. Nesse sentido, Leonardo Boff:

(...) o cuidado é ainda mais que um ato e uma atitude entre outras. Disse-o o filósofo que melhor viu a importância essencial do cuidado, Martin Heidegger (1889-1976) em seu famoso Ser e Tempo: ‘Do ponto de vista existencial, o cuidado se acha a priori, antes de toda atitude e situação do ser humano, o que sempre significa dizer que ele se acha em toda atitude e situação de fato’. Quer dizer, o cuidado se encontra na raiz primeira do ser humano, antes que ele faça qualquer coisa. E, se fizer, ela sempre vem acompanhada de cuidado e imbuída de cuidado. Significa reconhecer o cuidado como um modo-de-ser essencial, sempre presente e irredutível à outra realidade anterior. É uma dimensão fontal, originária, ontológica, impossível de ser totalmente desvirtuada.²³³

Mas voltemos à verdade. Falar em verdade, neste contexto de ética da responsabilidade, significa fundamentalmente apontar para a necessidade de se conceber a

²³² “Dasein sempre projeta a si mesmo sobre as suas possibilidades, embora o leque de possibilidades varie, dependendo do grau de sua decisão (ST, 385). Ao fazê-lo, ele compreende a si mesmo em função das possibilidades que lhes são abertas. Dasein projeta a si mesmo em seu próprio projeto – este é um dos significados da afirmação de que um projeto é LANÇADO”. INWOOD, Michael. Op. cit., pág. 152-153.

²³³ BOFF, Leonardo. Op. cit., pág. 33-34.

verdade por outro viés, diferente do clima de certeza e segurança reducionistas determinado pela modernidade²³⁴.

A verdade aparente, fundada naquilo que se consegue visualmente se perceber, não é verdade. Assim como as realidades que foram forjadas de forma arbitrária não servem mais como pano de fundo para se obter algum tipo de verdade. Notadamente, iremos identificar, a partir daqui, que algumas inovações como, por exemplo, a utilização do discurso argumentativo habermasiano, não são suficientes para estabelecer algum tipo de discussão sobre verdade, pois, de uma forma travestida, acabam por retornar aos mesmos problemas identificados na filosofia da consciência²³⁵. Mas vamos adiante.

3.2 A VERDADE NO DIREITO: POSSIBILIDADE OU MITO?

De acordo com o que desde sempre verificamos nas discussões da doutrina tradicional do processo brasileiro²³⁶, sem jamais perder de vista a importância para o direito da relação imediata entre os fatos e a verdade, cinge-se a verdade em “verdade real” e “verdade formal”. A primeira seria aquela que chega ao juiz, reveladora dos fatos e com uma linha de coerência histórica, nem sempre corroborando a vontade das partes; a segunda é a resultante do próprio processo, embora muitas vezes sem uma correspondência exata com a realidade dos fatos e com os acontecimentos históricos.

Parece-nos, no entanto, que a necessidade que levou com que se fizesse tal distinção entre verdade real e verdade formal decorre da própria diversidade existente entre o processo civil e o processo penal. Por tratarem esses ramos do Direito de bens de relevância diametralmente opostos, verifica-se que ao processo civil é dado contentar-se com uma verdade meramente formal, por não haver, de regra, bens indisponíveis, salvo os casos de

²³⁴ “Uma notável característica das utopias modernas era a atenção dedicada ao planejamento meticuloso dos cenários da vida cotidiana – o planejamento e o desenho do espaço da cidade, onde a grande maioria dos habitantes dos mundos futuros deveria viver. E esperava-se que a clareza e a uniformidade do cenário externo assegurassem uma clareza e uma uniformidade do comportamento humano, sem deixar espaço para a hesitação, a incerteza ou a ambivalência”. BAUMANN, Zygmunt. *A sociedade Individualizada. Vidas Contadas e Histórias Vividas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, pág. 87.

²³⁵ “Gadamer se opõe à tese husserliana da filosofia elaborada como uma ciência estrita, onde a consciência se apresenta como consciência pura, como um eu transcendental. O reconhecimento da historicidade do ser humano, que impede conceber o homem como um sujeito que enfrenta o mundo sem suposições, sem pré-juízos, diferencia a filosofia de Gadamer da fenomenologia de Husserl e do racionalismo de Descartes”. GAETA, Rodolfo; GENTILE, Nélida; LUCERO, Susana. *Aspectos Críticos das Ciências Sociais. Entre a realidade e a metafísica*. São Leopoldo: Unisinos, 2007, pág. 197.

²³⁶ Como exemplo, podemos citar doutrinadores como Moacyr Amaral do Santos, Cândido Rangel Dinamarco, Luiz Francisco Torquato Avolio, para lembrar apenas alguns deles.

direitos difusos, direito à saúde etc; enquanto que, no processo penal, a preocupação pela verdade real se acentua decorrente da indisponibilidade dos bens tutelados.

De concreto, nesta distinção, retiramos somente que no processo civil, visivelmente, há um menor desapego às formalidades, num sentido de priorizar a celeridade. De qualquer forma, não imaginamos qualquer tipo de relação processual descomprometida com a verdade, seja ela a dita verdade formal ou a dita verdade real, sob pena de estarmos enfraquecendo demasiadamente o crédito social que detém a jurisdição.

Falar em “*verdade eternas*”²³⁷, no entanto, significa entrarmos num terreno movediço e cercado de mitos e utopias, pois, ao fim e ao cabo, a verdade que se propala como indispensável à finalidade do processo tem um valor muito mais ligado à legitimação das decisões judiciais, como fundamento para manter o reconhecimento social da jurisdição, do que propriamente a se chegar ao substrato da mais “pura” verdade.

Assim, a verdade objetiva amplamente propalada e avidamente perseguida nos processos judiciais, em grande medida, não ultrapassa a função de legitimar e preservar o crédito social da prestação jurisdicional, pois se pretende criar a impressão de que a decisão amparada na mais pura verdade está certificada pela justiça e, dessa forma, é capaz de superar a dúvida que possa contaminar a melhor decisão.

De tudo, falar de verdade formal e verdade real no processo dentro de um contexto dogmático e epistemológico até reconhecemos possível. Entretanto, quando nos damos conta de que este processo de que falamos é o instrumento criado para dar cabo em soluções de conflitos entre pessoas, instaura-se uma sensação no sentido de que esta discussão é inócua e contribui apenas para procrastinar ainda mais o processo judicial que já se caracteriza pela morosidade e pela inefetividade.

Neste aspecto, Adalberto Narciso Hommerding aborda a incompreensível relação que se criou entre o processo e o mito da verdade:

É nesse contexto que ainda se tem buscado a ‘verdade’ como fim do processo, apesar de se saber que essa busca não passa de um grande mito. Inserida numa tradição metafísico-objetivante, que impede possa perceber a inadequação da idéia de verdade como correlação entre intelecto e a coisa, e diante da incapacidade de seu instrumental para resolver os conflitos de modo efetivo, a jurisdição brasileira, em pleno Estado Democrático de Direito, continua apegada aos dogmas do Estado Liberal de Direito. Assim é que, diante dos elevados graus de celeridade e

²³⁷ “Afirmar ‘verdades eternas’ e confundir a ‘idealidade’ da pre-sença, fundada nos fenômenos, com um sujeito absoluto e idealizado pertencem ao resto da teologia cristã no seio da problemática filosófica, que há muito não foram radicalmente expurgados”. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I, Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 299.

provisoriamente da sociedade contemporânea, o Judiciário ainda continua trabalhando com categorias desvinculadas do real.²³⁸

Em meio a esta discussão sobre espécies de verdade chegamos a uma única certeza: a de que o ideal de verdade universal e absoluto tão almejado e propalado no processo não passa de uma miragem, uma utopia, algo que não se concretiza. Não podemos falar de verdade formal, muito menos de verdade real (absoluta), simplesmente por que esta verdade que se quer atingir não constitui e nem integra a estrutura existencial do sujeito, principalmente porque a verdade está, também, na não-verdade²³⁹. O *Dasein*, portanto, está tanto na não-verdade como na verdade. Isto significa que o *Dasein* decadente *se perdeu em seu “mundo”*²⁴⁰ e se distancia da verdade, como *ser-com* impessoal.

Da leitura de *Ser e Tempo*, constatamos que Heidegger é categórico ao afirmar que o conceito de verdade está também na não-verdade, ou seja, ela não se dá como uma característica intrínseca das coisas, mas irá aparecer como uma descoberta, num desvelar constante.

O processo interpretativo, assim, ensina Hans-Georg Gadamer, pode reiterar-se *ad infinitum*, já que a tarefa hermenêutica consiste num trabalho nunca acabado, pois no transcurso da história é contínuo o crescimento do contexto da obra que buscamos compreender. Variam as conjecturas e mudam as perspectivas com as quais o texto foi considerado, tornando sempre possíveis novas e melhores interpretações.

O fenômeno da verdade liga-se à questão da descoberta e do caráter de relação com o mundo que se dá pela *pre-sença*²⁴¹. De forma livre e não induzida para um resultado pretendido, como Heidegger a concebe: *a verdade como abertura e ser-descobridor, no tocante ao ente descoberto, transforma-se em verdade como concordância entre seres simplesmente dados dentro do mundo. Com isso, fica demonstrado o caráter ontologicamente derivado do conceito tradicional de verdade*²⁴².

²³⁸ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 201.

²³⁹ Conforme Martin Heidegger, parágrafo 44º de *Ser e Tempo*.

²⁴⁰ HEIDEGGER, Martin. Op. cit., pág. 290.

²⁴¹ Na versão brasileira de *Ser e Tempo*, publicada pela Editora Vozes, a tradutora Márcia de Sá Cavalcante opta por substituir a expressão *ser-af* por *pre-sença* na tradução da palavra *Dasein*, enquanto que para o original de Heidegger esta definição se resumiria meramente para definição do homem.

²⁴² HEIDEGGER, Martin. Op. cit., pág. 294.

No parágrafo nº 44 de *Ser e Tempo*, Heidegger aborda a questão da verdade e deixa bastante claro que ela não pode ser encontrada nas *proposições*²⁴³ pura e simplesmente, principalmente porque a verdade não está na definição metafísica, mas decorre da questão do ser e de sua manifestação fenomenológica.

Sobre o conceito tradicional de verdade²⁴⁴, Heidegger irá dizer que “para se esclarecer a estrutura da verdade, não basta simplesmente pressupor esse todo relacional mas é preciso reconduzir o questionamento a seu contexto ontológico que sustenta esse todo como tal”²⁴⁵. A verdade não possui, portanto, a estrutura de uma concordância entre conhecimento e objeto, no sentido de uma adequação entre um ente (sujeito) e um outro ente (objeto). Neste sentido é que, Wálber Araújo Carneiro diz que “o fato de uma proposição poder ser falsa é a prova inequívoca de que a verdade não está na proposição”²⁴⁶.

Assim, podemos afirmar seguramente que a questão central da verdade encontra-se na *diferença ontológica*²⁴⁷, ou seja, no movimento circular entre o *como apofântico*²⁴⁸ e o *como hermenêutico*. A verdade é algo que faz ver o ente, mas não se encontra dentro do ente como característica objetiva de sua estrutura: está no acontecer fenomenológico do ser que se dá a partir da abertura.

A verdade será considerada, assim, como movimento, um acontecer, um desvelamento. Esse movimento não é um processo decorrente de uma intencionalidade da consciência prévia, mas, ao contrário, é o resultado de um acontecer da verdade, que tem como condição de possibilidade a abertura do ente, historicamente²⁴⁹.

²⁴³ A proposição permanece considerada em todo o pensamento de Heidegger um modo inferior de discurso. Podemos afirmar algo de entes, mas não do ser. Fazê-lo acaba por apresentar ser como um ‘objeto’. INWOOD, Michael. Op. cit., pág. 154.

²⁴⁴ “Três teses caracterizam a apreensão tradicional da essência da verdade e a opinião gerada em torno de sua primeira definição: 1. O ‘lugar’ da verdade é a proposição (juízo). 2. A essência da verdade reside na ‘concordância’ entre o juízo e seu objeto. 3. Aristóteles, o pai da lógica, não só indicou o juízo como o lugar originário da verdade, como também colocou em voga a definição da verdade como ‘concordância’”. HEIDEGGER, Martin. Op. cit., pág. 282.

