

A PROBLEMÁTICA DO CONCEITUALISMO E AS INVALIDADES PROCESSUAIS. DA PALAVRA AO CONCEITO E DO CONCEITO À PALAVRA: UMA ANÁLISE DOS DEFEITOS DOS ATOS PROCESSUAIS A PARTIR DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Adalberto Narciso Hommerding¹

Sumário: Introdução, O problema do direito e das invalidades processuais: a linguagem e os conceitos, A contribuição de Wittgenstein à filosofia da linguagem (e ao direito) e a necessidade de não reduzir o Direito aos conceitos, A compreensão hermenêutica do direito e o problema da metafísica clássica: será que no conceito estaria contida a essência do ente?, A metafísica moderna e a invasão da consciência histórica na filosofia: o combate de Heidegger a Descartes, Heidegger e o direito: a possibilidade de ver o direito como fenômeno da ontologia fundamental, Conclusão e Referências.

Resumo: Um dos problemas do Direito Processual Civil e, notadamente, das invalidades processuais, é o apego aos conceitos, em detrimento do fenômeno, do defeito em si. O presente artigo procura, a partir da hermenêutica filosófica, trabalhar alguns pontos acerca das invalidades processuais e da importância que devemos dar aos fatos, e não somente aos conceitos.

Palavras-chave: Processo civil – invalidades processuais – conceitos

Abstract: One of the problems of the Civil Procedural Law, and, notably, of the revocation proceedings, is the attachment to the concepts over the phenomenon, of the defect itself. This article searches, since the philosophical hermeneutics, to work some aspects about the revocation proceeding and the importance we should give to facts, and not only concepts.

Keywords: civil procedural law - revocation proceedings - concepts – phenomenology.

INTRODUÇÃO

Aprendemos, nos bancos acadêmicos, um processo “ideal”, “modelar”, sem problemas, sem incidentes². Aprendemos um processo em que a petição inicial sempre é apta; em que o oficial de justiça sempre encontra o réu para ser citado; em que o Ministério Público sempre é intimado para intervir; em que a sentença sempre aprecia corretamente o pedido; enfim, aprendemos um processo que é hígido, perfeito, produzindo todos os seus efeitos regularmente.

Na realidade, no entanto, a “prática”³ vem nos mostrar que, ao mínimo descuido, o processo pode vir padecer de defeitos que, por vezes, afetam e

¹ Possui graduação em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (1993), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001) e doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005). Atualmente é professor da URI - Universidade Regional Integrada – Campus de Santo Ângelo-RS.

² Nesse aspecto, não é demais lembrar Ovídio Baptista da Silva, para quem temos de superar a redução metodológica imposta pelo sistema tanto no ensino universitário quanto na experiência forense. A análise de nossas instituições universitárias, diz Ovídio, “permitirá ver a separação entre o Direito dos sábios e filósofos, tal como ele era – e continua sendo – ensinado nas universidades e o Direito dos ‘práticos’”. SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia*, p. 1-3. Não poderíamos, ainda, deixar de fazer menção a Luis Alberto Warat, para quem estamos todos submetidos a uma espécie de “mundo sólido, material e uno”, cuja “cultura-detergente”, que é a “cultura do pensamento sem sujeira”, “macula” nosso imaginário, “congelando” e “sublimando” a realidade. WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. EDUNISC, 2000, p. 12. 184 p.

³ Colocamos entre aspas a palavra prática para chamar a atenção do leitor para a indevida distinção entre teoria e práxis, constantemente realizada pelos operadores do Direito e muito bem denunciada por autores como Ovídio Baptista da Silva e Lenio Luiz Streck. Consultar: SILVA, Ovídio. *Processo e ideologia*; SILVA, Ovídio. *Jurisdição, direito material e processo*; STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*; STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Na Alemanha,

comprometem a prestação da tutela jurisdicional. Esses defeitos do processo e dos atos processuais é que constituem o objeto do estudo das “nulidades” ou “invalidades processuais”.

Procuraremos utilizar neste ensaio o termo “invalidades processuais”, preferível que é à expressão “nulidades processuais”, pois abrange as nulidades (absolutas e relativas) e as anulabilidades. Além disso, como explica Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, “invalidade” é rigorosamente o antônimo de “validade”⁴. Daí o porquê de se afigurar melhor a utilização da expressão “invalidades”.

O PROBLEMA DO DIREITO E DAS INVALIDADES PROCESSUAIS: A LINGUAGEM E OS CONCEITOS

O problema do Direito – e, notadamente, das invalidades processuais - é o problema da linguagem e dos conceitos. Linguagem e Direito, já ensinava F. K. von Savigny, desenvolveram-se conjuntamente, sendo a linguagem, na concepção savignyana, a forma pela qual cada povo expressa sua visão da realidade⁵. Essa forma, para Savigny, longe de ser fixa, estável, acompanha a cada nação ao longo de seu devir temporal; acompanha o Direito por meio das diversas etapas pelas quais atravessa sua evolução. A realidade jurídica, portanto, constitui-se e se organiza mercê da linguagem em que se expressa, o que é privativo de cada povo, contribuindo para que se possam compreender seus elementos singularizadores e distintivos⁶.

Existe, como afirma Hans-Georg Gadamer, uma definição clássica da essência do homem, proposta por Aristóteles, segundo a qual ele é o ser vivo dotado de *logos*⁷. Na tradição do Ocidente, diz Gadamer, “esta definição tornou-se

KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito. Em Portugal, NEVES, António Castanheira. Introdução ao Estudo do Direito.

⁴ DALL’AGNOL JÚNIOR, Antonio. Invalidades processuais. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora Ltda, 1989, p. 16. 75 p.

⁵ Conforme LACLAU, Martín. *La historicidad del derecho*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot. 1994, p. 118. 215 p. Segundo Gianluigi Palombella, em Savigny, há uma inspiração antiiluminista e romântica, e, inversamente, uma idéia conservadora da estrutura da ordem social alemã. Savigny recorre a uma espécie de “registro nacional”, que irá chamar de “espírito do povo”. “A língua de um povo tem precedência sobre qualquer gramática sua, e seus costumes e sua consciência civil e jurídica têm precedência sobre qualquer forma de sistematização, que só pode ser uma elaboração puramente intelectual. A época sobre a qual versa esse ‘espírito’ é a do direito consuetudinário, que ainda precisa ser inovado e apurado pelo trabalho dos juristas, que, por sua vez, precisam realizar uma revisão do método da ciência. Para Savigny, o direito positivo é um conjunto – bem mais amplo que o complexo de regras propostas pelo legislador -, que encontra unidade com a elaboração científica, ou medida no conceito de instituto jurídico. Em outros termos, o direito positivo é mais que o direito posto pelo legislador; é parte de uma comunidade viva que não tolera ver-se conculcada pelo arbítrio do legislador”. PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*, p. 114-115.

⁶ Consultar: LACLAU, Martín. *La historicidad del derecho*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot. 1994, p. 118. 215 p.

⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Heremênutica filosófica* in ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg e ROHDEN, Luiz. *Heremênutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p 117. 222 p. Consoante Heidegger, “Em Platão e Aristóteles, o conceito de logos é polissêmico e, de tal modo, que os vários significados tendem a se dispersar, sem a orientação positiva de um sentido básico. Mas, de fato, isso é somente uma aparência

canônica na forma de que o ser humano seria o animal *rationale*, o ser vivo racional, isto é, aquele que se distinguiria dos demais animais por sua capacidade de pensar. Traduziu-se, pois, a palavra logos no sentido de razão, quer dizer, pensamento. Na verdade, esta palavra significa também e sobretudo linguagem”⁸.

Segundo Gadamer, porém, “pertence à essência da linguagem uma inconsciência verdadeiramente abissal da mesma. Neste ponto, a cunhagem do conceito língua não é por acaso tardio. A palavra logos significa não apenas o resultado do movimento reflexionante, no qual o sujeito pensante arranca-se à efetuação inconsciente do falar, ganhando distância em relação a si mesmo. Mas o enigma propriamente dito da linguagem é o de que nós, na verdade, nunca conseguimos isto de todo. Pelo contrário, todo pensar sobre a linguagem vê-se já sempre de novo apanhado pela linguagem. Só podemos pensar dentro de uma língua. E é justamente este habitar de nosso pensamento em uma língua o enigma profundo que a linguagem coloca ao pensamento”⁹.

A linguagem, assim, “não é um dos meios, através dos quais a consciência liga-se ao mundo. Ela não constitui, junto ao signo e à ferramenta – que ambos pertencem, por certo, também ao traçado essencial do homem – um terceiro instrumento. A linguagem não é, de modo algum, um instrumento, uma ferramenta. Pois pertence à essência da ferramenta que dominemos seu uso, e isso quer dizer tomá-la à mão e largá-la quando cumprida sua tarefa. Isso não é idêntico a quando tomamos na boca as palavras de uma língua e, assim usadas, as deixamos recair no estoque geral das palavras de que dispomos”¹⁰.

que se há de manter enquanto não se puder apreender devidamente o conteúdo primordial de sua significação básica. Quando dizemos que o significado básico de logos é discurso, essa tradução literal só terá valor completo quando se determinar o que é um discurso. A história posterior do significado da palavra logos e, sobretudo, as interpretações diversas e arbitrárias da filosofia posterior encobrem continuamente o sentido próprio de discurso, que é bastante claro. Desse modo, se ‘traduz’, o que sempre quer dizer, interpreta-se, logos por razão, juízo, conceito, definição, fundamento, relação, proporção. Mas como poderia o discurso modificar-se tanto para que logos signifique tudo isso e, justamente, no uso de uma linguagem científica? Mesmo quando se entende logos como proposição e a proposição como ‘juízo’, esta tradução aparentemente correta pode, na verdade, deixar de fora o significado básico, sobretudo quando se concebe juízo no sentido hodierno de alguma “teoria do juízo”. Em todo caso, logos não diz primeiramente, juízo, caso se entenda por juízo uma ‘ligação’, um ‘posicionamento’ (aceitar-rejeitar). Como discurso, diz Heidegger, “logos diz (...) revelar aquilo de que trata o discurso (...) o logos é um deixar e fazer ver (...) não pode ser apontado como o ‘lugar’ primário da verdade”; “somente porque a função do logos reside num puro deixar e fazer ver, deixar e fazer perceber o ente, é que logos pode significar razão”. O logos “pode também significar o que pode ser interpelado como algo que se tornou visível em sua relação com outra coisa, em seu ‘relacionamento’, por isso o logos assume a significação de relação e proporção”. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, Parte I. Petrópolis: Editora Vozes, 2000, p. 62-65. 325 p.

