

A ESSÊNCIA DO DIREITO E O DESENCOBRIENTO DO SER

Cleyson de Moraes Mello¹

RESUMO

A Constituição de 1988 representa uma mudança de paradigma no Direito brasileiro. A partir dessa mudança de modelo, é necessário investigar a realização do direito, a partir da tutela da dignidade da pessoa. Daí a necessidade de compreender o Direito a partir do *ser-no-mundo*. O pensamento jurídico não pode ser concebido a partir de um predomínio causado pelos limites da razão e edificado com os poderes da racionalidade abstrata. É, neste sentido que, em face da flagrante inefetividade da hermenêutica clássica, originariamente metodológica, torna-se necessária à construção de uma resistência teórica que aponte para a construção das condições de possibilidade da compreensão do direito, como modo de *ser-no-mundo*.

PALAVRAS-CHAVE

Direito; Dignidade humana; Ser-no-mundo; *Dasein*.

ABSTRACT

The Constitution of 1988 represents a change of paradigm in the Brazilian law. From this change of model, it is necessary to investigate the performance of duty, from the protection of the dignity of the person. Hence the need to understand the law from being-in-the-world (*In-der-Welt-Sein*). The legal thought can not be designed from a predominantly caused by the limits of reason and built with the power of abstract rationality. It is in this sense that, given the striking ineffectiveness of classical hermeneutics, methodological in your origin, it is necessary to construct a theoretical strength that point to the construction of the conditions of possibility of understanding the law, as a way of being-in-the-world .

KEY-WORDS

Right; human dignity; being-in-the-world; *Dasein*.

1. INTRODUÇÃO

Como é que se dá e acontece a pro-dução do Direito? Pensar o Direito em sua forma mais originária é o desafio dos operadores do Direito. A pro-dução do Direito conduz do encobrimento para o desencobrimento da norma jurídica. Esta somente terá sentido próprio a

¹ Doutor em Direito pela UGF-RJ; Mestre em Direito pela UNESA; Professor de Direito Civil, Hermenêutica e Introdução ao Estudo do Direito (Pós-Graduação e Graduação) UNESA, FAA-FDV, UNISUAM e UNIPAC (Juiz de Fora-MG); Advogado; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB; Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Porto Alegre – RS. Membro da Academia Valenciana de Letras. Vice-Presidente da Academia de Ciências Jurídicas de Valença-RJ. Autor e coordenador de diversas obras jurídicas. E-mail: profcleysonmello@hotmail.com

partir de uma pro-dução originária, enquanto e na medida do seu desencobrimento. O deixar-viger “concerne à vigência daquilo que, na pro-dução e no pro-duzir, chega a aparecer e apresentar-se.”²

É, pois, preciso acentuar a necessidade de se descobrir o fenômeno jurídico a partir de sua proveniência ontológica, ou seja, a realização do Direito a partir de nossas relações com o mundo e com os outros indivíduos.

Pensar o Direito a partir de sua essência, a partir de sua forma mais originária é primordial. É um pensar o Direito com as lentes voltadas para a *dignidade humana como valor fundamental da Constituição da República* (art.1º, III, da CRFB/88). É neste contexto que HEIDEGGER afirma: “O originário só se mostra ao homem por último. Por isso, um esforço de pensamento, que visa a pensar mais originariamente o que se pensou na origem, não é a caturrice, sem sentido, de renovar o passado mas a prontidão serena de espantar-se com o porvir do princípio.”³

O “saber” jurídico não pode ficar atrelado ao ente, dominado pela sua estrutura, mas sim deve caminhar sempre para além deste, ultrapassando-o, constantemente. O operador jurídico deve procurar superar o texto da lei, em busca do seu fundamento – em direção ao ser. O saber essencial do Direito não está posto, não é algo dado, objetificado (entitativo), mas sim desvelado ao julgador na análise do caso concreto decidendo. É um “saber” essencial que passa por cima do ente e procura atingir a sua forma mais originária. Somente quando ultrapassamos o ente, em busca do seu ser, as “proposições” jurídicas terão alguma justificação.

O desencobrimento do que é e está se falando segue sempre um caminho da constitucionalização do direito.