²⁴⁵ Idem, p. 284.

²⁴⁶ CARNEIRO, Wálber Araújo. *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Limites e possibilidades de uma filosofia no direito*. Tese de Doutorado, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009, pág. 166.

²⁴⁷ Pode ser dito como a distinção entre ser e ente, que se levam apartados um do outro e, ainda assim, relacionados um com o outro.

²⁴⁸ Heidegger distinguiu o *como apofântico* do *como hermenêutico*, existenciário hermenêutico (*Ser e Tempo*, § 33º). O “*como apofântico*” é o como da asserção (*Aussage*) e corresponde ao como de estar presente (*Vorhande*), é o como do estar à mão (*Zuhande*), pode-se considerar um objeto determinado e se perguntar sobre as suas propriedades, ou seja, pergunta-se pela mesa e se responde com asserções relativas à mesa. Enquanto que o como hermenêutico iremos perguntar pelo para que da mesa, deixando bem claro que as propriedades de um objeto não determinam a sua condição existenciária.

²⁴⁹ “As afirmações de verdade, para Heidegger, fundamentam-se numa estrutura ontológica, um aspecto da qual é o facto de que os seres humanos se encontram em contextos historicamente variáveis”. HODGE, Joanna. *Heidegger e a Ética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, pág. 297.

Mas se a verdade reside no ser, o que garantiria que o ser que acontece é um ser verdadeiro? A resposta a este questionamento se constitui um dos pontos centrais da filosofia existencial de Heidegger. Nada poderá garantir que o ser da verdade é um ser verdadeiro, pois a verdade também reside na não verdade²⁵⁰, como já dito.

Heidegger ensina que “Em sua constituição ontológica, a presença é e está na ‘não verdade’ porque é, em sua essência, ‘de-cadente’. Todavia, somente na medida em que a presença se abre é que ela também se fecha; e somente na medida em que, com a pre-sença, já sempre se descobriam os entes intramundanos é que eles, enquanto encontro possível dentro do mundo, já se encobriram (velaram) e deturparam”²⁵¹.

No acontecer fenomenológico, o ente que vem ao nosso encontro se manifesta com uma abertura parcial. Jamais teremos do ente uma abertura absoluta que nos possibilite conviver unicamente com a verdade, pois não é característica existencial do ser-aí se manifestar de forma totalmente aberta e transparente.

O ser jamais se mostra isolado do mundo. O ser é sempre *com*, em meio ao contexto social em que vive e, por conta disso, nunca se mostra por inteiro. Isto, então, constitui uma das variáveis que constituem e caracterizam o ente do ser na diferença ontológica, pois nunca o veremos como um todo e nunca o veremos na completude e seu contexto.

O paradigma heideggeriano nos aponta para um contexto mais harmônico dessas relações, pois o ser acontece *como hermenêutico*, em projeto que não dominamos e que se antecipa independentemente das nossas vontades. Portanto, podemos concluir que todo o acontecer antecipado é, necessariamente, um acontecer verdadeiro.

No ponto, Wálber Araújo Carneiro comenta:

Certamente, haverá algo de subjetivo na compreensão – afinal, o que acontece depende de uma visão de mundo e a ‘história de vida’ do sujeito será determinante para tanto – mas isso não significa que esse acontecer seja um arbítrio, pois ele sequer terá tempo para optar por um projeto compreensivo determinado ou para pensar em métodos constitutivos desse projeto. Tudo chegará tarde. No acontecer originário sempre haverá a verdade, porque sempre haverá um desvelamento que trará à tona um sentido do ente que fora construído intersubjetivamente e no qual o *dasein* está imerso. Só faz sentido falar em verdade porque o eu está aí com os outros. Se estivéssemos sozinhos e se esse estar sozinho significasse ausência total do outro, o eu sozinho seria equivalente a Deus. E para

²⁵⁰ “A dejectão da existência inautêntica é, pois, possível, porque a própria verdade implica em si a não-verdade, como obscurecimento ligado necessariamente a toda a iluminação. O que em *Sein und Zeit* permanecia como um enigma e a razão de o *Dasein* estar quase sempre, e em primeiro lugar na existência inautêntica, é aqui referido à própria essência da verdade, isto é, à própria estrutura do ser: com efeito, quando falamos do ente na sua totalidade, adverte Heidegger, na realidade pensamos no ser, por mais que, desde há muito tempo (e esta é a história da metafísica) estejamos habituados a concebê-lo apenas em referência à totalidade do ente”. VATTIMO, Gianni. *Introdução à Heidegger*. 10. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 84.

²⁵¹ HEIDEGGER, Martin. Op. cit., p. 290-291.

Deus não faz sentido falar em verdade e em conhecimento, tampouco em diferença ontológica entre ente e ser. Só falamos em verdade e em conhecimento porque há um mundo de sentido que não construímos sozinhos, e que já pressupõe o estar com o outro.²⁵²

A verdade do ponto de vista fenomenológico deve ser uma verdade democrática, pois não se harmoniza com o arbitrário. Portanto, o ser que se projeta autenticamente não permite espaço para a arbitrariedade nem para o totalitarismo, pois qualquer verdade imposta é necessariamente uma verdade a-histórica e dissociada da faticidade.

Percebe-se mais claramente a sutileza dos conceitos de verdade quando nos deparamos com conceitos (inexoravelmente) “abertos”, que deixam ao intérprete toda a carga valorativa, como, por exemplo, o disposto no artigo 312 do Código Penal²⁵³, o qual autoriza o juiz decretar a prisão preventiva para a preservação da “*ordem pública*”. Ora, o conceito descrito na norma jurídica é tão subjetivo que, invariavelmente, a decisão judicial que se fundamenta unicamente com base neste critério torna-se por vezes arbitrária e de difícil relacionamento com o que seria propriamente verdade.

Quando alguém é preso especificamente em nome da “*ordem pública*”, dá-nos a impressão de que o julgador não está preocupado se o seu decreto se encontra ou não contextualizado numa realidade que permita ser utilizado. Ao contrário, passa-nos a impressão de que a única preocupação de verdade que o juiz teria está relacionada ao fato de ser aceito como verdade que somente ele (o juiz) detém a capacidade para melhor compreender o que seja aquele conceito, pois a lei é apenas o instrumento do exercício de uma metodologia rígida, que é propriedade exclusiva do julgador.

Neste contexto, a verdade passa ser algo criado e pré-ordenado dentro de um determinado contexto social para manter e determinar certas ideologias sociais em detrimento de outras. Para exemplificar, poderíamos citar inúmeros movimentos sociais de abrangência social nacional e internacional, que historicamente foram solapados e reprimidos por contextos sociais altamente arbitrários²⁵⁴, pois detentores de verdades absolutas sem liberdade para qualquer tipo de insurgência.

Daí a grande contribuição da democracia que possibilita a abertura. A abertura possibilita a reflexão sobre alguns conceitos que são considerados absolutos.

²⁵² CARNEIRO, Wálber Araújo. Op. cit., pág. 170.

²⁵³ A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

²⁵⁴ A Colonização da África e das Américas, o Regime nazi-fascista, a Ditadura Militar na América Latina, para citar alguns momentos históricos de arbítrio instaurado.

Em alguns momentos históricos poderíamos entender uma manifestação pública de determinada orientação sexual como “atentado a ordem pública”. Igualmente poderíamos entender como subversão manifestações de grupos étnicos postulando maior inserção na educação; ou grupos de trabalhadores rurais postulando que o Estado tenha uma efetiva política de reforma agrária.

Portanto, o fato é que, em grande medida, as verdades estão intimamente ligadas aos acontecimentos históricos e à sedimentação social, pois têm função de manutenção e monopolização de poder, notadamente dentro dos contextos políticos e filosóficos de matriz positivista.

Nesta altura, já é possível enxergar com mais precisão o lugar próprio da verdade. Heidegger irá nos dizer que a compreensão poderá vigorar propriamente ou impropriamente. A verdade ou o desvelamento irá acontecer quando a compreensão acontece de forma livre e autêntica. É aí que aparecerá a verdade da existência²⁵⁵.

E a verdade da existência, por sua vez, está ligada à liberdade.

Quando falamos em liberdade não queremos falar da concepção de liberdade descrita pela tradição. A liberdade de que se fala não advém da idéia de liberdade como propriedade do sujeito, ou seja, como mera vontade ou faculdade do homem. Em Heidegger, a liberdade é um modo de ser, devido à compreensão do homem como *Dasein*. Portanto, a liberdade de que se trata é aquela que deixa ser o ente, retirando-o de sua obscuridade, fazendo-o vir à tona. Trata-se do comportamento ou possibilidade de ser aquilo que deixa o ente livre para se desvelar. O *Dasein*, então, constitui-se como posse da liberdade, pois fora de liberdade não há *Dasein*.

Neste sentido, Alexandre Marques Cabral bem observa:

Devido ao comportamento, o *Dasein* funda um horizonte significativo em cujo seio a totalidade do real se dá. Neste sentido, caso este horizonte não deixasse o *Dasein* livre para relacionar-se com os entes, não haveria enunciação e, concomitantemente, a verdade no sentido tradicional não vigoraria. Somente neste ser livre a concordância pode vigorar – esta é a liberdade no sentido arcaico-originário. Ser livre, então, não é uma propriedade do sujeito humano; nada tem a ver com ter posse do destino da vontade; não se trata de algum tipo de livre-arbítrio. Liberdade, aqui, é a própria essência da verdade, ou seja, é a condição de

²⁵⁵ “Mas, por causa da decadência, o real tende a aparecer impropriamente, ou seja, velando seu ser mais próprio, posto que, na decadência, a compreensão é norteada pelo impessoal. Se a compreensão autêntica gera a verdade da existência, a decadência gera a não-verdade ou o velamento originário. Ser na verdade e na não-verdade é o destino do *Dasein*”. CABRAL, Alexandre Marques. *Heidegger e a Destruição da Ética*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009, pág. 92.

possibilidade de toda adequação entre proposição e a coisa. Por isso a sentença de Heidegger: 'A essência da verdade é a liberdade.'²⁵⁶

Por fim, a verdade é contingente e deve se concentrar o mais próximo possível do espaço hermenêutico, aquele que jamais irá prescindir do real, que dá condições de possibilidade para que a verdade se dê indissociada da experiência prática, histórica, filosófica e artística que é própria da condição humana e essencial à construção do conhecimento. Como experiência prática e histórica, a verdade irá se relacionar com a historicidade. É o que veremos a seguir.

3.3 A RELAÇÃO ENTRE VERDADE E LIBERDADE

Hans-Georg Gadamer sustentava, em suas lições, a relação da historicidade²⁵⁷ com a filosofia e a formação do pensamento como algo que não conseguimos ignorar. Portanto, a verdade significa sempre a relação entre presença e pensamento que constitui e define uma época histórica específica, uma época de presença.

E o direito talvez seja o que melhor exemplifica esta relação entre o tempo, a historicidade e a verdade, pois quando indagamos a respeito das coisas, já temos uma idéia prévia acerca de sua constituição; fala já a história. Ovídio A. Baptista da Silva, há muito tempo, definia muito bem essa relação: “Houve tempo em que as jovens que se exibissem com maiôs de duas peças nas praias brasileiras, corriam o risco de responder a processo criminal por atentado violento ao pudor. O Código Penal não mudou. Mudou o ‘fato’, não obstante conservar-se o mesmo. Sua ‘significação’ transfigurou-se, no curso do tempo”²⁵⁸.

Isso demonstra que, se fossemos defensores da lei sem intervenção moral, ou seja, negando a historicidade que é própria do mundo e é própria de *estar-no-mundo*, certamente estaríamos adentrando numa zona artificial e de pura arbitrariedade, como idealizou o iluminismo ao conceber a lei como detentora de uma única vontade: a lei do tirano que

²⁵⁶ CABRAL, Alexandre Marques. Op. cit., pág. 93.