⁸ GADAMER, Hans-Georg. Homen e Linguagem in ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg e ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 117. 222 p.

⁹ GADAMER, Hans-Georg. Homen e Linguagem in ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg e ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 120. 222 p.

¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. Homen e Linguagem in ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg e ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 120-121. 222 p.

Uma tal analogia – da linguagem como meio, instrumento –, diz Gadamer, “é falsa, porque não nos encontramos jamais, enquanto consciência, frente ao mundo, nem lançamos mão, como que num estado de ausência de linguagem, do instrumento do entendimento. Muito pelo contrário, em todo saber de nós mesmos e em todo saber do mundo, encontramos-nos sempre já pegos pela língua que é própria de nós. Nós crescemos, aprendemos a conhecer o mundo, aprendemos a conhecer os homens e ao fim, a nós mesmos, na medida em que aprendemos a falar. Aprender a falar não significa ser iniciado no uso de um instrumento já existente, para a designação do mundo a nós íntimo e conhecido, mas significa ganhar a intimidade e o conhecimento do próprio mundo e do como ele nos vem ao encontro”¹¹. Portanto, como diz George Steiner, “É a linguagem que fala, não, ou pelo menos não de modo primordial, o homem”¹².

Se a linguagem fala, o conceito, por sua vez, não fala. Mas este, o conceito, não deixa de ter uma fundamental importância, pois é, como ensina Gadamer, “a marca propriamente dita da filosofia. Esta é, ao menos, a forma pela qual, pela primeira vez em nossa cultura ocidental, a filosofia entrou no mundo”¹³.

O conceito é instrumental e, talvez por isso, somente tenha sentido quando “metido”, “enfiado num todo”, “contextualizado”. Por isso é que Gadamer, ao fazer alusão à poesia, dirá que o conceito “começa a falar”, quando “enfiado num todo encadeado de versos”, como ocorre justamente na poesia¹⁴.

O conceito, além de marca da filosofia, é uma constante no Direito, tendo íntima ligação não só com o fato de que tem de estar “enfiado” num todo, num contexto, para que possa dizer algo, para que possa começar a falar, como diria Gadamer, mas, inclusive, por ter um vínculo com a questão do “outro”, pois, ao falarmos em conceitos comuns, podemos encontrar as palavras que podem nos levar à compreensão do outro. Eis a noção de alteridade para a qual o jurista deve estar sempre atento.

Como ensina Gadamer, “Sem levar a falar os conceitos, sem uma língua comum, não podemos encontrar palavras que alcancem o outro. O caminho vai ‘da palavra ao conceito’ – mas precisamos chegar do conceito à palavra, se quisermos alcançar o outro. Só assim ganhamos uma compreensão racional, de uns para com os outros. Só assim temos a possibilidade de recolher-nos, para deixar valer o outro”¹⁵.

¹¹ GADAMER, Hans-Georg. Homen e Linguagem in ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg e ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 120-121. 222 p.

¹² STEINER, George. Heidegger. Lisboa: Dom Quixote Publicações, 1990, p. 29. 138 p.

¹³ GADAMER, Hans-Georg. Da palavra ao conceito in ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg e ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 13-17. 222 p.

¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. Da palavra ao conceito in ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg e ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 13-17. 222 p.

¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. Da palavra ao conceito in ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg e ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 13-17. 222 p.

Isso porque um traço essencial do ser da linguagem parece ser, como adverte Gadamer, “a ausência de um eu”. Assim, “Quem fala uma língua que nenhum outro entende, não fala. Falar significa falar a alguém. A palavra quer ser a palavra acertada. Isto não significa apenas, porém, que a palavra apresente a mim mesmo a coisa em mente, senão que a coloca diante dos olhos, para o outro com quem eu falo. Neste sentido, o falar não pertence à esfera do eu, mas à esfera do nós”¹⁶.

O problema da linguagem liga-se, pois, ao problema dos conceitos.

No Direito - e no campo das invalidades processuais isso se torna bem visível -, temos conceitos, mas não temos univocidade. Há múltiplos significados; uma plurivocidade de significados que não encontra consenso entre os doutrinadores. Daí o primeiro alerta que fazemos sobre o “dissenso” que paira sobre o tema “invalidades processuais”.

Tomemos o exemplo do defeito de citação, referido por Dall’Agnol Júnior¹⁷. Enquanto para alguns autores, v.g., Frederico Marques¹⁸, o defeito na citação constitui nulidade absoluta, para outros, como Galeno Lacerda¹⁹, por exemplo, constitui caso de nulidade relativa. Há, ainda, quem diga que se trata de caso de inexistência do processo. Nesse sentido é o magistério de Teresa Arruda Alvim Wambier²⁰. Também E. D. Moniz de Aragão, para quem, se a citação não se fez, o caso é de inexistência da relação processual, que não chegaria a se formar, sendo o processo contaminado pelo “vício da inexistência”²¹.

O dissenso, porém, está muito mais no plano das palavras do que no plano da realidade. O problema é que, às vezes, acabamos nos preocupando mais com os conceitos do que com os fatos, isto é, com os fenômenos, que são o que realmente nos deveria interessar.

Ou seja, exigimos dos conceitos jurídicos, como bem lembra e critica Ovídio Baptista da Silva, “a mesma uniformidade, a mesma homogeneidade de critérios classificatórios. Como cinco vezes dois serão sempre dez, mesmo que sejam dez pulgas ou dez elefantes, assim também (sem qualquer preocupação pelo ‘conteúdo’) diremos que, se o fenômeno jurídico ‘externamente’ se rebela contra o conceito, pior para o fenômeno. O ‘conceito’, não a coisa, é o ‘material’ com que o processualista elabora sua ciência. Se as coisas não se harmonizam com o conceito, tanto pior para as coisas! O fenômeno, enquanto realidade substancial, deve

¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Homen e Linguagem in ALMEIDA*, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg e ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica*: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 124. 222 p.

¹⁷ DALL’AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora Ltda, 1989. 75 p.

¹⁸ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*.

¹⁹ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1985. 201 p.

²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.177. 425 p.

²¹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Arts. 154-269. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. 480 p. Comentários, p. 285.

desaparecer, porque o conceito nasce não apenas com o selo terreno, mas com o selo da eternidade”²².

Tem razão Ovídio.

Deveríamos, sim, ao contrário de nos preocuparmos com o conceito, ser “fenomenólogos”, como diria Gadamer, “para o qual o objetivo são as próprias coisas e não, como o é para o neokantismo, o fato da ciência”²³. Isso, porém, não acontece. Continuamos mantendo exatamente a mesma atitude racionalista, que chegou ao auge no século do Iluminismo e que, segundo Palombella, produziu uma ciência, como a da legislação, “voltada para a definição dos cânones e conteúdos de um direito certo e imutável”²⁴.

Acabamos, pois, nos tornando conceitualistas, normativistas; numa palavra: “formalistas”. A idéia de que o conceito seja portador de um significado próprio decorre dessa atitude formalista, transformando-o numa espécie de “oferta específica” da doutrina²⁵.

A tarefa do jurista, no entanto, como “tarefa hermenêutica”, deve ser a de um questionamento pautado na coisa, e já se encontrar sempre determinada por este²⁶. Isso porque o jurista só apreende as coisas enquanto fenômenos. Nesse sentido, a fenomenologia, como possibilidade, deve ser entendida como algo que não é manifesto nem óbvio. A fenomenologia, ensina Martin Heidegger, é um peculiar “como” da investigação. Os objetos chegam a determinar-se tal como eles mesmos se dão. A indagação ocupa-se em alcançar a atualização da coisa, objetivo maior de uma hermenêutica que se pretenda fática²⁷.

Por isso é que Heidegger diz: “A palavra ‘fenomenologia’ exprime uma máxima que se pode formular na expressão: ‘as coisas em si mesmas!’ – por oposição às construções soltas no ar, às descobertas acidentais, à admissão de conceitos só aparentemente verificados, por oposição às pseudoquestões que se apresentam, muitas vezes, como ‘problemas’, ao longo de muitas gerações”²⁸.

Como pontua Ernildo Stein, portanto, a fenomenologia “possui como modo de acesso o levar algo a mostrar-se assim como se desdobra em seu modo de ser, como se manifesta, como se dá”²⁹. Os objetos, lembra Heidegger, devem

²² SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 201-202. 285 p.

²³ GADAMER, Hans-Georg. *Retrospectiva Dialógica à obra reunida e sua história de afetação in ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg e ROHDEN, Luiz. Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 205. 222 p.

²⁴ PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005, p.25. 387 p.

²⁵ As considerações acima foram feitas com base na doutrina de Gianluigi Palombella ao tratar do problema aplicação/interpretação dos textos legais. Serve para o problema dos conceitos. Consultar: PALOMBELLA, Luigi. *Filosofia do direito*. São Paulo : Martins Fontes, 2005, p. 272-279.

²⁶ Consultar: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis : Vozes, 1999, p. 405. 731 p.

²⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ontologia: hermenêutica de la facticidad*. Versión de Jaime Aspiunza. Madrid : Alianza Editorial, 1998, p. 98-99. 154 p.

²⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, v. I. Petrópolis: Editora Vozes, 2000, p.57. 325 p.

²⁹ STEIN, Ernildo. *Nas proximidades da antropologia*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996, p. 47. 112 p.

tornar-se tal como eles em si mesmos se mostram, tal como aparecem ante um determinado olhar. E esse olhar surge de um “estar-orientado” neles, de um “estar já familiarizado com o ente”, fruto de um “ter-ouvido”, de uma aprendizagem³⁰.

Isso porque o compreender só é possível na medida em que o homem é um ser-no-mundo, enquanto se ocupa da análise dos objetos dentro do mundo (discurso apofântico, lógico-semântico) ou descrevendo o mundo, isto é, falando sobre a estrutura do mundo, descrevendo as condições de possibilidade dos objetos ou do conhecimento dos objetos. É neste sentido que o nosso acesso aos objetos faz-se pela linguagem: “algo enquanto algo”³¹.

Significa dizer, com Gadamer, fundado em Heidegger, que devemos “trazer as coisas para perto, tornando-as palpáveis”³². O compreender, portanto, é um compreender “algo como algo”³³. O objeto tem um ser que está capacitado para interpretação e necessitado dela³⁴.

Para o Direito, portanto, como afirma Ovídio Baptista da Silva, o que realmente interessa é o “significado” - e não apenas os conceitos -, pois “o problema do jurista é dar sentido aos fatos”³⁵. E isso se faz indo da palavra ao conceito, mas retornando do conceito à palavra, como ensina Gadamer.

Ou seja, nas palavras de Gianluigi Palombella ao abordar a hermenêutica gadameriana, “o juiz deve chegar ao direito com base no ‘sentido’ que aflora dos casos ou, em outras palavras, os casos constituem para o juiz um conjunto dotado de pretensões de valor ou de justiça, que ele assume em seu horizonte de (pré-)compreensão. Esse ‘sentido’ não é imposto pelo direito positivo, mas, ao

³⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ontologia: hermenêutica de la facticidad*. Versión de Jaime Aspiunza. Madrid : Alianza Editorial, 1998, p. 98-99. 154 p.

³¹ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996, p. 60. 112 p.; HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis : Vozes, 2000, p. 33-37. 325 p.

³² GADAMER, Hans-Georg. Retrospectiva dialógica à obra reunida e sua história de afetação in ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg e ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 205. 222 p.

³³ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre : Edipucrs, 1996, p. 60. 112 p.

³⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis : Vozes, 2000, p. 33-37. 325 p.

³⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Verdade e significado. In: ROCHA, Leonel Severo, STRECK, Lenio Luiz et al (org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005, p. 269. 309 p. “Nossa formação jurídica, por força de uma longa tradição cultural, impõe-nos que pensemos o Direito através de conceitos, vendo-o constituído por fórmulas e regras, sem considerar que o direito existe nos fatos. Os livros jurídicos, mesmo aqueles escritos pelos processualistas, o grupo de juristas que, por dever de ofício, convivem com os problemas concretos da experiência jurídica, não devem indicar exemplos que possam ilustrar suas proposições teóricas. O exemplo, tendo de lidar, inevitavelmente, com fatos da vida real, faria com que os práticos forenses contaminassem a pureza da ‘ciência’ jurídica que, enquanto conceitual, haveria de manter-se perene, como uma equação algébrica, ou as figuras geométricas. A Universidade, por sua vez, cuida apenas do direito ‘puro’, sem preocupar-se com os casos concretos (...), traduzindo, numa singela locução, o pressuposto teórico de todos os normativismos”. SILVA, Ovídio Baptista da. Jurisdição, direito material e processo, p. 166.

contrário, tende a buscar no direito positivo um caminho conforme, uma realização decisória³⁶.

A CONTRIBUIÇÃO DE WITTGENSTEIN À FILOSOFIA DA LINGUAGEM (E AO DIREITO) E A NECESSIDADE DE NÃO REDUZIR O DIREITO AOS CONCEITOS

Uma das grandes contribuições à ideia de que o raciocínio jurídico deve ser abordado por uma perspectiva que acaba por situá-lo no centro do direito que se constrói “hermeneuticamente” vem, pode-se dizer, de Ludwig Wittgenstein, cuja influência, segundo Palombella, foi decisiva para a filosofia da linguagem³⁷.

Em Wittgenstein, a linguagem tem sentido se inserida num “contexto de uso” (jogo linguístico). Tem, assim, um aspecto prático; é interna à ação humana, não tendo apenas uma função de informar sobre algo, mas sendo, sobretudo, inseparável do agir humano, em cujo contexto, que é determinado e tem peculiaridades próprias, culturais, sociais, pode ser entendida³⁸.

Para Friedrich Müller, a palavra, nas Investigações Filosóficas de Wittgenstein, “é vista como momento de um modo concreto de uso. A função da linguagem já não é mais a de retratar o mundo. Um ‘jogo de linguagem’ é, muito pelo contrário, uma situação linguística, dentro da qual se pode afirmar que aqui (...) ‘o significado das palavras é a coisa, à qual elas se referem’. Não se pode falar aqui de um significado ‘em si’ da palavra individual; só se pode dizer como a referida palavra é utilizada no âmbito de um determinado jogo de linguagem. Via de regra o significado de uma palavra é o seu uso na linguagem”³⁹.

A linguagem, pois, terá seu apoio no mundo, sem o qual as proposições serão destituídas de sentido. Ou seja, como lembra Arley R. Moreno, para Wittgenstein, o mundo fornece uma base fixa à linguagem; e a linguagem apoia-se

³⁶ PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*, p. 305. Na compreensão, a descoberta do sentido e a aplicação estão inseparavelmente reunidas num processo unitário que inclui necessariamente o “sujeito compreendente”, sem o qual o sentido do texto a ser compreendido nem poderia ser concretizado e, nessa medida, completado, embora esse sujeito compreendente esteja vinculado a esse sentido do texto. MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem e violência: elementos de uma teoria constitucional I*. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre : Fabris, 1995, p. 40. 48 p.

³⁷ PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005, p. 299-300. 387 p.

³⁸ PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*, p. 299-300. A hermenêutica não é mais o compreender de textos, um “interpretar que trata de objetos”. O compreender é um compreender que se constitui como totalidade, porque é um compreender de um mundo que é a própria transcendência. Esse mundo ao mesmo tempo somos nós e projetamos sobre tudo o que deve se dar. Vai-se formar a estrutura da circularidade, na medida em que já sempre somos mundo e, ao mesmo tempo, projetamos mundo. Estamos envolvidos com os objetos do mundo e descrevemos o mundo no qual se dão os objetos. STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre : Edipucrs, 1996, p. 61. 112 p. Por isso, “a coisa que se busca dizer e o dizer mesmo se entrelaçam numa interação circular”. STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaio sobre a desconstrução*. Porto Alegre : Edipucrs, 2000, p. 70. 293 p.

³⁹ MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 36-37. 48 p.

sobre essa base⁴⁰. Assim, também não haverá espaço para uma metalinguagem, pois admitir a metalinguagem “implicaria admitir algo fora da linguagem, e, portanto, do mundo, isto é, fora das possibilidades de expressão linguística. Só há, nesse sentido, linguagem”⁴¹.

O Direito, diz Palombella, “constitui um jogo linguístico, que se desenvolve sobre um fundo cultural e num contexto de uso específico e variável, de acordo com os ‘sistemas’, os lugares ‘institucionais’ ou os ‘ordenamentos’ e as sociedades considerados”. Daí a importância em não reduzirmos o Direito a uma abordagem conceitualista, formalista, que não leve em conta a “pragmaticidade essencial” das coisas⁴².

Como afirmam José Maria Rosa Tesheiner e Lucas Pereira Baggio, não há dúvidas de que “os conceitos jurídicos são importantes, pois representam o material científico com que trabalha o jurista (...). O problema ocorre quando os conceitos se tornam mais importantes do que a questão da vida discutida pelas partes em juízo”⁴³.

Os conceitos, portanto, de certa forma, acabam por universalizar a *praxis*, fazendo com que nos esqueçamos da singularidade das coisas ao tentarmos, dogmaticamente, “encaixar” ou “acoplar” esquemas, conceitos ou terminologias aos fatos do cotidiano e aos atos praticados no processo, ocultando o sentido da coisa de que falamos. Compreende-se: somos herdeiros do pensamento grego, como afirma Martín Laclau, e ainda hoje nos movemos com as categorias mentais criadas na Antiguidade para conhecer os objetos físicos, que são independentes e imutáveis, que são substâncias (!), desconhecendo que o homem não é um objeto natural, uma substância, mas, ao contrário, um ser aberto ao mundo sobre o qual projeta seu pensamento e sua ação, sendo a vida humana um perpétuo “*quehacer*” que não conhece momento algum de repouso, uma vez que no homem nada é fixo, nada é permanentemente estável⁴⁴.

Não é por outra razão que Ovídio Baptista da Silva irá apontar como uma das conseqüências do dogmatismo a tendência para conceber categorias processuais como se fossem eternas e um Direito Processual eminentemente conceitual, desligado da realidade social⁴⁵. Isso porque, diz Ovídio, “nossas instituições, tanto universitárias quanto legislativas, impõem que nos comportemos dogmaticamente. O sistema obriga-nos – mesmo quando estamos cientes de que o

⁴⁰ MORENO, Arley R. *Wittgenstein: os labirintos da linguagem*. São Paulo: Editora Moderna; Campinas: Editora Universidade de Campinas, 2000, p. 22. 128 p.