A essência do Direito não pertence originariamente à vontade do julgador e nem tampouco se reduz a um conjunto de métodos (hermenêutica metodológica), mas sim como condição de possibilidade (hermenêutica filosófica). É a reconstrução do direito a partir do *como hermenêutico*, ou seja, um *locus* hermenêutico com fincas no princípio fundante da proteção da dignidade da pessoa. É o *poder ser* acerca das realidades humanas e pessoais.

² HEIDEGGER, Martin. *Ensaio e Conferências*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel e Marcia Sá Cavalcante Schuback. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p.16.

³ Ibid., p.25.

A essência do Direito está relacionada ao aberto, ao prospectivo, no sentido do aclarado, desvelado. O desencobrimento do direito deve estar relacionado ao dar-se em sua forma mais originária, ou seja, a verdade. Ora, o desvelar originário da norma jurídica não está ancorado na arbitrariedade do julgador nem na submissão a simples leis.

A essência do Direito provém do que é livre. HEIDEGGER ensina que a liberdade “é o que aclarando encobre e cobre, em cuja clareira tremula o véu que vela o vigor de toda a verdade e faz aparecer o véu como o véu que vela. A liberdade é o reino do destino que põe o desencobrimento em seu próprio caminho.”⁴

Ainda nos dias de hoje, o julgador está tão afastado da essência do Direito que sequer reconhece na norma jurídica o seu desencobrimento. É preciso deixar claro que a produção do Direito não está relacionada a qualquer tipo de ativismo judicial, senão “o espaço, onde acontece, em sua propriedade o desencobrimento, isto é, a verdade.”⁵

A crise do Direito está dominada pela crise de seu pensamento. Nesta perspectiva, FRANCISCO AMARAL ensina que

[...] o pensamento jurídico está em crise porque em crise estão as teorias jurídicas formais e racionalistas do pensamento sistemático, dominante na modernidade, principalmente no séc. XIX, o século das codificações. Era a época da racionalidade teórica, expressa no trabalho de construção do direito como ciência, com seus conceitos, suas regras abstratas e gerais, raciocínio lógico-dedutivo, e também na crença na superioridade absoluta da lei e na plenitude do sistema jurídico, tudo isso a traduzir uma concepção formalista e positivista do direito, a caracterizar o chamado paradigma da modernidade.⁶

2. OS TEOREMAS HEIDEGGERIANOS

O *círculo hermenêutico* e a *diferença ontológica* são os pilares que suportam a teoria heideggeriana. Em relação à metafísica, colocam-se novos paradigmas: o ser é entendido por um conceito ontológico dado pela compreensão e a diferença entre *ser* e *ente* impede a entificação do ser (matriz da tradição metafísica).

⁴ Ibid., p.28.

⁵ Ibid., p.30.

⁶ AMARAL, Francisco. *Uma Carta de Princípios para um Direito como Ordem Prática*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs). *O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.131.

A diferença ontológica é a diferença entre *ser* e *ente*, uma vez que o ser é o elemento através do qual ocorre o acesso aos entes, isto é, sua *condição de possibilidade*. Essa condição é realizada por meio da compreensão pelo *Dasein*, pelo ser humano que se compreende e que sempre se dá pelo círculo hermenêutico. A circularidade hermenêutica substitui o modelo da tradição metafísica ancorado na relação sujeito-objeto. De acordo com um modo de ser que lhe é constitutivo, a pre-sença tem a tendência de compreender seu próprio ser a partir daquele ente com quem ela se relaciona e se comporta de modo essencial, primeira e continuamente, a saber, a partir do “mundo”.

A compreensão é a própria abertura do ser-no-mundo, bem como é um existencial. O compreender é derivado dessa compreensão existencial, que é a própria luz, iluminação, abertura, clareira, revelação do ser-aí, *Alethéia*. Considerando que a compreensão é um existencial, não existe explicação sem a prévia compreensão. Melhor dizendo: o sentido alcançado pela explicação já nos é dado, na própria explicação, ou seja, o sentido faz parte da própria estrutura prévia da compreensão.

