

FENOMENOLOGIA HERMENÊUTICA: O DIREITO NA VISADA DE *SER E* *TEMPO*¹ DE HEIDEGGER

*HERMENEUTIC PHENOMENOLOGY: THE LAW IN FROM THE PERSPECTIVE OF
HEIDEGGER'S BEING AND TIME*

*FENOMENOLOGÍA HERMENÉUTICA: EL DERECHO EN LA VISIÓN DE SER Y TIEMPO DE
HEIDEGGER*

Francisco Carlos Duarte²

Felipe Duarte Almeida Da Fonseca³

1 Referências completas no final deste artigo.

2 Mestre e doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Possui pós-doutorado pela Università degli Studi di Lecce (Itália) e pela Universidade de Granada (Espanha). É investigador do CNPq, professor titular dos cursos de graduação, mestrado e doutorado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), Procurador do Estado do Paraná e advogado.

3 Bacharel em Direito e em Filosofia. Mestrando em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutorando pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

Resumo: A partir do estudo da obra *Ser e tempo*, de Martin Heidegger, obra que, por ser uma obra de Fenomenologia Hermenêutica, isto é, de Ontologia, estuda os modos de ser dos entes, procura este trabalho determinar o modo de ser do direito. Em *Ser e tempo* são descritos três modos possíveis dos entes se mostrarem em seu ser: i) o modo de ser da coisa, que se refere ao mostrar-se dos entes para a atitude teórica no modelo das Ciências da Natureza; ii) o modo de ser do manual, que se refere ao mostrar-se dos entes à atitude do homem na lida prática com o mundo. Atitude que pode ser compreendida discursivamente por uma Hermenêutica; iii) o modo de ser da cura, modo como se mostra o homem. Este é compreendido pela Fenomenologia Hermenêutica de Heidegger, que pode ser desenvolvida por uma Antropologia Filosófica. O direito, por meio de uma Ontologia Regional, será compreendido como possuindo o modo de ser da cura. As consequências desta compreensão também são trabalhadas.

Palavras-chave: Filosofia do Direito. Fenomenologia Hermenêutica do Direito. Heidegger. *Ser e tempo*.

Abstract: Based on a study of the work *Being and Time* by Martin Heidegger which, as a work of Hermeneutic Phenomenology, i.e. Ontology, studies the ways of being of beings, this work seeks to determine the way of being of the law. *Being and time* describes three possible ways in which beings manifest themselves in their being: i) the way of being of the thing, which refers to the manifestation of beings for the theoretical attitude in the model of Natural Sciences; ii) the way of being of the manual, which relate to the manifestation of beings to the attitude of man in his practical dealings with the world - an attitude that can be understood discursively by Hermeneutics; and iii) the way of the being of cure; the way in which man manifests himself. This is understood by Heidegger's Hermeneutical Phenomenology, which can be developed by a Philosophical Anthropology. The Law, through a regional Ontology, will be understood as

having the way of being of cure. The consequences of this understanding are also addressed.

Keywords: Philosophy of Law. Hermeneutic Phenomenology of Law. Heidegger. *Being and time*.

Resumen: A partir del estudio de la obra *Ser y Tiempo* de Martin Heidegger, que por ser una obra de Fenomenología Hermenéutica, es decir de Ontología, estudia los modos de ser de los entes, este trabajo intenta determinar el modo de ser del Derecho. En *Ser y Tiempo* se describen tres modos posibles en que los entes se muestran en su ser: i) el modo de ser de la cosa, que se refiere al mostrarse de los entes para la actitud teórica en el modelo de las Ciencias de la Naturaleza; ii) el modo de ser de lo manual, que se refiere al mostrarse de los entes ante la actitud del hombre en la lid práctica con el mundo, actitud que puede ser comprendida discursivamente por una Hermenéutica; iii) el modo de ser de la cura, modo en el que se muestra el hombre. Este es comprendido por la Fenomenología Hermenéutica de Heidegger, que puede ser desarrollada por una Antropología Filosófica. El Derecho, por medio de una Ontología Regional, será comprendido como poseedor del modo de ser de la cura. También se trabaja sobre las consecuencias de esta comprensión.

Palabras clave: Filosofía del Derecho. Fenomenología Hermenéutica del Derecho. Heidegger. *Ser y Tiempo*.

INTRODUÇÃO

A pergunta pelo que é a Filosofia e, por conseguinte, pelo que é a Filosofia do Direito, já é uma pergunta filosófica. Cada grande filósofo teve de pensá-la e de seu modo respondê-la. Quando vamos à *Ser e tempo* de Heidegger, para de lá retirar indicações para uma Filosofia do Direito, também vamos, portanto e primeiramente, em busca da resposta deste filósofo pelo que é Filosofia. Não podemos perguntar diretamente pela Filosofia do Direito, Heidegger não tem uma Filosofia do Direito, mas ele também não a nega, pelo contrário, ele a possibilita.

Para Heidegger, a Filosofia é Ontologia e nada mais do que isso, também nada menos. Apesar de Ontologia Fundamental ser sinônimo de Fenomenologia Hermenêutica, como veremos no decorrer deste trabalho, por hora utilizaremos, salientando a sinonímia, o termo Ontologia Fundamental. A Ontologia pode ser uma Ontologia Fundamental ou Regional, esta é uma Ontologia Jurídica, uma Ontologia da Física, da Química, da Linguística ou ainda da Botânica. Aquela, por sua vez, para Heidegger, é uma pergunta por aquele ente que, no seu modo de ser no mundo realiza todas estas Ciências, uma pergunta pelo homem. A Ontologia Fundamental leva este nome, porque ela pergunta por aquele ente que é a condição de possibilidade de todas as Ontologias Regionais. Sem o homem não haveria nem Física nem Direito, nem Ciência Jurídica, nem Ontologia da Física, nem Ontologia do Direito. Portanto, o homem é o fundamento e por isso seu estudo leva o nome de Ontologia Fundamental, restando aos outros campos o nome de Ontologia Regional.

Vimos que uma Ontologia Regional pode ter o direito – assim como sua ciência o Direito – como seu tema, mas como ela trata seu tema? Que pergunta a Ontologia faz sobre o ente que ela estuda? A Ontologia é a pergunta pelo ser. Isso já é notório. Mas todo ser é ser de um ente. A Ontologia pergunta, portanto, pelo ser do ente que ela estuda. Em outros termos, a Ontologia Jurídica pergunta: *O que é o direito?* Menos que isso é inaceitável. Mais do que isso é contrabando. É trazer ilegitimamente reflexões de Ciências para a reflexão Filosófica. Podemos ler em Heidegger sobre isso, a saber:

É admirável: as outras ciências, matemática, física, história, filologia, lingüística, não começam por perguntar o que é a matemática, a física, a filologia; ao contrário eles [os cientistas] apenas começam seus trabalhos, eles apenas mergulham em seus temas. [...] Quando os cientistas tentam responder tais questões [pelo que é o objeto de sua ciência], eles começam a filosofar. (2008a, p. 4)

Se perguntarmos pelo direito tal como ele era no Império Romano, estaremos fazendo uma pergunta histórica, é História do Direito; se perguntarmos pelo direito tal como compreendido pelos criminalizados, estaremos fazendo uma pergunta psicológica ou sociológica, é Sociologia ou Psicologia do Direito; se perguntarmos, e somente se perguntarmos, pelo que é o direito, estaremos fazendo uma pergunta Filosófica, é Filosofia do Direito, é Ontologia do Direito. Agora, se confundirmos tudo sem nenhum tipo de critério, não é reflexão alguma, é falação.