⁴¹ MORENO, Arley R. *Wittgenstein: os labirintos da linguagem*. São Paulo: Editora Moderna; Campinas: Editora Universidade de Campinas, 2000, p.28. 128 p.

⁴² PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005, p. 300. 387 p.

⁴³ TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 9. 278 p.

⁴⁴ LACLAU, Martín. *La historicidad del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1994, p. 36. 215 p.

⁴⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 300. 342 p.

direito processual civil não é destinado à descoberta de verdades necessárias – a pensá-lo como um instrumento conceitual”⁴⁶.

Ou seja, além de herdeiros do pensamento grego, como refere Laclau, continuamos, no dizer de Palombella, no plano da postura positivista, apostando, por exemplo, no Método da Jurisprudência dos Conceitos, elaborado em especial por Rudolf von Jhering, a quem devemos, de fato, “a definição de um método destinado a extrair (‘fazer evaporar’), da matéria compósita do direito existente, conceitos e categorias (por um procedimento de análise e de decomposição de elementos) que deverão ser depois reconstruídos e religados com base em nexos lógico-sistemáticos”⁴⁷.

Utilizamos, pois, como fazia Jhering, “a análise jurídica para abstrair noções gerais de casos particulares e redefinir (...) um catálogo conceitual assim como os critérios ou princípios jurídicos ‘latentes’, no direito positivo”, pois entendemos que, por meio de conceitos e de categorias gerais, seguindo um caminho lógico e rigoroso, é possível extrair novas disposições e novas regras⁴⁸.

Por isso temos de concordar com Lenio Luiz Streck quando afirma que o pensamento dogmático do direito vem tentando buscar a elaboração de um “ser primordial fundante”, apto a ser acoplado aos “entes-dispersos-no-mundo”, não deixando que o “ser seja”, “metafisicamente” escondendo a possibilidade da descoberta da “coisa mesma”⁴⁹, afastando, portanto, a teoria da *praxis* jurídica e ocultando o ser (sentido) do direito⁵⁰.

⁴⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 2. 342 p. “A equação matemática utilizada pelo engenheiro para a construção da ponte, que acaba de desabar, continua tão íntegra e verdadeira quanto antes. Pensa-se o direito, como recomendara Savigny – que não queria envolver-se com a problematidade da vida real –, do mesmo modo. A demolição da ponte não terá o poder de demolir os cálculos algébricos com base nos quais ela fora construída. Quaisquer que sejam as calamidades porventura ocorridas no mundo real, a equação normativa permanecerá necessariamente íntegra”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 144. 342 p.

⁴⁷ Cfe. PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005, p. 126. 387 p.

⁴⁸ Cfe. PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005, p. 126. 387 p.

⁴⁹ Perguntou uma vez Jean Grondin a Hans-Georg Gadamer: “O que significa, então, a coisa mesma”? Respondeu Gadamer: “É preciso apenas que se tenha para si, bem claro, o que a coisa propriamente significa. A coisa é sempre uma coisa polêmica. E isto, enquanto seres humanos errantes, não deveríamos nunca esquecer; pois aí se funda todo o esforço de ultrapassar nossos preconceitos. A coisa mesma, Husserl chamou-a, também, o objeto intencional. E lembro-me de como Heidegger perguntava (no seminário em Freiburg) o que seria, ao fundo, o objeto intencional. E foi ele mesmo quem antecipou, ousadamente, a resposta de que o objeto intencional seria o Ser – obviamente, em oposição ao existente. Quando Heidegger fala da própria coisa e do fenômeno que se mostra, ele tem em mente a destruição do que encobre, e nisto está implícita toda subestrutura temporal e histórica. O descobrir dos preconceitos, levando o Ser a mostrar-se, é uma consequência da análise da temporalidade, em Ser e Tempo, de Heidegger. Os preconceitos, à base dos quais se julga, não nos são, de modo algum, conscientes. Nessa medida, a coisa é sempre uma coisa polêmica. Aquilo contra o qual se luta quando se considera a coisa, é o pensamento do desejo, e é preciso defender o seu ser outro. É este o alvo que se está servindo, quando o eu e o tu entabulam um diálogo. Pois, o outro também participa do diálogo a partir de preconceitos para ele inconscientes. Isto faz parte de um diálogo fecundo. Se não ouvimos com essa forma de boa vontade, que reconhece o outro naquilo que pensa, então somos sofistas. De fato, é isto o

Ou seja, os operadores do direito, ocupados com os “entes intramundanos”, isso é, com o cotidiano das conceptualizações acerca do Direito, têm esquecido as condições da existência ou da faticidade do próprio Direito⁵¹, esquecendo que o ser sempre é um “ser-em” e que, portanto, as coisas se dão sempre em sua singularidade. Assim é que continuam separando teoria e prática ao entenderem possível a realização de acoplagens subsuntivas que trazem por consequência a objetificação dos textos jurídicos⁵².

É claro que o direito só “sobrevive” objetivando as coisas. E isso não se nega de modo algum. O problema é que essa objetivação cria um “mundo jurídico” desvinculado do real. O jurista, inserido nessa realidade, passa a “esquecer do mundo”, da faticidade, trabalhando apenas com conceitos produzidos pelo senso comum teórico dos juristas, construtores que são das significações jurídicas, forjando uma realidade imaginária, ou seja, um verdadeiro “mundo de faz-de-conta” instituído como realidade natural do Direito, como diria Luis Alberto Warat⁵³.

Nessa realidade imaginária, há “universais” que acabam se sobrepondo à singularidade das coisas. Aliás, lembra Fritz Heinemann, isso não constitui novidade alguma, uma vez que a sobrevalorização do universal à custa do particular está presente em toda a história do racionalismo que, muitas vezes, acabou deixando completamente de lado o caráter concreto da situação, quando jamais se poderia separar o universal do particular⁵⁴. O universal e o particular, o conteúdo e a forma podem-se separar completamente, por abstração, mas não na realidade⁵⁵.

No interior do discurso (universalizante) do sentido comum teórico, porém, quando os juristas “aplicam o direito”, fazem-no sem “indagar”, sem compreender a coisa “como” coisa: “não deixam a coisa ser”. Isso porque, como ensina Heidegger, o “mostrar-se” das coisas pode ser um aspecto tão assentado

que significa esse modo de falar, no qual, em nosso sentido, fala-se em sofística. O sofista não quer, de modo algum, compreender, mas ter razão. E o que se denomina, aqui, sofisticado é o caráter aparente de tais refutações”. GADAMER, H. *Hermenêutica filosófica*, p. 209-210.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002, p. 214. 710 p.

⁵¹ *Idem, ibidem*.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos de constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: *Revista Ajuris*. Porto Alegre : Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 92, ano XXX, p. 210-211, dez. 2003. 336 p.

⁵³ Nesse sentido, WARAT, Luis Alberto, ROCHA, Leonel Severo. *O direito e sua linguagem*: 2ª versão. 2. ed. aum. Porto Alegre : Fabris, 1995, p. 120. 120 p.

⁵⁴ HEINEMANN, Fritz. Metafísica. In: HEINEMANN, Fritz. *A filosofia no século XX*. Tradução e prefácio de Alexandre F. Morujão. 5. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 2004, p. 357. 576 p.

⁵⁵ HEINEMANN, Fritz. Teoria do conhecimento. In: HEINEMANN, Fritz. *A filosofia no século XX*. Tradução e prefácio de Alexandre F. Morujão. 5. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 2004, p. 284. 576 p. Também KAUFMANN, para quem, no nosso mundo, “forma e matéria nunca aparecem separadas”. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Prefácio e tradução Antônio Ulisses Cortês. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 2004, p. 4. 536 p.

pela tradição que sequer é possível reconhecer o que de impróprio tem, ou mesmo tê-lo por verdadeiro⁵⁶.

Portanto, quando alguém se conforma com algo acabado, está, em verdade, “encobrendo” a coisa. Assim, na interpretação do Direito, por exemplo, quando o jurista conforma-se com os conceitos, estará “encobrendo” a coisa mesma, conformando-se com o “acabado”. Ou seja: o conceito esconde(rá) a coisa⁵⁷. Nessa perspectiva, pois, a linguagem não interessa(rá), uma vez que, mesmo sem ela e apenas com os conceitos, é (será) possível conhecer as coisas⁵⁸.

Em suma, concordamos – e (re)afirmamos - com Ovídio Baptista da Silva no sentido de que os juristas têm praticado um direito estribado no conceitualismo, sustentáculo do pensamento dogmático na ciência processual; um direito que é “puro conceito”, “um direito que não consegue ir ao fórum, porque a metodologia jurídica separou-o do fato”⁵⁹; um direito em que a criação de um mundo jurídico, consequência do racionalismo, faz com que não se estranhe, por exemplo, o que se aprende em nossas universidades, que se limitam a ensinar “verdades eternas” que prescindem dos fatos⁶⁰; enfim, um direito processual como disciplina abstrata, que não depende da experiência, mas de definições, e que nos mantém presos ao

⁵⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ontologia: hermenéutica de la facticidad*. Versión de Jaime Aspiunza. Madrid : Alianza Editorial, 1998, p. 99. 154 p.

⁵⁷ BLANC, Mafalda Faria. *O fundamento em Heidegger*. Lisboa : Piaget, [s.d.], p. 38-39. 271 p.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. rev. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001, p. 113-116. 319 p. Por isso é que Heidegger dirá que o conceito oposto ao de encobrimento é o conceito de fenômeno. Nesse sentido, a fenomenologia “é a via de acesso e o modo de verificação para se determinar o que deve constituir tema da ontologia. A ontologia só é possível como fenomenologia. O conceito fenomenológico de fenômeno propõe, como o que se mostra, o ser dos entes, o seu sentido, suas modificações e derivados. Pois, o mostrar-se não é um mostrar-se qualquer e, muito menos, uma manifestação. O ser dos entes nunca pode ser uma coisa ‘atrás’ da qual esteja outra coisa ‘que não se manifesta’. ‘Atrás’ dos fenômenos da fenomenologia não há absolutamente nada, o que acontece é que aquilo que deve tornar-se fenômeno pode-se velar. A fenomenologia é necessária justamente porque, de início e na maioria das vezes, os fenômenos não se dão. O conceito oposto de ‘fenômeno’ é o conceito de encobrimento”. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, p. 66.

