

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS

FACULDADE DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

FELIPE PASTRO KLEIN

SUJEITO DE DIREITO E FENOMENOLOGIA:

UM PASSO NA RECONSTRUÇÃO DE UMA NOVA RELAÇÃO CONTRATUAL

SÃO LEOPOLDO-RS

2007

FELIPE PASTRO KLEIN

**SUJEITO DE DIREITO E FENOMENOLOGIA:
UM PASSO NA RECONSTRUÇÃO DE UMA NOVA RELAÇÃO CONTRATUAL**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade do Vale do Rio dos Sinos como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho.

SÃO LEOPOLDO-RS

2007

Ficha Catalográfica

K64s Klein, Felipe Pastro
Sujeito de direito e fenomenologia: um passo na reconstrução de
uma nova relação contratual / por Felipe Pastro Klein. – 2007
101 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.
“Orientação: Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho,
Ciências Jurídicas”.

1. Contrato – Direito. 2. Direito privado. 3. Fenomenologia –
Hermenêutica. 4. Repersonalização – Direito . I. Título.

CDU 347.44

Catálogo na Publicação:
Bibliotecária Camila Rodrigues Quaresma - CRB 10/1790

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**Sujeito de Direito e fenomenologia: um passo na reconstrução de uma nova relação contratual**”, elaborada pelo aluno Felipe Pastro Klein, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 28 de fevereiro de 2007.

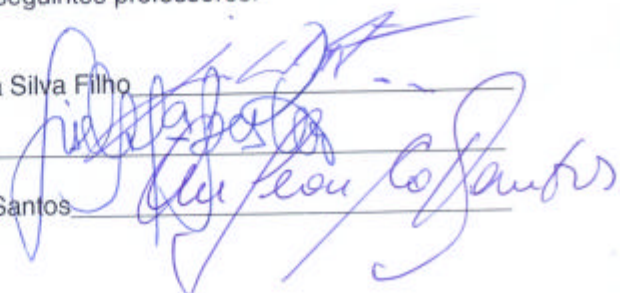
Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho

Membro: Dra. Gisela Maria Bester

Membro: Dr. André Leonardo Copetti Santos



DEDICATÓRIA

À Márcia, meu eterno carnaval, minha morada... meu amor.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho, amigo, companheiro, exemplo de grandeza e incansável auto-questionamento na busca pelo dar sentido à vida.

Ao Prof. Dr. Albano Pepe, pelo carinho, pelas intermináveis discussões através da finitude de nós mesmos, pelos dragões e, sem dúvida, pelo fraternal amor.

Aos “mestres” Luis Gustavo Flores e Emmanuelle Malgarim (Guto e Emma), pela caminhada, às vezes abraçados, às vezes rindo, às vezes duvidando, mas sempre baconianamente (in vino veritas) juntos, para prosseguir como diria Drummond: “de mãos dadas”.

À Carmem, Denise e Vera, sem vocês seria absolutamente impossível...

Aos amigos do escritório Iágaro, Gilberto, Lia e Inês, pela paciência, carinho e compreensão sem a qual, esta tarefa jamais terminaria.

Ao amigo Cícero Troglio por permitir realizar sonhos e construir uma vida.

Ao Marcos “Virgo” Kreutzer, grande irmão que encontrei pela vida, que apesar da distância está sempre ao meu lado, obrigado por estudar inglês.

À minha família, força e carinho sempre.

Por fim, à minha mulher Márcia, pela compreensão e, acima de tudo, pelo amor.

Narciso Cego

*Tudo o que de mim se perde
acrescenta-se ao que sou.
Contudo, me desconheço.
Pelas minhas cercanias
passeio – não me frequento.*

*Por sobre a fonte erma e esquiva
flutua-me, íntegra, a face.
Mas nunca me vejo: e sigo
com face mal disfarçada.
Oh que amargo é o não poder
rostro a rosto contemplar
aquilo que ignoto sou;
distinguir até que ponto
sou eu mesmo que me levo
ou se um nume irrevelável
que (para ser) vem morar
comigo, dentro de mim,
mas me abandona se rolo
pelos declives do mundo.*

*Desfaço-me do que sonho:
faço-me sonho de alguém
oculto. Talvez um Deus
sonhe comigo, cobice
o que eu guardo e nunca usei.*

*Cego assim, não me decifro.
E o imaginar-me sonhado
não me completa: a ganância
de ser-me inteiro prossegue.
E paio – calado pânico –
entre o sonho e o sonhador.
(Poemas preferidos -Thiago de Mello)*

RESUMO

O presente estudo perpassa a figura do sujeito de direito, desde sua formulação conceitual e do reconhecimento de sua identidade moderna como indivíduo, para construir, no caminho da *repersonalização* do Direito Privado, outro espaço de desenvolvimento do sujeito humano especificamente para as relações contratuais. Para tanto, a base filosófica do presente estudo está alicerçada na fenomenologia de Heidegger, como ponte para esta reconstrução da relação jurídica contratual, porque perspectiva promissora de ampliação do sentido do ser do direito. É através da conjugação da fenomenologia e do direito, na percepção deste novo sujeito de direito, vívido, existente e concreto, que se permite iluminar as cercanias do Direito Privado e situar as relações contratuais e suas possibilidades, na autêntica *repersonalização*.

PALAVRAS-CHAVE: Sujeito de direito. Fenomenologia hermenêutica. Direito privado. *Repersonalização*. Relação contratual. Contratos.

ABSTRACT

The present study crosses the figure of the subject of rights, since its conceptual formularization and of the recognition of its modern identity as individual, to construct, in the path of the *repersonalization* of Private Law, another space of development of the human citizen specifically for the contractual relations. For in such a way, the philosophical basis of the present study is based on HEIDEGGER's hermeneutical phenomenology, as bridge for this reconstruction of the contractual legal relationship, for promising perspective for the magnifying of the existing of rights' sense. It is through the conjugation of the phenomenology and the right, in the perception of this new subject of rights, vivid, existing, and concrete, that is allowed to illuminate the environs of the Private law and to point out the contractual relations and its possibilities, in the authentic *repersonalization*.

KEY-WORDS: Subject of rights. Hermeneutical phenomenology. Private law. *Repersonalization*. Contractual relations. Contracts.

SUMÁRIO

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 9 |
| 1 A CONSTRUÇÃO DO SUJEITO MODERNO DE DIREITO..... | 11 |
| 1.1 A FORMAÇÃO DE UMA IDENTIDADE – DA NATUREZA, EM SUA EXTERIORIDADE, PARA O INDIVÍDUO, EM SUA INTERIORIDADE..... | 11 |
| 1.2 A FORMAÇÃO DE UM CONCEITO – DO DIREITO SUBJETIVO AO SUJEITO DE DIREITO | 24 |
| 2 A CRÍTICA FENOMENOLÓGICA DO SUJEITO METAFÍSICO | 40 |
| 2.1 DA FENOMENOLOGIA A UMA PRÉ-COMPREENSÃO DO SER – AS BASES DE UMA SUPERAÇÃO | 40 |
| 2.2. A QUESTÃO DO SER EM HEIDEGGER..... | 52 |
| 2.3. A METAFÍSICA E A QUESTÃO DO SER | 63 |
| 3 A RECONSTRUÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO - POSSIBILIDADES DE REPENSAR A RELAÇÃO CONTRATUAL | 68 |
| 3.1 SUJEITO MODERNO E SUJEITO DE DIREITO – DA MODERNIDADE À CONTEMPORANEIDADE | 68 |
| 3.2. A BUSCA POR NOVOS CAMINHOS | 75 |
| 3.3 O SUJEITO DE DIREITO NO REPENSAR DA FENOMENOLOGIA..... | 87 |
| CONCLUSÃO | 93 |
| REFERÊNCIAS..... | 95 |

INTRODUÇÃO

No caminho da *repersonalização* do Direito Privado e de sua projeção para as relações contratuais, a figura do sujeito de direito tem destaque ímpar, porque origem e destino da própria essência do negócio jurídico contratual, portanto fundamento e objetivo desta transformação do conceitual/patrimonial ao existencial/humano, na procura pela substancialização da dignidade humana.

A importância do estudo acerca da invenção do sujeito de direito e do papel legado à sua transformação hodierna deve-se à característica fundamental da modernidade de reconhecimento do ser humano – homem como um ser de direito¹ e detentor de prerrogativas intrínsecas à qualidade de pessoa humana. Esse papel destinado ao homem, como um ser de direitos, encontra nas expressões contemporâneas de pessoa humana e dignidade humana os expoentes orientadores de toda a ordem jurídica ocidental, bem como toda a discussão acerca dos direitos fundamentais do homem. Guarda imprescindível definição que se constitui matéria ampla nas ciências sociais, através da Política, da Sociologia, do Direito, adentrando nas esferas jurídicas constitucionais, penais, internacionais e privatistas. Assim, a determinação do sujeito de direito é imprescindível para a própria configuração do entendimento de ordenamento jurídico e a correspondente tutela dos direitos inerentes.

Nessa relação entre os sujeitos de direito e na relação deste consigo mesmo, através do reconhecimento do seu *locus* existencial e do fenômeno inerente à sua própria constituição como ser, em uma relação com o mundo vivido, ou seja, esta modernidade (líquida) ou pós-modernidade, é que se poderá conceber a efetiva *repersonalização* do Direito Privado.

Com o objetivo de desenvolver este tema, o presente trabalho, primeiramente, pretende aprofundar o estudo do conceito jurídico de sujeito de direito, acompanhando sua travessia histórica, com a formação primeira da noção de direito subjetivo, que vai permitir uma construção conceitual no contexto do jusnaturalismo de Grotius a Leibniz, passando pela contribuição imprescindível da razão cartesiana.

Para o desenvolvimento deste sujeito moderno, necessário se faz retomar conceitos filosóficos através da construção de uma identidade moderna que perpassa pela noção de indivíduo interiorizado e da relação sujeito-objeto cartesiana.

¹ ZARKA, Yves Charles. A invenção do sujeito de direito. In: **Filosofia política**: ZARKA, Yves Charles *et. al.* Porto Alegre: L&PM, 1997, nova série, v. 1, p. 9.

Lançadas as premissas básicas, conjuga-se o desenvolvimento conceitual jurídico com o panorama filosófico-individualista existente e, assim, procura-se encontrar o sujeito de direito do jusracionalismo da Escola Histórica de SAVIGNY, que incorporou para o direito positivo a filosofia moral de KANT e, a partir da incorporação da ética kantiana, a construção, pela Escola Pandectista, do conceito abstrato e idealizado de sujeito de direito, destinado ao cumprimento conceitual dos institutos jurídicos de Direito Privado.

Nessa travessia, demarca-se o sujeito moderno com os seus signos próprios de uma racionalidade cartesiana e descolada do mundo da vida, bem como de sua existencialidade histórica.

Em um segundo momento, insere-se a base filosófica do presente trabalho, através do atravessamento da fenomenologia de HEIDEGGER, naquilo em que ela dispõe criticamente a metafísica cartesiana da relação sujeito-objeto, da qual a figura do sujeito de direito herda uma conceitualização abstrata e desvinculada da vida e do mundo, bem como de sua concepção ontológico-existencial. É através da crítica heideggeriana de base fenomenológica que se propõe uma reconstrução da figura do sujeito de direito, através do alicerce do seu próprio acontecer como fenômeno da vida e do desvelamento compreensivo do ser, na totalidade de sua subjetividade humana.

Por fim, busca-se uma re-inserção deste sujeito humano de direito, entendido em sua amplitude social, psicológica, moral e jurídica, nas relações contratuais e a conseqüente transformação dos sujeitos contratantes e da teoria contratual na qual está umbilicalmente vinculado o sujeito fenomenológico, visando a dar conteúdo existencial à relação contratual e aos princípios éticos constitucionais. Nesse caminho, deve estar situada a *repersonalização* do Direito Privado e a concretização verdadeira do ser humano como digno sujeito de direitos.

1 A CONSTRUÇÃO DO SUJEITO MODERNO DE DIREITO

Neste capítulo será abordada a questão da construção identitária do sujeito moderno e o desenvolvimento deste sujeito na seara jurídica, com a figura do sujeito de direito.

1.1 A FORMAÇÃO DE UMA IDENTIDADE – DA NATUREZA, EM SUA EXTERIORIDADE, PARA O INDIVÍDUO, EM SUA INTERIORIDADE

A questão do sujeito de direito moderno está intrinsecamente vinculada às noções do próprio sujeito moderno como entendimento de si mesmo, ou seja, da formação identitária desse sujeito. Nesta travessia, o processo de desenvolvimento de um paradigma individualista e o próprio sentido de indivíduo, como sujeito detentor de uma auto-identidade, individual e própria, desempenha um papel fundamental para o surgimento dos conceitos jurídicos, em especial aquele que interessa ao presente trabalho: o de sujeito de direito.

Entretanto, para que se alcance a profundidade exigida para o entendimento do conceito de sujeito de direito da modernidade, necessário se faz abordar filosoficamente a construção da identidade do sujeito de direito moderno, para o que se deve retomar alguns conceitos da filosofia e trilhar paralelamente os conceitos jurídicos, os caminhos da formação do pensamento identitário dessa modernidade.

Nessa via, onde se inicia o presente estudo, aprofundado trabalho é desenvolvido por TAYLOR ao descrever a trajetória do sentido do que é ser um agente humano, uma pessoa ou um *self* em seu movimento de articulação da identidade moderna, através da busca de sua gênese nas concepções anteriores à própria identidade humana².

Conforme assinala em sua obra, o autor apresenta três facetas fundamentais para a construção dessa identidade, sendo que, para o presente trabalho, será retida apenas a primeira das três: aquilo que se denomina “interioridade moderna”, ou seja, aquele sentido do qual todos os seres humanos são dotados de “profundezas interiores” e uma noção própria de *self*. As demais facetas, como a afirmação da vida cotidiana da modernidade e a noção expressivista da natureza como fonte moral interior, não serão analisadas porque, embora

² TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997.

constitutivas da identidade moderna, necessitariam de uma ampliação que extrapola os limites do presente estudo.³

Dessa forma, no presente estudo e para a constituição da noção e do conceito de sujeito de direito, servirá uma análise mais retida acerca do processo de interioridade que caracteriza o homem moderno.

Coloca-se a questão de uma autocompreensão do agente humano como que detentor de dupla face, ou seja, aquela que se exterioriza ao mundo, em que o sujeito “A” e se caracteriza por agir deste ou daquele modo socialmente; e uma outra face na qual o próprio sujeito “A” se entende como portador de uma profundidade interior. Nessa compreensão, localizam-se “fora” (na exterioridade) os objetos do mundo com os quais se relacionam as emoções e os sentimentos que estão dentro (na interioridade). O inconsciente está dentro, onde se colocam também os sentimentos rudimentares, sombrios, não-ditos e que disputam acirradamente o controle de “nossa” vida com o consciente, ou seja, com a percepção exterior da vida, do dito, do passível de sociabilidade.

Essa dissociação está localizada espaço/temporalmente, e o mundo ocidental moderno constrói-se sobre tal divisão como se eterna e imutável tivesse sempre sido. Entretanto, tal dissociação e inflexão para a autocompreensão de si mesmo, como um *self*, tiveram um início e podem, igualmente, encontrar um término.