Ora, a compreensão prévia um existencial do ser-aí que como sua abertura, clareira, luz sempre se apresenta à medida que é buscada. Aí está o círculo hermenêutico. Nas palavras do próprio Heidegger, esse círculo da compreensão “não é um cerco em que se movimentasse qualquer tipo de conhecimento. Ele exprime a *estrutura-prévia* existencial, própria da presença.”⁷ Segundo Heidegger, nele se esconde a possibilidade positiva do conhecimento mais originário.⁸ O que o filósofo procura mostrar é que devemos compreender as coisas de modo originário e autêntico, “a partir das coisas elas mesmas” desatrelado e desvinculado dos conceitos ingênuos e opiniões que a tradição em si as carrega. Portanto, o círculo da compreensão pertence

⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*: Parte I, Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. 12.ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 210.

⁸ Heidegger ensina que no círculo da compreensão se esconde o conhecimento mais originário e só pode ser apreendido de modo autêntico, se a interpretação tiver compreendido que 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 e concepção prévia, assegurar o tema científico a partir das coisas elas mesmas. Isto porque a compreensão, de acordo com 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. *Ibid.*, p.210.

à estrutura do sentido, cujo fenômeno tem suas raízes na constituição existencial da presença, enquanto compreensão que interpreta.⁹

Hans-Georg Gadamer, na obra *Verdade e Método II*, também discorre sobre o círculo da compreensão (1959) e informando a necessidade em manter o olhar firme para as coisas elas mesmas, até o momento de superar as errâncias que atingem o processo de interpretação. Alerta, ainda, que quem quiser compreender um texto deverá sempre realizar um projeto. O intérprete deverá projetar de antemão um sentido do todo, tão logo se mostre um primeiro sentido no texto. Vale destacar que esse primeiro sentido somente se mostra porque lemos o texto já sempre com certas expectativas, na perspectiva de um certo sentido. A compreensão daquilo que está no texto consiste na elaboração desse projeto prévio, o qual sofre uma constante revisão à medida que aprofunda e amplia o sentido do texto.¹⁰

Nesse contexto, HEIDEGGER, na obra *Sobre o Humanismo*, afirma que

Somente na medida em que o homem, existindo na Verdade do Ser, pertence ao Ser, é que pode provir do próprio Ser a recomendação das prescrições que tornar-se-ão para o homem lei e regra. Em grego, recomendar é *némein*. O *nómos* não é apenas a lei, porém, mais originalmente, a recomendação protegida pelo destinar-se do Ser. Só essa recomendação pode dispor o homem para o Ser. E somente essa disposição pode trazer e instaurar obrigações. Do contrário, toda a lei permanecerá e continuará apenas um produto (*das Gemächte*) da razão humana. Mais essencial para o homem do que todo e qualquer estabelecimento de regras é encontrar um caminho para a morada da Verdade do Ser.¹¹

O esquecimento da Verdade do Ser em favor da “coisificação” do Direito, não pensado em sua essência, é o sentido de sua decadência. Sem a percepção desta essência todo o esforço e o cuidado para se “dizer o direito” transborda no vazio. As normas jurídicas em abstrato devem ganhar mais plenitude e colorido se considerarmos os estudos avançados de hermenêutica jurídica e concretude judicial, uma vez que aquela deixa de ser considerada como hermenêutica de orientação metodológica-científica (modo de conhecer) para ser estudada como hermenêutica ontológica (modo de ser).

⁹ Ibid., p.210.

¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: Complementos e Índice*. Tradução Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. p.75.

¹¹ HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995, p.94-95.

Na obra *Introdução à Metafísica*, Heidegger ensina que “na filosofia, ao contrário, o objeto não apenas não é objetivamente dado, como nem há simplesmente objeto algum. A filosofia é o processar-se de um acontecimento (Geschehnis), que sempre de novo, deve apreender para si mesma o Ser (no manifestar-se, que ele faz a si mesmo e que a ele pertence). Somente no processo desse acontecimento (Geschehen) se abre a verdade filosófica.”¹²

Ora, com efeito, o *Direito* só se nos poderá *abrir* e *manifestar*, como tal, se, previamente, já compreendermos e na medida em que previamente compreendermos o Ser e na sua *Essencialização* jurídica.

Este é o Direito mais digno de ser pensado em sua própria essência. Ou será ele apenas um mero processo metodológico de subsunção, frente à qual a única atitude do julgador seria de um sujeito passivo e desinteressado?