⁵⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e ideologia*, p. 84. Castanheira Neves, em crítica a Emil Lask, irá dizer que o método dogmático-conceitual implica conseqüências graves para o Direito, pois “o pensamento jurídico é desviado, como pensamento ‘científico’ (cognitivo) que se entende deverá ser, para os problemas teóricos da conceitualização e sistematização, com sacrifício dos problemas normativo-jurídicos, vendo na sua intenção os conceitos e o sistema e não os fundamentos e os critérios da correta discriminação do justo e do injusto. Assim é que um eminente pensador – profundamente influente no pensamento jurídico – pôde dizer que o problema metodologicamente decisivo para este pensamento seria o da conceitualização. E vemos, com efeito, os juristas que reflectem metodologicamente sobre o seu pensamento (o pensamento jurídico) mais preocupados em saber se ele é ou não uma verdadeira ciência e como deve constituir-se para ser tal, do que em saber se ele decide ou não correcta e justamente os concretos problemas jurídicos e como deve constituir-se para melhor e mais justamente os resolver”. CASTANHEIRA NEVES, A. introdução, p. 47-48.

⁶⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e ideologia*, p. 79. Como afirma José Maria Rosa Tesheiner, as faculdades de Direito “não ensinam ciência. São instrumentos de doutrinação. Os futuros bacharéis são levados a assumir a ideologia de seus professores, que se espera dominante na comunidade jurídica. É por isso que o argumento de autoridade, desprezível em outros campos do saber, domina absoluto nas faculdades de Direito”. TESHEINER, José Maria Rosa. *Reflexões politicamente incorretas sobre direito e processo*, AJURIS 110, p. 188.

paradigma racionalista, especialmente ao Iluminismo, que a história encarregou-se de sepultar⁶¹.

A COMPREENSÃO HERMENÊUTICA DO DIREITO E O PROBLEMA DA METAFÍSICA CLÁSSICA: SERÁ QUE NO CONCEITO ESTARIA CONTIDA A ESSÊNCIA DO ENTE?

Como podemos ver, o direito praticado por seus operadores é desconhecedor da linguagem e, portanto, apartado da hermenêutica. Ora, se o direito é essencialmente linguagem, sua compreensão, necessariamente, será hermenêutica. A linguagem é que irá colocar o intérprete no mundo. Ele já sempre terá sua pré-compreensão, uma vez que desde já sempre está inserido numa tradição.

A compreensão do direito, que é hermenêutica, se dá, antes de mais, como autocompreensão. Ou seja, o jurista está dentro de um círculo em que se pode constatar que “o ser é sempre o ser de um ente”, como diria Heidegger⁶². Se é sempre um ser de um ente, então, ele não é separado, pois do ente o ser difere apenas ontologicamente, mas não onticamente. E será sempre um “ser-em”, pois não se poderá conceber, como ensina Lenio Streck, textos, conceitos ou leis “soltos no ar” à espera de uma “acoplagem”⁶³.

⁶¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e ideologia*, p. 79. Para Castanheira Neves, há duas razões para explicar a atitude “radical” do positivismo jurídico, ambas de caráter ideológico: “De caráter ideológico, porque traduzem dois prejuízos que se fecham à crítica. O prejuízo do cientismo positivista, por um lado; o prejuízo do estatismo legalista, por outro lado. O primeiro, enquanto afirma que um qualquer pensamento só obterá validade cultural, deixando de ser mera expressão de posições arbitrárias ou de emotividades subjectivas, se obedecer ao estatuto do ‘científico’ e que este se teria de identificar pelo conceito positivista (analítico e empirista) de ciência. Daí sempre a tendência de excluir do pensamento jurídico ou do jurista, enquanto ‘ciência’ ou ‘cientista’ do direito, juízos verdadeiramente normativos (‘juízos de valor’), substituindo-os por juízos apenas analíticos (lógico-significativo-conceituais) – no positivismo jurídico sistemático-conceitual – ou empíricos (psicológicos ou sociológicos) – no positivismo jurídico sociológico e ‘realista’. O que só será possível considerando o direito, voltamos a dizê-lo, externamente ou ‘de fora’, mas com a consequência inevitável, como vimos também já, de inadequação epistemológica. O segundo prejuízo é aquele que vê o direito como um simples positum político, acabadamente dado no imperativo estadual da lei, e perante o qual, por isso mesmo, o jurista havia de ter a atitude externa de formal e descomprometida obediência e, portanto de estrita objectividade cognitiva. E o positivismo jurídico tem-se efectivamente oferecido como o ponto de vista externo de referência ao direito, por força de conjugação destes dois prejuízos: o primeiro corrobora epistemologicamente o segundo, este sustém politicamente aquele. É certo que a estes dois prejuízos se pode acrescentar um outro fundamento, ideologicamente imune, já que radicaria na essência mesma do direito. Referimo-nos à natureza dogmática – naquele sentido do ‘dogmático’ que se opõe ao científico, à liberdade da investigação científica ou, se quisermos, ao tipo de pensamento ‘zetético’ – que sempre corresponderia ao direito, dada a sua característica ‘função social’”. CASTANHEIRA NEVES, Introdução, p. 29-30.

⁶² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, v. I. Petrópolis: Editora Vozes, 2000, p. 35. 325 p.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos de constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: *Revista Ajuris*. Porto Alegre : Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 92, XXX, p.206, dez. 2003. 336 p.

A linguagem, por inserir o intérprete no mundo, não poderá jamais ser algo que fique à “disposição” do sujeito-intérprete⁶⁴, como se fosse possível ao jurista apropriar-se dela e estabelecer as significações jurídicas e as conceitualizações que bem entender. Isso porque no conceito e nas palavras não está contida a essência do ente, como ocorria na metafísica clássica.

Em Platão, por exemplo, “o Ser dos entes reside em matrizes eternas, imutáveis, de forma perfeita, ‘ideias’; para Aristóteles, no que designa por *energeia*, a actualidade em desenvolvimento, que se realiza na substância. A noção platónica gera a totalidade da metafísica ocidental até ao tempo de Nietzsche. O conceito aristotélico, com a sua concomitante investigação sobre as ‘primeiras causas’ e sobre ‘os princípios dinâmicos’, estabelece as fundações da nossa ciência e tecnologia”⁶⁵.

Nesse norte, por exemplo, consoante observação de Ricardo Henrique Carvalho Salgado, com base em Ferraris, a hermenêutica é colocada como uma técnica secundária totalmente dependente da *episteme*, em que “o intérprete não tem outra função senão a de transmitir algo, não se importando com a compreensão daquilo que está sendo transmitido, nem com a sua validade”⁶⁶. Ou seja, a hermenêutica seria, para Platão, “um simples modo de se anunciar algo descrito”; “estaria ligada a uma técnica que ficaria em segundo plano”⁶⁷.

Na metafísica de São Tomás de Aquino, também o sujeito era considerado um “sujeito a”, ou seja, um sujeito que se sujeita(va) a essências. A metafísica clássica, nesse sentido, pressupõe que o mundo existe, é real, não é uma ilusão e não depende do sujeito cognoscente. O sujeito, assim, conhece o que há, “mesmo que tal conhecimento seja equivocado, passível de correção. A realidade do mundo

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos de constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: *Revista Ajuris*. Porto Alegre : Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 92, XXX, p.206, dez. 2003. 336 p.

⁶⁵ Para Heidegger, diz Steiner, “nenhuma destas duas heranças, a idealista-metafísica e/ou a científico-tecnológica, satisfaz a autêntica condição e tarefa do pensar que é experienciar, pensar a fundo, a natureza da existência, o ‘Ser do ente’. De *Sein und Zeit* em diante, Heidegger concebe-a como o seu empreendimento essencial de subverter (num sentido ainda a definir) as tradições metafísica e científica que determinaram o pensamento e história ocidentais desde Platão e Aristóteles. Heidegger frisarà incansavelmente que essas duas grandes correntes de idealização e análise brotaram não de uma genuína percepção do Ser, e sim de um esquecimento do Ser, de um tomar-como-resolvido o mistério existencial central. Mais do que isso: Heidegger procurará provar que foi a prolongada autoridade do modo metafísico-científico de ver o mundo, um modo quase definitivo do Ocidente, que ocasionou, que tornou, de facto, inevitável o estado alienado, de desalojamento, ciclicamente bárbaro do homem da tecnologia moderna e do consumo em massa”. STEINER, George. Lisboa: Dom Quixote Publicações, 1990, p. 34. 138 p.

⁶⁶ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 6. 160 p.

⁶⁷ SALGADO, Ricardo. *Hermenêutica*, p. 6. “Isto fica bem fácil de ser visualizado ao lembrarmos da Filosofia de Platão e, dentro dela, da colocação da verdade e do entendimento no mundo das idéias. Com isso, ele retira da palavra, ou seja, do anúncio e da transmissão do conhecimento, grande parte de sua importância, já que a palavra nunca poderia dar a verdade ao mundo, porque apenas a idéia pode alcançar esta verdade e entender e conhecer o real. Portanto, segundo Platão, a palavra vai-se apresentar como mera cópia da ciência que é a idéia. Desse modo, não terá um papel de grande relevância em sua teoria”. SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 6. 160 p.

lhe é externa e é objeto de apreensão pelos sentidos e pela razão”. Acredita esse sujeito, portanto, que a ciência permite conhecer o real e que a linguagem permite expressá-lo e comunicar o conhecimento. Há essências (substâncias) e existências⁶⁸.