Portanto, para se ter uma noção distintiva da localização histórica e perceptiva desta forma de autocompreensão, deve-se partir de um paradigma anterior do vigente, no qual se poderá encontrar um ponto de partida para busca da gênese desta idéia de interioridade e exterioridade que se apresenta na modernidade. Este ponto inicial de análise, na senda criada por TAYLOR, é Platão.

Sucintamente, apresenta-se a doutrina moral de Platão como sendo qualificadora de uma singela separação, na qual as ações morais estão colocadas diretamente em contato com o bem e o mal, ou seja, age-se bem quando essa ação deriva da razão, e age-se mal quando a ação está dominada pelo desejo ou paixão.

Aqui encontram-se, singelamente, expressadas as fontes morais de Platão, por meio das quais ele indica apenas o caminho para a localização de um estado moral superior. Conforme a doutrina platônica, esse estado superior somente pode ser encontrado pelo pensamento⁴.

³ TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997. p. 9-10.

⁴ TAYLOR, nesse ponto, especifica que não é inocente o uso do termo “pensamento”, em vez do termo “razão”, que o autor opta por apontar, inclusive a transformação do entendimento conjuntamente com o da linguagem de

Remanesce a pergunta: o que se recebe com a razão? A resposta platônica para a questão proposta consolida-se no autodomínio, ou seja, o que a razão ou o pensamento pode propiciar ao agente humano é a sua própria condição de dominar-se, como a célebre frase: “senhor de si mesmo”. Mas, para Platão, essa condição de dominar-se somente vai encontrar sentido quando colocada conjuntamente com “o que” se controla ou “de que” especificamente se pode tornar senhor de si. A essa assertiva, deve-se responder com o controle da parte inferior da alma pela parte superior da alma. Como apontado anteriormente, a parte superior é o pensamento ou a razão, e a parte inferior vem a constituir as paixões humanas ou seus desejos.

Com essa concepção, delinea-se uma predominância da razão em relação ao desejo, porque, para Platão, quando a razão domina, encontra-se a ordem na alma, ou, dito de outro modo, quando a razão não é predominante, não há qualquer ordem, somente o caos. Por esse motivo, pode-se dizer que nas almas boas prevalecem a ordem, a concórdia e a harmonia, enquanto que, nas almas más, há somente um estado de guerra, de conflito e de suas misérias. Dessa forma, tem-se que o bom é sereno, e o mau intrinsecamente desejoso é atormentado, porque os desejos, por natureza, caracterizam-se pela sua insaciabilidade.

TAYLOR descreve que, nessa perspectiva da razão, assume o *self* três conseqüências: a primeira é a unidade consigo mesmo, a segunda é a calma, e a terceira, a posse serena de si próprio.⁵

Segundo TAYLOR, Platão contribuiu, de forma significativa, para uma concepção da própria racionalidade e, principalmente, para a qualificação dessa racionalidade como algo bom, de forma que passou a se julgar evidente que uma vida ordenada pelo pensamento ou razão seria direcionada ao bem, tanto quanto as paixões não a impedissem. Alguns desses desdobramentos permaneceram consubstanciados nos comportamentos ou entendimentos até a modernidade, como, v.g., o de que adotar uma postura racional é ter uma ação desapaixonada e, concomitantemente, ver claramente o que se faz necessário, estando controlado e sereno para colocar em prática as decisões escolhidas e direcionadas ao bem.

Uma das características das fontes morais em Platão está relacionada com a centralização e unicidade da alma. Para conceber um estado de elevação da alma pela moral, é necessário se fazer uma distinção entre os estado de autodomínimo, em que a razão controla

que se expressa. TAYLOR, Charles. **As fontes do self:** a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997. p. 155.

⁵ *Op. cit.*, p. 156.

todas as disposições das paixões, e o estado contrário a este, quando a paixão ou o desejo governa as ações do agente humano.

No primeiro caso, para Platão, o estado reflexivo e sereno é um estado continuado do agente que possibilita escolher os sentimentos e controlá-los, estando na plena faculdade como “senhor de si”, quando se visa a uma atitude ou uma ação. De outro lado, estar ao abrigo da paixão é estar em um estado sem controle, que tem como característica uma descontinuidade, em que o agente não dispõe, como opção, da faculdade de escolher ou observar os sentimentos para a tomada de qualquer ação ou decisão. O agente é levado pela paixão. Por isso, a condição de reflexão não é um estado especial, em que se entra em contato com outros pensamentos, mas, sim, um estado em que todos os sentimentos permanecem à disposição, ou seja, ocorre a centralização naquilo que TAYLOR denomina “hegemonia racional”.⁶

Em conseqüência, qualquer experiência da alma como uma pluralidade de locais incorre em erro e imperfeição. Nesta senda, somente a unicidade de local da alma, ou seja, a noção da alma como aquele local único onde se encontram todos os pensamentos e sentimentos é característica básica da hegemonia racional e esta alma deve estar, uma vez que houver a pretensão de alcançar o cume do entendimento da razão, na sua forma mais serena e possibilitadora de harmonia e concórdia consigo mesma e na sua totalidade.⁷

No sentido utilizado por Platão, a razão é a capacidade de ver e entender; portanto, quando o agente humano se permite governar pela razão, passa a ser governado pelo correto entendimento. Esse correto entendimento, para Platão, é aquele que apreende a ordem natural da vida e das coisas como são. Dentro dessa própria ordem natural, ser governado pela razão é estar em estrita harmonia com a mesma ordem, pois esta estabelece a razão como governante do agente humano.

Nessa perspectiva, conforme pontua TAYLOR, Platão nos fornece uma concepção substantiva da razão, porque essa racionalidade está intrinsecamente vinculada à percepção da ordem natural, e atingir a plenitude é conseguir ver a ordem natural como é. A conseqüência dessa noção é que se torna desprovido de sentido se mencionar um agente humano governado pela razão que esteja equivocado ou errado acerca da ordem da realidade ou do que é moralmente bom, porque a visão racional da ordem é correta e criteriosa.⁸

⁶ TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. São Paulo: Loyola, 1997. p. 161.

⁷ *Idem, ibidem*.

⁸ TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**. São Paulo: Loyola, 1997. p. 163.

A ordem com a qual está vinculada e para a qual se percebe como correta não é necessariamente uma ordem interna, mas fundamentalmente uma ordem externa, “uma ordem das coisas no cosmo”. É esta ordem que se vincula com a ordem da alma, como o todo que engloba a parte. Nesse viés, a questão nodal é que somente no nível da ordem do todo é que se percebe que a ordem das partes está direcionada para o bem.⁹

O entendimento do bem é nuclear na concepção das fontes morais de Platão, e este bem se manifesta através da *Idéia do Bem*, sendo este o objetivo de todos os bens parciais. Dessa forma, o bem viver do agente humano está diretamente vinculado ao governo pela razão e, conseqüentemente, a visão correta da ordem da alma e, mais fundamentalmente, à visão correta da ordem do todo, ou seja, a *ordem do Bem*.

A nuance central dessa concepção no presente trabalho refere-se ao fato de que os fundamentos morais que o agente humano concebe e no qual se embasa não estão “dentro” de si, na sua interioridade, mas encontram-se no externo, ou seja, “fora”, no *Bem*, e a ascensão ao entendimento superior está localizada neste espaço entre o “dentro” do agente e o “fora”, na *ordem do Bem*. Ou seja, é na definição substantiva da racionalidade que está inserido o correto critério da visão da ordem. O desenvolvimento da razão não está tão somente no agente, mas na relação deste agente com o todo maior em que este se encontra.¹⁰

A alegoria da Caverna se faz presente porque, para Platão, a questão fundante é para onde a alma está ordenada; como a alma é imaterial e eterna, somente pode estar voltada para aquilo que é imaterial e eterno, dispensando-se o que ocorre no seu interior e voltando-se para o campo metafísico. A razão, assim, é a capacidade de ver a realidade, que, como no mito da Caverna, para que o agente consiga perceber a realidade, a razão deve estar voltada para a ordem verdadeira, o ser real, iluminado pelo Bem. Este é o motivo que considera a racionalidade como substancial; por isso, a visão da verdadeira *ordem do Bem* torna-se critério para a racionalidade.

Nesse aspecto, pode-se concluir que a razão platônica, apesar de estar caracterizada pelo autodomínio - governo das paixões pela razão, pelo exercício reflexivo da própria racionalidade, bem como, em certo aspecto, ser “interior”, aqui mais como inerente do que propriamente localizada dentro do agente humano - dita razão busca uma harmonia exterior a ela, ou seja, está a serviço de uma ordem externa e maior do todo da natureza, e ser racional é ter essa percepção acurada, de modo a agir em favor do Bem.

⁹ *Op. cit.*, p. 164.

¹⁰ *Idem*, p. 165.

Todavia, o processo a que Taylor vai se referir como de “internalização”; está descrito como sendo uma alteração nesta concepção de razão, ou seja, da razão platônica como descoberta ou desvelamento da ordem do todo já existente e apenas encoberta ou ofuscada, carecendo ser iluminada, para uma outra concepção da ordem de soberania da razão, calcada na construção desta racionalidade, da qual, como expoente, se coloca Descartes.¹¹

Para se compreender a transformação do entendimento da razão, de Platão a Descartes, Taylor percorre ainda um caminho necessário em Santo Agostinho. Para este, a influência das idéias de Platão foi marcante e substancial, principalmente a visão dual da separação entre alma e corpo, material e imaterial, e eterno e mutável. Com essa dualidade, Santo Agostinho adentrou na separação ‘cristão entre carne e espírito’, bem como nas demais dualidades, como reino superior e temporalidade, o eterno e o transitório.

Fundamentalmente, Santo Agostinho retém a concepção do *Mundo das Idéias* de Platão, mas não mais como um mundo que deveria ser iluminado por estar desde sempre na alma do agente humano, mas porque essas “Idéias” agora se converteram no pensamento de Deus; portanto, são eternas e imutáveis. Aqui se encaixa perfeitamente a doutrina cristão da criação, porque as criaturas recebem a imagem e forma das coisas mediante a participação nas idéias do Deus Criador.

Entretanto, Santo Agostinho mantém a “externalidade” da compreensão do universo, eis que essa ordem racional é embasada, em última instância, em uma compreensão dos signos emanados dos pensamentos de Deus. Igualmente, Santo Agostinho defende, assim como Platão, que a alma necessita ser direcionada, e a sua condição moral depende daquilo para o que está direcionada, para o que atenta e o que ama.

Para Santo Agostinho, a dualidade pode ser explicitada, v.g., como sendo exterior todo o corpóreo, e o interior como sendo a alma. Nesse aspecto, para ele, faz-se necessário um cuidado consigo mesmo, com o seu interior ou com sua alma, porque a travessia entre o inferior (mundano) e o superior (divino) perpassa por esse cuidado da alma; este é o caminho que leva a Deus.

A mudança se faz sentir porque Deus não está somente como objetivo a ser alçado através do zelo e da razão, mas, principalmente, porque Deus é o que permite ou ilumina a visão, ou seja, Deus não se coloca somente no externo, mas, por permitir e capacitar a visão como elemento subjacente ao homem, Ele é também a luz interior. Com estas transformação,

¹¹ TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997. p. 166.

Santo Agostinho desloca o eixo compreensivo dos objetos desvelados para a própria atividade do conhecimento, pela qual se pode encontrar Deus.

Com essa nova acepção, o comportamento humano tende a ser mais introspectivo, reflexivo, pois nada na exterioridade, como prazer, riqueza ou poder, poderá elevar a alma ao Divino, a não ser o exercício reflexivo e o interior da razão e do descobrimento de Deus “dentro” de cada agente humano.

Taylor descreve essa atitude como sendo a “adoção do ponto de vista da primeira pessoa”.¹² Para o autor, essa atitude se não se refere aos objetos sobre os quais se conhece ou estuda, mas na própria experiência de conhecer, ou seja, “tomar consciência de nossa consciência, procurar experimentar nossa experiência, concentrar-nos na forma como o mundo é para nós. [...] É isso que me torna um ser que pode falar de si na primeira pessoa”¹³. Essa conduta Taylor denomina reflexão radical ou ponto de vista da primeira pessoa.

A mencionada reflexão radical foi adotada por Santo Agostinho, e é esta nova abordagem que tornou sedutor o pensamento da interioridade, porque não mais a clarificação viria do exterior, mas, fundamentalmente, é a própria luz interior que brilha e clarifica o espaço em que o próprio agente humano está inserido.

Para Santo Agostinho, a mudança para a reflexão e a análise em primeira pessoa é a possibilidade de acessar um estado superior, no caminho para Deus, porque decorre de um cuidado com a própria alma e o próprio ser, como ser moral, e essa compreensão inaugurou um novo paradigma das fontes morais.

Entretanto, no caminho dessa nova racionalidade, Santo Agostinho necessita comprovar que a razão está submetida a algo ou a alguém mais elevado ou superior, para a qual tende e para onde deve ser direcionar. Assim, estabelece o que Taylor denomina “passo protocartesiano”. Esse passo estabelece singelamente que o interlocutor não pode duvidar de sua própria existência. Esta é uma certeza que tem como característica ser uma certeza para o próprio interlocutor, pois ele está certo de sua existência. Pode-se dizer que Santo Agostinho foi pioneiro no chamado raciocínio do *cogito*, ou seja, considerar o “ponto de vista da primeira pessoa” fundamental na busca pela verdade.

Outro aspecto fundamental na doutrina agostiniana diz respeito ao papel da vontade. Para Platão, o desejo do Bem é decorrência do quanto se consegue iluminar, ou seja, do quanto se conhece, para a vontade do bem não depender tão-somente do conhecimento desvelado.

¹² TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997. p. 173.

¹³ *Idem, ibidem.*

Nesse ponto, duas diferenças são importantes na concepção de Santo Agostinho: (a) a primeira pode-se determinar como o poder de escolha, ou seja, a capacidade humana de concordar ou discordar e de escolher, sendo esta capacidade uma faculdade humana central; (b) a segunda é no sentido de que, contrariamente à concepção platônica de que o agente humano tende ao bem por amor, para a doutrina agostiniana há duas possibilidades, inclusive de que a disposição do agente humano é radicalmente perversa, podendo, inclusive, desatender ao bem que visualiza.

Santo Agostinho vem antecipar Descartes em alguns pontos importantes, além daquele anteriormente mencionado, do *cogito* como racionalidade, também como a prova da existência de Deus, que, para Santo Agostinho, é concedida com o raciocínio de que a experiência do próprio pensamento remete a uma perfeição que se mostra como condição essencial do pensamento e também além da própria capacidade finita de pensar, devendo, assim, existir um ser superior do qual tal assertiva deriva. Esse ser somente poderá ser Deus.