Portanto, o nosso objetivo neste trabalho é, a partir da obra *Ser e tempo*, de Heidegger, procurar indicações para a resposta à pergunta: *O que é o direito?* Para respondermos esta pergunta teremos de encontrar a estrutura ontológica do direito, aquilo que em todas as formas históricas de direito - seja o direito romano, grego ou brasileiro - já está anterior; anterior no sentido de condição de possibilidade. Nós não vamos perguntar, por conseguinte, por propriedades do direito que podem ou não estar presentes. Nós perguntaremos por aquilo que é essencial no direito, por aquilo que é o direito.

Como procederemos com esta pergunta neste trabalho? Primeiro, iremos expor os modos de ser possíveis tais como encontramos na obra *Ser e tempo*. Depois, nos perguntaremos se o modo de ser do direito é tal como algum destes modos expostos. Por fim, indicaremos os dois caminhos de estudos a serem tomados após este trabalho.

OS MODOS DE SER POSSÍVEIS A PARTIR DE *SER E TEMPO*

São três os modos de ser possíveis a partir de *Ser e tempo*:

1) o modo de ser da coisa, modo que possui a estrutura ontológica da substância com suas propriedades;

2) o modo de ser do manual, modo que possui a estrutura ontológica da *manualidade* descrita como *para-quê*;

3) o modo de ser do homem, que possui a estrutura ontológica da cura, descrita como *anteceder-a-si-mesmo-no-já-ser-em-sendo-junto-a*.

Nesta primeira parte, começaremos expondo o modo de ser da coisa e, depois, passaremos ao modo de ser do manual, seguindo, por fim, ao modo de ser do homem.

Todo e qualquer ente pode se mostrar no modo de ser da coisa. Todo ente é, também, uma coisa. Começemos por investigar uma coisa material. Um copo é uma coisa material. O copo possui, como material, algumas propriedades: peso, densidade, espacialidade, extensão, mudanças de estado – sólido, líquido – etc.

Todos os entes, que possuem como sua substância a materialidade, possuem estas mesmas propriedades. Porém, as coisas não são, propriamente, estas propriedades. Substancialmente o copo não é seu peso, mas *materialidade*. O que faz da coisa copo um copo é sua matéria e não suas propriedades.

Mas um ente não material também pode ser entendido como coisa. O príncipezinho de o *Pequeno Príncipe* não possui materialidade, mas ele é uma coisa. Ele, podemos dizer, é uma coisa ideal; esta é sua substância, a *idealidade*. O príncipezinho não ocupa lugar no espaço, mas ele é psíquico. Ele não possui peso, mas possui alguma carga emocional. Todo ente ideal possui tais propriedades. Já propriedades como: o príncipezinho é uma ficção literária; ele tem por amiga uma flor, etc. São propriedades que nem toda coisa ideal tem, mas que a substância ideal pode ter. Portanto, já podemos compreender que tanto o ente ideal quanto o ente material possuem a estrutura da substância com suas propriedades. Esta é a forma como os entes se mostram a partir do modo de ser da coisa.

É no modo de ser da coisa que os entes se mostraram para a tradição desde Aristóteles. Tal tradição toma todos os entes a partir deste único modo de ser. Este não é, no entanto, um modo antigo de ver as coisas. O modo antigo está cada dia mais presente não só nas ciências como no nosso cotidiano. Mesmo

na Física Quântica em que pelo menos algumas importantes propriedades da matéria em relação à Física Clássica foram modificadas, como a individualidade, a estrutura da coisa continua presente, a materialidade, a sua substância, com as suas propriedades. É isso que podemos observar em um texto extremamente didático do professor Krause:

O que $xF(x)$ significa então é que existe uma certa entidade de um certo tipo satisfazendo uma determinada condição, como “é um elétron assim e assim” ou “é um quark assim e assim”, mas nunca que seja uma entidade que se comporte como tendo individualidade no sentido usual. [...]. A visão tradicional é que seriam entidades destituídas de individualidade⁴.

Esta forma de compreender os entes - forma que se funda nos próprios entes - possui sua legitimidade. A Física, hoje, além de bombas, nos constrói equipamentos médicos, geradores de energia, e tantos outros produtos. Inclusive o homem se mostra, em certa medida, como coisa. É legítimo tomar o homem a partir da sua materialidade. É legítimo analisá-lo assim quando de uma operação médica ou quando da aplicação de um remédio. Veremos, na segunda parte deste trabalho, que o direito também se mostra como coisa. Sobre isto Dastur afirma: “Heidegger salienta uma vez mais que a ideia de coisidade (*Dinglichkeit*) constitui a idéia diretriz da Ciência.”⁵

No entanto, a *coisidade* não abarca todos os modos de ser. Quando ocorre uma explicação a partir da *coisidade* algo sempre fica de fora; algo sempre fica incompreendido. O copo analisado fisicamente, mesmo se ele fosse descrito de uma forma material mais próxima de nós, como uma coisa de vidro em forma cilíndrica fechada na parte de baixo, não é compreendido em um momento importante. Nós nunca conseguiremos explicar um copo explicando apenas sua composição material. Para explicar um copo temos de dizer que o copo é aquilo que serve para beber. Isto, que advém do modo de ser do copo, o modo de ser da *manualidade*, é completamente perdido quando estamos absorvidos apenas pelo modo de ser da *coisidade*. O copo pode, também, se mostrar como coisa,

4 KRAUSE, Décio. Física e ontologia. *Discusiones Filosóficas*. Año 9 Nº12, Enero – Junio, 2008. p. 67.

5 DASTUR, Françoise. *Heidegger: la question du logos*. Paris: Vrin, 2007. p. 67.

mas ele não é só isso. Ele precisa ser analisado na sua dimensão de *manualidade* para que possa ser devidamente compreendido. Vejamos, portanto, o segundo modo de ser, a *manualidade*.

Manual é o modo de ser daquilo com o qual lidamos cotidianamente, como martelo, giz, quadro negro, trinco, copos, garrafas, etc. O que faz do manual um manual é sempre o seu mundo circundante, ao contrário da coisa que era entendida sempre no retirar o ente do seu mundo circundante aplicando a ele propriedades. O que é um martelo? Um martelo é aquilo que serve para martelar, assim como um copo é aquilo que serve para beber e uma garrafa aquilo que serve para armazenar líquidos. Um martelo sempre martela alguma coisa, alguma coisa que precisa ser colocada ou retirada de seu lugar: o prego. Desta forma, o martelo só é martelo, só é manual, na medida em que o compreendemos em relação com outras coisas, em relação com o martelar, com o prego, com a tábua, etc. Todas essas outras coisas juntas são o mundo circundante do martelo. O martelo só pode ser compreendido no seu ser martelo a partir de sua relação com o mundo circundante do qual faz parte, assim como qualquer outro manual.