²⁵⁷ “Só um existente que em seu ser é essencialmente futuro, de tal modo que, livre para a morte, possa, destruindo-se nela, deixar-se desculpar da presença que de facto realiza – por outras palavras: só um existente que, enquanto futuro, seja uma simultaneidade inicial um existente que é ‘tendo-sido’ (Gewesend) pode, transmitindo-se a si próprio a possibilidade que recebe em herança, assumir a própria derelição e, no mesmo instante, ‘ser para o seu tempo’. Só uma temporalidade autêntica, que é ao mesmo tempo temporalidade finita, possibilita algo como um destino, isto é, uma historicidade autêntica”. TROTIGNON, Pierre. *Heidegger*. Biblioteca Básica de Filosofia. 1965, pág. 74.

²⁵⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pág. 173.

acreditava ter produzido o milagre de um texto divinamente perfeito, posta ao julgador como a expressão de sua vontade.

Negar a faticidade sedimentada pela tradição histórica, portanto, é impor uma realidade artificial completamente divorciada das necessidades sociais. Lenio Luiz Streck, nesse aspecto, exemplarmente afirma que “no texto legal há sempre um contexto”, portanto, “quando o juiz aplica a lei estará aplicando não o texto-em-si, mas o sentido que esse texto adquiriu na tradição”²⁵⁹.

Neste contexto, não remanesce dúvida de que a verdade, embora sempre presente o sentimento utópico quanto a sua pureza e a sua universalidade, decorre de uma relação histórica não arbitrária e livre²⁶⁰.

E quanto à relação verdade/liberdade, o ser-aí na sua relação consigo mesmo, onde se dá a possibilidade de ser ou não ser ele mesmo, inclui a liberdade como sendo uma de suas determinações fundamentais. Não é por outra razão que Paulo Rudi Schneider afirma: “A liberdade representa a possibilidade de o ser-aí ser mais propriamente si mesmo, ou permanecer numa situação imprópria em identificação inconsciente e nivelamento geral social”²⁶¹.

Veja-se que as formas de encontro do sujeito com a finitude integram, de forma igualmente originária com a liberdade, a estrutura temporal de existência, o que possibilita o destino do homem e da sua historicidade. Portanto, o ser humano só é livre enquanto efetuação de escolha constante de si no processo de finitude²⁶².

A liberdade decorrente do processo de ir e vir, velar e desvelar, pois, confunde-se com a própria verdade enquanto *Aletheia*²⁶³, no dar-se conta da ocorrência de si e se desvencilhar das redes de uma compreensão absolutamente neutralizada pela objetivação.

O dar-se conta da finitude e da possibilidade de ser projeto irá constituir uma liberdade que significa propriamente a ocorrência da verdade. Não uma verdade universal e estática, mas uma verdade constituída num ambiente fenomenologicamente hermenêutico.

²⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pág. 462.

²⁶⁰ “A essência da verdade desvendou-se como liberdade. Esta última é o deixar-ser ec-sistente o ente. Todo o comportamento aberto se desdobra (schwingt), deixando-ser o ente e tomando atitude perante tal ou tal ente particular. A liberdade concedeu, de antemão, todo e qualquer comportamento ao ente em totalidade, já que é abandono ao desvendamento desse ente em totalidade e como tal.” TROTIGNON, Pierre. Op. cit., pág. 75.

²⁶¹ SCHNEIDER, Paulo Rudi. *O Outro Pensar*. Ijuí: Unijuí, 2005, pág. 26.

²⁶² “É a finitude propriamente assumida que expressa a liberdade do ser humano”. Idem, pág. 26.

²⁶³ “*Aletheia* é o termo grego para ‘verdade’, veracidade, honestidade, sinceridade. Nós perdemos a idéia do encobrimento e assim a força privativa de a-letheia: a luz é constante – nunca ligada ou desligada – e revela tudo que há qualquer um que olhe”. INWOOD, Michael. Op. cit., p. 5.

Nesse sentido, Paulo Rudi Schneider alude à conferência sobre a essência da verdade, de Heidegger:

Na conferência Sobre a essência da verdade a liberdade é primeiramente explicitada como essência da verdade, entendida como proposição correta para, logo adiante, inverter-se, mostrando-se como verdade mais original do ser. Verdade mais original do ser. Verdade e liberdade se entrecruzam de tal forma que até a não-verdade, livremente possível, não pode ser remetida à incapacidade subjetiva do ser-aí, mas à própria essência do ser. Assim, inversamente, é permitido dizer-se que o homem, no processo de realização da verdade, não se pode arvorar em ser o seu proprietário e produtor, mas que também nessa situação pode entender a compreensão ocorrente como dádiva do ser enquanto ser-aí que é. Entender-se como proprietário e produtor de liberdade fundamentada objetivamente seria o mero retorno enganoso à prisão do auto-esquecimento da condição de ser-aí. O ser aí enquanto compreensão de ocorrência na verdade devolve todo o fundamento ao ser e, com isso, funda-se na liberdade.²⁶⁴

Contrariamente à liberdade, o autoritarismo a que ora nos referimos é aquele que se esconde sob o manto do racionalismo e do dogmatismo, formador do Direito contemporâneo, caracterizado principalmente como uma ciência formal e abstrata. E o juiz, ao exercer a jurisdição dentro dos estritos termos das concepções metafísicas que recebeu e lhe formou, está a contemplar um autêntico estado de “autoritarismo judicial”, incrivelmente respaldado pela “legalidade”.

Observemos que as pessoas não se dão conta do incrível artilheiro que o sistema dogmático baseado na subsunção proporciona, já que não conseguem emergir para além do que acreditam estar sendo mostrado. Ficam, assim, impedidos de qualquer reação contrária ao legalismo porque o contexto onde tudo se dá é o de “razão pura”, herança do processo histórico que formou a sociedade moderna, profundamente enraizado e de difícil superação.

Daí a *metáfora do artista* e da *obra de arte*²⁶⁵, pois ela rompe com esta contenciosa a que estamos acorrentados – de cariz racional-legalista –, que nos remete a enxergar a clareira, possibilidade para pensar o impensado, de perceber que há outro mundo por trás das concepções universalizantes de verdade erigidas pela tradição metafísica.

Quiçá pudessemos conceber o mundo e as coisas da mesma forma com que o artista concebe sua arte, como genialmente observado por Gadamer²⁶⁶. Poderíamos pensar, então, no “juiz-artista”, constitucionalmente detentor de poder jurisdicional, que pensa e faz daquela

²⁶⁴ SCHNEIDER, Paulo Rudi. Op. cit., p. 27.

²⁶⁵ Distinção feita por Heidegger entre obra de arte e instrumento: a obra de arte caracteriza-se pelo fato de se impor como digna de atenção enquanto tal; o instrumento se esgota no uso e na referência ao mundo, que será abordada adiante.

²⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis : Vozes, 1999.

atribuição o próprio exercício de sua atividade própria e autêntica. Por certo que o juiz-artista seria, no exercício de sua tarefa constitucional, muito mais responsável com a jurisdição e preocupado com a efetividade do que qualquer outro.

O juiz artista é diametralmente oposto ao juiz do *solipsismo* e do *dogmatismo*²⁶⁷. Do que se pode dizer do que não constitui o juiz-artista, por si só, prescinde definir. Agora, como deveria ser o juiz-artista, podemos afirmar que ele não se define aprioristicamente, não se exaure como objeto, não se posiciona como “recurso” ou “instrumento” e, principalmente, atua sua jurisdição de forma constitucionalmente responsável. Verificaremos isso no tópico subsequente ao abordarmos a obra de arte.

3.4 A VERDADE E A OBRA DE ARTE

Diante da intensa participação da historicidade do ser, tal característica irá repercutir na relação do *Dasein* com o mundo: o homem como ser-aí, ou seja, aberto ao mundo. Entretanto, o *Dasein* não está somente em relação com ser, mas, sim, está lançado num modo histórico de acontecer, que caracteriza o próprio ser, não como propriedade, mas como existencial.

Decorrente da diversidade das coisas que é própria do mundo e da impossibilidade de determinação dos fatos e dos acontecimentos, Gadamer irá abordar a atividade existencial de Heidegger a partir da metáfora da obra de arte.

A análise existencial heideggeriana a partir da obra de arte passa pela reestruturação do conceito de instrumento que, como se sabe, constitui noção fundamental utilizada em *Ser e Tempo* para definir o modo de ser das coisas, além de realizar uma revisão da noção de mundo com ele conexas.

O conceito inicialmente utilizado por Heidegger para definir o ser das coisas era de instrumento²⁶⁸. Entretanto, ao utilizarmos este mesmo conceito para as obras de artes, veremos que este conceito é insuficiente.

²⁶⁷ É o caso do Juiz Hércules de Ronald Dworkin: “Hércules não é, nem de longe, um solipsista, um ‘protagonista’, alguém que decide sozinho. Ele é ‘Hércules’ não pela capacidade ‘sobre-humana’ de, com ‘bom-senso’, ‘prudência’ ou ‘discrição’ resolver, com ‘justiça’, os casos que chegam à sua jurisdição. A sua ‘extraordinária capacidade’ não é voltada à introspecção, mas à compreensão do Direito como totalidade, e isso implica, necessariamente, tomar em consideração o que fizeram (com acerto) os demais juízes do passado e do presente, além da produção legislativa”. MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial*. Blumenau: Conceito, 2010, pág. 88.

²⁶⁸ “Entre os vários conceitos de coisa que a tradição põe à nossa disposição, o conceito de instrumento revela-se como o menos inadequado, mas só porque implica uma concepção da coisa como combinação de matéria e forma; como tal, o instrumento implica, por um lado, uma disposição que o homem lhe impõe com vista aos seus

Gianni Vattimo, nesse sentido, explicita muito bem a relação autônoma que a obra de arte possui com o mundo, pois ela não precisa de nenhum contexto previamente estabelecido para ter significação e para ser reconhecida: “A obra de arte não exprime nem dá testemunho de um mundo constituído fora dela ou independentemente dela; ela própria abre e funda um mundo”²⁶⁹.

Pois é aí que reside a grande diferença do instrumento e das coisas que compreendem um mundo já significativamente pronto e acabado. A obra de arte, ao contrário, não encerra o seu próprio mundo, nem o fundamenta e tampouco o constitui. Por isso é que, para ter compreensão, precisemos perpassar necessariamente pelo contexto histórico e pela faticidade que é própria de cada *ser-no-mundo*. Daí a importância de tomarmos o conceito de experiência como algo mais amplo, como propõe Hans-Georg Gadamer:

A questão portanto não está em assegurar-se frente à tradição que faz ouvir sua voz a partir do texto, mas, ao contrário, trata-se de manter afastado todo que possa impedir alguém de compreendê-la a partir da própria coisa em questão. São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição. É claro que a demonstração heideggeriana de que o conceito de consciência de Descartes e o conceito de espírito de Hegel continuam sendo regidos pela ontologia grega da substância, que interpreta o ser como ser atual e ser presente, ultrapassa em muito a autocompreensão da metafísica moderna, porém não de modo arbitrário e aleatório mas a partir de uma ‘posição’ prévia que realmente permite compreender essa tradição ao pôr a descoberto as premissas ontológicas do conceito de subjetividade. Ao contrário disso, na crítica Kantiana à metafísica ‘dogmática’ Heidegger descobre a idéia de uma metafísica da finitude onde deve credenciar-se seu próprio projeto ontológico. Desse modo, ‘assegura’ o tema científico introduzindo-o e pondo-o em jogo na compreensão da tradição. É assim que se mostra a concreção da consciência histórica que está em questão de compreender.²⁷⁰

A obra de arte traz, portanto, uma noção de novidade e radicalidade que penetra de várias formas no mundo da racionalidade. Tal inovação é produzida pela própria natureza da obra de arte, principalmente porque ela não possui uma concatenação racional que a explique. A obra de arte não se constitui como um objeto com que se pode adornar o mundo ao lado de outros objetos com um fim específico. Ao contrário, representa uma perspectiva geral do

próprios fins (a forma); por outro, uma consistência autônoma, a matéria, a que precisamente se lhe impõe a forma. Com esta interpretação do conceito de instrumento como termo médio entre coisa (o consistir autônomo do ente verificado pela matéria; que se revela um conceito bastante problemático à luz de Ser e Tempo), e obra (produto do homem), vai-se já muito além de Ser e Tempo. O pertencer a um mundo como estar determinado por uma função e, conseqüentemente, por certo significado, não é já o único elemento constitutivo do ser da coisa; ou, pelo menos, não de certo tipo de coisas como as obras de arte. Com efeito, a obra de arte caracteriza-se, para Heidegger, pelo facto de ser ‘irreduzível’ ao mundo, caracter que os instrumentos não têm: o facto de o instrumento, pelo menos enquanto funciona bem, não atrair a atenção sobre si é sinal de que ele resolve tudo no uso, no contexto do mundo, ao qual pertence, pois, radicalmente”. VATTIMO, Gianni. Op. cit., p. 124.