Essa passagem se antecipa a Descartes, em sua terceira meditação, quando coloca paradigmaticamente:

Pois como seria possível que eu pudesse conhecer que duvido e que desejo, ou seja, que me falta algo e que não sou totalmente perfeito, se não tivesse em mim nenhuma idéia de um ente mais perfeito do que o meu, por comparação ao qual eu conheceria os defeitos de minha natureza? ¹⁴

Por fim, outro aspecto antecipatório do pensamento de Descartes, presente em Santo Agostinho, é a referência aos pensamentos como devendo ser reagrupados e reaproximados para serem conhecidos. Dessa forma, precisam ser reunidos e combinados a partir de sua dispersão, donde deriva a palavra cogitação.¹⁵

Segundo Taylor, é esta combinação interna do pensamento e de uma posterior ordem construída que será utilizada de forma inovadora e revolucionária por Descartes.¹⁶

Descartes desbrava uma nova racionalidade e, principalmente, uma nova teoria das fontes morais. Em Platão, como já dito, as fontes morais estavam na exterioridade, na ordem do todo; poderia se dizer na natureza. Para Santo Agostinho, as fontes morais continuam na

¹⁴ DESCARTES, René. **Meditações metafísicas**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, (Clássicos), 2005. p. 72-73.

¹⁵ TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997. p. 186.

¹⁶ Op. cit., p. 187.

exterioridade, todavia substituindo as fontes originárias das Idéias pelos pensamentos de Deus, pois somente através desse processo de interiorização e reflexão se poderia alcançar Deus. Para Descartes, contrariamente aos seus predecessores, as fontes morais passam a estar dentro de cada agente humano.

A cisão, inicialmente, com Platão dá-se porque Descartes rejeita, na integralidade, a forma teleológica do pensamento e a teoria do *logos* ôntico. Não se pode deixar de observar que Descartes estava imbuído das teorias mecanicistas, através do método resolutivo/combinatório criado por Galileu. O conhecimento científico, como explicitado por Galileu, é de caráter representativo, ou seja, para se conhecer uma dada realidade, faz-se necessária uma correta representação das coisas, que corresponde a uma correta representação interior de uma realidade exterior. A certeza, nesse caso, somente poderá ser gerada pela ordem correta das representações, através de percepções inequívocas e cristalinas.¹⁷

O dualismo cartesiano do corpo e da alma será imensamente afetado pela rejeição da teoria das Idéias e, por conseqüência, a ruptura com o dualismo platônico é clara. Como para Descartes não há a ordem natural das Idéias, a plena compreensão do ser significa apreender a divisão ontológica entre corpo e alma, e, conseqüentemente, conceber a matéria como mera extensão. Compreender significa, verdadeiramente, desligar-se de qualquer ângulo corpóreo da matéria, inclusive do próprio corpo, e, assim, visualizá-lo sob o prisma mecânico, ou seja, com sua funcionalidade, objetificando a matéria. É necessário compreender a matéria como despida de qualquer conteúdo espiritual, sendo tão-somente funcional. Para Descartes, a natureza imaterial da alma é afirmada através da objetificação da própria matéria.

Para o pensamento cartesiano, a alma somente pode ser livre ao objetificar a vivência encarnada, despendendo atenção notadamente funcional, para, apoiando-se nesse corpo, libertar-se como alma. Assim, diferentemente do autodomínio de Platão, a hegemonia de Descartes significa que a razão governa os sentidos, mas instrumentalizando-os.

Dessa forma, o entendimento humano também não está mais nessa ordem natural do bem, mas umbilicalmente vinculado à separação absoluta entre a mente e a matéria mecanicista, que é, por seu turno, completamente desprovida de significação. Essa cisão extrema é o passo necessário para tornar realidade o mundo, na sua verdadeira feição. É essa compreensão mecânica do mundo que possibilita o efetivo controle instrumental. Descartes, em uma passagem sobre as noções gerais da física, assim pontua:

¹⁷ *Idem*, p. 190-191.

Pois elas levaram-me a ver que é possível adquirir um conhecimento muito útil da vida e que, em vez de filosofia especulativa ensinada nas escolas, podemos encontrar uma filosofia prática por meio da qual, conhecendo a força e a ação do fogo, da água, do ar, dos astros, do céu e de todos os outros corpos que nos rodeiam, tão distintamente como conhecemos as habilidades de nossos artesãos, podemos da mesma forma empregá-los para todos os usos aos quais estão adaptados, e assim tornar-nos os mestres e senhores da natureza.¹⁸

A consequência desse pensamento é que a hegemonia da razão cartesiana desenvolve-se como uma conduta diretiva subordinadora de um mundo funcional, ou seja, libertar a alma, ser conforme à razão e não estar subordinado às paixões é direcionar instrumentalmente estas últimas. A racionalidade passa a ser instrumental.

A transformação que ocorre quando o controle racional assume seu lugar de domínio do mundo material significa, entre outras, que a noção de superioridade do bem viver e o caminho para atingi-lo não mais pode estar na externalidade, mas vai se encontrar na percepção pelo agente humano de sua própria dignidade como ser racional. Com isso, todo o panorama ético desse controle racional instrumental vai ser internalizado, ou seja, a virtude passa a ter valor aos olhos do próprio agente humano, em seu sentido de dignidade e auto-estima.¹⁹

O aspecto mais importante é que a racionalidade deixa de ser substantiva e passa a ser instrumental. É essa mudança paradigmática que Descartes estabelece e - é claro - para ele, essa instrumentalidade através de um método gera certezas substanciais, não desveladas, mas, sim, construídas. Portanto, o fruto da racionalidade do *cogito* é que se consegue estabelecer percepções cristalinas e distintivas na cadeia de pensamentos que permite configurar a correção do método proposto. A separação sujeito-objeto está edificada através do desprendimento da alma em relação ao corpo.

A pretensão de Descartes não foi, de modo algum, substituir a fórmula agostiniana para ascensão a Deus, até mesmo porque a justificativa cartesiana para a existência divina é formulada nos termos agostinianos; entretanto, o caminho trilhado pelo filósofo alemão abriria as portas de uma modernidade sem fé, e isso decorreu desta nova concepção de interioridade auto-suficiente e autônoma, assim como o desprendimento da matéria.

¹⁸ DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. 9. ed. São Paulo: Humus Ed., 1995. p. 61-62.

¹⁹ TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**. São Paulo: Loyola, 1997. p. 200-201. Fundamental é o arcabouço que está sendo erigido para a concepção moderna de dignidade ancorada na perspectiva kantiana.

Todavia, segundo Taylor, esse *self* desprendido que Descartes formulou ainda não atingiu sua plenitude e somente vai se estabelecer, para a modernidade, como condição identitária, com a vigorosa contribuição de John Locke. Taylor vai denominar esse *self* pleno como *self* “pontual”²⁰.

Essa figura denominada por TAYLOR caracteriza-se por adquirir o controle através do desprendimento, porque desprender-se de determinado domínio é correlativamente objetificá-lo, ou seja, retirar qualquer caráter normativo desse domínio. Quando isso ocorre, o domínio, que anteriormente tinha força, passa à neutralidade, porque tornado objeto do qual o sujeito somente se ocupa, mas sem que haja interferência nessa observação. Através da neutralização do domínio, tem-se a objetificação do mesmo.²¹

Com todo esse procedimento, entretanto, Descartes continua ligado a uma teologia, pois acredita que o mecanicismo e o método podem levar à soberania de Deus e afirma, inclusive, que o que se entende como “verdades eternas”, ou seja, axiomas matemáticos teriam sido criados por decreto divino. Nesse panorama, o agente, ou sujeito, continua, de alguma forma, com uma conduta teleológica, porque está, de uma forma ou de outra, na busca pelo Bem ou pelo Divino.

Locke, todavia, adota uma linhagem radicalmente antiteleológica, rejeitando qualquer espécie de idéias inatas, tanto do ângulo do conhecimento como das fontes da moralidade.

O filósofo inglês vai propor que se suspendam os julgamentos das idéias pré-concebidas para que se possam avaliar suas bases e, somente então, verificar a possibilidade de aceitá-las. Segundo Locke, o sujeito aceita determinadas verdades como sendo incontestes e eternas, sem a aceitação do questionamento acerca das mesmas.

A proposta é a de desconstruir e reconstruir as bases do pensamento, como havia proposto Descartes; todavia, a envergadura da proposta de desprendimento de Locke vai bastante além da anterior. Para ele, o entendimento das idéias simples está fora do alcance do sujeito, e esse entendimento é meramente passivo, ou seja, não há ingerência sobre ele, nem para criá-lo, nem para destruí-lo.

Esse desprendimento adotado por Locke tem origem no cientificismo mecanicista vigente e busca objetificar a própria mente quando estabelece que o entendimento é formado pelo conjunto de idéias simples que, pela associação, podem tornar-se de maior ou menor complexidade. Atomiza o próprio pensar do sujeito humano.

²⁰ *Op. cit.*, p. 210.

²¹ TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997. p. 210.

Nessa travessia, a teoria de Locke corresponde também ao um ideal de independência e auto-responsabilidade, desvinculada dos costumes estabelecidos e dominantes. Essa auto-responsabilidade é decorrência da suspensão dos pensamentos e do exame racional dos mesmos, retirando-lhes as influências das paixões e dos costumes locais. Por isso, para Locke, o verdadeiro conhecimento somente pode ser fruto do desenvolvimento do próprio sujeito pensante.²²

Para Locke, dois fatores inerentes ao conhecimento do sujeito são destacados. O primeiro fator é a natureza do homem como uma natureza hedonista, ou seja, prazer e dor correlacionam-se com bem e mal. Todavia, para Locke, o que move o homem não é a perspectiva do bem, mas um desconforto provocado pela ausência de algum bem. Embora pareça paradoxal, esclarece que, para motivar, tal bem necessariamente precisará despertar um desconforto no sujeito, e é exatamente esse desconforto que movimenta, de forma imediata, a vontade do sujeito naquela direção.²³

Locke acrescenta: “Outra razão pela qual é somente o desconforto que determina a vontade é esta: porque só ele está presente, e é contra a natureza das coisas, que algo atue onde não está”.²⁴

A conseqüência poderia ser então a de que o desejo que gerasse maior desconforto seria motivador das ações do sujeito. Nesse ponto, Locke insere o segundo fator destacado: a vontade. Segundo a teoria de Locke, através do desprendimento e da reificação da mente, tem “o poder de suspender a realização de qualquer de seus desejos; portanto de todos, um depois do outro; tem a liberdade de considerar os objetos deles, examiná-los de todos os lados e pesá-los uns em relação aos outros.”²⁵

É em decorrência desse autocontrole que o distanciamento radical possibilita uma remodelação de si mesmo do sujeito. Esse sujeito, que pode adotar uma conduta radical de desprendimento de si e para si, visando à sua auto-remodelação, é o que Taylor denomina *self* “pontual”. Essa possibilidade de consertar-se como objeto, inerente ao *self* “pontual”, é que lhe retira qualquer critério de dimensão.²⁶

²² *Op. cit.*, p. 219.

²³ LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. In: Locke, John. **Os pensadores**. Tradução de Anoiar Aiex. São Paulo: Abril, 1973. 2.21.33.

²⁴ *Op. cit.*, 2.2.21.37.

²⁵ *Idem*, 2.21.53 e 48.

²⁶ TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997. p. 223.

A fonte desse poder de transformação está na consciência pessoal e, dessa forma, Locke recusa-se a identificar o *self*, ou pessoa, com qualquer substância material ou imaterial, colocando-o unicamente como dependente da consciência.²⁷

O agente moral, por consequência, é aquele que assume responsabilidades por seus atos, porque pode, quando suspensos os desejos e pensamentos, atuar como decorrência da vontade. Essa, para Locke, é a pessoa.

Conforme explana TAYLOR, a construção do individualismo moderno, adotando a linha anteriormente desenvolvida, embasa-se em três facetas: a primeira corresponde à da independência auto-responsável; a segunda à da particularidade da auto-exploração; e a terceira denomina-se “do envolvimento pessoal”. Tais facetas originam-se basicamente das formas de reflexão radical propostas por Santo Agostinho e aparecem como decorrência do movimento de interiorização.

Pode-se afirmar que, por meio dessa interiorização, o agente humano passa a ser responsável pelas suas escolhas, eis que, pela razão, pode optar entre elas, bem como consegue explorar seu próprio *self*, ou seja, permite-se, por intermédio da reflexão, propor uma “auto-análise” dos seus desejos, paixões e caminhos racionais. A terceira faceta constitui-se da decorrência desse comportamento; porque caracterizada pelo poder do agente humano de concordar ou discordar, estabelece a vontade como principal capacidade moral do homem. Como consequência, somente o *modus vivendi* decorrente da vontade inteira do homem pode ser considerado bom, pois, sem essa escolha, nenhum outro modo de vida, por melhor, por mais harmônico, por mais natural, será considerado correto.²⁸

A identidade moderna caracteriza-se por duas características básicas e fundadas nesse movimento de interiorização, quais sejam: a localização e o atomismo.

A localização, como anteriormente mencionado, corresponde a esse “dentro” que o sujeito desprendido moderno entende como sendo na mente o local exclusivo onde o pensamento e a valoração se constituem, inclusive como fontes morais. Nessa localização, o sujeito e o objeto configuram-se como entidades distintas e separadas, por que faz sentido que o sujeito seja aquele interno, das idéias, onde se configuram essas idéias.

O atomismo pode ser configurado como essa independência individual que vai posteriormente estabelecer as novas formas de formulação do contrato, oriundas das teorias do contrato social. É decorrência desse movimento do homem como um agente livre e

²⁷ LOCKE, *op. cit.*, 2.27.

²⁸ TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997. p. 241.

autônomo, que escolhe inclusive sua própria associação. Dessa forma, não somente os Governos eram criados pela escolha, mas a origem da própria sociedade estava calcada na associação livre, ou seja, no contrato que a precede, aquele sobre o qual autores como Grotius, Pufendorf, Locke, Hobbes e Rousseau, cada qual com suas diferenças e entrecruzamentos, vão se debruçar.

Estabelece-se o consentimento como base fundamental para a formação da sociedade. Entretanto, dito consentimento somente pode ser pensado quando o homem é o próprio soberano de si; portanto, permite delegar em parte esse poder parcial de decisão sobre si e sobre a sociedade em que vive. A vontade como poder de consentimento assenta lugar hegemônico na configuração político-jurídico da sociedade e da vida do homem. São os átomos políticos que formam o povo.²⁹

Esses fatores vão constituir a identidade moderna do sujeito de direito que, paralelamente ao desenvolvimento do entendimento de si, estabelecem os conceitos jurídicos para os quais vai estar voltada a identidade do homem moderno. Dessa forma, como conseqüência de toda uma ruptura filosófica e um movimento de transformação, toma forma e se torna necessária a tutela dos interesses individuais, para os quais somente uma formulação jurídica específica daria conta de cada indivíduo humano, ou seja, faz-se necessária a proteção do espaço de cada agente humano como indivíduo juridicamente tutelável.

Nesse panorama, podem-se estabelecer os contornos do sujeito de direito e de seu surgimento como conceito jurídico.

1.2 A FORMAÇÃO DE UM CONCEITO – DO DIREITO SUBJETIVO AO SUJEITO DE DIREITO

A formulação do conceito de sujeito de direito, como atualmente a concebemos, teve origem fundamentalmente em uma substancial ruptura entre pensamentos filosóficos e concepções de mundo, na passagem da Idade Média à Modernidade.

A análise histórica da figura do sujeito de direito remonta necessariamente seus vínculos à própria formação do direito moderno, bem como à necessária estruturação do entendimento de direito subjetivo.

²⁹ TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997. p. 251.

Nesse caminho, entrecruzam-se diversas linhas de pensamento, em um desenrolar paradigmático do próprio desenvolvimento do homem, enquanto ser autoconsciente e, principalmente, de sua antropologia.