Nesse paradigma, “toda essência (...) pode ser entendida sem que se compreenda qualquer coisa acerca do seu ser ou existência (...). Posso compreender o que seja o homem e a fênix, ignorando se possuem ou não existência real. É evidente, por conseguinte, que a existência difere da essência”⁶⁹.

A METAFÍSICA MODERNA E A INVASÃO DA CONSCIÊNCIA HISTÓRICA NA FILOSOFIA: O COMBATE DE HEIDEGGER A DESCARTES

No paradigma moderno (metafísica moderna), o sujeito é sujeitante. É ele que sujeita as coisas ao seu domínio. A modernidade, inaugurada com Descartes e sua filosofia do sujeito⁷⁰, fez com que viéssemos a pensar na possibilidade de tudo poder conhecer e dominar a partir da nossa consciência, da nossa subjetividade.

O processo de subjetivação, consoante Alain Renaut, fez a “crítica política da tradição” por meio do método, que possui três momentos significativos: num primeiro momento, põe em dúvida todas as opiniões já feitas, todos os preconceitos herdados, de tal forma que se faça radicalmente “tábula rasa” da tradição. Nesse sentido, Descartes rompeu com a Antiguidade. A partir dessa ruptura, o segundo momento do processo consiste em procurar um novo ponto de apoio para reconstruir o edifício do conhecimento científico e filosófico de que o processo dubitativo minou as bases. Na medida em que é a subjetividade que conduz esta investigação, não pode ser senão por meio das suas próprias certezas e graças à construção delas que ela poderá ou não ter sucesso: resumindo, apenas o *cogito* pode encontrar em si os recursos necessários para sair da dúvida que ele próprio decidiu ao generalizá-la. Assim, é numa terceira etapa, sobre a própria

⁶⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed. rev. São Paulo : Max Limonad, 2002, p. 147 a 487. Para Ernildo Stein, em todo o pensamento clássico, “a conexão entre linguagem e realidade assenta sobre uma determinada ontologia. Portanto, a concepção da linguagem depende da visão que se possui do real. Em Platão, Aristóteles, Tomás de Aquino e em muitos outros que se seguiram nesta trilha, não se pensa a articulação do real a partir da linguagem, mas o modo de pensar o real conduz a uma certa articulação da linguagem. Desenvolve-se, a partir desta perspectiva, uma longa discussão em torno do processo que conduz à origem dos conceitos. A ideia platônica, o eidos aristotélico, o conceptus dos medievais, procuram explicar o acesso que temos ao real e como este é reproduzido no discurso. Em cada autor da tradição aristotélico-tomista, repete-se sempre o mesmo círculo, que é destino de um pensamento ontológico não-crítico: um tipo de semântica ingênua nasce de uma concepção ontológica para então tornar-se portadora de todo o discurso sobre o real. Todas as teorias da significação de muitos séculos permanecem presas deste círculo. De diversos modos, procurou-se resolver a teoria dos universais, até que Occam introduziu um questionamento que, ao mesmo tempo, rompeu a unidade de concepção do pensamento antigo e preparou as novas possibilidades dos tempos vindouros”. STEIN, Ernildo. *Instauração do sentido*, p. 92.

⁶⁹ AQUINO, Sto. Tomás de. *Os pensadores*. São Paulo : Nova Cultural, 2000, p. 42.

⁷⁰ Cfe. RENAUT, Alain. *Representação moderna do mundo e humanismo*. In: RENAUT, Alain. *História da filosofia política 2: nascimentos da modernidade*. Lisboa : Piaget, 1999, p. 163-168. 367 p.

subjetividade, e mais precisamente sobre a certeza absoluta que o sujeito tem de se apreender a si próprio pela sua reflexão, que é construído o conjunto articulado de conhecimentos ao qual, depois de Descartes, Leibniz dará o nome de “sistema”. A prática da “tábula rasa”, relativamente aos preconceitos herdados, a apreensão do sujeito por si mesmo como primeiro princípio absolutamente certo, e o percurso resolutamente “construtivista”, portanto, filosoficamente, inauguram a modernidade. Esses são os três gestos constitutivos do “método” de Descartes, que é o único capaz de permitir ao homem “ficar seguro de utilizar em tudo a sua razão”⁷¹.

O Iluminismo, nesse sentido, acentuará a supremacia da razão, “fazendo uma função instrumental da linguagem de natureza universal (...); o que caracteriza a posição iluminista diante da fé na razão como a única capaz de perquirir e encontrar a verdade, é a explicação que era entendida como desdobramento do real para encontrar a sua essência e seu interior, para além da sua aparência que, como manifestação analítica, mostra uma relação de causa e efeito”⁷².

O Romantismo, em revés ao Iluminismo, procurará ultrapassar e superar a razão na sua arrogância, considerando a compreensão em lugar da explicação, integrando o passado no presente pela intervenção da consciência histórica e encontrando na linguagem “o meio de conciliação da razão e do sentimento da fé”, ao entender que “sem a palavra não há razão nem mundo” (Hamann), que o homem é “ser dotado de intenção consciente, reflexão (...) radicada na linguagem” (Herder), e que “a língua não é meio para representar, mas para descobrir a verdade desconhecida” (Humboldt)⁷³.

⁷¹ RENAUT, Alain. Representação moderna do mundo e humanismo. In: RENAUT, Alain. *História da filosofia política*: nascimentos da modernidade. Lisboa : Piaget, 1999, p. 163-168. 367 p. “Nas teorias da consciência da modernidade, transforma-se a concepção da relação entre linguagem e realidade através da introdução da questão da subjetividade. Toda conquista do pensamento transcendental toma uma importância enorme quando vista como processo de superação do pensamento objetivista e crítico da filosofia anterior. A realidade não é mais pensada como se independesse do sujeito que a articula no discurso. A possibilidade e o modo de ser dita passam a fazer parte constituinte da realidade. A questão do método torna-se central”. STEIN, Ernildo. *Instauração do sentido*, p. 93.

⁷² SALGADO, Ricardo. Henrique Carvalho. *Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p 27. 160 p.

⁷³ Cfe. SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 28-29. 160 p. Segundo Martín Laclau, Herder destaca a capacidade de reflexão, característica do homem. O que caracteriza precisamente o homem é o seu entendimento, seu poder de discernir. Mas esse discernimento só pode realizar-se mercê da “palavra recordativa” (Merkwort). Para Herder, “el primer momento de reflexión se confunde con el momento del surgimiento interior del lenguaje. (...) el lenguaje no es concebido como algo accesorio, artificial, que viene a superponerse a un previo material constituido por sensaciones. Muy por el contrario, integra el momento constitutivo, de suerte que podría afirmarse que, para Herder, el lenguaje no es un sistema accidental de signos, sino la forma que organiza una materia perspectiva que, en cuanto tal, no tiene una existencia autónoma y separada frente a él”. LACLAU, Martín. *La historicidad del derecho*, p. 111-112. Em Wilhelm von Humboldt, uma nação é uma forma espiritual da humanidade à qual confere seu caráter uma língua determinada. Os vocábulos não podem separar-se dos objetos que designam, toda vez que constituem elementos essenciais na configuração da realidade. Assim, o nome de um indivíduo não pode separar-se da sua pessoa. Cada homem fala um determinado idioma e, dentro dele, escolhe os vocábulos e as construções lingüísticas que irá empregar. Resulta, porém, evidente que ditas eleições não implicam uma liberdade absoluta: “la lengua impone determinados límites, ciertas formas expresivas que actúan en la conciencia del individuo como una suerte de compulsión interna más allá

A linguagem, portanto, aparece aqui como o “elemento essencial a possibilitar a compreensão do homem, tarefa fundamental da hermenêutica que ganhará uma dimensão filosófica em Heidegger e Gadamer”⁷⁴.

Heidegger, assim, irá opor-se a Descartes, não considerando mais o ego, isto é, a consciência de si como o centro da existência.

Como afirma George Steiner, “Heidegger contesta Descartes e as fundamentações cartesianas em todos os modelos posteriores de conhecimento racional e científico. Para Descartes a verdade é determinada e validada pela certeza. A certeza, por seu lado, está localizada no ego. O eu torna-se eixo da realidade e relaciona-se com o mundo exterior de um modo exploratório, necessariamente explorador. Enquanto cognoscente e utilizador o ego é predador”⁷⁵. Para Heidegger, pelo contrário, “a pessoa humana e a consciência de si não são o centro, os acessórios da existência. O homem é somente um ouvinte e respondente privilegiado da existência. A relação vital ao que é outro não é, como para o racionalismo cartesiano e positivista, uma relação de apreensão e de uso pragmático. É uma relação de audição. Estamos a tentar escutar a voz do Ser”⁷⁶.

Por isso a existência em Heidegger, segundo as lições de Jeannette Antonios Maman, “precede a racionalidade, não nos é dada pela ciência. E nossa vida cotidiana tem dimensões que não se reduzem só ao racional. O que caracteriza estar na existência é viver cada qual a sua vida, que exige a cada momento um comportamento. Ninguém vive sem prover à sua subsistência. Vivemos no mundo que nós somos e que nos rodeia e nele temos que nos situar”⁷⁷.

A partir da ontologia fundamental heideggeriana, portanto, não teremos mais como falar em essências (metafísica clássica) – afinal, essência, como lembra Ernildo Stein, “não é mais um conceito importado do aparato conceitual da Metafísica”⁷⁸ - ou no domínio da subjetividade (metafísica moderna). Não! Na ótica da ontologia da faticidade, o homem, enquanto *Dasein*, precede à consciência enquanto *Cogito*⁷⁹.