²⁶⁹ Idem, p. 125

²⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2004, págs. 359-360

mundo, capaz de modificá-lo e aprofundá-lo, dependendo muito do sujeito cognoscente e do seu contexto.

A obra de arte distingue-se do instrumento exatamente porque não se fecha e não se esgota na utilização prática em referência com o mundo, que acontece na imposição permanente para além de sua presença física, abrindo-se para o mundo e oferecendo significação.

A relação entre o significante e o significado é muito bem trabalhada pelo artista, que não se resume ao que o instrumento lhe pode dar a partir de sua utilização. O significante é produzido pelo homem. Nesse aspecto, vejamos o que diz Ernildo Stein:

E o importante é que, na Filosofia, passou-se a perceber que o significante não depende de um Deus ou de um termo único, como em Platão, para que surja o significante cavalo, árvore, cadeira, mesa. O significante não surge de um termo único, não surge ligado a uma dimensão superior da condição humana. O significante é algo que é produzido na própria condição humana. O significado, portanto, não é necessariamente identificado com o significante. Desse modo, podemos trabalhar significado/significante de uma maneira livre na linguagem.²⁷¹

Em linhas gerais, portanto, o que se coloca à reflexão é a relação aberta que o artista desenvolve na produção artística contextualizada no mundo e no seu momento histórico próprio, e a relação que o juiz desenvolve na sua atividade de decidir estando inserido (jogado) num mundo já desde sempre na sua condição histórica própria.

Não resta dúvida de que a obra de arte é capaz de provocar ações e reações e, dessa forma, capaz de contribuir para a transformação da concepção de valores no contexto social em que está inserida, na medida em que traz o novo, que surpreende, escandaliza, exige reação e posicionamento de todos os envolvidos.

Ao falarmos do juiz artista, por sua vez, estamos nos referindo ao poder da arte e da genialidade de se descobrir o novo de forma não exauriente. Por certo, ao falarmos em artista, vem-nos ao pensamento a infinitude criativa de abertura ao novo, aquele que não se deixa nivelar pela tradição e pelo preconceito, que se abre ao novo e não se deixa apreender pela medianidade. E veja-se que aqui preconceito não tem o sentido pejorativo²⁷².

O preconceito ou pré-juízos fazem parte da compreensão e não devem ser ignorados, pois integram a própria tradição. Gadamer defende a tese de que, uma vez que se tome consciência dos pré-juízos, eles devem ser postos à prova de maneira incessante, corrigindo-

²⁷¹ STEIN, Ernildo. *Nas Proximidades da Antropologia*. Ijuí: Unijuí, 2003, p. 279.

²⁷² O preconceito aqui tem o sentido de algo que vem sedimentado na construção do pensamento de cada um, cuja experiência é trazida como forma de superação daquilo que já se encontra posto pela tradição.

os ou eliminando-os e substituindo-os por outros melhores. E, contrariamente ao ideal da ilustração que enfrenta a tradição com a razão, Gadamer legitima o valor da tradição e salienta sua importância para fazer possível o conhecimento²⁷³.

Concluindo, a metáfora da obra de arte vem mostrar-nos o elementar da vida cotidiana. No Direito, as verdades universais não têm lugar em contextos democraticamente constitucionais. O caminho insuficiente da metafísica tradicional reduz a nossa capacidade responsável de atingirmos fins próprios, autênticos e efetivos. E isso não pode ocorrer numa Democracia.

3.5 O PROCESSO CIVIL E O PARADIGMA DA RACIONALIDADE

Como já observado, vincular o processo ou qualquer outra categoria do direito à tentativa de impor verdades (a lei com sentido único) significa continuar trabalhando com conceitos totalmente desvinculados do real.

É certo que para entendermos este fenômeno devemos refletir sobre as bases de formação do nosso sistema processual, o qual se limita consideravelmente a adotar o padrão racionalista decorrente do Iluminismo que, na busca artificial da verdade, seja ela qual for, desvincula o processo do mundo da vida e, além disso, sobreleva a lei como detentora de um único sentido, como um cânone.

O Professor Ovídio Baptista da Silva alerta para a crise²⁷⁴ no processo civil instaurado nas bases metafísicas. O processo civil possui bases históricas e culturais muito fortes, aprisionando-nos, fazendo-nos parte de um círculo vicioso inefetivo e pouco ou nada produtivo.

Vale a pena citar a crítica de Francisco José Borges Motta, no mesmo sentido da crítica do Professor Ovídio Baptista:

O Direito Processual Civil estaria inegavelmente comprometido com o tal 'paradigma racionalista', que procurou fazer do Direito uma 'ciência' sujeita aos princípios metodológicos utilizados pelas matemáticas, como se fosse possível

²⁷³ Consoante GAETA, Rodolfo; GENTILE, Nélide; LUCERO, Susana. *Aspectos Críticos das Ciências Sociais. Entre a realidade e a metafísica*. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 199.

²⁷⁴ "O nosso padrão epistemológico ficou preso ao Iluminismo, ancorado nos dois pressupostos que o inspiram, quais sejam, a redução do fenômeno jurídico apenas ao 'mundo normativo'; e ao pressuposto de ser a lei uma proposição de sentido unívoco, o sistema, conseqüentemente, 'congelou-se', dogmatizando-se, sem que a doutrina e mesmo a prática forense ficassem liberadas para acompanhar as transformações sociais, ocorridas nos dois séculos que nos separam dos movimentos liberais que culminaram na Revolução Francesa". SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 2ª edição, Prefácio.

trabalhar o Direito como um ‘conjunto sistemático de conceitos, com pretensão à eternidade’, desvinculado da História; então, Ovídio destaca: o pensamento dogmático é incompatível com a hermenêutica, a partir de onde devemos superar essa ‘redução metodológica imposta pelo sistema tanto no ensino universitário, quanto na experiência forense.’²⁷⁵

A questão central do problema do distanciamento entre procedimento e efetividade, que acaba solapando o direito, tem bases históricas e fundamento na ética ocidental²⁷⁶, concepção metafísica, que se criou, não só porque carrega consigo um formalismo exacerbado, mas, principalmente, porque as instituições processuais visam a verdades matemáticas e eternizáveis que não se ajustam de forma alguma ao mundo concreto da vida cotidiana.

Notamos que, invariavelmente, a temática em torno da verdade ganha contornos que não deveria ganhar, principalmente diante de demandas que, por imposição social, precisam ser sumarizadas (antecipação da tutela). O juiz está autorizado pela lei a fundamentar num juízo de verossimilhança, ou seja, numa possível verdade naquele momento processual. Mas, por uma concepção arcaica de “plenitude” de verdade, faz com que o julgador acabe optando em não lançar mão do instituto antecipatório.

De nada adianta, portanto, evoluirmos no sentido de conquistar evoluções legislativas que venham a atender necessidades sociais há muito prementes, num sentido de contemplar formas de celeridade e efetividade judicial (como, por exemplo, a antecipação da tutela prevista no artigo 273, caput, do Código de Processo Civil, acrescentada pela Lei nº 8.952/1994²⁷⁷) se, na aplicação dos institutos, não abandonamos a tradicional imposição de “verdade”, cuja presença jamais concederá espaço para que se possa perceber o que seja efetivamente verossímil.

²⁷⁵ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, pág. 129.

²⁷⁶ “Por ética ocidental compreendemos aquele tipo de saber, surgido nas escolas platônicas, que estuda um matiz ou setor da experiência humana: a experiência ética ou moral. Como deixamos claro em nossa análise do conceito de ética originária presente na Carta sobre o humanismo, a ética ocidental é sintoma da metafísica enquanto modo de abordagem do real que se dá a partir de Platão, no Ocidente. Sendo a metafísica a decadência do pensar, pois ela se realiza à medida que o elemento próprio do pensar, o ser, é olvidado, a ética que dela deriva nada mais é do que sintoma da derrocada do pensamento no seio da cultura ocidental. Se Heidegger denominou ‘ontológico’ todo pensamento que se refere ao ser e o distinguiu do ôntico, que é o termo referente ao ‘universo’ dos entes, devido ao caráter, metafísico da ética ocidental, toda ética da tradição precisa ser intitulada ‘ética-ôntico-metafísica’. A expressão é, de certa forma, redundante, uma vez que todo pensar metafísico é ôntico; porém, nela se visa evidenciar o fato de que toda ética da tradição é ôntica justamente por ser elaborada sob a égide do horizonte metafísico de compreensão do real”. CABRAL, Alexandre Marques. Op. cit., p. 184-185.

²⁷⁷ O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: i) haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou ii) fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Em casos concretos podemos perceber nitidamente esta questão. Vejamos: em determinado processo judicial envolvendo uma pessoa bastante jovem que necessitava de prótese para recompor os movimentos da perna em decorrência de patologia degenerativa, além de ser portador de diabetes tipo *mellius*, vê-se o indeferimento judicial em decorrência de inexistir “perigo de morte”²⁷⁸. A fundamentação foi tão-somente essa.

O juiz sequer analisou ou cogitou analisar a possibilidade de haver um juízo de verossimilhança contido no pedido. Ao menos não verificamos sequer fundamentação a respeito.

O efeito psicológico de não (reconhecer) querer aceitar uma possível verossimilhança do direito da parte, considerando que o julgador não acredite em verdade incontestável, faz com nos deparemos com decisões como a que acabamos de mencionar, que condicionam a aplicação do instituto de antecipação da tutela à ocorrência de algo muito danoso ou irreversível como, no caso, o “*risco de morte*”.

Ora, a lei processual nada menciona no sentido de que o destinatário de uma medida antecipatória tenha de estar na iminência de perder sua vida para poder ganhar a tutela antecipada. Se analisarmos a situação concreta deste caso, o que, infelizmente, a decisão judicial abdicou de fazer, nitidamente percebemos que, além da urgência de uma pessoa ter sua saúde restabelecida e sua dignidade preservada, há um grau bastante elevado de verossimilhança do direito da parte.

No caso, constatamos que a situação de verossimilhança sequer foi analisada porque, segundo o julgador, haveria um pressuposto anterior a ela não preenchido, ou seja, a urgência. Assim, a partir deste entendimento, a subjetividade típica da urgência seria uma condicionante para a suposta objetividade da verossimilhança.

Ao nos depararmos, portanto, diante de um juiz radicalmente dogmático, sua subjetividade sobre o que vem a ser urgente estará a todo o instante dosando o grau de verossimilhança que entender estar presente, ou seja, num determinado caso concreto em que o julgador não perceba nenhum juízo de verossimilhança, conseqüentemente, insuficiente será a necessidade e/ou a urgência.

²⁷⁸ “Vistos. O autor pretende obter do Instituto de Previdência Social do Estado do Rio Grande do Sul, em antecipação da tutela, prótese de cerâmica não cimentada, bem como a realização de cirurgia para sua colocação, referindo que é portador, há dois anos, de coxartrose severa de quadril direito, doença degenerativa que causa muita dor e dificuldade de locomoção. Com a inicial, juntou procuração e documentos (fls. 19/51). É o breve relato. Decido. Analisando os documentos acostados com a inicial, verifica-se que não há indicação clara no relatório médico (fl. 25) de que o autor necessita do implante de forma urgente, nem de que corre risco de morte. Assim, não estando presentes os requisitos autorizadores da concessão de tutela antecipada, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, indefiro o pedido de antecipação da tutela”. (Processo Judicial nº 029/1.10.00080636)

Assim, há por trás de todo este sentimento de busca de uma “certeza verdadeiramente possível”, capaz de, então, autorizar o juiz a deferir a tão almejada antecipação da tutela, um “freio racionalista” que impede que o instituto da antecipação de tutela cumpra o papel a que se destina. Esta característica do processo civil e dos envolvidos em seus procedimentos para além da racionalidade típica de um sistema moldado dentro de pré-juízos de verdade, contempla uma carga bastante intensa de *infinismo*²⁷⁹.