Na esteira dessa formação, concebe-se o sujeito em diversas facetas: biológica, filosófica, jurídica, religiosa, moral, entre outras. Para o presente estudo, necessário se faz efetuar um recorte e delimitar, mesmo que somente para viabilizar o estudo, basicamente na análise jurídica, moral e filosófica desta destacada figura.

A importância da análise efetuada está relacionada à consideração do sujeito de direito como figura central de todo um sistema, no caso o normativo³⁰, eis que, quando mencionamos sociedade, direito e moral, estamos nos referindo centralmente ao ser humano, detentor de direitos, hodiernamente pela simples e cabal condição existencial de humano.

Quando verificamos a origem dos direitos vinculados ao sujeito, como o direito de personalidade, estabelece-se uma relação direta entre homem e pessoa e na conseqüente equação de que todos os homens são pessoas. Esse entendimento se apresenta para a atualidade como algo óbvio e singelo.

Todavia, como aponta Hattenhauer, nem sempre a concepção de pessoa se restringia ao homem, porque, nas culturas arcaicas, por exemplo, encontrou-se personalidade em outros objetos, como animais, adereços de guerra ou plantas, não se restringindo ao homem a possibilidade de ser considerado pessoa, daí porque a expressão pessoa humana não é considerada uma redundância. Essa transformação não foi rápida. Expõe o autor que:

Se necessito largo tiempo para que en la vida jurídica el concepto de persona quedase circunscrito al hombre. Los fundamentos se encuentran en la teología moderna, singularmente en Tomas de Aquino (1225-1274). En todas las paginas de la Biblia veian escrito los doctores de la Iglesia que el hombre es creacion de Dios y que, aun cuando criatura, es, al mismo tiempo, rey y señor de la

³⁰ PEPE analisa a tecitura moderna do direito dizendo que “O ‘amalgama normativo’ existente no mundo grego era auto-justificável, enquanto estava inserido, desde sempre, num sistema normativo unitário. Diferentemente, na modernidade, o Direito dogmatizou-se a partir de ‘uma relativa emancipação do sistema jurídico em relação às demais ordens normativas e aos demais subsistemas sociais, tais como a técnica, a religião, a moral, a etiqueta e os usos sociais, a magia, a posse de bens e riquezas, a amizade’, conforme indica Adeodato. Esta ‘autonomia’ do sistema jurídico, esta postura auto-referencial cria um estatuto próprio para o Direito, separado das outras ordens normativas. (...) Ao estruturar-se desta forma na modernidade, o Direito não perde necessariamente seus vínculos com a ética e a política, mas pode criar formações discursivas, através de sua criação ou aplicação, que o apresentem ao mundo da vida como autônomo face às exigências éticas ou políticas formuladas por outras esferas da sociedade. Entendo que é competência da Filosofia do Direito, entendida como Filosofia Prática, retomar, independentemente da ‘autonomia’ do Direito dogmaticamente constituído, os vínculos ‘esquecidos’ entre o Direito, a ética e a política, fundamentais à formação democrática no âmbito do Estado Democrático de Direito”. (PEPE, Albano Marcos Bastos. **A filosofia do direito e a filosofia prática** - o *ethos* enquanto mundo compartilhado: a questão da legitimidade no Direito. Curitiba, 2002. 116 f. Tese [Doutorado em Direito] – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 20-21).

Creacion. Lo que diferenciaba al hombre de su Creador era el ser creado; de las demas criaturas le diferenciaba el don divino de la razon (ratio).³¹

Nesse aspecto, aparece como fundamento, por intermédio do próprio cristianismo, o entendimento de que a razão, aquele permissivo do livre-arbítrio, e na semelhança do homem ao Seu Criador, está a distinção essencial entre a pessoa - homem como criatura, e os demais seres existentes.

Em um segundo momento, Hattenhauer aponta para a concepção de que todos os homens são pessoas, não restringindo esse conceito a determinado agrupamento. Manifesta, assim, que:

Asi se sorteaba la outra línea divisória del moderno concepto de persona: todo hombre es persona. El fundamento de tal afirmacion se encontraba en la Biblia, en la conviccion de que al hombre, a diferencia de los animales, se lè habia insuflado el aliento divino, confiriendosele asi una cualidad própria, negada a toda outra criatura. La razon, como concesion divina, configuro al hombre, pero este don no se habia otorgado exclusivamente a uma parte de la Humanidad.³²

Outro avanço contundente ocorre nesta passagem de concepções, porque visa a permitir a toda a humanidade uma condição de igualdade, ao menos em relação à racionalidade que lhe é inerente.

A modernidade ocidental considera todo o homem como ser portador de direitos, como anteriormente mencionado, pela condição única de ser humano. Mas tal entendimento constitui um juízo atemporal e imutável?

Quando se coloca a questão do sujeito de direito moderno, aquele que adentrará na esfera jurídica e conceitualmente estará estabelecido nas codificações e legislações ocidentais, a que sujeito se está propriamente referindo?

Uma formulação simplista remeteria, basicamente, a algumas respostas pré-concebidas e, de certo modo, corretas, porém sem aprofundamento histórico suficiente, do qual emerge a caracterização do sujeito de direito moderno, como aquele cartesiano, com bases éticas kantianas e inserido na tipificação codicista abstrata, que contrata, constitui matrimônio e é detentor de propriedades.

³¹ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil* – introducción histórico-dogmática. Barcelona: Ariel, 1987. p. 14.

³² *Op. cit.*, p. 15.

Esse discurso tem sido usualmente empregado tanto pelos que visam a conservar essa figura atemporal e imutável quanto pelos que a contestam, sem, entretanto, adentrar efetivamente na seara concreta da concepção do sujeito, e mais propriamente (ou impropriamente) do sujeito de direito.

Deve-se apontar, ainda, que referida figura é estandarte do preconceito atual, como que sendo o ícone máximo da codificação oitocentista, de caráter eminentemente patrimonialista e desvinculado da realidade do mundo.

Mas, para considerar o sujeito de direito em realidade, inicialmente deve-se pensar na sua temporalidade e na sua historicidade, as quais restam umbilicalmente vinculadas à noção de direito subjetivo, porque, sem que haja um direito subjetivo tutelado, não pode haver um sujeito de direito detentor do *poder* de protegê-lo.

Assim, a gênese da noção de direito subjetivo, expressão cunhada posteriormente por Grotius, como se compreende modernamente e que se aparenta como existente desde *sempre*, pode ser atribuída, como indica Villey, primeiramente ao filósofo cristão Guilherme de Ockham (1300-1349), porque, conforme pontua o autor, foi o primeiro a deslocar o sentido do conceito de *jus* para um eixo vinculado ao poder do indivíduo, como possibilidade decorrente do exercício de vontade.³³

Originariamente, tanto para São Tomás, quanto para Ulpiano ou Aristóteles, *jus* ou *dikaion* (direito) é *aquilo* que é justo (*id quod justum est*), ou seja, vinculado à noção de justiça, que faz referência à parte que deveria ser atribuída a cada indivíduo em sua relação com os outros, ou melhor, na justa relação com os outros ou na justa relação objetiva. O enfoque é substancialmente diferenciado, porque a arte jurídica consiste *na partilha* e é esta consistência que se torna objeto do jurista.³⁴

Importa frisar a diferença da concepção romana do *jus*, equivocadamente atrelada ao *potestas*, daquela apresentada por Ockham, porque, quando o *jus* romano é atribuído a um determinado indivíduo, igualmente recebe o encargo social correspondente, como, v.g., quando se atribui o direito de cidade (*jus civitas*), se confere também, em relação à coletividade, o dever de prestar o serviço militar.³⁵

³³ Cumpre fazer uma pequena digressão na própria obra de VILLEY para elucidar que o próprio autor enfatiza o fato de que atribuir a Ockham a gênese do conceito moderno de direito subjetivo é posição conflitante com o entendimento predominante, mas, para tanto, realiza um profundo estudo histórico. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Cláudia Berlinger. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

³⁴ *Op. cit.*, p. 254.

³⁵ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e meios do direito: os meios do direito**. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 142-143.

Quando Ockham desvincula o *jus* do correspondente dever para com a sociedade ou para com o outro, tornando-o uma faculdade unicamente do indivíduo, ou seja, um poder de vontade, inaugura, na realidade, uma outra concepção de direito, estabelecendo, assim, a primeira manifestação concreta acerca do direito subjetivo como se compreende hodiernamente.³⁶

Desta forma, Villey pontua acertadamente a diferença entre o entendimento clássico do direito e o uso moderno do direito subjetivo, e assim a expressa:

Em suma, o próprio da linguagem jurídica clássica é visar um mundo de coisas, de bens exteriores, porque é somente nas coisas e na partilha feita nas coisas que se manifesta a relação jurídica entre as pessoas. A ciência do direito mira as coisas, e é nesse sentido que a autêntica linguagem jurídica é essencialmente *objetiva*.

Diferente desta é a linguagem do individualismo. Em vez de visar a ordem do grupo, está centrada no *sujeito* em particular. Tende a conceber e a exprimir as ‘qualidades’ ou as ‘faculdades’ de um sujeito, as forças que seu ser irradia: poderes, mas no sentido principal da palavra, entendida como capacidade da pessoa, inerente ao sujeito: no sentido *subjetivo*. Conseqüência: esse poder é concebido, de partida, como *ilimitado*. É apenas num segundo momento, quando for preciso dar conta dos poderes concorrentes dos outros, que lhe atribuirão fronteiras. Inicialmente, ele não é uma parte definida.³⁷

A distinção apontada por VILLEY será posteriormente abordada sob a perspectiva moral e filosófica, neste movimento de transformação da concepção do homem vinculada à exterioridade para sua própria interioridade.

Neste ponto, importa destacar três aspectos considerados basilares para a concepção individualista do direito, porque apontam para a ruptura com o pensamento aristotélico de unidade e para a preparação ou aproximação com o dualismo moderno que se prepara.

O primeiro fator a contribuir para o desenvolvimento do individualismo está ancorado no próprio Cristianismo, porque, ao contrário da Doutrina de Aristóteles, na qual o indivíduo somente é considerado no interior da *polis*, como “animal político”, o povo judaico forma uma nação, independentemente da *polis*. É este cristianismo judaico-cristão que está

³⁶ Conforme pontua VILLEY, Guilherme de Ockham realiza a tarefa criativa por necessidade de defesa da Ordem Franciscana contra o papado, dizendo: “O objetivo de Ockham, na obra que agora vamos comentar, será derrubar João XXII, demonstrar sua heresia, a novidade ‘herética’ de sua doutrina, e defender Miguel de Cesena e a ala da ordem franciscana que se revoltar contra Avignon; manter portanto, contra o papa, a fórmula de que os franciscanos, assim como Jesus Cristo e os apóstolos, tinham o *uso* sem o *direito*.” Tal esforço visava evitar que a Ordem Franciscana recebesse do papado a devolução dos bens que utilizava e que lhe haviam sido doados, eis que contrariava a formulação de São Francisco de voto de pobreza. **Formação do Pensamento Jurídico Moderno**, p. 272.

³⁷ Op. cit., p. 255.

vinculado somente a uma “cidade” imagética e supra-terrestre, desvinculada da realidade material da vida, conforme preceituou Santo Agostinho, na Cidade de Deus³⁸ que vai criar a noção de um conjunto de indivíduos formadores da nação, dissociada da concepção antiga de que o indivíduo somente poderia ser considerado como integrante da *polis*.

O segundo fator de destaque é a escola humanista, na qual se insere um momento singular no final da Idade Média, séculos XIV a XVI, marcadamente pelas guerras, principalmente religiosas, com a ascensão do calvinismo e a reforma protestante de Lutero, bem como com a incursão da América no cenário da Europa Colonial.³⁹ Nesse contexto, uma tomada em direção ao homem, através de um ideal humanista, demarca um movimento crítico em relação às universidades marcadamente teológicas, porque, de modo geral, principalmente o burguês, está vinculado aos assuntos profanos, e a estes também correspondem suas leituras⁴⁰.

Nessa virada, o Renascimento do Século XVI reduziu o reinado de Aristóteles e, em contrapartida, ascendeu um interesse substancial e marcante por Platão, que trará diversas conseqüências para a filosofia e para as ciências; e, no que concerne ao direito, quando se torna um sistema ideal de normas, separado da experiência concreta, o renascimento platônico deve ser igualmente responsável.⁴¹

Wieacker destaca que

O impulso íntimo do humanismo é constituído por uma nova experiência directa da antiguidade na qual se reconhece a vontade, de fundo religioso, de renovação do homem. Para além desta impregnação da idéia de uma volta à antiguidade com a experiência originária de uma nova idéia do homem e do mundo, esteve na origem do empenhamento e do método do humanismo um renascimento de Platão [...]. Este renascimento de Platão foi acompanhado por um movimento de renovação religiosa e, fundamentalmente, por um tal movimento idêntico nos seios das formas cristãs de existência.⁴²

O terceiro fator pode ser considerado o nominalismo que contribui para a noção do individualismo, pois rompe com os chamados “universais” da filosofia aristotélica, ou seja, as estruturas ou corpos ordenados, embora refletidos de forma imperfeita, porque nossos

³⁸ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e meios do direito: os meios do direito.** Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 126-127.

³⁹ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo Código Civil e a lei de imprensa.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 75.

⁴⁰ VILLEY, *op. cit.*, p. 128. O autor refere aos textos de Cícero, Sêneca, Horácio entre outros.

⁴¹ *Idem*, p. 129.

⁴² WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, s.d. p. 90.

conhecimentos são sempre aproximativos. O mundo aristotélico, assim, não é composto de uma multiplicidade de singulares, mas de uma ordenação de realidades genéricas.

Para os nominalistas, diferentemente, o mundo é um conjunto de singulares, ou seja, a experiência constitui-se na análise dos fatos singulares, e os universais são considerados meramente um instrumento lingüístico que visa a conotar uma pluralidade de objetos singulares.

Dessa forma, o universal é abstrato e não está correlacionado à realidade, podendo ser apenas mera digressão mental, ou seja, teorização. Na esteira do nominalismo, estão autores como Hobbes, Hume e Bentham.⁴³

Na via desse individualismo crescente, embora ainda calcado no viés divino, ou seja, na justa relação entre Deus e homem, vai se desenhar o surgimento do direito natural moderno em contraface ao direito natural clássico da matriz aristotélica.

O direito natural clássico⁴⁴, entendido como da escola doutrinária de Aristóteles, acreditava em uma ciência jurídica construída não com bases na natureza do homem, mas em uma natureza cósmica que seria imutável e atemporal e direcionada para o *Bem*, na qual o jurista descobre o direito na ordem natural das coisas, bem como no corpo social e nas relações, ou seja, o direito é, observada a ordem natural, uma proporção, uma relação objetiva entre os fatos.

Na passagem para o jusnaturalismo moderno, concebe-se ainda direito do homem como imutável e atemporal, porém não mais decorrente de uma ordem natural das coisas, senão e primeiramente, na ordem divina.