O sentido deve ex-surgir a partir de uma atribuição realizada pelo intérprete, a partir de sua condição como ser-no-mundo. É, pois, a aplicação dos teoremas da diferença ontológica e do círculo hermenêutico. É a partir da pré-compreensão que o intérprete se insere em uma *situação hermenêutica*. É a proeminência do como hermenêutico, em que o ser do Direito é entendido como condição de possibilidades. Nesse sentido, frise-se as lições de Lenio Streck:

É exatamente por isto que não se pode confundir hermenêutica, entendida como filosofia hermenêutica ou ontologia fundamental, com qualquer teoria da argumentação jurídica ou ‘técnicas, métodos ou cânones’ de interpretação, que são procedimentos discursivos que vão se formando numa sucessão de explicitações que nunca se esgotam, e que cuidam de outra racionalidade, que é apenas discursiva.¹³

A estrutura circular da compreensão é fundamentada a partir da temporalidade da presença. O círculo hermenêutico em Heidegger apresenta um sentido ontológico, já que a compreensão deve ser vista como um existencial e não como um processo metodológico. Heidegger afirma que pertence à estrutura ontológica da pre-sença uma compreensão do ser. É sendo que a pre-sença está aberta para si mesma em seu ser.

Neste momento, cabe ao julgador a máxima cautela no processo decisório com vistas a proteger-se das opiniões prévias inadequadas, da arbitrariedade e do subjetivismo. Ao interpretar

¹² HEIDEGGER, Martin. *Introdução a Metafísica*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 4.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p.112.

¹³ STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.256.

cabe realizar sempre um projetar. Nesse sentido, Gadamer afirma que a compreensão do texto consiste na elaboração de um projeto prévio que deve ser constantemente revisado à medida que se penetra em seu sentido.¹⁴ É desta forma que o interprete jurídico deve proceder, ou seja, a partir do primeiro sentido do texto legal, o julgador prelineia um sentido do todo. Isto quer dizer que deve analisar o caso concreto em todas as suas possibilidades, elaborando um projeto prévio que vai sendo constantemente revisado a partir da releitura do texto à luz dos princípios constitucionais. É esse constante reprojeter no qual os conceitos prévios são substituídos por outros mais adequados que protege o intérprete dos erros de suas opiniões prévias. Daí a questão do fundamento sem-fundo (*Ab-Grund*) abissal. Não há que se falar em norma fundamental, em *a priori*, ou em qualquer fundamento em determinada coisa, uma vez que o processo de compreensão está fincado nas estruturas ontológicas do ser-aí, ou seja, é um existencial. É o fato da existência de um “pre”, de uma pré-compreensão que se abre como condição de possibilidade para o interprete jurídico.¹⁵

3. UM NOVO LOCUS JUSFILOSÓFICO

É comum que os julgadores e operadores do direito se distanciem da verdadeira compreensão do direito. A maioria dos julgadores desconhece o fato de que somente pode conhecer realmente o ente se o ser já foi conhecido, ou seja, através do viés ontológico.

Nas palavras de Heidegger: “Mas o *que* propriamente se deve compreender permanece, no fundo, indeterminado e inquestionado; não se compreende que compreender é um poder-ser que só pode ser liberado na pre-sença *mais própria*.”¹⁶

É nesse sentido que o Direito é em si alienante, já que ocorre o encobrimento do seu poder-ser mais próprio. Essa alienação gera um aprisionamento (prisão) da própria pre-sença em seu sentido mais originário. A possibilidade da decadência do Direito enquanto imersão no mundo tem a sua origem na fuga da pre-sença (*Dasein*) perante si mesmo.

¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p.402.

¹⁵ Verifica-se que o nosso Código Civil Brasileiro em vigor já apresenta a existência de “cláusulas abertas”, o princípio da função social do contrato, o princípio da função social da propriedade, o princípio da boa-fé objetiva que possibilita ao interprete a realização de uma “correção normativa” com o intuito de adequá-lo a nova realidade social.

¹⁶ HEIDEGGER, op.cit., 1995, p.239.

O desvio da decadência se funda na angústia que, por sua vez, torna possível o temor.¹⁷ Aquilo com que a angústia se angustia é o ser-no-mundo como tal e o angustiar-se abre, de maneira originária e direta, o mundo como mundo.¹⁸

Assim, a angústia torna visível a existência de fato que é a própria imersão no mundo, ou seja, é o momento do de-caído que caracteriza o ser em modo impróprio do *Dasein*, qual seja: a sua inautenticidade.