A característica fundamental do *Dasein*, assim, é estar-no-mundo, numa relação que não é aquela das coisas⁸⁰. Esse modo de existir primordial do homem é tecido numa totalidade feita de sentimentos, de compreensão e de linguagem, o que

de la cual no se puede llegar. De allí que no quepa considerar al lenguaje como una creación artificial, producto de un convenio o del arbitrio de un solo individuo”. LACLAU, Martín. La historicidad del derecho, p. 114.

⁷⁴ Cfe. SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 29. 160 p.

⁷⁵ STEINER, George. Heidegger. Lisboa: Dom Quixote Publicações, 1990, p. 36-37. 138 p.

⁷⁶ STEINER, George. Heidegger. Lisboa: Dom Quixote Publicações, 1990, p. 36-37. 138 p.

⁷⁷ MAMAN, Jeannette. *Fenomenologia existencial do direito. Crítica do pensamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Edipro, 2000, p. 53. 154 p.

⁷⁸ STEIN, Ernildo. *Nas proximidades da antropologia*. Ensaios e conferências filosóficas. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003, p. 47. 296 p.

⁷⁹ SEVERINO, Antônio Joaquim. *A filosofia contemporânea no Brasil: conhecimento, política e educação*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 108. 255 p.

⁸⁰ SEVERINO, Antônio Joaquim. *A filosofia contemporânea no Brasil: conhecimento, política e educação*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 108. 255 p.

faz o homem vivenciar sua situação antes mesmo de refleti-la explicitamente. Tal é a tarefa de uma analítica existencial que se dá, fundamentalmente, como hermenêutica. Impõe-se, então, superar tanto as pretensões objetificantes da metafísica realista clássica como aquelas subjetivizantes do idealismo moderno⁸¹.

HEIDEGGER E O DIREITO: A POSSIBILIDADE DE VER O DIREITO COMO FENÔMENO DA ONTOLOGIA FUNDAMENTAL

O jurista tem de “escutar a voz do Ser”; não pode perder a capacidade de se “espantar” pelo fato da existência⁸²; não deve esquecer-se de se espantar, pois a fonte do pensamento genuíno é o “espanto, espanto por, e perante o, ser”⁸³.

É bem verdade que o Direito não constitui “tema expresso” em Heidegger⁸⁴. A afirmação é de Jeannette Antonios Maman e com ela concordamos, necessariamente. Heidegger nunca falou em Direito e, por mais evidente ainda, tampouco em Direito Processual; nunca escreveu para o Direito ou para qualquer outra área do saber jurídico. Claro: Heidegger era um filósofo, não um jurista. No entanto, é possível trazer suas lições, sua filosofia para o Direito. É possível, sim, fazer filosofia “no” Direito. O jurídico visa à tutela de situações conflituosas (seja por meio de prevenção, seja por meio de repressão ou ressarcimento) que estão no mundo, que interessam ao homem. Não há Direito sem conteúdo prático. O Direito pede interpretação; pede ao intérprete atribuições de sentido que sirvam para intervir na concretude das coisas, a fim de que possa ser considerado Direito. Dito de outro modo, o Direito tem um sentido social.

É possível, portanto, ver o Direito como “fenômeno da ontologia fundamental”⁸⁵, vislumbrando-se a hipótese de o fenômeno jurídico existir na

⁸¹ SEVERINO, Antônio Joaquim. *A filosofia contemporânea no Brasil: conhecimento, política e educação*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 108. 255 p.

⁸² Em Heidegger, podemos dizer, a necessidade de o homem espantar-se é vital! Heidegger, como afirma Steiner, “é um homem literalmente subjugado pela noção de ‘é’ (o grego on), um homem espantado sem cessar pelo facto da existência, e perseguido pela realidade dessa outra possibilidade que é o nada”. STEINER, G. Heidegger. Lisboa: Dom Quixote Publicações, 1990, p. 39. 138 p.

⁸³ STEINER, George. Heidegger. Lisboa: Dom Quixote Publicações, 1990, p. 54. 138 p.

⁸⁴ MAMAN, Jeannette. *Fenomenologia*. Crítica do Pensamento Jurídico Brasileiro. São Paulo: Edipro, 2000, p. 71. 154 p.

⁸⁵ MAMAN, Jeannette. *Fenomenologia*, p. 71. “A ontologia fundamental tem como tarefa esclarecer a questão do ser, a questão mais geral e mais concreta – a mais concreta porque decide do ser do ente que a põe. A generalidade da pesquisa ontológica dá-lhe um sentido mais amplo do que as investigações ônticas das ciências positivas, pois propõe indagar da condição do ser e não do significado do ente. É a volta às origens gregas, onde o pensamento ocidental tem início com a questão do ser, aqui retomada, não como ontologia clássica, mas como ontologia fundamental – pensar após Heidegger. MAMAN, Jeannette. *Fenomenologia*. Crítica do Pensamento Jurídico Brasileiro. São Paulo: Edipro, 2000, p. 71. 154 p.

“esfera autêntica”⁸⁶, não sendo difícil “o encontro do modo autêntico do ser jurídico” que é, segundo Maman, a “justiça”⁸⁷.

Nesse norte, a justiça, então, seria “o modo exigente da juridicidade, que tem raiz ontológica no cuidado e na culpabilidade assumida do ser-ai”⁸⁸. Como virtude, “a justiça é ‘disposição’ permanente de querer o bem, bem que não coincide com o homem, mas tem que ser realizado em si próprio, por esforço e energia em buscá-lo, pelo trabalho e pela arte. O bem pressupõe uma relação ao outro. O movimento de buscar o justo é uma espécie de *tecné*, um fazer-se (esforço) e um fazer dirigido ao outro (arte). O seu a cada um perderia o sentido se o critério da atribuição fosse o mérito, como em Aristóteles, pois a analítica existencial do ser-aí, na seqüência de Heidegger, leva-nos a verificar que o homem não tem mérito algum. Os homens são iguais em sua nulidade. Para a realização da coexistência é preciso também deixar que cada um seja aquilo que é, supridas as necessidades vitais de alimento, abrigo, saúde, educação, que permitem igualdade social, política e jurídica. ‘De cada qual conforme sua capacidade, a cada qual segundo suas necessidades’, aquém de Aristóteles e um pouco antes de Heidegger”⁸⁹.

Para Jeannette Maman, portanto, a realização da justiça “funda-se sobre o modo constitutivo do ser-aí, sobre o existencial, que é ser-com-outrem e permite a juridicidade da existência autêntica – o modo autêntico do ser jurídico. É, pois, a ontologia que fundamenta a igualdade política e jurídica na existência autêntica, pelo reconhecimento da recíproca alteridade dos coexistentes”⁹⁰. Por isso, a justiça é o “modo de ser do ser-aí, no-mundo-com-os-outros”⁹¹!

Assim, diante da possibilidade de uma ontologia fundamental no Direito, de uma analítica existencial do Direito e, pois, de uma filosofia no Direito, é que afirmamos que o jurista deve tentar “regressar”, “retornar” ao questionamento do ser, do sentido do Direito, esquecido pela metafísica – e pelo positivismo -, que escondeu a diferença ontológica existente entre o ser e o ente, entre o texto e a norma, entificando o ser e não percebendo que, enquanto diferença, a manifestação do ser se dá na linguagem, quando o homem vem a si mesmo e o mundo vem ao homem para ser mundo.

⁸⁶ MAMAN, Jeannette. *Fenomenologia*. Crítica do Pensamento Jurídico Brasileiro. São Paulo: Edipro, 2000, p. 71. 154 p.

⁸⁷ MAMAN, Jeannette. *Fenomenologia*. Crítica do Pensamento Jurídico Brasileiro. São Paulo: Edipro, 2000, p. 73. 154 p.

⁸⁸ MAMAN, Jeannette. *Fenomenologia*. Crítica do Pensamento Jurídico Brasileiro. São Paulo: Edipro, 2000, p. 74. 154 p.

⁸⁹ MAMAN, Jeannette. *Fenomenologia*. Crítica do Pensamento Jurídico Brasileiro., São Paulo: Edipro, 2000, p. 74. 154 p.

⁹⁰ MAMAN, Jeannette. *Fenomenologia*. Crítica do Pensamento Jurídico Brasileiro. São Paulo: Edipro, 2000, p. 74. 154 p.

⁹¹ MAMAN, Jeannette. *Fenomenologia*. Crítica do Pensamento Jurídico Brasileiro. São Paulo: Edipro, 2000, p. 74. 154 p.

O discurso hermenêutico, lembra Ernildo Stein, não é o discurso manifestador apenas, mas é o discurso interpretativo, é o discurso que tem que interpretar⁹². O discurso do Direito é um discurso hermenêutico, interpretativo, que não pode se sujeitar aos objetivismos, próprios, por exemplo, de uma metafísica aristotélico-tomista, ou ao ego, isto é, aos subjetivismos da metafísica moderna.

Mormente em tempos de republicanismo, como ensina Canotilho, temos de procurar a saída da subjetividade para a intersubjetividade⁹³. A proposta (re)construtiva do republicanismo pretende, assim, superar o “estágio teológico”, transmutador das forças naturais na pessoa divina, e o “estágio metafísico”, que parte de essências abstratas, como a razão ou a “vis vitalis”, para explicar os fenômenos sociais⁹⁴.

Portanto, não há mais como acreditarmos tão somente na subjetividade - traída que foi pela psicanálise de Freud - ou mesmo nas essências. As palavras - e a observação vem de Emmanuel Carneiro Leão - “não são recipientes onde se conservam em latas significantes o conteúdo significativo para uso do discurso. As palavras do Pensador, como as palavras do Poeta, são fontes e mananciais que sempre de novo jorram originariamente”⁹⁵. Ou, como diz Heidegger, “não são invólucros em que as coisas estão empacotadas para o intercâmbio dos que escrevem e falam. É nas palavras e na linguagem que as coisas acedem primeiramente a(o) ser e são”⁹⁶. Por isso repetimos com Gadamer, à exaustão: temos de retornar do conceito à palavra.