Como o manual só é na medida em que se relaciona com seu mundo circundante, será por meio da atividade em que imediatamente o mundo circundante se apresenta que o manual se mostrará de forma mais genuína e imediata, dito de outra maneira, no uso prático do manual. Isto ocorre porque no martelar prático - aquele quando sobre o qual não pensamos sobre o que fazemos - o martelo se mostra como *para-quê*, para martelar, dentro de um mundo circundante para algo, para fazer um sapato. É na lida prática como o manual que este se mostra a partir do seu fim, a obra final. Este *estar dirigido* pelo *para-quê* do manual absorve de forma tão intensa o martelar que ele não olha para o martelo como aquilo que está ali com suas propriedades, como forma, peso, etc. O martelar apenas conhece o *para-quê* do martelo. Aquele que martela esquece o próprio martelo atendo-se apenas ao martelar, ao mundo circundante. Um manual não é aquilo que tem determinadas propriedades, mas é aquilo que serve para alguma coisa.

Exposto o que é o manual em um espaço restrito, passamos agora a ampliar, gradativamente, o espaço compreendido pelo mundo circundante até a totalidade

dos entes. A primeira ampliação é imediata, a obra a ser produzida na oficina, o sapato, também é um manual. O sapato só pode ser compreendido em seu ser sapato, se for compreendido em seu *para-quê*, sapato é aquilo para calçar. Este calçar já está em um mundo circundante ampliado. O calçar serve para andar ou proteger-se do frio. Desta forma, a rua, a trilha, o clima, etc., se abrem como mundo circundante, se abrem a partir do modo de ser do manual.

Podemos, ainda, ampliar o mundo circundante a partir dos materiais usados na elaboração da obra, para a elaboração do sapato foi usado couro, pregos, fios, etc. Essas matérias-primas aparecem, no espaço da obra, como *para-quês*: para a confecção do sapato. A matéria-prima é descoberta, assim, como manual. Todas as matérias-primas citadas foram, por sua vez, produzidas. O couro teve de ser, entre outras coisas, curtido; o fio trançado. Mais uma vez o mundo circundante foi ampliado.

Não obstante isto, em última instância, os materiais utilizados na elaboração da obra não são produzidos, mas são encontrados. O ferro é encontrado no minério, o couro no animal. O minério e o animal, que por mais que necessitem de manipulação, criam-se, de certa forma, por si mesmos, são entendidos, agora, também, como manuais da obra. O minério só pode aparecer como minério quando aparece como aquele que está ali para ser extraído e o animal como aquilo que está ali para fornecer o couro, a lã, etc. Toda a natureza agora se abre, também, a partir do modo de ser do manual ou como mundo circundante do manual.

Como a lida prática é anterior à lida teórica, sempre teorizamos sobre aquilo que de alguma forma já temos quando da lida prática. A primeira forma que os entes aparecem para nós, os homens, é a partir da *manualidade*. A *coisidade* aparece para nós agora como derivada, não no sentido de inferior, mas no sentido de necessitar da *manualidade* como sua condição de possibilidade. Aqui se encontra o violento e importantíssimo resgate de prioridade ontológica efetuada por Heidegger, a natureza, antes de ser compreendida como *coisidade*, é compreendida, desde sempre, como *manualidade*. Em uma passagem que de alguma forma toca o poético, sintetiza Heidegger:

Pode-se prescindir de seu modo de ser à mão [manualidade] e determiná-la e descobri-la [a natureza] apenas em seu modo de ser

presente [coisidade]. Nesse modo de descobrir, porém, a natureza se vela enquanto aquilo que “tece e acontece”, que se precipita sobre nós, que nos fascina com sua paisagem. As plantas do botânico não são flores no campo, o “jorrar” de um rio, constatado geograficamente, não é “fonte no solo”.⁶

Já compreendemos como manual quase todos os entes produzidos e não produzidos, falta, ainda, os entes no modo de ser do homem, nós mesmos. Toda obra faz referência ao *para-quê* ela serve. O sapato serve para calçar; também faz referência ao de que a obra é feita, de couro; e também para quem é feita. Aquele que encomenda a obra - aquele em função de quem a obra é feita - é aquele que vai ditar *como* a obra deve ser feita. Os sapatos terão tamanhos diferentes na medida em que eles são para pessoas com pés de tamanhos diferentes, nenhum sapato terá um tamanho exageradamente grande que nenhum homem consiga calçá-lo. Se tal sapato existir com o fim de exposição ele já não será sapato, talvez arte.

Apesar de, expositivamente, os entes no modo de ser do homem terem sido compreendidos como *manualidade* por último, ontologicamente eles são os primeiros. A obra já é sempre feita em função do homem. O sapateiro não teve primeiro a ideia de fazer um sapato e depois a tarefa de sair procurando uma utilidade para ele. Como vimos, o próprio sapato só é na medida em que é para calçar, primeiro veio aquele que calça e depois aquilo que se calça. Desta maneira, todo o mundo circundante, a totalidade dos manuais, se direciona aos homens: aqueles elaborados porque são sempre elaborados em função destes. Os não elaborados porque são sempre desencobertos a partir deste na lida prática com os entes. Pode-se dizer, então: “A mata é reserva florestal, a montanha é pedreira, o rio é represa, o vento é vento ‘nas velas’”.⁷

Agora podemos compreender que todos os entes podem se mostrar como coisa e, também, como manual. O mesmo copo pode se mostrar como coisa, coisa material, ou como manual, algo para beber. O direito não é diferente. Na segunda parte deste trabalho o direito irá se mostrar como coisa e como manual.

Indicamos, quando da citação do professor Krause, a Física como a Ciência que estuda os entes quando estes se mostram como coisa. No entanto, não é só a Física,

6 *BASIC concepts of ancient philosophy*. Tradução de Richard Rojcewicz. Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press, 2008a . p. 119.

7 *SER e tempo*. Tradução de Marcia Sá Schuback. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 119.

mas todas as Ciências Naturais, assim como as respectivas Ontologias Regionais, que o fazem. Agora perguntamos: quem é que estuda os entes no modo de ser do manual? A Sociologia pode ser um exemplo. Quando a Sociologia interpreta o homem a partir dos seus papéis sociais, quando o médico é interpretado como aquele para curar, o pedreiro aquele para construir, e cada um deles, a partir disto, interpretados como exercendo um papel na sociedade, a Sociologia está trabalhando os entes no modo de ser do *para-quê*. Uma Ontologia Regional destas Ciências faria o mesmo.

A Hermenêutica Filosófica também compreende os entes neste modo de ser. É em remissão ao seu mundo circundante que a Hermenêutica Filosófica compreende qualquer ente. Podemos compreender isto na citação de Gadamer se recordamos que quem pensa o mundo circundante em primeiro lugar é a atitude prática, quem pensa a atitude prática, portanto, pensa o modo de ser da *manualidade*, o *para-quê*. É o que podemos conferir no seguinte excerto:

Compreendida assim de modo universal, a hermenêutica adquire uma forte afinidade com a "filosofia prática", [...]. Uma teoria da práxis da compreensão é certamente teoria e não prática. Mas nem por isso uma teoria da práxis é uma técnica ou uma pretensa cientifização da práxis social. É, ao contrário, uma reflexão filosófica dos limites a que está submetido todo domínio científico-técnico da natureza e da sociedade. São verdades cuja defesa diante do conceito moderno de ciência constitui uma das mais importantes tarefas de uma hermenêutica filosófica⁸

Gadamer indica, nesta citação, também, algo outro que comentamos. No modo de ser do *para-quê*, que é dado à lida prática do homem, algo mais é compreendido do que o compreendido pelas Ciências Naturais. Este modo de ser, o *para-quê*, por meio da Hermenêutica Filosófica, mostra os limites de compreensão das Ciências Naturais.