Ora, o ser dos entes não “é” em si mesmo um outro ente.¹⁹ O *Dasein* (Ser-aí, Pre-sença) é o ente privilegiado que compreende o ser e tem acesso aos entes. Ele faz parte da condição essencial do ser humano. Nas palavras de Heidegger: “esse ente que cada um de nós somos e que, entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar, nós o designamos com o termo *pre-sença*.”²⁰ O ser-aí sempre se compreende a si mesmo a partir da sua existência.²¹ A análise das estruturas ontológicas do ser-aí é um existencial. Isso significa dizer que os caracteres não são propriedades de algo simplesmente dado, mas modos de ser essencialmente existenciais.²² Heidegger afirma que a pre-sença (ser-aí, *dasein*) “é um ente que, na compreensão de seu ser, com ele se relaciona e comporta.”²³

Assim, o *Dasein*, pela compreensão, inaugura uma circularidade. É, pois, uma circularidade hermenêutica. Ou seja, a recíproca relação entre *ser* e *ente* somente ocorre porque há o *Dasein*, isto é, porque há compreensão. Assim, o acesso ao ser é colocado a partir da compreensão do ser e tal compreensão é dada a partir da compreensão que o *Dasein* possui de si mesmo.

No final da conferência *Tempo e Ser*, quando Martin Heidegger afirma que “pensar ser em o ente, quer dizer: pensar ser sem levar em consideração a metafísica. Mas uma tal consideração impera ainda mesmo na intenção de superar a metafísica.”²⁴ Isto não quer dizer que a relação de *ser* e *ente* não seja essencial; pelo contrário, não devemos pensar tal relação como a

¹⁷ Ibid., p.249.

¹⁸ Ibid., p.249-251.

¹⁹ Ibid.p.32.

²⁰ Ibid., p.33.

²¹ Ibid., p.39.

²² Ibid., p.187.

²³ Ibid., p.90.

²⁴ HEIDEGGER, Martin. *O Fim da Filosofia ou A Questão do Pensamento*. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1972, 1972. p.65.

metafísica o pensa.²⁵ Assim, a relação de *ser* e *ente* deve ser vista no caráter metafísico, a partir da diferença ontológica. Quando Heidegger pensa o ser e o ente a partir da diferença ontológica, busca dar um sentido mais original a ambos. Dessa maneira, o conceito de ser, em Heidegger, é pensado a partir da diferença ontológica, no sentido de que ao compreendermos o mundo, nele compreendemos a nós mesmos. Está aí a circularidade da finitude. É a ontologia da finitude, a ontologia fundamental, analítica existencial, base da desconstrução da metafísica proposta por Heidegger, fincadas pelos teoremas da circularidade hermenêutica e diferença ontológica introduzidas pela compreensão do ser.

Dessa maneira, *Dasein* é um ser-no-mundo. Este modo de ser-no-mundo é o cuidado, a cura, a preocupação, que é o ser do ser-aí. O sentido do ser-aí é dado pela temporalidade com caracteres existenciais. O espaço em que acontece o *Dasein* está limitado, finitizado no mundo. É a tríplice dimensão da estrutura da temporalidade (passado-presente-futuro) que informará o conceito fundamental de finitude heideggeriano.²⁶ A temporalidade, enquanto índice da finitude do ser-aí, torna-se, assim, o horizonte necessário para a interrogação pelo sentido do ser.²⁷ Dessa forma, a interrogação pelo ser deve ser norteada pela finitude do ser-aí, já que o ser ligado ao