A verdade, para além do que já se disse, tem uma conotação de “vingança” do homem contra a infalibilidade do tempo que, de forma implacável, invariavelmente lhe colocará frente a frente com a morte. O homem não suporta ser finito e, portanto, suas verdades serviriam como uma forma de se tornar imortal.

O paradigma racionalista trouxe consigo, também, decorrente do mesmo desejo constante de obter a verdade e juízo de certeza, o grave problema da efetividade judicial posta em último plano. O professor Ovídio Baptista da Silva aborda o tema com muita propriedade, referindo que o racionalismo nos legou o compromisso com os juízos de certeza, o que importará na busca constante pela “*vontade do legislador*”, substrato do solipsismo judicial²⁸⁰.

A questão, como se vê, se relaciona com a influência do método cartesiano que Heidegger critica no tópico que denominou *A essência do eu (mesmo) como consciência*:

Sobretudo, é a partir de Descartes que se vê a essência do eu na consciência. O eu é o que sabe de si mesmo; este estar consciente de si mesmo determina o ser do si-mesmo. A conseqüência natural dessa determinação é que o eu se dissolve num feixe de representações. Estas permanecem assim, mesmo que todas elas se ordenem para um pólo só, o chamado pólo do eu, donde elas se irradiam. Nem o agir, nem mesmo a decisão, nem até o caráter fundamental da historicidade e da dependência essencial do homem em relação com a co-presença dos outros homens servem aqui de princípio e arranque para si mesmo. Caráter pontual, sem história nem espiritualidade, do eu cartesiano corresponde inteiramente ao que o primado do pensamento matemático decide a priori sobre os seus possíveis objetos.

²⁷⁹ “A palavra infinitismo, como é evidente, advém de infinito, que é justamente a negação ou recusa do finito. Se para a metafísica medieval este último era sinônimo de imperfeição – pois era inerente aos entes criados (criaturas) que, por não serem Deus, ser pleno e perfeito, possuíam potência passiva, sinal de limitação na perfeição entitativa –, para Heidegger, ele não tem relação com a perfeição de Deus, o único ser que tem como atributo a infinitude. Em Heidegger, finitude é o termo que define o modo próprio do ser do Dasein, e ser Dasein é ser finito. A finitude do Dasein refere-se tanto à morte quanto à destinação do ser em sua abertura constitutiva. No caso da morte, como já elucidamos, a finitude aparece como o poder não mais ser do Dasein sempre iminente em sua existência. Ao mesmo tempo, sendo-na-morte, o Dasein depara-se com a transitoriedade ou temporalidade própria de suas possibilidades de ser, o que faz perceber que o real nunca se dá definitivamente, mas sempre limitado pelas possibilidades de ser e pelo seu movimento intrínseco de realização”. CABRAL, Alexandre Marques. Op. cit., p. 185.

²⁸⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

A consciência do eu e sua forma é que aqui determinam o ser do si-mesmo. Este primado da consciência diante do ser decorreu, de modo totalmente arbitrário, do predomínio do método matemático. As conseqüências desastrosas deste primado no tempo posterior a Descartes nos vêm ao encontro no sistema de Hegel. O eu é entendimento e vontade determinada pelo entendimento, não, porém, espírito; o conceito posterior de espírito ainda não está presente.²⁸¹

A idéia de juízo de certeza, que norteia todo o sistema processual, é responsável também por uma imensa gama de recursos previstos em nosso processo. Mesmo diante da decisão do juiz de primeiro grau que declara o direito, somos levados a acreditar que essa decisão pode não ter sido a mais “verdadeira”, e, em se admitindo de que a decisão possa gerar um certo prejuízo, instaura-se a necessidade de recorrer *ad infinitum*, para que a próxima instância, analisando novamente o caso, finalmente, alcance uma decisão que se aproxime de um veredito mais correto, revelando a “verdade mais verdadeira” do caso levado a juízo.

Lamentavelmente, essa lógica não leva em conta o tempo de espera das partes pela decisão definitiva, e, assim, o próprio Poder Judiciário, em sua dinâmica processual, acaba por ser a fonte de novos prejuízos, já que a demora também constitui forma arbitrária e autoritária de cuidar da jurisdição e do jurisdicionado, que nada pode fazer a não ser esperar, mesmo que o tempo implacavelmente faça o seu direito perecer.

3.6 A VERDADE EM JÜRGEN HABERMAS E RICHARD RORTY: PRAGMATISMO OU ARGUMENTAÇÃO?

Diante das considerações até aqui realizadas, permitimo-nos afirmar que a verdade considerada como um fim último constitui um mito que não se compatibiliza com um ambiente socialmente reivindicativo e de transição como é o do direito. Pelas inúmeras razões até aqui apontadas, não pode ser utilizado o critério da verdade racionalista como norte para conduzir os rumos do processo de conhecimento ou mesmo uma teoria da prova. Portanto, necessárias a reestruturação e a adaptação do conceito de verdade aos anseios e necessidades a que se destina o processo civil, principalmente quando voltamos o olhar à questão da efetividade e da subjetividade (discricionariedade) judicial.

Com o desiderato de tornar mais clara a questão da verdade e a necessidade de mudança de rumo, procuramos trabalhar duas teorias que abordam a questão da verdade de

²⁸¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Verdade*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 56-57.

forma bastante distinta, demonstrando as dificuldades e os problemas que derivam de um processo fundamentalmente decorrente do paradigma racionalista.

A teoria de Jürgen Habermas, representante maior daquilo que se convencionou “segunda geração”²⁸² da Escola de Frankfurt, e que, seguramente, hoje, é o pensador vivo mais importante da Alemanha, traz a interpretação da verdade relacionada à dialética, ou seja, construída com base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos envolvidos no processo de conhecimento, partindo do pressuposto de que a verdade não se desvela, mas se constrói através da argumentação.

Habermas procura centrar a discussão, retirando do foco o sujeito e o objeto, buscando uma superação de paradigmas pela dialética. Ou seja, para Habermas, a razão não mais está no mundo (ser) ou nos sujeitos (entes), mas naquilo que os sujeitos produzem a partir dos elementos comuns (linguagem).

Dessa forma, os sujeitos devem interagir a fim de alcançar um consenso sobre o que possa significar conhecer e dominar o objeto, elevando a intersubjetividade para além da subjetividade. Esta concepção, então, retira a razão que antes se concentrava no sujeito e a coloca na comunicação. Assim, o diálogo passa a preponderar no sistema interpessoal e a retórica ganha dimensão central na verificação da verdade.

Ressalta-se que o diálogo defendido por Habermas, sempre previamente a qualquer forma de conhecimento, busca um consenso que permita o conhecimento, cujo diálogo acontece *a priori*, como se houvesse um mundo ideal, quase da mesma forma como entendia Kant, o que nada mais é do que um retorno à filosofia da consciência.

O consenso, portanto, importa a aceitação *prévia* dos critérios necessários para a realização de qualquer comunicação (interação). Como explica Habermas:

A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adscrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o medium lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no telos lingüístico do entendimento, formando um ensemble de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras.²⁸³

Assim, a razão não é buscada apenas no íntimo do sujeito cognoscente, mas na argumentação, baseada no relacionamento humano, o que traz o aporte de elementos outros, que não apenas o conhecimento “científico”, tal como da moral e a história.

²⁸² Grupo que reuniu teóricos como Walter Benjamin, Max Horkheimer, Theodor Adorno e Herbert Marcuse.

²⁸³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*, vol. I, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pág 20.

Celso Luiz Ludwig, sobre a teoria de Habermas, irá lecionar que:

Os sujeitos que se comunicam pela linguagem, apoiam-se necessariamente num consenso que 'serve de pano de fundo para sua ação comunicativa'. O consenso torna-se manifesto através do reconhecimento recíproco, prévio, de pretensões de validade, pressupostas. São elas: pretensão de compreensibilidade da comunicação, pretensão de verdade do conteúdo, pretensão de correção (de justiça) do conteúdo normativo e pretensão de sinceridade e autenticidade relativas ao mundo subjetivo.²⁸⁴

Da mesma forma como se denuncia nos métodos artificializados que pré-determinam a vida social e jurídica, dissociando-se do mundo da vida, a teoria habermasiana deve ser aplicada em momento anterior ao diálogo concreto, que só irá ocorrer porque tais pretensões estão inexoravelmente previamente estabelecidas e aptas a estabelecer o diálogo. Obviamente que estas pretensões não têm em vista o mundo real, mas o pressupõem.

Gaeta, Gentile e Lucero afirmam que Habermas "objetiva estabelecer o fundamento de uma razão prática que se impõe de maneira absoluta e incondicional, isto é, explicitar os pressupostos de natureza ética presentes nos atos de fala e na argumentação da prática cotidiana (...). Assim, (...) quem participa em uma discussão, a partir do próprio momento em que decide falar, assume o compromisso moral de supor o consenso como uma base legítima a relação entre as pessoas"²⁸⁵.

Assim, a teoria habermasiana coloca todos diante de pretensões de compreensibilidade pré-estabelecidas voltadas à universalização de uma comunicação hipotética. De fato, atingindo estas pretensões um nível de validade geral, tem-se a universalidade da possibilidade da comunicação. Esta universalidade também é acompanhada da igualdade da comunicação. Dessa forma, as pretensões impõem aos sujeitos uma igualdade invencível na situação de discurso. Havendo consenso nas pretensões, a comunicação espontânea se estabelece. Quando, porém, qualquer destas pretensões é contestada (de modo geral), o consenso é perturbado e a comunicação entra em crise. Havendo lesão à pretensão de compreensibilidade, a questão pode ser resolvida no próprio contexto da interação. Já quanto às pretensões de verdade e de justiça a superação da contestação apenas pode ser atingida fora da situação, em novo tipo de diálogo: o discurso ou comunicação argumentativa. No discurso, todas as pretensões ficam suspensas, até que a assertiva seja confirmada ou refutada (em

²⁸⁴LUDWIG, Celso Luiz. *A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel*. Dissertação de mestrado apresentada no Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 27 de outubro de 1993, pág. 56.

²⁸⁵GAETA, Rodolfo; GENTILE, Nélide; LUCERO, Susana. *Aspectos Críticos das Ciências Sociais. Entre a realidade e a metafísica*. São Leopoldo: Unisinos, 2007, pág. 224-225.

discurso teórico) ou até que a norma seja considerada legítima ou ilegítima (através de discurso prático).

Isto implica dizer que, em Habermas, a verdade e a legitimidade não são conceitos absolutos, de validade plena e eterna. Ao contrário, resultam artificialmente do denominado *consenso discursivo*. Há um deslocamento da formulação da verdade em relação às proposições fáticas e da legitimidade em relação às proposições normativas para a intersubjetividade. A verdade é algo necessariamente provisório, apenas prevalecendo enquanto se verificar o consenso.

Tal, com efeito, é a garantia da universalidade do procedimento. A verdade não é buscada no conteúdo da assertiva, mas na forma pela qual ela é obtida (consenso). O conteúdo é evidentemente importante, mas nada tem que ver com a verdade, pois para esta apenas interessa a forma pela qual a afirmação é obtida. O verdadeiro e o falso não têm origem nas coisas, nem na razão individual, mas no *procedimento*²⁸⁶.

O *agir comunicativo*²⁸⁷ prevê que as normas e afirmações devem ser constantemente justificadas e legitimadas, a fim de verificar a manutenção do consenso. Transportando esta teoria ao direito, a razão comunicativa possibilitaria o ambiente lingüístico através do qual as interações se entrelaçam e as formas de vida se estruturam, logrando-se atingir espontaneamente a necessária correlação entre validade e eficácia, essenciais ao Direito.

A realização das normas jurídicas, regramento cogente, não resultaria de sua subordinação a mandamentos morais, ou, ainda, empiricamente à efetividade de uma norma técnica. Tudo se resolveria, afinal, em função da razão comunicativa, a qual, se não é uma fonte de normas, permite que estas se formem livremente através da vida comunitária sem o problema do normativismo.

Vê-se, pois, que todas as normas resultariam da interação comunicativa e que seria ela a única razão da legitimidade e da eficácia daquelas. Da mesma forma, fica claro que a perene reavaliação das normas existentes é uma constante na teoria de Habermas, que não admite a estagnação da dinâmica do *agir comunicativo*²⁸⁸.