Mas existe um ente que não pode ser inteiramente explicado pela Hermenêutica Filosófica. Existe um ente que não se mostra apenas nos modos da coisa e do manual; existe um ente que extrapola esses modos de ser, este ente é o homem.

8 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flavio Paulo Meurer. São Paulo: Vozes, 2002. v. 1. p. 142.

Quando explicamos um copo, no seu modo de mostrar-se para a atitude prática - no modo do *para-quê* - determinamos este ente a partir do seu mundo circundante. O copo é aquilo que serve para beber. Digamos que o copo surgiu como instrumento para se beber e irá desaparecer quando não servir mais para isso. Verdadeiramente um copo quebrado não é mais um copo. Ele era um copo. Ao contrário do copo, o homem não é determinado pelo mundo circundante. O homem não é determinado pelas circunstâncias históricas e sociais, ele não é inteiramente determinado.

O homem se mostra, muitas vezes, como coisa. Já vimos o caso do paciente médico. Um homem se mostra, também, como manual. Um homem dentro de uma oficina pode ser chamado de sapateiro. Porém, nenhuma destas duas dimensões, e nem mesmo elas somadas, compreendem o homem em toda sua complexidade, um momento foi perdido. É certo que um sapateiro é um para fazer sapatos, mas antes disso, anterioridade aqui significa condição de possibilidade, o sapateiro é livre para escolher ser sapateiro ou não. Passemos, portanto, à exposição do terceiro modo de ser possível em *Ser e tempo* de Heidegger, o modo de ser do homem. O homem na sua estrutura ontológica da cura.

O modo de ser do homem é definido em *Ser e tempo* como cura. A cura pode ser explicada como sendo *anteceder-a-si-mesmo-no-já-ser-em-sendo-junto-a*. Este conjunto estranho de palavras é a união de três momentos, o *anteceder-a-si-mesmo*, o *já-ser-em* e o *ser-junto-a*. Nós já explicamos, de certa forma, cada um destes momentos, senão vejamos mais diretamente.

O homem é um *anteceder-a-si-mesmo*. Explicamos isso quando afirmamos que o homem é livre. O homem é livre porque ele não está determinado por um mundo circundante. O homem é, portanto, um *para-nada*, para nada determinado. Quando o homem compreende que ele é um *para-nada*, ele antecede seu futuro, digamos assim, retornando a si mesmo no modo da liberdade. Se o homem é ontologicamente um *para-nada* ele pode escolher, onticamente, um para que ser. Pode escolher ser um para fazer sapatos ou não.

Ocorre que esta liberdade não é descontextualizada. Apesar de o homem possuir liberdade e não ser determinado pelo mundo circundante, o mundo circundante, de

certa forma, coloca apenas algumas possibilidades nas mãos de um determinado homem. O sapateiro, que teve de trabalhar desde pequeno com o pai, não podendo estudar ou aprender outra profissão, aprendeu desde cedo a ser sapateiro. Neste sentido, ele está de certa forma determinado pelo mundo circundante. Mas ele não está completamente determinado, pois ele pode, sempre, deixar de ser sapateiro e buscar outras possibilidades. O homem é, portanto, sempre um *já-ser-em*, ele sempre é e já foi algo a partir de um mundo circundante.

Por último o homem é, sempre, um *ser-junto-a* porque o homem sempre já se interpretou a partir dos outros entes aos quais ele está junto. O homem sempre - isso é inevitável, faz parte de sua estrutura ontológica - já se interpretou como coisa e como manual.

Qual Ciência estuda o homem neste modo dele se mostrar? Que Ciência consegue abarcar o homem em toda sua complexidade? Talvez a Antropologia Filosófica. Em Heidegger o conhecimento do homem no seu modo próprio de se mostrar, na estrutura da cura, se dá por meio da Ontologia Fundamental, por meio da Fenomenologia Hermenêutica. A partir destes três modos de ser vejamos como deve ser interpretado o modo de ser do direito.

O MODO DE SER DO DIREITO

Já afirmamos que o direito se mostra como coisa, mas quando ele se mostra neste modo de ser? Quando ele se mostra a partir de uma substância, seja material ou ideal, com suas propriedades.

É certo que o direito se mostra, também, de certa forma, como material. O direito se mostra no papel onde as leis estão escritas; nos prédios onde acontecem os julgamentos; nas prisões onde acontecem os cumprimentos das penas, etc. Mas sabemos que isso não é propriamente o direito. O papel escrito pode ser, também, uma receita de bolo e o prédio pode ser uma moradia. *O que torna estas coisas materiais coisas jurídicas?* Tal como o príncipezinho de *O Pequeno Príncipe* o direito não está propriamente no papel, no modo de ser da coisa o direito se mostra como ideal, como sendo um ente psíquico, uma coisa psíquica

com suas propriedades. *Que coisa ideal é esta que faz de uma coisa material uma coisa jurídica?* O direito quando se mostra como coisa ideal.

Uma conceituação possível do que é o direito no modo de ser da coisa ideal, é: o direito é uma ordem normativa de coerção. Nesta conceituação, o direito se apresenta no modo de ser da coisa, possuindo como substância ideal a ordem normativa e como propriedade ser esta ordem normativa dotada de coercibilidade. Se a ordem normativa não possuir coercibilidade, ela pode estar relacionada à ética, à etiqueta, ou, até mesmo, à gramática. Portanto, estamos diante de uma substância e suas propriedades, refletindo o modo de ser da coisa. É porque no papel está escrito esta ordem normativa de coerção, ou porque está escrito algo relacionado a esta ordem normativa, é que o papel se torna uma coisa jurídica.

Da mesma forma que a coisa material se mostra passível de estudo pela Física, a coisa ideal se mostra passível de estudo pela Lógica. No modo de ser da coisa ideal o direito se mostra passível de estudo pela Lógica Jurídica. Se o direito, entendido como coisa ideal, é uma ordem normativa, esta ordem deve ser ordenada da mesma forma que a linguagem entendida como coisa, pois o ente ideal nada mais é do que linguagem. Portanto, a ordem normativa é ordenada logicamente. Os estudos de Heidegger sobre a linguagem, que não cabem aqui retratar, mostram que a linguagem segue as mesmas possibilidades de ser que as aqui retratadas para o direito, sendo a linguagem, desta forma, compreendida, também, como coisa ideal.

Mas este modo de se mostrar do direito alcança todo o fenômeno do jurídico? Acreditamos que não. Como o direito se apresenta na lida prática do homem com o mundo circundante? Ou seja, como o direito se apresenta no modo de ser do manual? Já vimos que um manual é aquilo que usamos na lida prática diária sem pensarmos teoricamente sobre o ente. Nós fazemos isso com o direito? Certamente. Tomemos um exemplo: se um homem deixa de pagar a conta de uma boate onde estava consumindo, acabando por ser barrado pelos seguranças daquela, seguranças que o impedem de sair do local, este homem poderia dizer: - "Vocês não têm o direito de me prender." Ou: - "Eu tenho o direito de sair." O direito não precisou ser pensado por este homem como uma ordem normativa

de coerção, o homem da boate pode nunca ter estudado Direito e, mesmo assim, ter utilizado o direito naquele momento, ele o utilizou como um instrumento tal como alguém poderia utilizar um martelo. Ele utilizou o direito em sua relação com o mundo circundante, em relação à boate, ao segurança. Neste caso particular, o direito foi usado para sair da boate tal como poderíamos usar o martelo para martelar um cinzel, mas a pergunta é genérica, um martelo serve para martelar, e o direito, no modo de ser do manual, serve para quê?