Na relação com Deus é que o homem vai constituir o seu direito atemporal e imutável, porque, se Ele concebeu o homem, concebeu também ao homem o livre-arbítrio, e este, em última análise, decorre da liberdade do optar, ou seja, da vontade. Esta vontade está atrelada à vontade de Deus, e o poder da vontade é a possibilidade do homem de alcançar a Deus.⁴⁵

A transformação de paradigma, da ordem natural para o Divino, estabelece o que posteriormente será estudado, um processo de interiorização decorrente da razão do homem⁴⁶.

⁴³ VILLEY, Michel, **Filosofia do direito**: definições e meios do direito: os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 132-133.

⁴⁴ Para uma explanação sólida acerca do direito natural clássico e suas diferenças com o direito natural moderno, veja-se: GOYARD-FABRE, Simone. Les deux jusnaturalismes ou l'inversion des enjeux politiques. In: **Cahiers de Philosophi Politique et Juridique**: Des Theories du Droit Naturel. n.º 11. Caen: Centre de Publications de l'Université de Caen, 1988. p. 07-42.

⁴⁵ TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997.

⁴⁶ *Op. cit.* Por ora, deixa-se de adentrar na explanação deste processo, considerando que será analisado especificamente em momento posterior.

Nessa seara, o jusnaturalismo racional moderno se inspira na clássica proposição de um direito fundamentado em leis gerais e imutáveis, promulgadas pelo criador do mundo e que podem ser conhecidas por todos por intermédio do exercício da faculdade da razão.⁴⁷

Outro aspecto fundamental para a delimitação do sujeito de direito é a compreensão do momento histórico que se desenvolvia na Europa, com acirradas disputas religiosas e a ascensão de uma burguesia que predominantemente dependia do comércio e da mercancia. A essa burguesia pouco interessavam as disputas religiosas, mas necessitavam de um direito que protegesse seus interesses comerciais, através de um direito regulamentado e de soluções previsíveis.

Ocorre que, em virtude das intermináveis disputas de credo e crenças, via-se a necessidade de uma construção da paz social e o estabelecimento de regras que fossem inerentes a todos e a qualquer tempo, ou seja, regras estabelecidas por um “direito natural”⁴⁸.

Por isso, conforme leciona Wieacker, o papel do direito natural moderno

[...] arranca de uma situação de carência metodológica da ciência positiva do direito no mundo espiritual, do início da Idade Moderna; nomeadamente, do seu atraso em relação à nova imagem do mundo, surgida depois do início do séc. XVII, no seio de uma crise geral da sensibilidade religiosa e política, a partir de uma revolução dos métodos da filosofia e das ciências naturais. *Auctoritas* e *ratio*, as duas coordenadas da filosofia escolástica, dominaram também a ciência jurídica da Idade Média [...].⁴⁹
(grifos do original)

Nesse contexto, surge o jusracionalismo sistemático de Althusius, com sua obra *Dicaeologicae*, de 1617, e, posteriormente, Grotius, com *De jure belli ac pacis*, de 1625, primeiro expoente dessa Escola de Direito Natural Moderno, que vai iniciar a configuração efetiva do sujeito de direito moderno, apesar do pensamento de ambos estarem vinculados à doutrina do séc. XVI, em especial ao calvinismo e ao humanismo neo-estico.⁵⁰

⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo Código Civil e a lei de imprensa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 77

⁴⁸ Interessante passagem de Wieacker, na qual salienta: “Se as épocas de ouro de uma cultura jurídica na plenitude de suas tarefas espirituais e práticas (como a romano-clássica, a da Baixa Idade Média e ainda a da civilística alemã do séc. XIX) julgaram sempre poder acreditar que a razão jurídica por elas realizada não necessitaria da orientação ou mesmo da correção proveniente de uma idéia geral do direito, já a tradição do direito natural, por muito longe que esteja do dia-a-dia do direito (e também da ciência jurídica, em consequência das antigas fronteiras entre a jurisprudência técnica e as faculdades de direito), é sempre chamada a terreiro quando uma ordem jurídica histórico-concreta perde a sua persuasão, no plano do saber jurídico difuso na sociedade, e a sua plausibilidade espiritual em relação às elites do seu tempo, como aconteceu nas lutas religiosas do início da Idade Moderna ou nas crises do recente passado alemão.” (WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, s.d., p. 281).

⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 281.

⁵⁰ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. p. 612.

Desta forma, pode-se considerar que o jusracionalismo profano traz toda a herança do jusnaturalismo da antiguidade (agostiniano-tomista) e somente poderá ser compreendido a partir desta tradição, porque, no apontamento de WIEACKER,

partilha ele a pretensão de validade universal e intemporal, a antropologia geral e abstracta (o homem como ser dotado de razão, social e carente de auxílio: *animale rationale, sociale, imbecillum*) e o racionalismo formal dos seus processos de prova. Uma vez que remete (ou abandona) a revelação (*ius divinum*) para a teologia moral, ele regressa ao dualismo da antiguidade entre *ius naturale* e *ius civile (positivum)*. Nas questões de pormenor, os fundadores do jusracionalismo ligaram-se às várias versões da tradição baixo medieval. Enquanto que Grotius se reporta mais ao teólogos morais e juristas espanhóis e, através deles, ao idealismo tomista, Hobbes – e através dele, Pufendorf – eram herdeiros de um nominalismo voluntarista, que lhes fora transmitido pela tradição inglesa e por Descartes. Em toda esta evolução da Baixa Idade Média, o jusracionalismo é, no entanto, justamente considerado como tendo preparado o racionalismo das modernas teoria e ciência do direito.⁵¹ (grifos do original)

Destaca-se, também, que a contribuição de Descartes para o racionalismo foi fundamental, apesar de a obra *Discurso do Método* ter sido publicada somente em 1637, considerando que todo o arcabouço da racionalidade está latente e atinge grande parte dos filósofos e juristas da época.

Nesse viés, Althusius estabelece mudança importante, porque reivindica uma inversão na natureza social do homem, como vida social, não mais como inerente à natureza do homem, mas que deve ser constituída e cultivada (deve considerar-se sua origem calvinista). Estabelece, dessa forma, que, antes de existir uma comunidade, o homem já é detentor de direitos e que a vida comunitária exige um pacto voluntário.⁵²

Outra importante contribuição é que, na obra altusiana, é realizada uma estruturação diferenciada do direito, em que há, pelo processo lógico-descritivo, a separação primeira entre os *factos* e o *direito*. Nesse viés, sepulta definitivamente o direito natural clássico e separa o que a filosofia aristotélica unia: o direito do fato e o espírito da matéria.⁵³

Com essa separação, resta desfeita a noção de direito como aquilo que é justo e passa a concepção de que direito é o que está previsto na lei, portanto intrínseca ao indivíduo.

Com toda essa formulação, pode-se adentrar na problemática da formulação do conceito propriamente dito de sujeito de direito. Nessa travessia, é imprescindível demarcar a

⁵¹ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, s.d. p. 297-298.

⁵² VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. p. 619.

⁵³ *Op. cit.*, p. 626.

linha apontada por Zarka quando retoma a questão da invenção do sujeito de direito para delimitar que essa definição está fora da problemática abordada por Descartes, ao elaborar a sua metafísica, e que, portanto, não pode ser atribuída a ele a invenção do sujeito de direito, apesar de sua obra refletir substancialmente a tradição jusnaturalista e, como um todo, o pensamento moderno. Todavia, aponta Zarka que tal definição está presente em outro contexto, qual seja, o jusnaturalismo moderno de Grotius a Leibniz.⁵⁴

Para demonstrar a linha adotada, basta lembrar que a formulação da noção de direito subjetivo encontra-se em sua substancialidade desde Ockham, que recebe parte de sua formulação dos doutrinadores espanhóis, em especial Suarez⁵⁵, mas a redução técnica somente se dará com Grotius, motivo pelo qual se vincula à noção proposta.

Contextualizando GROTIUS em seu modelo, basta dizer que foi advogado da Companhia das Índias Holandesas. Necessitava desenvolver seu comércio, fazendo sua a causa da riqueza e do poder da Europa, motivo pelo qual foi trabalhar pela paz e na humanização das guerras, pelo que ficou destacadamente conhecido.⁵⁶

Dessa forma, adentra sobremaneira na formulação do direito subjetivo, porque parte da fusão da moral estóica (ou neo-estóica) com o direito. Seu sistema de regras estabelece uma separação radical entre *fato e direito*, na esteira de Althusius, e com sua sistematicidade, Grotius propugna que “posso protestar de boa-fé que como os matemáticos ao examinarem as figuras fazem abstração dos corpos que elas modificam, também eu, ao explicar o direito, desviei meus pensamentos da consideração de qualquer fato particular.”⁵⁷ Denota-se, aqui, um visível entrelaçamento com o pensamento moderno, embasado na revolução propugnada por Galileu Galilei, Pascal e, posteriormente, na qual Descartes vai se abeberar.

Nesse contexto, para Grotius, as regras de direito serão deduzidas da *natureza do homem*, motivo pelo qual sua escola receberá a etiqueta de *direito natural*. Entretanto, quanto ao direito, este não está mais na natureza externa ao homem, senão no pensamento subjetivo do homem e de Deus. Para Grotius, o justo está no homem, bem como a fonte deste justo se encontra na razão, e a razão é, assim, a essência da natureza humana.⁵⁸

Outro aspecto fundamental é o de que, em Grotius, a moralidade tem papel de fonte última do direito, eis que ditas regras morais estão inscritas na razão humana. Portanto, todo o

⁵⁴ ZARKA, Yves Charles. A invenção do sujeito de direito. In: ZARKA, Yves Charles *et al.* **Filosofia política**: nova série. Porto Alegre: L&PM, v. 1, 1997. p. 11.

⁵⁵ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, s.d., p. 299.

⁵⁶ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. p. 635.

⁵⁷ GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Tradução de Ciro Mioranza, Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2004, v. 1 (Coleção clássicos do direito internacional / coord. Arno Dal Ri Júnior).

⁵⁸ VILLEY, op. cit., p. 651.

esforço do seu sistema consiste em reduzir as regras convencionadas à razão, ou seja, a razão aqui concebida como lei moral. A consequência natural desse movimento é o estabelecimento da lei moral como o topo das fontes do direito.⁵⁹

Por esse motivo, Villey acentua que

Quanto à *teoria dos direitos subjetivos*, já tive a oportunidade de dizer que Grócio foi o autor de uma definição formalizada, particularmente precisa e muito disseminada na ciência jurídica alemã: '*Jus est [...] qualitas moralis personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum*': o direito seria, pois, uma qualidade da pessoa, que a torna apta a possuir ou realizar uma certa ação, sem que a moral seja ofendida. Mais adiante, o direito '*estritamente entendido*' é qualificado de '*facultas*' ou de '*potestas*'.⁶⁰ (grifos do original)

Analisando a obra de Grotius em sua formulação do direito subjetivo, neste ponto formalmente estabelecida, Zarka pontua três momentos teóricos para a formulação do conceito de sujeito de direito, quais sejam: “a) a vinculação do direito como qualidade moral, que neste entendimento será posteriormente denominado direito subjetivo; b) o estatuto do ser ao qual se dirige este direito, ou seja, a noção do ser moral ou pessoa; c) a passagem da problemática do sujeito do domínio gnosiológico para o domínio jurídico.”⁶¹

Relativamente ao primeiro ponto, como mencionado na formulação do denominado direito subjetivo, cumpre somente repisar que, para Grotius, o direito natural é definido em função da natureza racional e social do homem, porque, como já dito, é a *qualitas moralis*. Conforme descreve Zarka, dessa definição pode-se extrair, ainda que sob a influência dos textos de Cícero e do neo-estoicismo, quatro princípios basilares e resultantes da natureza do homem, como sendo racional e social: (1) é necessário se abster dos bens de outrem ou os restituir; (2) somos obrigados a manter a palavra dada; (3) devemos reparar o dano que causamos; (4) toda violação de regras anteriores merece uma punição, mesmo que da parte dos homens.⁶²

Da singela leitura dos princípios elencados, pode-se perceber que está inserido todo o manancial necessário para o estabelecimento das futuras regras de direito privado (o que aqui especialmente interessa), como: o direito de propriedade; o dogma da vontade, porque

⁵⁹ *Idem, ibidem*.

⁶⁰ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. p. 666.

⁶¹ ZARKA, Yves Charles. A invenção do sujeito de direito. In: ZARKA, Yves Charles *et al.* **Filosofia política**: nova série. Porto Alegre: L&PM, v. 1, 1997. p. 12.

⁶² *Op. cit.*, p. 14.

decorrente da palavra dada de forma livre e, portanto, a decorrência do *pacta sunt servanda*; a responsabilidade civil e os atos ilícitos. Permite-se estabelecer um germe do que restará estabelecido pelo racionalismo positivista futuro, nas codificações e nos estatutos modernos e contemporâneos, até os dias atuais.

Todavia, Grotius ainda não tematiza a questão do estatuto da pessoa à qual se dirige especificamente este direito subjetivo como qualidade moral. Essa problemática vai ser tratada nos pensadores que o sucedem, como Hobbes e Pufendorf, Locke e Leibniz.

Em Hobbes, entretanto, não será estabelecida a formulação exata do sujeito de direito, porque o filósofo concebe o direito com uma única concepção, qual seja, a de liberdade⁶³. Dessa forma, retira a complexidade emprestada por Grotius pela *qualitas moralis*, mas fornece outra formulação imprescindível para a modernidade, que é a separação entre *jus* e *lex*, e o faz da seguinte forma:

Por que embora os que têm tratado deste assunto costumem confundir *Jus* e *Lex*, o *direito e a lei*, é necessário distingui-los um do outro. Pois o DIREITO consiste na liberdade de fazer ou omitir, ao passo que a LEI determina ou obriga a uma dessas duas coisas. De modo que a lei e o direito se distinguem tanto como a obrigação e a liberdade, as quais são incompatíveis quando se refere à mesma questão. (sic)⁶⁴

Fundamental nessa distinção é a separação que Hobbes fornece entre direito e lei, de tal sorte que não mais subsiste a reciprocidade entre o direito e a obrigação. Com essa cisão, o indivíduo pode ter para si direitos sem que corresponda a uma obrigação de qualquer outro indivíduo, relegando à lei natural a noção de obrigação e reciprocidade. Dessa forma, estabelece que

o direito de natureza, a que os autores geralmente chamam de *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, de maneira que quis er, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indique, como os meios necessários a esse fim.⁶⁵

⁶³ ZARKA, Yves Charles. A invenção do sujeito de direito. In: ZARKA, Yves Charles *et al.* **Filosofia política**: nova série. Porto Alegre: L&PM, v. 1, 1997. p. 14.

⁶⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Organizado por Richard Tuck; tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 112.

⁶⁵ *Idem, ibidem*.

Essa passagem, para HOBBS, determina que não existe qualquer possibilidade de um direito natural de seres inanimados ou animais, porque é necessária, para a configuração do direito natural, a remessa deste ao uso racional da liberdade.⁶⁶

Todavia, apesar de sua obra dar fundamental importância à liberdade do indivíduo, pouco expressa acerca da problemática do sujeito de direito a que essa liberdade está destinada, limitando-se, unicamente, como nas *Terceiras Objeções às Meditações* de Descartes, a estruturá-lo como matéria, ou seja, a noção de *subjectum* está vinculado ao corpo físico.⁶⁷

Assim, para poder pensar o homem como efetivamente um sujeito portador de direitos e sendo esses direitos vinculados à proposição de Grotius, de sujeito moral, será necessário adentrar, de um lado, na obra de Pufendorf e, de outro, na obra de Locke.