Não podemos afirmar, portanto, que há um sentido em si nas coisas ou nos conceitos. Aliás, nesse aspecto, no campo do Direito, o problema dos conceitos - repetimos - traz à tona o seguinte obstáculo ao conhecimento do ser: o fato de que, quanto mais os juristas conceituam, mais escondem o ser do ente (Streck), ocultando a diferença ontológica. Por isso a importância para a interpretação do Direito de se colocar entre parênteses o “como”.

Nesse mesmo sentido é que António Castanheira Neves irá dizer que em todas as questões do Direito e soluções diversas há um mesmo tipo de problema: “todas elas interrogam por ‘algo’ (a concreta solução que a cada uma corresponda)”⁹⁷. Ou seja, como diz Castanheira Neves, o jurista “não pode dispensar-se de interrogar sobre o sentido e a intenção específica do direito que lhe cumpre realizar histórico-concretamente”; “o jurista, justamente enquanto jurista, é alguém que se compromete com a intenção prático-normativa fundamental do

⁹² STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre : Edipucrs, 1996, p. 64. 112 p.

⁹³ CANOTILHO. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal, Coimbra Editora, 2008, p. 34. 273 p.

⁹⁴ CANOTILHO. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal, Coimbra Editora, 2008, p. 21. 273 p.

⁹⁵ LEÃO, Emmanuel Carneiro. Hegel, Heidegger e o absoluto. In: *Tempo brasileiro*. A crise do pensamento moderno 3. Rio de Janeiro, n. 25. abr./jun. 1970, p. 17. 131 p.

⁹⁶ STEINER, George. Heidegger. Lisboa: *Dom Quixote Publicações*, 1990, p. 40. 138 p.

⁹⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: Editora Coimbra, 1976, p. 11. 92 p.

direito, posto que só assumindo essa intenção a poderá cumprir concretamente, como lhe compete⁹⁸.

Para Heidegger, o que se abre na compreensão, o compreendido, é sempre de tal modo acessível que se pode explicitar em si mesmo “como isto ou como aquilo”. O “como” constitui a estrutura de explicitação do compreendido, constitui a interpretação. Há, então, uma aproximação interpretativa dos entes enquanto “algo como algo”. Assim, como a “arte da compreensão” (hermenêutica), à qual o homem e o direito estão condenados, funda-se, essencialmente, numa posição prévia, que possibilita o horizonte das articulações, numa visão prévia, que designa a perspectiva do conjunto das articulações, e numa concepção prévia, consistente na apreensão do conjunto de posições e de visões prévias, ou seja, o conceito prévio, é possível dizer que, pelo conceito se desvela, mas, ao mesmo tempo, se vela o ser⁹⁹.

Importa-nos, portanto, ficar de olho no fenômeno, na coisa, “mantendo a vista atenta à coisa” e a todos os desvios a que pode o intérprete se ver submetido, elaborando os projetos corretos e adequados às coisas, que, como projetos, são antecipações que apenas devem ser confirmadas “nas coisas”, tarefa constante da compreensão¹⁰⁰. Não podemos, como juristas, esquecer de que, às vezes, o que parece simples e claro é extremamente complicado e obscuro. Daí a necessidade de interpretarmos sempre. Nas palavras de Heidegger: “O que, onticamente, é conhecido e constitui o mais próximo, é, ontologicamente, o mais distante, o desconhecido, e o que constantemente se desconsidera em seu significado ontológico”¹⁰¹.

CONCLUSÃO

Concluindo, afirmamos que o importante a se verificar em termos de invalidades processuais é o defeito em si, “o defeito mesmo”. É o defeito que nos “interrogará”, não havendo como tentar enquadrá-lo, de forma subsuntiva, seja numa ou noutra categoria processual (v.g., nulidade absoluta, relativa, anulabilidade, etc.). Devemos deixar, pois, o defeito “falar”. Não dominamos a linguagem. Algo sempre ficará de fora. Não dominamos o fenômeno. Os conceitos não possuem significado próprio, não havendo uma “essencialidade” de nulidade absoluta ou de nulidade relativa. É o defeito “como” defeito que deve nos

⁹⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: Editora Coimbra, 1976, p. 18-19. 92 p.

⁹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis : Vozes, 1999, p. 262-273. 731 p.; STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre : Edipucrs, 1996, p. 20. 110 p.; HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 9. ed. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis : Vozes, 2000, p. 205-323. 325 p.

¹⁰⁰ Nesse sentido, GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis : Vozes, 1999, p. 402. 731 p.

¹⁰¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Petrópolis: Editora Vozes, 2000, p. 79. 325 p.

interessar. A nulidade é tão somente um conceito, como adverte Dall’Agnol Júnior. Só isso.

Parafrazeando Jeannette Antonios Maman, ao lembrar Heidegger na “Carta sobre o Humanismo”, devemos ter em mente que, quando o conceito (texto) se faz escrita, é o “momento mesmo da interpretação”¹⁰². O conceito (texto) é o “exílio do ser” (Maman) quando não se faz linguagem, quando não se converte no ser. Daí por que, para que os signos não sejam havidos apenas como “simples inventário”, “é preciso que voltem a ser linguagem: é a recondução dos signos a uma determinada relação referida, ao tema de que se fala, ao direito de que se trata, ou seja, é sua recondução “às coisas mesmas”¹⁰³.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg e ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. 222 p.

AQUINO, Tomás de. *Os pensadores*. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 2000. 288 p.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao código de processo civil*. Arts. 154-269. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. 480 p.

BLANC, Mafalda Faria. *O fundamento em Heidegger*. Lisboa: Instituto Piaget, 1984. 271 p.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Volume 1º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. 600 p.

_____. *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Volume 2º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. 469 p.

_____. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003. 447 p.

_____. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: Editora Coimbra, 1976. 92 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal, Coimbra Editora, 2008. 273 p.

DALL’AGNOL JÚNIOR, Antonio Jr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora Ltda, 1989. 75 p.

¹⁰² MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia existencial do Direito*. Crítica do pensamento jurídico brasileiro. São Paulo: Edipro, 2000, p. 114. 154 p.

¹⁰³ MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia existencial do Direito*. Crítica do pensamento jurídico brasileiro. São Paulo: Edipro, 2000, p. 114. 154 p. Consultar: HEIDEGGER, Martin. *Über der humanismus*. Frankfurt: Vittorio Klostermann A. M., 2000. 56 p.

- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis : Vozes, 1999, p. 405. 731 p
- HEIDEGGER, Martin. *Ontologia: hermenêutica de la facticidad*. Versión de Jaime Aspiunza. Madrid : Alianza Editorial, 1998, p. 98-99. 154 p.
- _____. *Ser e tempo*. Parte I. Petrópolis: Editora Vozes, 2000. 325 p.
- _____. *Über den Humanismus*. Frankfurt: Vittorio Klostermann A. M., 2000. 56 p.
- HEINEMANN, Fritz. *A filosofia no século XX*. Tradução e prefácio de Alexandre F. Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. 574 p.
- KAUFFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução e prefácio de Alexandre F. Morujão. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. 534 p.
- LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1985. 201 p.
- LACLAU, Martín. *La historicidad del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1994, p. 118. 215 p.
- LEÃO, Emmanuel Carneiro. Hegel, Heidegger e o absoluto. In: *Tempo brasileiro*. A crise do pensamento moderno 3. Rio de Janeiro, n. 25. abr./jun. 1970, p. 17. 131 p.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed. rev. São Paulo : Max Limonad, 2002, p. 147. 487 p.
- MAMAN, Jeanette Antonios. *Fenomenologia existencial do direito. crítica do pensamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Edipro, 2000. 154 p.
- MARQUES, José Frederico. São Paulo: Millenium Editora, 2000. 616 p.
- MÜLLER, Friederich. *Direito, linguagem, violência. Elementos de uma teoria constitucional, I*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995. 48 p.
- MORENO, Arley R. *Wittgenstein: os labirintos da linguagem. Ensaio introdutório*. São Paulo: Editora Moderna; Campinas: Editora Universidade de Campinas, 2000. 128 p.
- PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005. 387 p.
- RENAUT, Alain. *Nascimentos da modernidade. História da filosofia política*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. 371 p.
- SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 160 p.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *A filosofia contemporânea no Brasil. Conhecimento, política e educação*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1999. 255 p.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. 285 p.

_____. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995. 120 p.

_____. *Processo e ideologia*. O Paradigma Racionalista. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. 342 p.

_____. Verdade e Significado. In: ROCHA, Leonel Severo, STRECK, Lenio Luiz et al (org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 269. 309 p.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996. 112 p.

_____. *Diferença e metafísica. Ensaio sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. 293 p.

_____. *Instauração do sentido*. Porto Alegre: Editora Movimento, 1977. 117 p.

_____. *Nas proximidades da antropologia. Ensaio e conferências filosóficas*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003. 296 p.

STEINER, George. *Heidegger*. Lisboa: Dom Quixote Publicações, 1990. 138 p.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 319 p.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002, p. 214. 710 p.

STRECK, Lenio Luiz. *Quinze anos de constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais*. In: *Revista Ajuris*. Porto Alegre : Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 92, ano XXX, p. 210-211, dez. 2003. 336 p.

_____. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005. 309 p.

TESHEINER, José Maria Rosa e BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. 278 p.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Reflexões politicamente incorretas sobre direito e processo*, AJURIS 110, p. 188.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. 425 p.

WARAT, Luís Alberto, ROCHA, Leonel Severo. *O direito e sua linguagem: 2ª versão*. 2. ed. aum. Porto Alegre : Fabris, 1995, p. 120. 120 p.

WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*, p. 12. EDUNISC, 2000. 184 p.