²⁸⁶ “Habermas adota, pois, uma concepção procedimental de ‘justiça’, segundo a qual a validade das normas é estabelecida num procedimento argumentativo representativo da racionalidade prática dos próprios concernidos, e um modelo deliberativo de ‘democracia’, que se refere à idéia de que a normatização legítima procede da deliberação pública dos cidadãos”. Dossiê Jürgen Habermas. Revista CULT, nº 136, p. 48.

²⁸⁷ “Distingue-se do agir finalista, normativo e expressivo, e da razão instrumental, pelo fato de trazer em si o momento do entendimento livre de dominação. Tudo que age comunicativamente apresenta quatro pretensões de validade, exprimidas ou inexprimidas: inteligibilidade, verdade, correção (em referência a normas) e veracidade”. Dossiê Jürgen Habermas. Revista CULT, nº 136, p. 44.

²⁸⁸ A teoria de Habermas, contudo, não consegue resolver *in concreto* como é que as normas, formuladas segundo o agir comunicativo, adquirem o mínimo de *certeza e segurança* exigidas pela ordem jurídica positiva. Além disso, o consenso, que legitimaria determinada normatização, no caso do Brasil, resultaria num caos

Enfim, a teoria comunicativa, em primeiro lugar, vê o homem desde já como “social”, dotado de linguagem, sendo esta seu atributo universal, e obrigado a satisfazer suas necessidades, por meio de uma ação, visando o consenso. Em segundo lugar, a ética discursiva é, em princípio, válida para todos os homens, isto é, as pretensões de validade são universalmente válidas.

Muito embora opiniões em contrário, o que se retira da teoria argumentativa, no entanto, é um completo distanciamento do direito e da realidade, propiciando um fechamento que de “democrático” se distancia em muito. Habermas defende a universalidade do princípio argumentativo, sem considerar que vivemos num mundo pleno de diversidades, com violência, discriminação racial, intolerância social, pobreza, marginalidade...

Lenio Luiz Streck analisa a proposta habermasiana e a sua relação com o direito:

Habermas não faz uma teoria do conhecimento para descrever situações concretas. Ele faz uma teoria do conhecimento para descrever formalmente o que é universal nas situações concretas (veja-se, aqui, o ponto inicial para compreender as razões pelas quais os discursos de aplicação não dizem respeito à validade – que é previamente dada pelos discursos de fundamentação –, o que faz com que Habermas não admita que se possa deduzir uma contradição no sistema a partir de uma colisão de normas; para ele, os discursos de fundamentação devem separar-se da dependência situacional das colisões normativas). Daí a contundente crítica de Rorty, de que toda idéia de uma independência de contexto é parte de um esforço infeliz para hipostasiar o adjetivo ‘verdadeiro’. É só esse hipostasiamento que cria a impressão de que há uma meta de investigação, além da justificação perante audiências contemporâneas relevantes.²⁸⁹

Contrapondo a teoria argumentativa com o pragmatismo²⁹⁰, aqui representado por Richard Rorty, podemos perceber a verdade como algo a ser construído num ambiente livre e mediado pelas manifestações do cotidiano e da tradição. Ao contrário do que poderíamos entender com uma fórmula prévia para estabelecer condições de comunicação para se atingir a

completo, considerando a necessidade e urgência de série de demandas envolvendo o direito à vida e à dignidade da pessoa, frente à insuficiência de recursos e ao descaso estatal que é uma constante no País.

²⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 50.

²⁹⁰ “Ora, o filósofo rortiano age pragmaticamente como o advogado ou o engenheiro que recebe seu cliente. Não há uma planta única para oferecer ao cliente que quer uma casa. Não há uma defesa única para o cliente que vai enfrentar o tribunal. Cada caso é um caso, e junto com o cliente, *pragmaticamente*, o advogado monta uma estratégia de defesa e o engenheiro, de modo semelhante, desenha o esboço da casa desejada. Conversar e distinguir perspectivas e ver o que está em jogo – eis aí a atitude de James. Eis aí, também, o que Rorty recolocou na agenda da filosofia (...). A filosofia se propõe a fazer o homem não esquecer que ele está em um ‘jogo de dar e pedir razões’, como escreveu outro pragmatista americano contemporâneo, Robert Brandom. Estar desprovido de consensos eternamente definidos não significa que não podemos nos entender. Estamos nos entendendo faz muito tempo, pois nunca conversamos a partir de uma perspectiva subjetivista, e sim intersubjetiva. Caso contrário a própria noção de linguagem, que nada é senão comunicação, não seria possível. Essa conclusão tipicamente pragmatista não é estranha a outras doutrinas contemporâneas em filosofia”. <http://ghiraldelli.blogspot.com/2010/02/o-que-e-o-pragmatismo.html> - acessado em 09-12-2010.

verdade, a busca por uma possível verdade não pode ser determinada como cálculo matemático ou algo exato a ser buscado com pretensões de universalidade.

E Rorty não admite a desconsideração do sujeito no processo comunicativo, dizendo que “concordar com Habermas que a razão é comunicativa e dialógica em vez de centrada no sujeito e monológica é substituir a responsabilidade para com um padrão não humano por uma responsabilidade para com outros seres humanos”.

Devemos, sim, buscar a verdade como uma forma de alcançar o maior número possível de adeptos para nossas crenças justificadas por meio de uma linguagem comum. Enquanto procuramos uma *verdade absoluta*²⁹¹, previamente convencionada e dissociada da realidade, retornamos ao mesmo problema da metafísica tradicional, que passa ao largo das questões mais relevantes, que tematiza os problemas a partir de uma realidade artificialmente forjada pelos cânones de um racionalismo estéril. Perdemos-nos, portanto, em inefetividade; não conseguimos dar conta dos principais problemas que assolam o mundo contemporâneo.

Alexandre Moraes da Rosa pondera sobre o pragmatismo de Rorty, dizendo:

Assim é que Rorty é um interlocutor necessário porque sua produção autoriza o rompimento com diversos dogmas platônicos herdados da Filosofia da Consciência. As contribuições da pragmática e da hermenêutica em que a verdade não é correspondência com a realidade, mas convenção, demonstraram que os valores subjetivos se apresentam presentes na produção científica. Deixando de desvelar na Metafísica, critica os filósofos da linguagem – ideal ou ordinária – porque mantêm os pressupostos Metafísicos, já que a contextualização desempenha um papel central na atribuição de sentido. Não se trata mais de significados conceituais, mas grupos de sujeitos empíricos, mediados pela linguagem, intersubjetivamente.²⁹²

A verdade, assim como Rorty a pensa e sugere, não tem um caráter a-histórico, bem como se apresenta como um gênero transitório. Na medida em que forem surgindo novos debates e novos argumentos ou justificações para as premissas tidas como verdadeiras, poderão ocorrer mudanças de acordo com os moldes da linguagem no momento, independentemente se isto ocorrer agora ou num futuro bem distante.

²⁹¹ “A história que tentei contar em outro lugar sobre a filosofia analítica tentou e fracassou em evitar a tomada desse caminho que culmina na reivindicação de que os seres humanos podem, com a ajuda de Wittgenstein, Sellars e Davidson, por um lado, e Heidegger, Foucault e Derrida, por outro, fugir à velha idéia de que há algo fora dos seres humanos – algo como a Vontade de Deus ou a Natureza Intrínseca da Realidade – que tenha autoridade sobre as crenças e ações humanas. RORTY, Richard. *Ensaio Pragmatista. Sobre a subjetividade e Verdade. Filosofia Analítica e Filosofia Transformadora*. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, pág. 72.

²⁹² ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão Penal: A Bricolage do Significante*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 165.

Acreditar neste movimento cíclico em que estamos envolvidos é jamais pensar que haja um tal ponto terminal. E sobre esta finitude das idéias ensina Rorty²⁹³ que *nós pensamos que nosso questionamento é apenas outro nome para resolução de problemas, e não podemos imaginar um questionamento sobre como os seres humanos deveriam viver, sobre o que deveríamos fazer de nós, chegando a um ponto final. Pois as soluções dos velhos problemas produzirão novos problemas para sempre, e assim por diante.*

Rorty não apenas critica o reducionismo objetivista dos filósofos tradicionais, mas, também, se opõe à utilização da verdade por meio de fundações absolutas capazes de colocar a verdade como sendo estabelecida por uma relação já intrínseca ao homem. Essas fundações absolutas são limites castradores ao desenvolvimento da filosofia e do pensamento. Uma teoria do conhecimento não pode ficar restrita a velhas superstições e inseguranças humanas. Ao contrário. Deve sempre romper e buscar meios para emancipar nossa cultura de forma a basear seu pensamento sobre a verdade como algo relacionado à sua prática social, e não, como bem critica Rorty, como “*verdades redentoras*”²⁹⁴.

A necessidade de justificar as crenças que acreditamos serem verdadeiras impõe aos indivíduos uma prática social mediada através da linguagem. Já que a linguagem é uma prática social e todas as afirmações acerca da veracidade de uma crença são formuladas através dela, não podemos deixar de concordar com Rorty de que o estabelecimento de toda crença como verdadeira é, portanto, uma questão de prática social. E a prática social tem mais a ver com a arte do que com a ciência. Bem por isso a arte tem de ser vista por outra ótica:

Um tal leitor concordará com Kierkegaard e Nietzsche que Platão e Aristóteles estavam enganados em pensar que a perseguição da verdade objetiva é o que mais vale a pena e atividade mais distintamente humana da qual somos capazes. A maioria desses leitores concordará com Nietzsche que o que os filósofos gregos

²⁹³RORTY, Richard. *Ensaio Pragmatistas. Sobre a subjetividade e Verdade. Filosofia Analítica e Filosofia Transformadora*. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, pág.156.

²⁹⁴ “Empreguei o termo ‘verdade redentora’ para um conjunto de crenças que deveriam terminar, de uma vez por todas, com o processo de reflexão sobre o que fazer com nós mesmos. A verdade redentora, se existisse, não seria esgotada por teorias sobre como as coisas interagem de forma causal. Ela teria de satisfazer uma necessidade a que a religião e a filosofia tentaram atender. Essa necessidade é a de encaixar tudo – cada coisa, pessoa, evento, idéia e poema – em um único contexto, um contexto que de alguma forma se revelará natural, destinado e único. Seria o único contexto que importaria para o propósito de dar forma á nossa vida, porque seria o único em que essa vida apareceria como realmente é. Acreditar na verdade redentora é crer que existe algo que está para a vida humana como as partículas elementares estão para os quatro elementos – algo que é a realidade além da aparência, a única descrição verdadeira do que está acontecendo. RORTY, Richard. *Ensaio Pragmatistas. Sobre a subjetividade e Verdade. Filosofia Analítica e Filosofia Transformadora*. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, pág. 156-157.

perderam foi a prioridade da arte e da literatura para a ciência e a matemática – a necessidade de ver a ciência pela ótica da arte e da vida.²⁹⁵

Rorty analisa sua posição quando, ao contrapor Habermas, nega a validade universal como objeto de qualquer questionamento, dizendo: “eu considero a insistência de Habermas em que conservemos o ideal de validade universal como uma concessão infeliz feita ao platonismo. Por se prender a ela, parece-me, Habermas permanece sob o domínio da tradição filosófica que nos sobrecarregou com a idéia da razão como uma faculdade humana que de alguma forma está em sintonia com o verdadeiramente real”²⁹⁶.

Por fim, da mesma forma como fizemos ao longo de todo este trabalho, marcado pela presença forte do antagonismo de dois paradigmas, é possível constatar que o melhor caminho a ser trilhado está naquele que busca chegar mais próximo possível de um ambiente democrático, que busca abandonar qualquer ideal de supremacia de uma verdade sobre outra, principalmente porque a história tem se mostrado constantemente arbitrária pelo desejo incansável de estabelecer universalidades.

3.7 APORTES FINAIS - A ÉTICA DA RESPONSABILIDADE NO DIREITO

Em meio à crítica ao paradigma racionalista e suas verdades artificialmente construídas, somos levados a encaminhar o fechamento deste trabalho à abordagem sobre a ir(responsabilidade) como conseqüência do modelo analítico positivista.