Nesse caminho, inicialmente, se seguirá a via apontada por Zarka, para a análise do segundo ponto proposto para a formação do sujeito de direito. Para tanto, inicia com o estudo da obra *De Jure naturae et gentium*, de Pufendorf, quando este retoma a doutrina dos seres morais para, contrapondo Hobbes, demonstrar que não é possível se falar em direitos sem opor a este uma conseqüente obrigação e, principalmente, porque “definir o direito como uma qualidade física de indivíduos físicos (como o fez Hobbes) é destruir a noção mesma de direito que, para ter uma consistência própria, deve designar uma qualidade moral, que é adequada somente aos seres morais.”⁶⁸

A retomada da doutrina dos seres morais importa para a noção de sujeito de direito porque permite destacar alguns pontos acerca de sua definição e que contribuem para a posterior separação do homem e do sujeito de direito que restará configurada por Leibniz, nas suas obras *Discurso de metafísica* (1686) e *Nova Methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* (1666). Assim, destacam-se, para Pufendorf, três aspectos: (a) a pessoa moral particular é uma espécie absolutamente especial no gênero das pessoas morais; (b) a pessoa moral é apenas um ser de instituição, podendo ser, portanto, mudada ou destruída sem que haja mudança física no homem; (c) é impossível, em conseqüência, identificar o homem e a pessoa.⁶⁹

Como podemos observar, apesar de estreitar o âmbito, Pufendorf ainda não nos fornece uma verdadeira definição jurídica do ser moral ao qual podemos denominar sujeito de

⁶⁶ ZARKA, Yves Charles. A invenção do sujeito de direito. In: ZARKA, Yves Charles et al. **Filosofia política**: nova série. Porto Alegre: L&PM, v. 1, 1997. p. 16.

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 17.

⁶⁸ *Idem*, p. 20.

⁶⁹ *Idem*, p. 21.

direito. Assim, a contribuição essencial para a configuração do sujeito é aquela trabalhada por Locke e que, neste momento, se analisa apenas sob o viés jurisdicizável ou histórico para a formação de um conceito. Posteriormente, adentraremos na via filosófica, que permitirá um entendimento mais amplo do sujeito de direito moderno.

Locke adentra na problemática da formulação da identidade pessoal; aborda essa temática no capítulo XXVII, do livro II, do *Ensaio sobre o Entendimento Humano*, onde visa a determinar um conceito de identidade de uma pessoa, para a qual se podem atribuir atos e pensamentos, bem como uma capacidade de responsabilização.⁷⁰

Nessa travessia, Locke formula o que, neste momento, interessa: o conceito de identidade pessoal, para o que define inicialmente o que entende por pessoa. como sendo

Um ser pensante e inteligente, que possui razão e reflexão, e que se pode considerar a si mesmo a mesma coisa pensante em diferentes momentos e lugares; o que pode fazer graças a essa consciência, que é inseparável do pensamento, e, ao que me parece, lhe é essencial; pois para todo o homem é impossível perceber sem perceber que efetivamente percebe.⁷¹

Dessa maneira, possibilita a definição de identidade pessoal na relação de si a si da consciência, acompanhada permanentemente pela memória e pelo pensamento, da seguinte forma:⁷² “O quanto essa consciência pode ser entendida para qualquer ação ou pensamento passado, tal será o alcance da identidade dessa pessoa.”^{73/74}

Conforme menciona Zarka, a definição dada por Locke visa a dar fundamento certo à moral, e isto sob dois aspectos: o primeiro seria o fato de que o *si* possa atribuir a *si* mesmo pensamentos e ações e, em segundo, que se possa atribuir responsabilidade sobre os atos realizados. Destaca, assim, que essas duas noções, da pessoa como o si e da pessoa como possibilidade de responsabilização pelos atos e ações, formam o conceito de personalidade.⁷⁵

Esse conceito de personalidade está definido por LOCKE na seguinte passagem:

⁷⁰ZARKA, Yves Charles. A invenção do sujeito de direito. In: ZARKA, Yves Charles *et al.* **Filosofia política**: nova série. Porto Alegre: L&PM, v. 1, 1997. p. 22.

⁷¹ LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. In: Locke, John. *Os pensadores*. Tradução de Anoiar Aiex. São Paulo: Abril, II, XXVII, 9. 1973.

⁷² ZARKA, *op. cit.*, p. 23.

⁷³ LOCKE, *op. cit.*, p. II, XXVII, 9.

⁷⁴ Não é necessário adentrar na problemática da tese lockiniana, considerando a possibilidade e os inúmeros exemplos acerca das pessoas com perda da memória ou uma redução de sua capacidade de entendimento.

⁷⁵ ZARKA, Yves Charles. A invenção do sujeito de direito. In: ZARKA, Yves Charles *et al.* **Filosofia política**: nova série. Porto Alegre: L&PM, v. 1, 1997. p. 23-24.

Pessoa, como eu a considero, é o nome para este *self* (si). Em primeiro lugar, onde o homem encontrar o que chamamos de *himself* (ele mesmo), lá, penso eu, um outro deve dizer que é a mesma pessoa. Trata-se de um termo forense apropriando-se das ações e de seus méritos; e, assim, pertence apenas aos agentes inteligentes, capazes de direito, felicidade e miséria. Essa personalidade prolonga seu *self* (si) da existência atual para o passado somente através da consciência, de forma que ela se preocupa e se culpa, assume e imputa ações passadas para o seu *self* (si), exatamente pelo mesmo fundamento e pela mesma razão que ela faz para as ações presentes.⁷⁶

Todavia, apesar de restar configurada uma jurisdicização da personalidade, o conceito propriamente dito de sujeito de direito ainda pende de uma caracterização e formalização que será realizada por Leibniz, e por onde se adentra no terceiro e último ponto enunciado por Zarka para a determinação da invenção do sujeito de direito.

Para configurar a idéia formal de sujeito de direito, inicialmente, Leibniz retoma o entendimento de que o direito é uma qualidade moral do indivíduo, ou seja, a formação da *qualitas moralis* como direito subjetivo de que se enunciou primeiramente na forma de separação do *jus* em Ockam e, posteriormente, formalizou-se para a esfera moral em Grotius: toma contornos em direção à pessoa que age, ou seja, essa *qualitas moralis* corresponde ao agir específico de uma pessoa.⁷⁷

Para Grotius, a definição do direito como qualidade moral era atribuída a um ser e, esse ser designava uma pessoa. Para Leibniz, diferentemente, essa qualidade moral é atribuída a um sujeito, aquele que está sujeitado à qualidade moral; portanto, assim preceitua no § 15 da segunda parte de sua obra *Nova methodus*:⁷⁸ “O sujeito da qualidade moral é uma pessoa ou uma coisa. Uma pessoa é uma substância racional, e esta é natural ou civil.”

Prossegue Leibniz, visando a corrigir a problemática apontada na obra de Locke acerca da continuidade da identidade pessoal no tempo, ou seja, o problema da suspensão da consciência indica o surgimento da alteridade e a ipseidade como ponte entre o estado de suspensão e o estado de consciência da pessoa. Essa colocação permite que, através da relação com os outros, seja suprida a ausência momentânea da consciência. Coloca assim a questão:

⁷⁶ LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. In: Locke, John. **Os pensadores**. Tradução de Anoiar Aiex. São Paulo: Abril, 1973. 2.21.33.

⁷⁷ ZARKA, *op.cit.*, p. 24-25.

⁷⁸ ZARKA, Yves Charles. A invenção do sujeito de direito. In: ZARKA, Yves Charles *et al.* **Filosofia política**: nova série. Porto Alegre: L&PM, v. 1, 1997. p. 25.

Assim, se uma enfermidade houvesse causado uma interrupção da continuidade do elo consciente, de modo que eu não soubesse mais como eu teria chegado ao presente estado, ainda que eu me lembrasse das coisas mais distantes, o testemunho dos outros podia preencher o vazio da minha reminiscência. [...]. Poderiam mesmo me punir a partir desse testemunho se eu tivesse feito algum mal deliberadamente durante um intervalo que eu houvesse esquecido após tal enfermidade.⁷⁹

A alteração é paradigmática, porque conjuga diversas correntes de pensamento e permite, àquele sujeito de direito, que lhe sejam juridicamente imputados os atos por ele realizados, e aos quais o próprio sujeito não tem acesso, porque em momentâneo estado de ausência de consciência, mas que, se estive nas suas plenas faculdades, poderia imputar-se a si mesmo. Leibniz, dessa forma, faz uma correção fundamental na figura do *self* de Locke e, conjuntamente, estabelece a formulação conceitual do sujeito de direito modernamente apreendido.

Nessa esteira, estarão estabelecidas as bases teóricas para a inserção da figura jurídica do sujeito de direito que se erguerá nas codificações vindouras, principalmente na Europa e com reflexos em todo o mundo ocidental.

Entretanto, o caminho adotado por Zarka para a configuração do conceito de sujeito de direito, apesar de preciso, sob o prisma jurídico e contextual, relega a um aspecto secundário, para não dizer afasta qualquer inferência do paradigma cartesiano no desenvolvimento dessa figura, o que, *per si*, demonstra intrinsecamente a formação do pensamento cartesiano na própria escolha da via de conceitualização.

Pode-se cogitar do acerto da evolução conceitual-jurídica; entretanto, não se poderá afastar a fundamental contribuição de Descartes para o estabelecimento do sujeito moderno, como ser pensante, bem como a paradigmática formulação hodiernamente vigente da sua racionalidade metafísica.

Se, por um lado, a cunhagem do termo *sujeito de direito* pôde estar afastada de Descartes, seja porque outros pensadores igualmente vivenciaram a história das mudanças dos séc. XIV ao XIX, seja porque jamais Descartes se debruçou especificamente sobre a problemática jurídica, tal não indica que até a atualidade o seu método de pensamento não constitua parte fundamental do sujeito de direito.⁸⁰

⁷⁹ LEIBNIZ, G.W. **Novos ensaios sobre o entendimento humano**. Tradução Adelino Cardoso. Lisboa: Edições Colibri, 1993. I, XXVII, 9.

⁸⁰ Michel Villey destaca acerca da importância das idéias cartesianas na seguinte passagem: “Descartes é no mínimo o inventor de um *método* que, como todos sabem, fez enorme fortuna, mesmo na teoria do direito; parece-nos que certos resultados de sua *metafísica*, embora mais suspeitos e contestados, nem por isso tiveram menos correspondência com as flutuações da ciência do direito. A história do pensamento jurídico foi certamente afetada pelo formidável acontecimento que foi *O Discurso do método* (1637).” (VILLEY. **A formação do pensamento jurídico moderno**. p. 601.

2 A CRÍTICA FENOMENOLÓGICA DO SUJEITO METAFÍSICO

O presente capítulo estabelece as bases filosóficas para uma superação do pensamento metafísico moderno, através da fenomenologia, para uma compreensão do ser mais autêntica.

2.1 DA FENOMENOLOGIA A UMA PRÉ-COMPREENSÃO DO SER – AS BASES DE UMA SUPERAÇÃO

A temática da fenomenologia necessita primeiramente de uma delimitação causada pela multiplicidade de entendimentos correspondentes ao termo, fruto de diversas correntes abrigadas sob o cunho do movimento da fenomenologia, que operaram, cada uma a seu modo, suas experiências e tendências individuais. A Alemanha foi palco fértil dessa discussão, abrigando grande parte dos pensadores que, com a fenomenologia, se conjugaram e que se originaram, primeiramente, da escola fenomenológica de Edmund Husserl.⁸¹

Dessas várias escolas fenomenológicas, para o presente trabalho, interessa aquela desenvolvida por Heidegger, denominada fenomenologia hermenêutica. Todavia, para que se entenda a verdadeira transformação operada pela fenomenologia proposta por Heidegger, é imprescindível que se exponha a origem da mesma, recebida de Husserl, considerado o pai da fenomenologia.

Na realidade, Heidegger estava perplexo e confuso com a problemática causada pela exposição da obra de Husserl sobre a fenomenologia, que, conjugada com suas próprias intuições acerca da questão do ser imanente de sua leitura da obra de Brentano sobre Aristóteles, denominada *Sobre o Significado Múltiplo do Ente Segundo Aristóteles*, da qual herdou intrinsecamente a problemática ontológica, instaura-se outro horizonte de questionamento para Heidegger.⁸²

Esse questionamento vai dirigir-se diretamente para a questão do sentido do ser, e a tarefa fundamental da filosofia será a de captar o ser através de seu velamento e desvelamento

⁸¹ STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude** – estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001. p. 139 e ss. O autor cita cinco escolas principais, quais sejam: fenomenologia descritiva; fenomenologia transcendental; fenomenologia psicológico-descritiva; fenomenologia dos valores; e, por fim, aquela que interessa ao presente trabalho, a fenomenologia hermenêutica.

⁸² *Op. cit.*, p. 144.

por meio do método adequado, qual seja, a fenomenologia explicitada em sua obra *Ser e Tempo*.⁸³

A fenomenologia proposta por Husserl, a qual é tratada na Quarta Parte de sua obra *Princípios Metafísicos da Ciência Natural*, distingue *nooumenon*, ou *a coisa em si*, de *phainóúmenon*, que são *as coisas enquanto objetos do entendimento*. Assim, Husserl inicia a noção de fenomenologia da qual partirá para uma crítica à filosofia de Descartes, Kant e Hegel, pois afirma que o pensamento desses teóricos não considerava a subjetividade humana, direcionando somente o pensamento aos objetos, e que, conseqüentemente, não consideravam que tais objetos eram igualmente construções mentais.⁸⁴

Husserl visa, assim, a resgatar o canal das experiências humanas contínuas, considerando a determinação da consciência para as coisas na qual se volta, integrando a esta a temporalidade e a sua intencionalidade.⁸⁵ Desda forma, para Husserl, a subjetividade, enquanto consciência intencional, canalizada aos objetos, seria considerada como a primeira verdade inquestionável para o início de o correto pensar.⁸⁶

É a partir dessa consciência intencional que se revela através dos objetos para os quais se volta que se acessa o seu aspecto mais essencial, dos fenômenos. A consciência intencional, que, para Husserl, é limitada pela redução eidética, portanto, denominada consciência transcendental, é anterior a qualquer das ciências, sejam as ciências da natureza ou as ciências do espírito. É exatamente neste ponto que haverá convergência pelo aproveitamento de Heidegger da anterioridade dessa consciência e de sua correspondente universalidade.⁸⁷

A intencionalidade estabelecida por Husserl é fundamental porque determina que a consciência está voltada sempre para determinada coisa ou algo e que essa mesma consciência é constituída pelos atos de significação, ou seja, é constituída por prazeres, desejos, sensações, percepções. A temporalidade adentra nessa consciência intencional porque permite revelar a verdadeira concretude das experiências vividas. Nessa relação é que os objetos e as percepções que se desenvolvem são apreendidos e conhecidos pela intencionalidade da consciência; verificáveis pela própria experiência, permitem estabelecer um denominado ego transcendental, um ego que vai além da mera experiência empírica. Dessa forma, delimitando-

^{Id} *Idem*, p. 147.

⁸⁴ GUERRA, Willis Santiago. Fenomenologia jurídica. In: BARRETO, Vicente (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006. p. 316.