O direito se mostra no modo de ser do manual, no modo do *para-quê*, como um para se atingir a justiça, ou, poder-se-ia dizer, para atingir a pacificação social. Se é que se pode atingir esta sem justiça. O modo de compreensão do direito como ordem normativa de coerção não consegue compreender essa dimensão do direito: o direito no modo do manual, o direito como servindo para algo. O direito agora se mostra como inseparável daquela aplicação particular dada na lida prática e, também, inseparável do conceito de justiça, que inclui todo o mundo circundante do direito, mundo historicamente determinado. Tomemos como exemplo a seguinte situação: se vivêssemos em uma época em que fosse permitida escravidão por dívida, em que essa prática fosse considerada justa, provavelmente o nosso homem que foi barrado na boate não usaria o argumento que usou no primeiro exemplo; provavelmente ele sairia correndo de pronto. O mundo circundante, agora, portanto, determina o que é e como deve ser usado o direito.

A Ciência que estuda o direito neste modo de ser já não é a Lógica Jurídica, mas a Hermenêutica Jurídica. Podemos ler na citação a seguir de Gadamer a inseparável condição da compreensão do direito de sua aplicação prática. Se entendermos o termo validade de Gadamer por atingir a justiça, poderemos compreender que o autor assevera exatamente o que havíamos afirmado anteriormente. A interpretação de validade como a busca por justiça se justifica no próprio texto que iremos apresentar. Cabe lembrar que Gadamer não está preso à terminologia jurídica da validade como a entrada da norma no mundo jurídico. Isto fica claro quando Gadamer compara a norma jurídica com o texto religioso, sendo este entendido como um *para-quê*, um para redenção. Podemos conferir na passagem seguinte:

Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma forma, o texto de uma mensagem religiosa não quer ser compreendido como mero documento histórico, mas deve ser compreendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que, se quisermos compreender adequadamente o texto - lei ou mensagem de salvação -, isto é, compreendê-lo de acordo com as **pretensões** que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui compreender é sempre também aplicar.⁹

Novamente aquela pergunta que nos traz uma melhor compreensão do fenômeno estudado: o direito se reduz a estes dois modos de ser? O modo de ser da coisa e o modo de ser do homem? O direito se reduz a uma ordem normativa de coerção que tem a finalidade de alcançar a justiça? Não teria o modo do ser do direito aquele momento que determina o modo de ser do homem como diferente dos outros modos de ser? É o direito completamente determinado pelo mundo circundante, ou não? Isto é: é o direito determinado pela economia? Pela história? Pela região geográfica? Pela religião? Pelo espírito da época? A resposta é não. O direito é, tal como o homem, livre.

É certo que o termo liberdade não cabe tradicionalmente ao direito. Portanto devemos, ao utilizar este termo, fazer uma breve consideração. Ao homem é dito ser livre, porque o homem é um *para-quê* não determinado pelo mundo circundante, mas o direito também não é determinado pelo mundo circundante, possuindo o modo de ser do homem, a cura. Nós utilizaremos o termo liberdade para o direito, portanto, no sentido apresentado.

Se o direito possui o momento característico do modo de ser do homem, o estar livre para suas possibilidades, isso quer dizer que o direito, além do modo de ser da coisa e do modo de ser do *para-quê*, também se mostra - e propriamente se mostra - a partir da estrutura ontológica da cura. O direito é no modo de ser do *anteceder-a-si-mesmo-no-já-ser-em-sendo-junto-a*. Essa dependência da Ontologia do Direito para com o modo de ser do homem retrata Heidegger da seguinte maneira¹⁰:

9 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flavio Paulo Meurer. São Paulo: Vozes, 2002. v. 1. p. 408.

10 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flavio Paulo Meurer. São Paulo: Vozes, 2002. v. 1. p. 408.

A filosofia é uma ontologia fenomenológica e universal que parte da hermenêutica do ser-aí [homem], ao qual, enquanto analítica da existência, amarra o fio de todo questionamento filosófico no lugar de onde ele brota e para onde retorna.

Lembrando que a Hermenêutica aqui citada não é a mesma que a citada quando do modo de ser do manual, pois:

Trata-se de uma hermenêutica que elabora ontologicamente a historicidade do ser-aí [homem] como condição ôntica de possibilidade da história fatural. Por isso é que, radicada na hermenêutica do ser-aí [homem], a metodologia das ciências históricas do espírito só pode receber a denominação de hermenêutica em sentido derivado.¹¹

A partir destas duas citações, e do que já desenvolvemos neste trabalho, podemos compreender a razão da sinonímia entre os termos Fenomenologia Hermenêutica e Ontologia Fundamental: uma Hermenêutica que não seja ontológica não chega ao ser mesmo do ente tematizado, e além do ente tematizado ser o fenômeno tal como entendido pela Fenomenologia de Heidegger, todo questionamento ontológico parte e retorna ao questionamento do homem, da Ontologia Fundamental. Portanto, uma Fenomenologia Hermenêutica é o mesmo que uma Ontologia Fundamental. Em outras palavras, uma Fenomenologia Hermenêutica compreende qualquer fenômeno a partir do modo de ser do homem, a partir da Ontologia Fundamental. Podemos compreender agora, também, o título deste trabalho. Este trabalho visa compreender o direito tal como ele originariamente se mostra em seu ser: compreensão que só pode ser feita a partir de uma Fenomenologia Hermenêutica.

Voltando ao modo de ser do direito, vejamos o que significa ter o direito o modo de ser da cura, passando, brevemente, por cada um dos três momentos deste fenômeno.

Se o direito é um *sendo-junto-a*, como já vimos para o caso do homem, isso significa que ele se mostra e se interpreta sempre como coisa e como manual, ou seja, as interpretações anteriores do direito possuem sua legitimidade, a

11 *SER e tempo*. Tradução de Marcia Sá Schuback. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 78.

Lógica Jurídica e a Hermenêutica Jurídica possuem sua legitimidade perante o fenômeno do direito.

Mas o direito também é um *já-ser-em*, ele sempre já se encontrou em construção no mundo circundante. Vimos quando da interpretação do direito a partir do manual, como *para-quê*, que ele depende do seu mundo circundante, vimos que ele é um fenômeno histórico, o próprio conceito de justiça é histórico. Portanto, toda interpretação do direito sempre se dá no modo da reinterpretação de sua história.

Mas o direito também é um *anteceder-a-si-mesmo*. Quando do homem vimos que um ente livre antecede a si mesmo porque antecede o seu ser *para-nada*, e ser *para-nada* é ser livre para as possibilidades, pois ser *para-nada* é não ser determinado pelo mundo circundante. Nós já comentamos que o direito é um para a justiça, como pode ele, então, ser um *para-nada*, ser livre? A própria justiça, que é um conceito histórico, tem que ser compreendida como não determinada historicamente pelo seu mundo circundante, tem de ser entendida como livre.