A responsabilidade está intimamente ligada ao conceito de verdade, já que dela muito se utiliza para se agir no *impessoal* e, conseqüentemente, abster-se do compromisso de produzir e posicionar-se de forma própria, na *esperança de autenticidade*²⁹⁷.

Quando abordamos a questão sob o viés de ética, significa dizer que estamos tratando do assunto relacionado à maneira de conduta dominante que absorve determinada comunidade ou contingente de pessoas. Podemos dizer que o nosso raio de atuação se relaciona com o modo ocidental de viver, no qual se desenvolvem e se determinam de forma geral os critérios

²⁹⁵ Idem, pág. 61.

²⁹⁶ RORTY, Richard. *Ensaio Pragmatistas. Sobre a subjetividade e Verdade. Filosofia Analítica e Filosofia Transformadora*. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, pág. 137.

²⁹⁷ “A esperança de que tal contexto possa ser encontrado é uma versão do que Heidegger chamou a esperança de autenticidade – a esperança de tornarmo-nos a nossa própria pessoa, em lugar de não passarmos da criação de nossa educação e de nosso ambiente. Como enfatizou Heidegger, para atingirmos a autenticidade nesse sentido não é necessário rejeitarmos o nosso passado. Em vez disso, pode ser uma questão de reinterpretar esse passado de maneira a torná-lo mais adequado para os nossos próprios propósitos. Mas é essencial haver vislumbrado uma ou mais alternativas para os propósitos que a maioria das pessoas considera evidentes, e ter escolhido entre essas alternativas – e com isso, em certa medida, criado a nós próprios”. Idem, p. 157.

de relacionamento que iremos manter em relação ao mundo, com os nossos semelhantes e com a sociedade e o direito, por exemplo.

Em meio a toda a discussão filosófica que se trava sobre o caminho que vem traçando o conhecimento humano, fica bastante clara a relação distanciada e pouco cuidadosa que o modelo vigente fomenta no relacionamento cotidiano entre as pessoas.

Inúmeras características determinam e definem muito bem o paradigma racionalista como um fenômeno capaz de distanciar pessoas muito próximas; fazer abolir todo e qualquer sentimento de culpa por um agir desproporcional ou violento; retirar por completo a responsabilidade por tudo que fazemos, pois assim estamos sempre envoltos no cômodo e prazeroso berço do impessoal.

Muito embora seja corrente entre nós que a atuação do homem se pauta basicamente pelo movimento de ter cuidado e de ser zeloso (temos esta característica essencial de nos relacionarmos cuidadosamente com algo, considerado por Heidegger como a estrutura fundamental do ser-aí), o agir responsável exige comprometimento com o ato de cuidar, exige engajamento com a causa que nos propomos a guardar.

Invariavelmente, o sentimento pós-moderno que absorveu o mundo ocidental possui, entre outras coisas, a capacidade de retirar do homem a coragem e o dever de assumir-se como sujeito responsável e não como objeto, como recurso.

Hans Jonas bem explicita o problema:

Na linha do tempo da evolução, e mesmo naquela, ainda mais curta, da história humana, trata-se de uma mudança súbita do destino da natureza. Sua possibilidade estava dada com o aparecimento do pensamento e das vontades livres, os quais irrompem na natureza com o homem, mas sua realidade amadureceu lentamente e se revelou subitamente. No século XX, alcançou-se o nível, longamente preparado, quando o perigo se evidencia e se torna crítico. A união do poder com a razão traz consigo a responsabilidade, fato que sempre compreendeu, quando se tratava da esfera das relações intersubjetivas. O que não se compreendera é a nova expansão da responsabilidade sobre a biosfera e a sobrevivência da humanidade, que decorre simplesmente da extensão do poder sobre as coisas e do fato de que este seja, sobretudo, um poder destrutivo. O poder e o perigo revelam um dever, o qual, por meio da solidariedade imperativa com o resto do mundo animal, se estende do nosso Ser para o conjunto, independentemente do nosso consentimento.²⁹⁸

O agir responsável foi riscado como conduta essencial do sujeito e substituído por um agir impessoal e absorvido pela medianidade. Agir com responsabilidade exige compromisso e tomada de posicionamento. Faz com nos coloquemos de forma autêntica e, muitas vezes,

²⁹⁸JONAS, Hans. *O Princípio Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, pág. 182.

contrária ao que a maioria pensa. Então, preferimos, por ser mais cômodo, não contrariar o “*a gente*”, pois assim estamos “*protegidos*”.

Mas esta forma de ser-com é exatamente o que nos traz, ao fim e ao cabo, a imensidão de problemas que caracterizam o mundo contemporâneo. “*a gente escolhe...*”, “*todos fazem assim...*”, “*é o entendimento majoritário...*”, pois, conforme Heidegger, todos não representam ninguém: “*todos nós... ninguém*”²⁹⁹.

Heidegger analisa a questão:

O ‘*a gente*’ está em toda a parte (*ist überall dabei*), mas de um tal modo que, sempre que o ser-aí o pressiona a uma decisão, ele escapa. Exatamente pela razão do ‘*a gente*’ apresentar todos os julgamentos e decisões como propriedade sua, ele priva cada ser-aí de sua própria responsabilidade. Por assim dizer, o ‘*a gente*’ pode manipular a todos para ser invocado constantemente. Pode responsabilizar-se por tudo com grande facilidade, exatamente porque ele não é alguém que precisa dar testemunho de coisa alguma. Foi sempre o ‘*a gente*’ quem fez, e também se pode dizer que foi ‘ninguém’. Na cotidianidade do ser-aí, o agente através do qual muitas coisas apareceram, é aquele de quem podemos dizer ‘não foi ninguém’.

Desta feita, em sua cotidianidade, cada ser-aí é *aliviado* pelo ‘*a gente*’. Não somente isto, mas em aliviando o ser-aí do seu ser, o ‘*a gente*’ também o acomoda (*Kommt... dem dasein entgegen*), se o ser-aí tiver qualquer tendência para tomar e fazer coisas na facilidade. E justamente em razão de o ‘*a gente*’ constantemente acomodar o ser-aí descarregando-o de seu ser, é que o ‘*a gente*’ mantém e acentua seu tenaz domínio.³⁰⁰

Veja-se que as lições de Heidegger expressam exatamente esta característica que norteia e conduz o homem da modernidade, absorvido pelo sentimento anestésico da medianidade. Nossa dimensão vai muito além de uma mera tomada de decisão pessoal. Estamos tratando aqui de algo muito mais nobre e importante, ou seja, visamos atingir a determinação do homem e seu posicionamento relacionado às questões sociais, jurídicas, ambientais etc.

Neste sentido, o paradigma da responsabilidade busca evitar a radical falta de consciência que o viver na medianidade moderna proporciona, trazendo uma proposta de compreensão da realidade em suas inter-relações e não como pura soma de entidades individuais (solipsista) formatada em um modelo de pura impessoalidade.

O paradigma da responsabilidade decorre da própria necessidade ética da sociedade moderna em evitar que a crise que se instaurou se acentue e ganhe proporções irreversíveis, principalmente quando se fala da vida e da preservação ambiental. Não bastam soluções

²⁹⁹HEIDEGGER, Martin. *Todos nós... Ninguém. Um Enfoque Fenomenológico do Social*. Tradução e comentários de Dulce Mara Critelli, apresentação e introdução de Sólon Spanoudis. São Paulo: Moraes, 1981.

³⁰⁰ Idem, pág. 51.

cosméticas, impõe-se uma reviravolta na percepção da realidade, especialmente na relação com o meio-ambiente e na construção do entorno social.

José Roque Junges ressalta a necessidade de estabelecermos uma ética do cuidado:

Diante da crise ecológica e civilizacional torna-se urgente desenvolver nas pessoas o modo de ser do cuidado, esquecido pela predominância do trabalho e pelo acento na autonomia e independência. Para mostrar que o cuidado é uma constante antropológica do ser humano e não apenas uma característica cultural ou pessoal, nada melhor do que recorrer à mitologia, que expressa profundas estruturas humanas mediante uma linguagem simbólica. Heidegger traz em sua obra *Ser e Tempo* a fábula de um autor romano chamado Higino, que fala de cuidado como alguém que configurou o ser humano nos seus inícios.³⁰¹

A falta ou esquecimento da ética da responsabilidade, como característica existencial do ser humano, decorre da negação. O ser humano moderno se entrega totalmente à lógica do modo-se-ser do pensamento que calcula. Assim, consome-se pela vontade do poder sem freios, à auto-afirmação com exclusão do outro e à desconsideração das pessoas, da casa, do público e, por consequência, de si mesmo. No dizer de Leonardo Boff³⁰²: “Aqui deparamos com o encaramujamento do ser humano sobre seu próprio horizonte que, ao negar sua essência de ser-cuidado, se torna cruel consigo mesmo. O resultado é um processo de desumanização e de embrutecimento das relações”.

A abordagem pode e deve ser realizada, também, sob o enfoque do direito, principalmente quando nos deparamos com a prestação jurisdicional, a subjetividade do juiz, a discricionariedade judicial e a responsabilidade.

O juiz da ética do cuidado terá uma conduta de responsabilidade frente à competência jurisdicional que lhe foi constitucionalmente outorgada, assumindo sua condição própria de julgador em constante relação com o contexto constitucional vigente. Ao passo que o juiz que não possui o sentido do cuidado não se comprometerá com a jurisdição que lhe foi confiada. Claro: ele prefere o doce e prazeroso sabor do impessoal, não se expõe, não se posiciona com autenticidade e, assim, se rende ao senso comum.

Na teoria da responsabilidade se diz que o agente deve responder por seus atos, ele é responsável por suas conseqüências e responderá por elas, se for o caso. Entretanto, não é desta responsabilidade que se trata, diversa daquela que se preocupa com a “minha” conduta e as conseqüências, ou seja, a responsabilidade pelo objeto que reivindica o meu agir. Hans Jonas observa:

³⁰¹ JUNGES, José Roque. *Ética Ambiental*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004, p. 79.

³⁰² BOFF, Leonardo. Op. cit., p. 160.

É a esse tipo de responsabilidade e de sentimento de responsabilidade – e não àquela ‘responsabilidade’ formal e vazia de cada ator por seu ato – que temos em vista quando falamos na necessidade de ter hoje uma ética da responsabilidade futura. Precisamos compará-la com o princípio motor dos sistemas morais anteriores e suas teorias. De acordo com os dois sentidos distintos do termo responsabilidade, podemos dizer, sem medo de cair em contradição, que alguém é responsável até mesmo por seus atos os mais irresponsáveis. Assim, a melhor forma empírica de se abordar esse substancial conceito de responsabilidade determinada pelos fins é nos perguntarmos o que pode ser entendido como um ‘agir irresponsável’. Aqui devemos excluir o sentido formal de ‘irresponsabilidade’, ou seja, ser incapaz de assumir responsabilidade e por isso não ser passível de imputação de responsabilidade.³⁰³

Para Jonas aquele que arrisca seus próprios bens age de forma imprudente; quando se arriscam bens pertencentes à titularidade diversa age-se de forma “criminosa”, mas, quando se colocam em jogo bens próprios que afetam interesses de outras pessoas, como, por exemplo, um pai de família que arrisca tudo num cassino, este agir se caracteriza por uma ação irresponsável.

Jonas quer dizer que somente poderá agir de forma irresponsável aquele que assume responsabilidades. O juiz, ao assumir a condição de detentor de parcela estatal de jurisdição constitucionalmente outorgada, jamais poderá se eximir de responsabilidade³⁰⁴, pois está ciente de sua atuação pública, ou seja, o seu agir invariavelmente se exaure no compromisso e nas conseqüências que se alastram por toda a coletividade.

Dentro desta concepção de responsabilidade relacionada ao poder, leva um traço bastante marcante do medo, ou melhor, da coragem de ter que assumir a responsabilidade. Sem medo de errar, podemos afirmar que uma das condições da ação responsável está em não se deixar abater por nenhum tipo de incerteza, assumindo, assim, a responsabilidade pelo desconhecido, dado o caráter incerto da esperança.

Nas palavras de Hans Jonas: O medo que faz parte da responsabilidade não é aquele que nos aconselha a não agir, mas aquele que nos convida a agir. Trata-se de um medo que tem a ver com o objeto da responsabilidade³⁰⁵.