⁸⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 33.

⁸⁶ GUERRA, Willis Santiago. Fenomenologia jurídica. In: BARRETO, Vicente (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006. p. 317.

⁸⁷ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da, *op. cit.*, p. 33.

se essa consciência intencional, Husserl promoverá a síntese emblemática da fenomenologia através de seu método, estabelecendo a ordem de “ir às coisas nelas mesmas”.⁸⁸

Na perspectiva de Husserl, a consciência, enquanto vivência intencional, distingue-se da unidade das vivências alojadas na consciência, de tal modo que não se confunde com os signos percebidos, mas permite ver os modos de como as coisas estão dadas. A subjetividade estabelece-se como um fenômeno, podendo ser percebido de diversos modos. Por esse motivo, faz-se necessária a investigação do horizonte vivencial no qual ocorrem as experiências individuais, trazendo, por via reflexa, o mundo no qual está inserido este horizonte vivencial.

Como conseqüência disso, estabelece-se uma intencionalidade da consciência que não é atribuível ao nível individual e nominado, mas que é anterior, ou seja, *a priori*, na relação com a consciência atual, fazendo menção direta ao mundo da vida, do qual emerge o ato natural no qual está fundada toda a experiência vivencial. Esse mundo é referenciado pela subjetividade e temporalidade, ou seja, é o mundo em que se vive, como ser histórico.⁸⁹

Ocorre, entretanto, que o objetivo de Husserl era atingir o eu puro ou ego transcendental que, por meio da realização da redução eidética, partindo da intencionalidade da consciência conjugada com o mundo da vida. É nesse ponto que aparece o idealismo radical buscado pelo filósofo e que o aproxima do conhecimento metafísico.

Nesse ponto, há simultaneamente o elo de ligação e a ruptura entre o pensamento de Heidegger e seu mestre Husserl, porque o que os aproxima, como sendo este *a priori* do mundo da vida e da anterioridade da consciência, é também onde se estabelece a grande divergência.

A idéia de mundo da vida é nodal no pensamento de Heidegger, e é onde o mesmo fundamenta a crítica contundente à obra de Husserl e abala a estrutura da fenomenologia transcendental, porque problematiza a radicalidade da redução eidética.

Para esclarecer essa questão, Stein retoma Aristóteles quando, no livro *De Anima*, o filósofo grego aponta para o fato dos sentidos perceberem duplamente à mesma coisa, porque, quando se vê, o sentido percebe que vê e também percebe o objeto (no exemplo, a cor) que se vê. Salienta ainda que o filósofo grego retoma a discussão no livro doze da *Metafísica*, onde discute a possibilidade da percepção do pensamento ter a si mesmo como objeto do pensar e estabelece que essa percepção tem sempre um objeto diferente dela mesma, ocupando-se de si

⁸⁸ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da, *op. cit.*, p. 34.

⁸⁹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 34.

somente de forma acessória. Com isso, essa reflexão sobre si própria é passageira, jamais sendo em sua totalidade.⁹⁰

Stein sinala, ainda, os escolásticos que definiram essa mesma problemática com as expressões *actus exercitus* e *actus signatus*, sendo o primeiro o conhecimento direto sobre algo, e o segundo, o conhecimento reflexivo de algo. Em conclusão, se estabelece que nem todos atos diretos, como ouvir, v.g., são capturados pelos atos reflexivos, podendo diferentes áreas dos atos diretos ficarem inacessíveis ou ocultos aos atos reflexivos. Ou seja, “nem toda experiência pode ser recuperada pela reflexão, por causa da própria condição finita do homem”.⁹¹

Nesse aspecto, Husserl utiliza a distinção de Franz Brentano, embasada nas passagens anteriores, que define a “percepção interior” como ato direto e a “observação interior” como ato reflexivo. Assim, Husserl aponta que a consciência interior já sempre é dada na memória por existir uma estrutura horizontal da consciência. Dessa forma, toda intencionalidade ou consciência do mundo da vida está dirigida à ampliação deste horizonte da consciência.⁹²

Aqui se estabelece o problema porque, como o esforço da reflexão não consegue capturar na integralidade os atos diretos, permanecendo ocultos ou obscurecidos, impossível que a redução transcendental ou a reflexão recupere na integralidade o mundo da vida na consciência transcendental.⁹³

Em decorrência dessa problemática, Husserl vai estabelecer a necessidade de suspensão de toda a experiência natural da vida do pensamento humano, a fim de encontrar o eu transcendental.⁹⁴

Para Heidegger, é exatamente nesses *actus exerciti* (atos diretos) que está a possibilidade de um aprofundamento na experiência humana do mundo. Na sua obra *Ser e Tempo*, o filósofo alemão esboça uma fenomenologia que visa a pensar exatamente essa parte do mundo da vida e da realidade do ser-no-mundo que está oculta pelos atos diretos. Heidegger não busca reduzir tal realidade ao horizonte transcendental do eu puro, como pretendia Husserl, mas, para ele, a tarefa da fenomenologia era descortinar, através de sua inserção nessa realidade, aquilo que estava escondido, ou seja, oculto da própria radicalidade

⁹⁰ STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude**. p. 149.

⁹¹ *Idem, ibidem*.

⁹² STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude**. p. 150.

⁹³ *Op. cit.*, p. 150.

⁹⁴ *Op.cit.*, p. 151.

reflexiva. O objetivo de Heidegger era atingir o ser do ente, aceitando o ser como o entrelaçamento do velamento e do desvelamento.⁹⁵

Com isso, Heidegger não visa atingir um ego transcendental ou anterior à objetividade das ciências, mas, partindo do mundo da vida, critica o idealismo e a especulação, apresentando uma verdadeira ruptura com o pensamento metafísico, onde pretende resgatar a verdadeira questão do ser, não mais do sujeito absoluto e transcendente, mas para um *a priori* da existência humana, através de sua temporalidade absoluta.⁹⁶

Desta forma, a faticidade vai se apresentar de maneira diferenciada para esses dois autores, sendo, para Husserl, uma determinação de um eu originário, ou seja, a consciência transcendental dá origem à expressão do mundo da vida. Por isso, Husserl insere este eu transcendental como ponto de partida para a compreensão do sentido do ser.

Para Heidegger, entretanto, o ponto de partida para a compreensão do sentido do ser não está localizado neste eu transcendental, mas, apesar da concordância de um ponto de partida, o filósofo o coloca na temporalidade e na historicidade do *Dasein*.⁹⁷ Essa diferença é fundamental na construção da fenomenologia de Heidegger, porque a desloca do plano do idealismo ou da transcendentalidade para conjugá-la ao pensamento ou prisma hermenêutico. O enfoque hermenêutico adentra na temática na justa medida da diferenciação entre o ser e o ente.⁹⁸

Gadamer coloca que o que está em discussão é um fundamento totalmente diferenciado, o qual, em realidade, é aquele último que possibilita toda e qualquer compreensão do ser, que exista uma clareira no ser, ou seja, uma diferenciação entre o ente e o ser.⁹⁹

Não se pode perder de vista que toda a investigação da obra de Heidegger tem como objeto temático o ser dos entes e o sentido do ser em geral, sobre o qual se debruça sua obra *Ser e Tempo*. Para desenvolver essa busca, o filósofo estabelece como método de investigação a fenomenologia e, para tanto, no § 7.º de *Ser e Tempo*, o autor realiza uma explanação

⁹⁵ *Op. cit.*, p. 153.

⁹⁶ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 35.

⁹⁷ Posteriormente, se esclarecerá mais precisamente o significado do *Dasein* em Heidegger, bastando, neste momento, esclarecer que a terminologia utilizada pode variar entre *Dasein* e o *ser-aí*, apesar de a tradução da obra mais acessível de Heidegger na língua portuguesa utilizar a expressão *pre-sença*.

⁹⁸ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. p. 35.

⁹⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 345.

provisória¹⁰⁰ acerca do seu método filosófico, mais precisamente de sua fenomenologia, inspirada, como já dito, em Husserl, mas que o supera quando da apreensão da hermenêutica e suplantação da transcendentalidade¹⁰¹.

O filósofo alemão faz referência ao termo fenomenologia, exprimindo uma máxima já citada e formulada na expressão: “às coisas em si mesmas!” Prossegue salientando que esse termo poderia sugerir que se trata, na sua exterioridade, de uma formação similar aos termos como teologia, biologia, sociologia, ou seja, como os demais, a simples ciência dos fenômenos. Inicia, entretanto, sua exposição provisória do conceito de fenomenologia através da determinação do sentido das duas partes que compõem o termo: *phainomenon* (φαῖνόμενον), logos (λόγος) e, também, do sentido da palavra que pelos dois termos resta composta.¹⁰²

Heidegger inicia através da conceitualização do termo fenômeno, dizendo:

A expressão grega φαῖνόμενον, a que remonta ao termo ‘fenômeno’, deriva do verbo φαῖνεται. φαῖνεται significa: mostrar-se e, por isso, φαῖνόμενον diz o que se mostra, o que se revela. Já em si mesmo, porém, φαῖνεται é a forma média do φαῖνω – trazer para a luz do dia, pôr no claro. φαῖνω pertence à raiz de φα- como, por exemplo, φῶς, a luz, a claridade, isto é, o elemento, o meio em que alguma coisa pode vir a ser revelar e a ser tornar visível em si mesma. Deve-se manter, portanto, como significado da expressão ‘fenômeno’ o que se revela, o que se mostra em si mesmo. τὰ φαῖνόμενα, ‘os fenômenos’, constituem, pois, a totalidade do que está à luz do dia ou se pode pôr à luz, o que os gregos

¹⁰⁰ Conforme pontua Ernildo Stein: “o motivo que o leva a fazer essa exposição provisória do conceito de fenomenologia não é decisão arbitrária, mas é imposição do próprio caminho da reflexão. Somente a terceira seção da primeira parte traria possibilidades de ir além de uma determinação provisória. No fim da segunda seção, Heidegger acena para a questão, dizendo que somente elucidados o sentido do ser e as relações entre ser e verdade, a partir da temporalidade da existência, seria possível o desenvolvimento de ‘uma idéia da fenomenologia diferente do conceito provisório exposto na Introdução’. Essa terceira seção nunca surgiu como havia sido planejado. É por isso mesmo que a elaboração explícita do conceito de fenomenologia não foi realizada até hoje.” O autor salienta que, por meio de suas obras posteriores, é possível elaborar um conceito mais definitivo da fenomenologia, embora não expresse, e que este está “eviscerado na própria análise da questão do ser”. (STEIN. *Compreensão e Finitude*. p. 162-163).

¹⁰¹ Gadamer assim coloca a posição heideggeriana: “O que Heidegger acaba chamando de ‘guinada’ (Kehre) não é um novo rumo no movimento da reflexão transcendental, mas a liberação e a realização justa desta tarefa. Embora *Ser e Tempo* ponha criticamente a descoberto a deficiente determinação ontológica do conceito husserliano da subjetividade transcendental, a sua própria exposição da questão do ser encontra-se formulada com os instrumentos da filosofia transcendental. Na verdade, a renovação da questão do ser, que Heidegger tomou como tarefa, significa que, em meio ao ‘positivismo’ da fenomenologia, ele reconheceu o problema fundamental da metafísica ainda não resolvido, problema que, na sua culminação extrema, ocultou-se no conceito do espírito tal como foi pensado pelo idealismo especulativo. Por isso, a tendência de Heidegger é orientar sua crítica ontológica contra o idealismo especulativo, passando pela crítica a Husserl, em sua fundamentação da hermenêutica da ‘faticidade’. Ele ultrapassa tanto o conceito de espírito, desenvolvido pelo idealismo clássico, como o campo temático da consciência transcendental, purificado pela redução fenomenológica.” (grifos do original) GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. P.346.

¹⁰² HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 56-57.

identificavam, algumas vezes, simplesmente como *ta* (os entes), a totalidade de tudo que é. Ora, o ente pode-se mostrar por si mesmo de várias maneiras, segundo sua via e modo de acesso. Há até a possibilidade de o ente se mostrar como aquilo que, em si mesmo, ele *não* é. Neste modo de mostrar-se, o ente 'se faz ver assim como...'.¹⁰³ (grifos do original)

Importa destacar que um ente pode ter diversas maneiras de se mostrar, inclusive uma maneira na qual ele acaba verdadeiramente se ocultando; como, exemplificativamente, menciona Heidegger, esse fenômeno acontece no sentido de aparência, de parecer ser. Para o filósofo, os dois conceitos estão estruturalmente ligados, porque um, o primeiro, fundamenta o outro, o segundo.¹⁰⁴ A importância para o filósofo não é, todavia, a determinação se o que se mostra é o ente ou o seu caráter ontológico, mas, isto sim, o fato de que algo se mostra. Para Heidegger, este é o conceito fenomenológico do fenômeno ou seu sentido formal.

Delimitado o conceito de fenômeno para Heidegger, o autor adentra na conceitualização do termo *logos*. Nesse ponto, o filósofo alemão afirma que *logos*, enquanto enunciação, era o sentido fundamental do termo, mas que, por meio das deturpações lingüísticas decorrentes das diversas traduções, estabeleceram-se diversos outros sentidos, como razão, conceito ou definição, mas que, na sua definição, se faz necessário abordar como comunicação verbal, fala ou "notificação vocal".¹⁰⁵

Dessa forma, deve-se ver no sentido de *logos* não um conceito proposicional ou qualquer conotação de racionalidade, como juízo, mas como um modo de direcionar para algo, ao qual, através deste *logos*, deste dizer enunciado, se desvela, retirando o ente ao qual se fala do velamento, permitindo, assim, revelar-se na sua radicalidade enquanto discurso.¹⁰⁶

Após a explicitação do *logos*, Heidegger destaca a questão do verdadeiro e do falso, conjugando-o ao *logos*, uma vez que o *logos*, como o que faz ver, pode ser verdadeiro ou falso. Stein destaca, dessa forma, a importância do conceito de *aletheia*¹⁰⁷ na obra do mestre, porque sustenta fundamentalmente o seu conceito binário de velamento e desvelamento, que, em último caso, é a totalidade da analítica do *Dasein* na procura pelo ser.¹⁰⁸

¹⁰³ *Op. cit.*, p. 58.

¹⁰⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 58.

¹⁰⁵ STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude** – estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001. p. 166.

¹⁰⁶ HEIDEGGER, Martin. *op. cit.*, p. 62-64.

¹⁰⁷ Ernildo Stein explicita, por meio de acurado estudo, acerca da importância e do significado tomado por Heidegger do termo *aletheia*. Para tanto, veja-se a obra **Compreensão e Finitude**, p. 77-120.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 167.