²⁵ Arturo Leyte, neste mesmo sentido, ensina “si buscamos al ser dentro de la metafísica sabemos lo que vamos encontrar: onto-teo-logia; um tratamiento doble del ser em cuanto tal, bien desde la unidad que llega hasta el fondo (‘ergründen’) de cada ente revelando lo que em éste hay de general y común (ontología), bien desde la inidad fundamentadora (‘begründen’) de todo lo ente, de la totalidad, es decir, de lo más elevado sobre todas las cosas (teología). Incluso, más allá, son onto-lógica y teo-lógica, porque el sufijo ‘logía’, significa, em último extremo, fundamentación, justificación. A su modo, la metafísica es la unidad de ambos modos de fundamentar, pero sólo eso: há reducido al ser a fundamento, y de este modo lo que hace es tomarlo como ente, que sólo es pensado a fondo cuando se piensa como primer fundamento, Causa primeira, Cosa más original, Coisa infundada o que se funda a sí misma. A este ente es al que la filosofía le dio el nombre de Dios. [...] La cuestión será quizás pensar si acaso no tenemos una *metafísica del ser* gracias a la diferencia. ¿Acaso no aparecen cada uno a su manera – ser y ente – a partir de la diferencia? Resulta paradójico que no se pueda tener una respuesta para aquello que está em el origen de la metafísica. Este origen, la diferencia, permenece impesado. ¿Cómo podemos ahora alcanzar la diferencia? Mediante el paso atrás. Se trata de pensar por um momento el ser, no como fundamento, sino a partir de la diferencia.” LEYTE, Arturo. *Introducción*. In: HEIDEGGER, Martin. *Identidad Y Diferencia*. Tradução Helena Cortés e Arturo Leyte. Barcelona: Anthropos, 1990. p.51.

²⁶ Nesse sentido, Ernildo Stein fincado no pensamento heideggeriano esclarece que *Dasein* é futuro-passado-presente, no sentido de que ainda que ele se agarre ao presente, nesse presente já sempre está implícita a idéia da faticidade à qual se liga a idéia de hermenêutica. A idéia de futuro não é o futuro no qual vamos morrer, onde terminamos, etc... Mas é o futuro que nos move agora no presente, por isso o *Dasein* é ser-para-a-morte enquanto ser-no-mundo. Portanto, somos futuro, passado e presente, num único movimento. Somos, como diz o filósofo, definindo o conceito de cuidado: Sempre um adiante-de-nós, já-no-mundo, junto-das-coisas. Essa tríplice dimensão do cuidado da estrutura da temporalidade, é que dará a Heidegger o conceito fundamental de finitude. STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica: Ensaio sobre a Desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p.57.

²⁷ STEIN, Ernildo. *Compreensão e Finitude: Estrutura e Movimento da Interrogação Heideggeriana*. Ijuí, Rio Grande do Sul: Unijuí, 2001, p.291.

tempo não pode ser interpretado a partir da eternidade (negação do tempo). Vale destacar que a referida finitude somente se realiza na circularidade da relação ser-ser-aí.²⁸

Heidegger procura o acesso às estruturas do ser-aí, através da analítica existencial e supera, destarte, o esquema sujeito-objeto. Daí o paradigma heideggeriano. O filósofo, ao criticar a metafísica, na verdade, é contrário à busca de um fundamento firme, objetificador ou um fundamento inconcusso (estável, inabalável). Nesse sentido é que o *Dasein* é abissal, sem fundo, posto que a sua fundamentação remete à pura possibilidade. Stein afirma que o fundamento heideggeriano não é nem realidade como um objeto ou como sujeito no qual se fundaria o conhecimento. O conhecimento é uma estrutura prévia, dada pela compreensão do ser.²⁹ Portanto, o ser-aí, o ser-no-mundo, é a base de qualquer teoria do conhecimento.

4. CONCLUSÕES

O Direito é um sendo, é um acontecer, é uma abertura de possibilidades. O ser deve ser compreendido a partir do homem em seu próprio acontecer, historicamente situado. A hermenêutica, com o viés da ontologia fundamental, procura interrogar o ser por meio da historicidade e da temporalidade do ser-aí, ou seja, compreender a questão do ser fora do contexto da tradição metafísica.

O ordenamento jurídico não pode mais ser visto como um objeto cognoscível, da mesma forma que o julgador não será como um sujeito cognoscente passivo e desinteressado.

Angustiante por natureza, a busca desenfreada pela segurança jurídica torna-se cada vez mais limitadora da criatividade judicial e sufoca o pensar original. No momento da prestação jurisdicional, o homem, a sociedade, o mundo, os valores, a cultura, a historicidade e a temporalidade não podem ser desconsiderados.