O conceito de justiça não está fechado, acabado, mesmo quando este acabamento é entendido como relacionado ao espírito de uma época. Ele não está acabado em cada momento histórico, faltando aos juristas apenas acessá-lo, também não é determinado por nada do mundo circundante, nem pela economia, nem pela política, nem pela história. Ele - o conceito de justiça - está aberto em seu ser. Se o direito é um para a justiça e se a justiça está fundamentada em pura possibilidade, no *para-nada* do próprio homem, isso significa que o próprio direito é um para pura possibilidade; *é um para uma justiça que deve decidir-se também pelo que ela própria é a cada momento*. A justiça é um conceito que está aberto e estará sempre aberto. Ela se pergunta, a cada momento, pelo seu próprio ser. A cada decisão de um juiz, ou pedido de um advogado, ou mesmo em um contrato, o conceito de justiça tem que ser perguntado em seu ser. E isso não poderá nunca deixar de ser assim, porque isso não é uma propriedade de uma substância, mas uma estrutura ontológica, o direito sempre será assim, a justiça sempre estará em aberto.

De acordo com nossa tese, citamos uma passagem de um artigo apresentado no CONPEDI realizado em 2008, em Florianópolis, Santa Catarina, onde os professores de Paiva e Cunha, traçando uma relação entre o pensamento de

Heidegger e o modo de ser da constituição, afirmaram em relação à constituição o que agora afirmamos em relação ao direito e à justiça. A saber:

Nesse ponto é preciso destacar que a Constituição deixa de ser um mero instrumento, para ligar-se à própria liberdade do Dasein [homem] na busca de fundamentação, uma busca perene, porquanto inerente à sua própria estrutura existencial.¹²

Isso não significa, devemos acentuar, liberalidade total, já vimos que o direito é livre, mas ele é sempre, ao mesmo tempo, inserido em um mundo; ele é sempre um *já-ser-em*. Sua liberdade, portanto, apesar de não ser determinada, é sempre fática, é sempre uma liberdade para possibilidades e estas, por sua vez, são sempre possibilidades historicamente e existencialmente dadas.

A partir dos modos de ser possíveis na obra *Ser e tempo* de Heidegger, o direito tem o modo de ser do *anteceder-a-si-mesmo-no-já-ser-em-sendo-junto-a*. Onticamente ele se mostra, portanto, em uma conceituação ensaística, como uma *ordem normativa de coerção que visa à justiça, sendo esta sempre compreendida historicamente e sempre indeterminada em seu ser*.

O que de importante se ganha com esta compreensão do fenômeno jurídico? Com esta compreensão do fenômeno jurídico, o direito passa a ser compreendido radicalmente como histórico e guiado pelo conceito de justiça, retirando-o do positivismo jurídico. Mas não se ganha só isso, e nem principalmente isso. Com essa concepção de direito, o fim do direito, a justiça, deixa de ser considerada um conceito pronto e acabado que estaria em algum lugar, seja no mundo das ideias, na linguagem, seja em uma razão transcendental, ou ainda, em um hipotético consenso universal. Neste modo de compreender o direito, a justiça não está e não estará pronta em lugar nenhum. Nós precisamos construí-la sempre sem esperança de acabá-la, assim como fazemos conosco mesmos. Nós nunca estamos acabados, só estamos acabados na morte.

Se esta conceituação for acusada de vã filosofia, cabe ressaltar que com esta compreensão do direito e da justiça o homem não tem saída na desculpa. Ele

12 PAIVA, M. A.; CUNHA, R. A. V. A Constituição sob o fio condutor da Ontologia Fundamental. *Anais do XVII Encontro preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*, Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, jun., 2008, p. 3645.

não pode se desculpar de injustiça por não alcançá-la, por ser esta difícil ou o que mais conseguir inventar. Nesta compreensão de direito e de justiça, o homem pode ser, e será sempre, também injusto, mas ele precisará arcar com a responsabilidade de sê-lo. Nesta compreensão é ele que, a cada momento, compreende a justiça e a injustiça; é ele que sempre responde a pergunta pelo que é a justiça. A culpa de injustiça cai, portanto, sobre o homem que a praticou, e não mais sobre a economia, a política, a história. Com essa compreensão de direito e de justiça não se pode mais dizer: - “Eu fiz porque estava na lei.” A única resposta possível agora é – “Eu fiz porque eu sou injusto.”

Na estrutura da cura, portanto, o direito se mostra como sendo guiado por um conceito: o de justiça. Esse conceito é radicalmente submetido à finitude humana e à sua condição de fundado no nada, no fundamento infundado. O direito aparece agora como a busca incessante por aquilo que não está e não estará pronto, mas que se constrói histórica e existencialmente.

Sobre essa condição do direito de ter de erguer sempre mais uma vez a justiça, podemos ler na mitologia¹³:

Uma vez em seu reino, Sísifo não mais se preocupou em cumprir a palavra empenhada e deixou-se ficar, vivendo até idade avançada. Um dia, porém, Tânatos veio buscá-lo em definitivo e os deuses o castigaram impietosamente, condenando-o a rolar um bloco de pedra montanha acima. Mal chegando ao cume, o bloco rola montanha abaixo, puxado por seu próprio peso. Sísifo recomeça a tarefa, que há de durar para sempre, como está na Odisseia, XI, 593-600.

Mas este encargo não deve ser entendido como uma desgraça, como nos ensina o escritor francês Camus, nas duas citações a seguir¹⁴:

Sísifo, proletário dos deuses, impotente e revoltado, conhece toda a extensão de sua miserável condição: pensa nela durante a descida. A clarividência que deveria ser o seu tormento consuma, ao mesmo tempo, sua vitória. Não há destino que não possa ser superado com o desprezo.

Toda a alegria silenciosa de Sísifo consiste nisso. Seu destino lhe pertence. A

13 BRANDÃO, Junito. *Dicionário mítico-etimológico*. Petrópolis: Vozes, 1991. v. 2. p. 21.

14 CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Tradução de Ari Roitman e Paulina Watch. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 139.

rocha é sua casa. Da mesma forma, o homem absurdo manda todos os ídolos se calarem quando contempla seu tormento¹⁵.

Pois que se calem ídolos como a economia. E para quem se perguntar para que defender a liberdade, já que ela leva ao absurdo, nós temos de responder repetindo Tocqueville: "Quem pergunta para que serve a liberdade nasceu para servir".¹⁶

A Ciência que estuda o direito a partir do seu modo de se mostrar como cura não é nem a Lógica Jurídica nem a Hermenêutica Jurídica, mas a própria Ciência Jurídica. O Direito entendido como Ciência e não como fenômeno. É só a Ciência Jurídica que pode trabalhar com uma ordem normativa de coerção não apenas na sua historicidade radical, mas na sua finitude radical, finitude que significa liberdade para as possibilidades do jurídico. Só o jurista pode criar no âmbito jurídico. Se alguma vez o jurídico foi feito por um político de profissão, no momento da criação do direito, esse político já não era político, mas jurista. Salientamos que uma criação jurídica não é necessariamente, e talvez nunca, a positivação do direito.

Passemos agora à terceira e última parte deste trabalho.

ESTUDOS A PARTIR DESTE TRABALHO

Os estudos, a partir deste trabalho, seguirão duas frentes. A primeira será a discussão com Reale e, a segunda, uma discussão com a filosofia de Heidegger depois da virada do seu pensamento. Heidegger possui duas fases bem determinadas em sua filosofia, neste trabalho apresentamos a primeira fase. Os estudos deverão prosseguir para sua segunda fase. Veremos o porquê dessas duas discussões ao longo desta seção.