Portanto, a responsabilidade se constitui no cuidado reconhecido como obrigação em relação a outro ser, que se expressa como preocupação diante de uma possível ameaça. E o medo aparece na questão original, com a qual se origina a responsabilidade ativa: devo agir de

³⁰³ JONAS, Hans. *O Princípio Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, pág.168.

³⁰⁴ Por circunstâncias ou por convenção, encontram-se sob meus cuidados o bem-estar, o interesse e o destino de outros, ou seja, o controle que tenho sobre eles inclui, igualmente, a minha obrigação para com eles. O exercício do poder sem a observação do dever é, então, ‘irresponsável’, ou seja, representa uma quebra da relação de confiança presente na responsabilidade. Uma desigualdade de atribuições ou competências faz parte dessa relação. Idem, pág.168.

³⁰⁵ JONAS, Hans. *O Princípio Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, pág. 351.

forma a evitar tal acontecimento, não posso me omitir, devo enfrentar a questão e não postergá-la para que outro resolva.

E Jonas, por fim, conclui:

Quanto mais obscura a resposta, maior se delinea a responsabilidade. Quanto mais no futuro longínquo situa-se aquilo que se teme, quanto mais distante de nosso bem-estar ou mal-estar, quanto menos familiar for o seu gênero, mas necessitam ser diligentemente mobilizadas a lucidez da imaginação e a sensibilidade dos sentidos. Torna-se necessária uma heurística do medo capaz de investigar, que não só descubra e represente o novo objeto como tal, mas que tome conhecimento do interesse moral particular, ao ser interpelado pelo objeto, algo que jamais teria ocorrido antes. A tória da ética precisa tanto da representação do mal quanto da representação do bem, e mais ainda quando este último se tornou tão borrado ao nosso olhar, necessitando ser ameaçado pela antevisão de novos males, para ganhar alguma nitidez. Nessa situação, que me parece aquela que estamos vivendo, o esforço consciente para assumir um medo desinteressado, no qual junto com o mal apareça uma salvação que não faça exigências demasiadas, o medo se tornou a primeira obrigação preliminar de uma ética da responsabilidade histórica. Jamais deveríamos confiar o nosso destino àquele que considere que essa fonte da responsabilidade, 'o medo e o tremor' – naturalmente, jamais a sua fonte única, apesar de muitas vezes ela predominar, com razão, sobre as demais –, não seja suficientemente digna do *status* do homem.³⁰⁶

Dessa forma, importa registrar a diferenciação existente entre os dois paradigmas que nos propusemos abordar, principalmente a imposição negativa que a metafísica tradicional faz para encobrir o sentido e a finalidade essencial das coisas, criando verdades que se desenvolveram filiadas à filosofia da consciência totalmente descoladas do real. Em contrapartida a tudo isso, acreditamos que a superação do modelo sujeito-objeto está no agir fenomenologicamente hermenêutico, de viés democrático e não arbitrário, num ambiente em que não haja a imposição de verdades universalmente aceitas por pessoas que optaram em não pensar e se refugiam no impessoal.

³⁰⁶ Idem, pág. 352.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, diante da diferença entre o pensamento decorrente da metafísica tradicional (filosofia da consciência), profundamente objetivante e reducionista de pensamento; e o modelo fenomenológico hermenêutico como proposta de superação do dogmatismo legalista, preocupado com a faticidade (historicidade) e com o resultado das decisões (efetividade), impõe-se necessariamente uma mudança de rumo.

No direito, a verdade tem fundamento artificializado pela tradição filosófica, termina por contaminar todo o processo de forma a desvirtuar a jurisdição, bem como o comprometimento e a responsabilidade que se espera de todos os envolvidos no ato interpretativo, cuja matriz se desenvolve num contexto de puro racionalismo e abstração do mundo prático.

Frente a este estado d'arte do direito, representado pelo predomínio do positivismo-legalista, que sobrevive a partir das mais diversas posturas e teorias sustentadas, de um modo ou de outro, no predomínio do esquema sujeito-objeto e do senso comum teórico, concluímos que, mais do que uma possibilidade, a verdade como substrato para aplicação judicial é um mito que compromete a própria jurisdição e a democracia.

Tendo sido contextualizado um pouco o problema da modernidade e a sua teoria filosófica de base (filosofia da consciência) com a proposta de uma revitalização pelo caminho da linguagem (hermenêutica filosófica), identifica-se como um dos principais problemas do positivismo legalista a discricionariedade ou o protagonismo judicial.

A perigosa herança do positivismo moderno (protagonismo judicial), assim se revela principalmente porque deixa o jurisdicionado à mercê da vontade e do solipsismo do julgador-intérprete, o qual deve ser contido por uma teoria da decisão que possibilite constitucionalmente “amarrá-lo”³⁰⁷.

E a teoria da decisão de que se trata vem sendo abordada em toda a obra de Ronald Dworkin como uma saída possível à superação do protagonismo judicial (traço marcante do positivismo legalista) pela integração e coerência do Direito à Constituição³⁰⁸.

³⁰⁷ Amarrar o juiz nada mais é do que limitar o intérprete ou a sua vontade à Constituição.

³⁰⁸ Aqui, faz-se necessária uma advertência: como tenho deixado claro em outros textos (mormente em *Verdade e Consenso*), a Nova Crítica do Direito ou a Crítica Hermenêutica do Direito é uma *nova teoria* que exsurge da fusão dos horizontes da filosofia hermenêutica, da hermenêutica filosófica e da teoria integrativa dworkiniana. Dela exsurge a tese de que *há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como 'adequada à Constituição'*.

É por isso é que se buscou neste trabalho a defesa de uma concepção democrática sob a égide de uma Constituição compromissória. E Dworking traz, como uma teoria da decisão suficiente a atenuar o solipsismo judicial (subjetivismo), a idéia de uma reconstrução do direito sob bases democráticas e compreendida como uma comunidade de princípios.

Portanto, O processo hermenêutico não se coaduna com atuações arbitrárias ou segundo a vontade e o conhecimento do intérprete. Aliás, este é um ponto fundamental da luta pela superação do positivismo-normativista: o constitucionalismo – compreendido paradigmaticamente – coloca freios à discricionariedade própria do positivismo-legalista.

Neste contexto, espera-se ter contribuído, mesmo que minimamente, para que possamos ter um ambiente jurídico cada vez menos refém do viés metafísico da modernidade. Com a mudança de rumo, então, espera-se que bons ventos soprem para que tenhamos uma formação jurídico-jurisdicional cada vez mais democrática e constitucionalmente viável.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Paulo Afonso. *Nada, Angústia e Morte em Ser e Tempo, de Martin Heidegger*. Revista Ética e Filosofia Política. Juiz de Fora-MG. Volume 10, nº 02
- ARENHART, Lívio Osvaldo e Amabilia Beatriz Portela. *A Possibilidade de Ser Livre e a Questão do Destino – Buscando o Equilíbrio entre o Decisionismo e o Fatalismo*. Revista de Ciência Humanas/Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Frederico Westfalen: Ed. URI, 2005
- BAUMANN, Zygmunt. *A Sociedade Individualizada. Vidas Contadas e Histórias Vividas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008
- BOFF, Leonardo. *Saber Cuidar Ética do humano – Compaixão pela Terra*. Petrópolis: Vozes, 1999
- CABRAL, Alexandre Marques. *Heidegger e a destruição da ética*. Rio de Janeiro: Mauad UFRJ, 2009
- CARNEIRO, Wálber Araújo. *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Limites e possibilidades de uma filosofia no direito*. Tese de Doutorado, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009
- CASANOVA, Marco Antônio. *Fenomenologia Hoje II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.
- CORRÊA, Darcísio. *A Construção da Cidadania Reflexões Histórico-Políticas*. Ijuí: Unijuí, 1999
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999
- FARIA, José Eduardo. *A Reforma do Ensino Jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1987
- FIGAL, Günter. *Oposicionalidade O elemento hermenêutico e a filosofia*. Petrópolis: Vozes, 2007
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia*, São Paulo: Paz e Terra, 1996
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1999
- _____. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2007,
- _____. *O problema da Consciência Histórica*, organizador: Pierre Fruchon, tradução Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: FGV, 2006
- GAETA, Rodolfo; GENTILE, Nélida; LUCERO, Susana. *Aspectos Críticos das Ciências Sociais. Entre a realidade e a metafísica*. São Leopoldo: Unisinos, 2007
- GHIRALDELLI Júnior, Paulo. *Filosofia da Educação*. São Paulo: Ática, 2006

- HEIDEGGER, Martin, *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 1999
- _____. *Carta sobre o Humanismo*. São Paulo: Centauro, 2008
- _____. *Todos nós... Ninguém. Um Enfoque Fenomenológico do Social*, apresentação, introdução, notas e epílogo Solon Spanoudis, tradução e comentários Dulce Mara Cristelli. São Paulo: Moraes, 1981
- HODGE, Joanna. *Heidegger e a Ética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007
- INWOOD, Michel. *Dicionário Heidegger*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002
- JASPER, Karl. *Introdução ao Pensamento Filosófico*. São Paulo: Cultrix, 1965
- JONAS, Hans, *O Princípio da Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Contraponto Puc-Rio, 2006
- JUNGES, José Roque. *Ética Ambiental*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004
- LOPARIC, Zeljko. *Ética e Finitude*. São Paulo: Educ, 1995
- LUDWIG, Celso Luiz. *A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel*. Dissertação de mestrado apresentada no Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 27 de outubro de 1993
- LUIZI, Luiz. *Filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010
- NUNES, Benedito. *Heidegger & Ser e Tempo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o conceito de Princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008
- PACI, Enzo. *O Significado do Homem em Marx e em Husserl. A Crise do Pensamento Moderno*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1970
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010
- RORTY, Richard. *Ensaio Pragmatistas. Sobre a subjetividade e Verdade. Filosofia Analítica e Filosofia Transformadora*. Rio de Janeiro: DP&A, 2006
- _____. *Filosofia como política cultural*. São Paulo: Martins Fontes, 2007

ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão Penal: A Bricolage do Significante*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006

RÜDIGER, Francisco. *Martin Heidegger e a Questão da Técnica. Prospectos Acerca do Futuro do Homem*. Porto Alegre: Sulina, 2006

SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de Filosofia Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

SCHNEIDER, Paulo Rudi. *O Outro Pensar*. Ijuí: Unijuí, 2005

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006

STEIN, Ernildo. *Compreensão e Finitude*. Ijuí: Unijuí, 2001

_____. *Mundo Vivido*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004

_____. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996

_____. *Exercício de Fenomenologia. Limites de um Paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004

_____. *Racionalidade e Existência: o Ambiente Hermenêutico e As Ciências Humanas*. Ijuí: Unijuí, 2008

_____. *Nas Proximidades da Antropologia. Ensaios e Conferências Filosóficas*. Ijuí: Unijuí, 2003

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2008

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

STRECK e BONATTO, *Direito e Literatura Ensaios Críticos, O senhor das moscas e o fim da inocência*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2008

TROTIGNON, Pierre. *Heidegger*. Biblioteca Básica de Filosofia. 1965

VATTIMO, Gianni. *Introdução à Heidegger*. 10. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1996

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, págs. 85-86.

_____. *A ciência Jurídica e Seus Dois Maridos*. Santa Cruz: Universitária da APESC, 1985

OBRAS CONSULTADAS

- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 29ª ed. São Paulo: Editora Globo, 1991.
- ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas em El derecho?* Santafé de Bogotá: Siglo Del Hombres Editores, 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 3.ed., 1972.
- CANOTILHO, José Joaquin Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Portugal: Almedina, 2003.
- CARRIÓ. Genaro R. *Notas Sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FERNANDES, Florestan, org. *Karl Marx, F. Engels: história*. São Paulo, 1984. Editora Ática S.A, 2. ed. p. 408. Tradução de Florestan Fernandes.
- GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.
- MARMELSTEIN. George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MOREIRA, Alexandre Mussoi. *A transformação do Estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2005. Tradução de Élcio Fernandes.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins fontes, 1997. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves.
- ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Souza, MENEZES, Maria Paula. (orgs.) *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Edições Almedina. SA, 2009.
- SOUZA, Nelson Mello. *Modernidade: a estratégia do abismo*. Editora da Unicamp, 1999.

VOLKMER, Antônio Carlos. *Elementos para uma Crítica do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.