Um sistema jurídico axiologicamente neutro, a-temporal, a-histórico já representa um perigo a ser evitado e uma ameaça a ser controlada pelos juristas. Caso contrário, imperar-se-á por toda a parte uma atitude de subserviência ao texto legal, representando, assim, a inautenticidade do Direito, isto é, a reificação do direito. Isso representa uma prestação

²⁸ Ibid., p.292.

²⁹ STEIN, op.cit., 2000. p.59.

jurisdicional restrita às atividades lógicas, científicas, cuja visão objetivista dos entes está em distonia com o mais digno de ser pensado, qual seja: o pensar o ser e a verdade da faticidade do ser-aí.

É necessária a busca pela essência do Direito. O que essencializa a ciência jurídica já não pode ser uma ciência, já que esta essência é algo de meta-ciência. Isto se dá porque a essência de alguma coisa só pode ser pensada. É algo existencial; logo, não é um ente. Daí a essência da ciência jurídica ser a condição de sua própria possibilidade.

Quando Heidegger pensou o *ser* e o *ente* a partir da diferença ontológica, buscou dar um sentido mais original a ambos. Dessa maneira, o conceito de ser foi pensado a partir da diferença ontológica, no sentido de que, ao compreendermos o mundo, nele compreendemos a nós mesmos.

Dessa maneira, *Dasein* é um ser-no-mundo. Este modo de ser-no-mundo é o cuidado, a cura, a preocupação, que é o ser do ser-aí. O sentido do ser-aí é dado pela temporalidade com caracteres existenciais.

Daí que o Direito não pode mais ser concebido como uma ordem normativa, cujo fundamento de validade seja norma fundamental, isto é, uma norma fundamental pressuposta. É nesse sentido que o Direito seria entendido como de-cadente e em si alienante, já que ocorreria o encobrimento do seu poder-ser mais próprio, desatrelado ao modo de ser-no-mundo. Essa alienação gera um aprisionamento do próprio julgador, uma vez que sua decisão estaria distanciada da própria pre-sença em seu sentido mais originário. Seria essa, portanto, uma visão objetivista do próprio Direito.

Ora, o Direito deve ser remetido a um horizonte ontológico-existencial do *Dasein*, visando ao desenvolvimento de toda uma crítica ao direito vigente e todo o empenho na construção de um horizonte novo para se repensarem os fundamentos do conhecimento jurídico, sobretudo, face à complexidade social do novo milênio.

É necessário, pois, haver horizontes, ou seja, o julgador não pode ficar limitado ao direito positivo, ao texto da lei, mas deve ver para além disso. O operador jurídico que possui horizontes sabe valorizar as mutações sociais, os novos valores, vê e dialoga com as dimensões culturais, sociais e históricas de seu tempo.

Vê-se a relevância da re-flexão jurídica. Juristas e julgadores tornam-se insensíveis ao novo, fugindo do pensamento originário, e, conseqüentemente, distanciando-se de toda a vitalidade criadora do direito.

Pensar o Direito em sua forma mais profunda, mais originária, a partir do pensamento mais digno de ser pensado, caminha-se em direção ao novo. Propôs-se um caminhar ontológico e não metodológico. Daí que todo novo caminhar traz consigo insegurança, ansiedade, preocupação, medo, ousadia, obscuridade e surpresa.

É a partir da (re)fundamentação do pensamento jurídico, amparado no marco teórico heideggeriano, que surge um mundo de coisas que antes os juristas não podiam ver. Ao mesmo tempo, esse novo já se fazia presente no mundo filosófico. Por tais motivos, eis a necessária indicação da relação entre a metafísica e o Direito. É necessária a caminhada com os olhos voltados para a essência do Direito.

Nesses termos, um pensamento originário começa a fluir no campo jurídico. Esse caminhar foi guiado não só pela filosofia de Heidegger e Gadamer, bem como por estudiosos do vigor de Ernildo Stein, Emmanuel Carneiro Leão, Margarida Maria Lacombe Camargo, Lênio Luiz Streck, dentre outros, que já trilharam caminhos inesperados sempre adornados com novas cores. São estes autores que estão dispostos a conhecer e a buscar a essência das coisas, em seu sentido originário.