Esse modo de compreender o ser dos entes, incluindo nele o direito, estas três formas dos entes se mostrarem em seu ser: o modo de ser da coisa, o modo de ser do *manual*, e o modo de ser do *anteceder-a-si-mesmo-no-já-ser-em-sendo-junto-a*, possui uma relação íntima, porém com diferenças consideráveis,

15 CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Tradução de Ari Roitman e Paulina Watch. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 140.

16 DRUCKER, Claudia. *A palavra nova: o diálogo entre Nelson Rodrigues e Dostoiévski*. Brasília: UNB, 2010. p. 160.

com a tridimensionalidade do direito de Reale. Antes, porém, de mostrarmos as aproximações e as diferenças teóricas, vamos apresentar um breve estudo histórico que aproxima os dois filósofos.

Ainda não podemos determinar, exatamente, qual é a relação entre o filósofo e o jurisfilósofo, mas é certo que Reale leu e foi influenciado de alguma maneira por Heidegger; o que não quer dizer que sua teoria da tridimensionalidade tenha sido retirada deste filósofo. Nossa tese é a de que ambos, Heidegger e Reale, tiveram uma forte influência comum, não só da Fenomenologia de Husserl - como é notório - mas também de Lask. Antes de passarmos a essa relação, porém, vejamos como Heidegger, certamente e de algum modo, influenciou Reale.

Na edição mais recente da obra *Filosofia do Direito*, de Reale, consta nas referências dois textos de Heidegger, sendo um - o mais importante do primeiro período do filósofo - a obra *Ser e tempo*. Teria Reale lido e sido influenciado por esta obra desde a primeira edição do citado livro? E desde o nascimento da teoria da tridimensionalidade do direito? Nesta mesma edição consta que Heidegger foi citado em seis páginas da obra; o que significa ser mais citado que muitos outros autores, incluindo Bobbio e Betti. Mas é claro que isso só mostra que Reale leu Heidegger e o considerou digno de discussão, mas não significa que foi por ele influenciado. Porém, quando Reale vai expor o método fenomenológico aplicado à realidade jurídica, método que alcança, ao lado da "reflexão dessa realidade como vigência no processo das ideias"¹⁷, a totalidade metodológica de Reale, esse método é remetido, em nota de rodapé, a Heidegger. Este teria instaurado a Fenomenologia como método e não como sistema filosófico. Não é uma grande citação, mas é uma citação em um ponto importante, um ponto que determina o método de Reale. Porém, não queremos exagerar na influência de Heidegger em Reale, pois o propósito não é esse, mas, sim, traçar as relações entre os dois autores.

Ainda antes de passarmos a Lask, cabe uma nota prévia sobre a Fenomenologia em ambos os autores que estamos estudando nesta terceira parte. Heidegger é notoriamente um fenomenólogo. Se não é o maior deles, se encontra entre os

17 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 361.

dois maiores, sendo inferior, quanto ao movimento fenomenológico, apenas ao seu fundador, Husserl.

Já Reale foi extremamente influenciado por Husserl e por grande parte do movimento fenomenológico. Alguns dos autores que Reale cita como tendo sido por eles influenciados, são fenomenólogos: o próprio Husserl e Scheler. Além disso, Reale aceita o Método Fenomenológico na sua análise do direito. É o que podemos ler na seguinte excerto:

Na pesquisa sobre a consistência da experiência jurídica, podemos valer-nos, pelo motivos já expostos, de dois processos de indagação que não se excluem, mas se completam: a análise fenomenológica da realidade jurídica e a reflexão desse realidade como vigência no processo das idéias.¹⁸

Com isso queremos mostrar que o solo filosófico de ambos é muito próximo. O movimento filosófico ao qual ambos se inserem e os filósofos com os quais discutem, são, em grande medida, os mesmos. Mas passemos a Lask.

O filósofo que pode ter sido um grande precursor de ambos os filósofos aqui tratados é Lask. Reale o entende como um dos precursores da tridimensionalidade do direito:

Como já foi advertido, a interpretação tricotômica do Direito tem sido descortinada segundo perspectivas diversas. Na ordem cronológica, e mesmo por sua importância fundamental na história das idéias jurídicas contemporâneas, parece-nos merecer nossa imediata atenção a corrente que se prende à Escola sudocidental alemã, notadamente na diretriz de Emil Lask, Frederico Münch e Gustav Radbruch.¹⁹

A influência de Lask em Heidegger também é grande, como atesta um grande estudioso do primeiro período do pensamento de Heidegger, Kisiel²⁰:

Embora Heidegger, ambos jovem e velho, repetidamente ter destacado a influência que sofreu do mais jovem neokantiano de sua época, Emil Lask (1875-1915), ninguém pensou em ler o trabalho de habilitação

18 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 361.

19 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 515.

20 KISIEL, Theodore. *The genesis of Heidegger's Being and time*. California: University of California Press, 1993. p. 25.

de Heidegger, onde a influência dos neo-kantianos sobre Heidegger estava, por assim dizer, especialmente recepcionada através dos olhos de Lask. Quem hoje em dia lê Lask? Aquele que leu, Heinrich Rickert, professor de ambos, Lask e Heidegger, observa em seu relatório final sobre o trabalho de habilitação – ele era o diretor, o Doktorvater de Heidegger: “[Heidegger] é em particular muito dependente de Lask em sua orientação filosófica, bem como em sua terminologia, talvez mais do que ele próprio seja consciente.”

Como prometemos, iremos agora relacionar brevemente a teoria aqui exposta sobre o direito, que é uma aplicação dos estudos ontológicos de Heidegger em *Ser e tempo* ao direito, com a teoria da tridimensionalidade de Reale.

O ente, para Heidegger, na obra *Ser e tempo*, pode se mostrar a partir de três modos de ser, como *coisa*, como *manual* e como *cura*. O ente no modo de ser da coisa pode se mostrar como real ou ideal. Temos, portanto, uma divisão tripla do ente sendo que uma das possibilidades ainda se apresenta dividida, a coisa, que pode ser real ou ideal. Se esquecermos por hora o modo de ser da cura, podemos traçar uma relação de um para um entre os modos de ser de Heidegger e as dimensões de Reale: o direito para Reale é fato; a partir de Heidegger ele se mostra como coisa real. O direito para Reale é norma; a partir de Heidegger ele se mostra como coisa ideal. O direito para Reale é valor; a partir de Heidegger ele se mostra como um *para-quê*. Vejamos cada uma destas comparações.

Quanto ao direito como coisa ideal e como norma. Aqui a igualdade é completa, pois o direito quando se mostra como coisa ideal, que é um conceito da Ontologia e não da Ontologia Jurídica, se mostra como norma, coincidindo perfeitamente com a dimensão de Miguel Reale.

Quanto ao direito como coisa real e como fato. Aqui há uma diferença, Reale anuncia da seguinte forma esta dimensão do direito: “O Direito como fato social e histórico”²¹. Vemos, portanto, que essas dimensões se identificam na medida em que ambas se referem a fatos tal como dados materialmente. Ocorre que a partir de Heidegger o direito como coisa material não abarcada o fato social e histórico. Portanto na dimensão de Reale do fato já está incluída a compreensão dos entes como históricos e determinados pelo mundo circundante, determinações essas que

21 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 509.

só aparecem para Heidegger no modo em que o direito se mostra como manual. Esta dimensão de Reale, no entanto, não pode ser comparada ao manual de Heidegger, porque neste já está incluída o *para-quê*, que será a dimensão do valor para Reale.