O caso concreto decidendo deve ser ontologicamente analisado a partir da hermenêutica de Heidegger, ligada ao modo de ser-no-mundo, ao *Dasein*, a uma essência do Ser que é a Essência do homem, ao *homo humanus*; é realizada de forma originária, através de uma pre-compreensão jurídica em que o intérprete está inserido numa tradição histórica na qual se insere (círculo hermenêutico). Isto representa que o julgador somente poderá atingir o significado dos entes a partir de seu horizonte histórico, a partir de uma *situação hermenêutica*.

Daí o motivo de a norma jurídica requerer sempre uma interpretação. Ela não pode ser considerada com um sentido fixo que a mesma encerra em seu texto, única e exclusivamente, porque o seu fundamento originário é sem fundo, abissal, representa sempre um devir. É um reflexo da própria humanidade, isto é, do *homo humanus*. É a busca do sentido autêntico do direito.

Logo, o magistrado não pode proferir sua decisão judicial por meio apenas do procedimento lógico-formal, segundo um modelo clássico do silogismo lógico-dedutivo. A dimensão hermenêutica deve habitar o espaço jurídico, visto que a pré-compreensão do intérprete “entra em jogo”, como modo de ser do ser-aí, da condição humana de ser-no-mundo. Por isso a fenomenologia hermenêutica heideggeriana se fez presente na estrutura e na organização do pensamento jurídico.

A missão do juiz é atuar como um agente de transformação que não se limita a ser um aplicador passivo de regras e princípios preestabelecidos, mas sim um instrumento de mudança social, pautado pelos objetivos socioeconômicos atuais, levando-se em consideração a complexidade e a pluralidade da sociedade.

A ciência jurídica deve encaminhar-se em direção a um pensar filosófico, a um pensar dissociado da história da metafísica ocidental que é a história do esquecimento do ser. Infere-se, portanto, a necessidade de que este pensar deve iniciar-se logo na fase da formação acadêmica dos alunos de graduação do curso de Direito e se ampliar na formação acadêmica dos futuros magistrados. É dessa maneira que a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica, cuja compreensão é vista como a estrutura ontológica do *Dasein*.

O processo hermenêutico a ser percorrido pelo intérprete jurídico é realizado a partir de uma pré-compreensão, isto é, em um primeiro momento, nossos pré-juízos devem se dar a partir de uma antecipação de sentido. Vê-se, por conseguinte, a possibilidade ôntico-ontológica própria do ato hermenêutico-aplicativo efetuada pelo intérprete jurídico, isto é, a compreensão do Direito foi vista como um acontecer, um dar-se ôntico-ontológico original da própria vida humana. Esta é a essência do *ontological turn*.

É a questão da fundamentação no Direito relacionada a uma questão ontológica, a um modo de ser, a um existencial, a um ser-no-mundo e não o fundamento do Direito relacionado a uma questão metodológica freqüentemente utilizada.

Referências

AMARAL, Francisco. *Uma Carta de Princípios para um Direito como Ordem Prática*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs). *O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e*

MELLO, Cleyson de Moraes. *A Essência do Direito e o Encobrimento do Ser*. pp. 59-72

Utopias Contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. *Verdade e Método II: Complementos e Índice*. Tradução Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

HEIDEGGER, Martin. *O Fim da Filosofia ou A Questão do Pensamento*. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1972.

_____. *Identidad Y Diferencia*. Tradução Helena Cortés e Arturo Leyte. Barcelona: Anthropos, 1990.

_____. *Sobre o Humanismo*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995.

_____. *Introdução a Metafísica*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 4.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p.112.

_____. *Ensaio e Conferências*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel e Marcia Sá Cavalcante Schuback. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

_____. *Ser e Tempo*. Parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12.ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

_____. *Código Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007, p.XXII.

STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica: Ensaio sobre a Desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

_____. *Compreensão e Finitude: Estrutura e Movimento da Interrogação Heideggeriana*. Ijuí, Rio Grande do Sul: Unijuí, 2001.

MELLO, Cleyson de Moraes. *A Essência do Direito e o Encobrimento do Ser*. pp. 59-72

_____. *Nas Proximidades da Antropologia: Ensaio e Conferências Filosóficas*. Ijuí: Unijuí, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Crise de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002*. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.) *A Parte Geral do Novo Código Civil – estudos na Perspectiva Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.XXV.

_____. *O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.