Quanto ao direito como manual e como valor. A dimensão do valor de Reale coincide, em grande medida, com o modo de ser do manual para Heidegger. Podemos comprovar a igualdade na seguinte passagem do jurisfilósofo: "Um fim outra coisa não é senão um valor posto e reconhecido como motivo de conduta."²²

Vimos, portanto, que as três dimensões de Reale se relacionam com relativa concordância com os modos de ser do direito compreendidos a partir do pensamento de Heidegger. Esquecemos, no entanto, provisoriamente, o modo de ser da cura, precisamos agora, abordá-lo. Esse modo não possui correspondente em Reale e reside aí, sem sombra de dúvidas, a maior diferença entre os dois autores. Isso não é de se estranhar, é exatamente a partir deste modo de ser que Heidegger critica Husserl e Scheler. A novidade filosófica de Heidegger está, especialmente, em descobrir esse modo de ser.

Quando analisamos o modo de ser do homem, vemos que o modo do manual não conseguia compreender completamente o homem, pois não compreendia sua finitude radical e, por conseguinte, sua liberdade. A tridimensionalidade do direito, na sua compreensão que apenas compreende o ente até o modo do valor, ou na linguagem de Heidegger do manual, não alcança, da mesma forma, o fenômeno jurídico em toda sua complexidade. A Teoria da Tridimensionalidade do Direito não compreende a finitude radical do direito e, por conseguinte, seu modo de ser livre. Selecionamos duas passagens que denunciam isso:

As vias de acesso até o mundo das estimativas jurídicas são muito complexas, e já vimos que Max Scheler nos fala de "um conhecimento estimativo, ou intuição do valioso, fundados no sentimento e na preferência e, em última palavra, no amor e no ódio."²³

Por serem momentos ou dimensões do espírito que outorga sentido aos entes, é que os valores não se resolvem, nem se esgotam na experiência de um sujeito empírico, embora não possam prescindir da experiência subjetiva. [...] É

22 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 544.

23 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 545.

por serem dimensão essencial do espírito em sua universalidade que os valores obrigam, obedecendo o homem a si mesmo, à *Humanitas* revelada no fluir da experiência histórica.²⁴

Na primeira citação vemos Reale asseverar um acessar ou intuir o mundo dos valores e, na segunda, em uma revelação histórica da humanidade, no sentido de essência do humano. Se há um revelar histórico do humano em sua essência e se os valores são, de certa forma, acessados pela intuição, é porque os valores estão presentes em algum lugar, pelas passagens parecem estar presentes em um espírito absoluto que se mostra historicamente. Não temos como entrar neste tema no presente trabalho. O importante é perceber que em Reale os valores, a justiça em especial, não são consideradas radicalmente em suas finitudes, tal como deve ser compreendida se partirmos de Heidegger, mas são compreendidas como estando acabadas e podendo ser acessadas pelos homens.

A relação se estabelece, indiscutivelmente e, por isso, essa se mostra como uma das frentes a serem tomadas a partir deste trabalho: o estudo detalhado da relação entre Heidegger e Reale, tendo como ponto de apoio a convergência de ambos em Lask. Isso nos permitirá retomar cada ponto deste trabalho a partir dos estudos já realizados por Reale, fortalecendo nosso trabalho, ao mesmo tempo, porém, contraponto a estes estudos as críticas que Heidegger poderia ter desferido ao jurisfilósofo.

A segunda frente segue uma discussão com o próprio Heidegger. A liberdade do homem e do direito, que acreditamos dever ser sempre defendida, recebe um tratamento em *Ser e tempo* que impossibilita a decisão pela justiça ou injustiça de um ato. É certo que a liberdade não é total. Ela é sempre uma liberdade para possibilidades, mas como decidir pela justiça ou injustiça das possibilidades? Nós não encontramos essa resposta no primeiro Heidegger.

Para resolver esse problema sem ocultar a liberdade do homem e do direito, vemos apenas duas saídas: ou bem se crê na impossibilidade de se realizar a justiça na terra, tal como vimos quando do mito de Sísifo, ou bem recolocamos a questão da liberdade. O chamado segundo Heidegger recoloca esta questão.

24 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 549.

Para o filósofo alemão, o homem cotidiano passa a ser determinado pelo contexto histórico, porém ainda é possível a novidade, o totalmente livre da história. Este livre é possível quando da essencialização da verdade, que pode ocorrer na fundação de um Estado, que é um ato jurídico: "Um modo essencial como a verdade se institui no ente que ela mesma abriu é o pôr-em-obra-da-verdade. Um outro modo como a verdade está presente é o acto de fundação de um Estado."²⁵

Nas pesquisas que seguirão esta frente, se entendermos, entendimento que não é imediato, que a fundação de um Estado se dá pela Constituinte Originária²⁶, nos aproximamos do professor Streck, a saber:

Dizendo de um modo mais simples, temos que des-objetificar a Constituição, tarefa que somente será possível com a superação do paradigma metafísico que (pré)domina no imaginário dos juristas. Esta superação, na linguagem heideggeriana, significa um questionar originário da pergunta pelo sentido da constituição, isto é, pelo âmbito do projeto constitucionalizador e, conseqüentemente, pela verdade do ser da Constituição.²⁷

No segundo Heidegger, a justiça passaria a estar subordinada à essencialização da verdade jurídica que acontece na fundação de um Estado que, a partir de Streck, com quem não concordamos de imediato, parece acontecer na constituição. É a partir das normas fundadas quando da fundação de um Estado que se encontra a medida de se julgar pelo justo ou injusto dos atos cotidianos. Porém, mesmo assim, ainda resta uma questão que finaliza este ensaio: a partir do segundo Heidegger seria possível julgar os fundadores de Estado?

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Junito. *Dicionário mítico-etimológico*. Petrópolis: Vozes, 1991. v. 2.

CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Tradução de Ari Roitman e Paulina Watch. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

DASTUR, Françoise. *Heidegger: la question du logos*. Paris: Vrin, 2007.

25 HEIDEGGER, Martin. *A origem da obra de arte*. Lisboa: Edições 70, 2010. p. 49.

26

27 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 320.

DRUCKER, Claudia. *A palavra nova: o diálogo entre Nelson Rodrigues e Dostoiévski*. Brasília: UNB, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flavio Paulo Meurer. São Paulo: Vozes, 2002. v. 1.

_____. *Verdade e Método*. Tradução de Enio Giachini. São Paulo: Vozes, 2002. v. 2.

HEIDEGGER, Martin. *A origem da obra de arte*. Lisboa: Edições 70, 2010.

_____. *Basic concepts of ancient philosophy*. Tradução de Richard Rojcewicz. Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press, 2008a.

_____. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Schuback. Petrópolis: Vozes, 2008b.

KISIEL, Theodore. *The genesis of Heidegger's Being and time*. California: University of California Press, 1993.

KRAUSE, Décio. Física e ontologia. *Discusiones Filosóficas*. Año 9 N°12, Enero – Junio, 2008.

PAIVA, M. A.; CUNHA, R. A. V. A Constituição sob o fio condutor da Ontologia Fundamental. *Anais do XVII Encontro* preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, jun., p. 3644-3664, 2008.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.