Conseqüentemente, o *logos* não exprime necessariamente a verdade, nem constrói os fenômenos, mas somente os aponta. Nesse sentido, a mente permite que os sentidos dos fenômenos apareçam, sem, entretanto, projetar qualquer sentido neles. O *logos* assim considerado tem a função de tematizar a verdade através de uma apreensão sensível de algo, cabendo ao *logos* justamente a função de permitir que algo se mostre. Nesse sentido é que *logos*, como deixar ver e fazer perceber o ente, é que pode significar razão, bem como por meio da significação daquilo que se mostra como tal (*εἶναι*); portanto, entendido como *λογίζεσθαι*, está presente na discussão ou interpelação como fundamento. Igualmente, *εἶναι*, como *logos*, pode também significar aquilo que pode, na relação com outra coisa, tornar-se visível, ou seja, assumindo uma significação de relação.¹⁰⁹

Lançadas as bases, o mestre alemão determina o conceito provisório de fenomenologia como sendo “deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo”. Desta forma, diz o filósofo que exprime a máxima já colocada anteriormente “para as coisas elas mesmas!”.¹¹⁰

Em consonância com este entendimento, a fenomenologia significa uma forma de deixar que as coisas apareçam em si mesmas, sem qualquer ocultamento pelos conceitos ou juízos pré-fixados quando da busca pelo desvelamento do ente. Destaca-se que fenomenologia, no sentido do mestre alemão, diferencia-se da teologia, ou da biologia, porque não se apresenta como simples “ciência dos fenômenos”, considerando que distintamente das demais que tem objeto sobre o qual se debruçam as pesquisas, a palavra fenomenologia se refere exclusivamente ao “modo como se demonstra e se trata o que nesta ciência deve ser tratado.”¹¹¹

Segundo Heidegger, portanto, a fenomenologia consiste em um método pelo qual se torna verdadeiramente possível uma ontologia, que é, esta sim, o estudo do ser dos entes, porque este é o ser que está ocultado na manifestação regular dos entes, devendo-se, por um ponto de partida (manifestação), buscar a realização do objetivo de desocultação do ser, ou seja, seu desvelamento. Para o filósofo, o conceito fenomenológico de fenômeno diz, então, com aquilo a que se mostra, o ser dos entes, o seu verdadeiro sentido e suas modificações. Finaliza, destacando a necessidade da fenomenologia “justamente porque, de início e na

¹⁰⁹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 64-65.

¹¹⁰ *Op. cit.*, p. 65.

¹¹¹ *Id.*, *ibid.*

maioria das vezes, os fenômenos *não* se dão. O conceito oposto ao de ‘fenômeno’ é o conceito de encobrimento.”¹¹²

Conclui-se, portanto, que o método proposto deve se adequar ao modo de manifestação do ser, sendo, assim, o caminho para realocar a questão fundamental do sentido do ser. Nesse viés, é que a proposição heideggeriana pela busca do sentido do ser deve, inexoravelmente, partir de uma análise da situação de compreensão na qual se encontra o sujeito, ou seja, através de uma analítica do *Dasein*, a qual permitirá o desvelamento do ser de todos os entes.

É nesse marco que a fenomenologia heideggeriana adentra inovadoramente na seara da hermenêutica, porque através de uma caracterização do *Dasein* como um ser de um ente que se movimento a partir da própria compreensão de seu ser; compreensão esta que se transforma no decorrer da vivência histórica.

Essa compreensão do *Dasein* em seu próprio ser de compreensão está fundada no momento mais radical da sua própria existência, qual seja, o momento de abertura para o mundo da vida na qual se compreendem e desenvolvem as ações humanas.

O momento de abertura radical é o momento de fundação, o primeiro, e este está inserido em uma dinâmica temporal, não sendo haurido jamais em sua plenitude, sendo vivenciado, histórico-temporalmente, em sua circularidade. Esse momento Heidegger designa como *compreensão existencial*. É um momento anterior à consciência ou ao juízo, relegando a esses somente o caráter de derivação do momento inicial. Nesse aspecto, a fenomenologia hermenêutica de Heidegger representa o fundamento ontológico do próprio *Dasein*, e sua condição é a de anterioridade à própria cisão metafísica de sujeito-objeto.¹¹³

O *Dasein* é caracterizado fundamentalmente pelo seu modo de ser autocompreensivo, ou seja, a peculiaridade e o traço distintivo do ser do *Dasein* são a sua possibilidade de compreender-se a si mesmo, o que possibilita uma relação de compreensão intermediadora entre os demais entes. Desse modo, toda a compreensão do ser que possa exsurgir é uma determinação ontológica do *Dasein*, sendo fundamentalmente este o motivo pelo qual Heidegger fala que toda pesquisa ou investigação acerca do sentido do ser impreterivelmente necessita iniciar por uma analítica do *Dasein*. Por esta exigência é que Heidegger vai

¹¹² *Op. cit.*, p. 66.

¹¹³ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 38.

denominar sua ontologia como ontologia fundamental, ou seja, porque está umbilicalmente vinculada à questão do sentido do ser em sua origem ôntico-ontológica.¹¹⁴

Para Heidegger, a disposição estrutural do *Dasein* como ente privilegiado, ao qual a analítica dessas estruturas o filósofo denomina compreensão existencial, são denominadas de existencialidade. Os elementos que compõem essa existencialidade chamam-se de existenciários e, por fim, as demais determinações do ser dos entes que não são este ente privilegiado, ou seja, não são os modos de ser do *Dasein* denominam-se categorias.¹¹⁵

Ainda referindo-se às estruturas, Heidegger utiliza o termo *ser-no-mundo* para determinar a cotidianidade na qual o *Dasein* é o pressuposto para o contato com o ser e pelo qual considera o ponto inicial para toda a analítica deste ser.

Conforme pontua Silva Filho,

A referência ao *ser-no-mundo* implica, basicamente, três grandes abordagens que ocuparão HEIDEGGER na primeira parte de *Ser e Tempo*: o conceito de mundo e a idéia de *mundanidade*; o ser-aí enquanto jogado no cotidiano, isto é, a referência ao homem concreto, visto em sua vivência; e, finalmente, a relação de sentido unitária que se estabelece entre os entes a partir do ser-aí em sua mundanidade, o que HEIDEGGER designa por *sem-em*.(grifos do original)¹¹⁶

O que se verifica na estrutura de pensamento de Heidegger é que, através do plano da faticidade, vai se desenvolver uma analítica do *Dasein* na busca da significação dos entes, e é através desse desvelamento que se vai adentrar na determinação do ser. Este é o motivo fundamental de se considerar a ontologia fundamental de Heidegger como uma verdadeira hermenêutica da faticidade.¹¹⁷

Outro aspecto significativo diz respeito à precedência da compreensão sobre a interpretação em Heidegger. Isso acontece porque o momento fundante do ser, aquele que permite o desenrolar de inúmeras possibilidades do *Dasein*, está alicerçado na abertura do sujeito para o mundo, de tal sorte que toda a significação atribuída ao ente é uma interpretação, porque interpretar, nesse contexto, significa desenvolver as possibilidades anteriormente alojadas no sujeito através do anterior processo de compreensão existencial; é

¹¹⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 68 e ss.

¹¹⁵ *Op. cit.*, p. 38-39.

¹¹⁶ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 39.

¹¹⁷ Idem, ibidem.

que “interpretar” refere-se ao segundo momento de uma compreensão anterior e por ela determinada dentre todas as possibilidades abertas no ser do homem, ou seja, no *Dasein*.¹¹⁸

A conseqüência desse processo de compreensão/interpretação é, na realidade, um retorno ao momento inicial, em que tal interpretação se recoloca na compreensão prévia, podendo assim ser tematizada. O sujeito, inicialmente, está se relacionando com as coisas, encontrando somente um sentido pragmático para os entes, dentro do cotidiano de cada homem, onde tais coisas estão inseridas nesta utilização sob o prisma cultural e social no qual esse sujeito se desenvolve. Assim, o homem, como ser detentor de mundo, o é sempre de forma antecipada à sua própria consciência de mundo.

Essa antecipação da compreensão das coisas da vida que cercam o homem e sobre as quais este homem não tem qualquer ingerência reflexiva, porém constituem parte de sua própria compreensão, ou seja, constituem a compreensão através de seu *Dasein*, formam o que Heidegger denomina *ser-jogado-no-mundo*. É através dessa disponibilidade inicial como ser-jogado-no-mundo que o homem poderá desenvolver outras possibilidades ocultas no ser dos entes, ou seja, a compreensão prévia ou a pré-compreensão em um sentido que é assumido inconscientemente pelo homem e que se chega a ele através da linguagem. [homem, ao qual se chega através da linguagem.]¹¹⁹

Dessa forma, cabal é a afirmação de que somente há verdadeiramente conhecimento com os pressupostos que a eles se referem, o que, de plano, torna inviável a tarefa cientificista, eis que não encontra condições de pressupor determinadamente o que pretende fundamentar. De outro lado, através desse movimento dinâmico da compreensão existencial, pode-se conceber um verdadeiro círculo hermenêutico, no qual, para Heidegger, vai assumir um nível diferenciado que é o ontológico. É através desse círculo que o sujeito vai se mover, porque interpreta sempre algo já pré-compreendido e retorna a ele, tematizando-o com uma nova faticidade, embora permanecerá sempre, de alguma forma, velada a completude de seu horizonte.¹²⁰

¹¹⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 198-210.

¹¹⁹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 218.

¹²⁰ Stein (2001, p. 249) assim analisa a circularidade hermenêutica em Heidegger: “A verdadeira inserção no círculo hermenêutico exige a fidelidade ao método fenomenológico que procura atingir as coisas, assim como em si mesmas e a partir de si mesmas se manifestam. A intenção profunda é preparar as verdadeiras antecipações para a explicitação do sentido do ser em geral. Essa explicitação somente se torna acessível à medida que, também fenomenologicamente, são explicitadas as estruturas do ser-aí que traz em si a possibilidade de antecipação do sentido do ser pela pré-compreensão do ser. Em última análise, a abertura do ser-aí, seu ser é a preocupação e seu sentido a temporalidade. Por isso, também a explicitação do sentido do ser se fará no horizonte da temporalidade. A explicitação das estruturas do ser-aí, mediante a fenomenologia

Nesse ponto da circularidade hermenêutica, encontra-se uma célebre colocação heideggeriana de que o mais importante não é especificamente como se sai do círculo hermenêutico - como pretendem as demais ciências -, mas, e isto sim, como se ingressa de modo adequado ou justo na circularidade hermenêutica. A forma correta de ingresso no círculo hermenêutico é aquela pela qual há o reconhecimento que a realização de uma interpretação dos entes em consonância com o próprio horizonte pré-compreensivo do compreendedor/intérprete para a busca da verdade sobre o ser dos entes. Nesse aspecto, a interpretação pode dirigir-se tanto para a verdade do ser dos entes quanto somente para aquilo ao qual se mostram, velando ou ocultando outras possibilidades integrantes do próprio *Dasein*, enquanto modo de ser do ser privilegiado.

É ao estabelecer o círculo hermenêutico como condição de possibilidade de uma compreensão/interpretação autêntica que Heidegger supera a dicotomia clássica da relação sujeito-objeto, porque estabelece uma ruptura intransponível entre a concepção de conhecimento enquanto mera representação do real, porque, por óbvio, qualquer representação a ser estabelecida está dentro de uma estrutura prévia de pré-compreensão, de tal sorte que impossibilita qualquer objetificação dos entes em seu ser.

Nos §§ 39 a 41 de *Ser e Tempo*, Heidegger adentra no fundamental conceito ou significação de *Sorge* (a tradução literal do alemão é *cuidado*), que, para o mestre alemão, é um sentimento que estabelece uma relação do *Dasein* com o seu próprio ser, em um espectro temporal, e que permanece naquele local entre as possibilidades abertas pelo *Dasein* e as posteriores interpretações que são acolhidas. A função primordial desse “cuidado” do ser é manter permanentemente uma clareira na qual o *Dasein* e o ser estejam constantemente desvelando os sentidos com relação aos entes. Em outras palavras, o cuidado é o “manter-se alerta” para as possibilidades que se apresentam na relação do *Dasein* e do ser com os entes que os cercam faticamente. Por esse motivo, considera-se que jamais se tem por completo a leitura do ser dos entes; portanto, é permanentemente incompleta e passível de novas possibilidades em decorrência da sustentação de ser histórica, temporal, finita e situacional.¹²¹

hermenêutica, precisamente visa a mostrar ‘que aquilo a partir de onde o ser-á em geral compreende e explicita expressamente algo como o ser, *é o tempo*.’ É preciso deixar-se comandar pelas próprias coisas para que a antecipação do sentido do ser em geral não falseie.”

¹²¹ Dubois assim descreve a *Sorge* (cuidado) para Heidegger: “Heidegger caracteriza o cuidado como ser na antecedência de si (momento da existência como projeto, ser para um poder ser), já num mundo (momento da faticidade), junto ao ente intramundano (há aí uma ambigüidade: este ser-junto é às vezes caracterizado por Heidegger como decadência, é o ser junto às coisas na identificação de si no curso da preocupação; por vezes, ele não é modalizado, e, no fim das contas, o ser junto às coisas não é forçosamente impróprio. Num caso, a modalidade da impropriedade, pertencendo sempre ao *Dasein*, está integrada em seu ser; no outro, o cuidado permanece não modalizado, neutro). O cuidado é portanto o ser do *Dasein*, e funciona a este título como puro *a priori*. Ele é, assim, a condição de possibilidade, a abertura necessária, o espaço de jogo para fenômenos como querer, o desejar, a propensão, a inclinação.” (DUBOIS, Christian. **Heidegger**: introdução a uma

Tem-se formulada a importância da linguagem como *logos* para apreensão e compreensão, porque é neste local que o *Dasein* vai ser tematizado, mesmo que dentro da sua provisoriamente consequente de sua temporalidade. Dessa forma, quanto à função do *logos* como designadora de mundo, Heidegger vai lançar mão de uma crítica à ontologia tradicional que identificou o *logos* com a verdade, ou seja, o que é enunciado é o próprio ser do ente, e assim ocorre uma falsa substituição do ser do ente pelo que foi dito. Apesar de o enunciado trazer consigo, também, o ser verdadeiro, porque também com ele pensado, ele não pode se transformar no próprio ente.¹²² É essa tendência que Heidegger vai criticar: a de tomar o *logos* pelo ente, aceitando o enunciado como a descrição do ente de forma imobilizada e constatável, deixando de considerar a relação do *cuidado* e do *Dasein*, em combinação com a linguagem que os expressa.

Neste viés, Heidegger vai propor que a humanidade do homem está intrinsecamente vinculada à clareira do ser e à possibilidade de desvelá-la, na concretização do homem enquanto fenômeno, o que ocorre através deste cuidado. Por esse motivo, Heidegger ressalta que a função do homem é menos o seu caráter interrogativo e mais uma atitude de abertura enquanto clareira para o seu ser historicamente desvelado.

O fundamental para o mestre alemão consiste na busca do ser, possibilitada pela linguagem enquanto *locus* hermenêutico, em nível ontológico, que possibilita o desvelamento de uma verdade do ser.¹²³

2.2. A QUESTÃO DO SER EM HEIDEGGER

Até o presente momento, esteve-se apenas a explicar uma metodologia e alguns conceitos que Heidegger vai utilizar para balizar efetivamente a verdadeira discussão que lhe interessa e toma a sua obra como uma totalidade, qual seja: a questão do sentido do ser e o ser ele mesmo.

leitura. Tradução de Bernardo Barros Coelho de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 43). Outro destaque pontua Michael Inwood, quando salienta que "...a cura unifica os três aspectos centrais do *Dasein*: existencialidade ou 'ser-à-frente-de-si-mesmo', faticidade ou 'ser-já-em-um-mundo' e decair ou 'ser-junto-a' entes dentro do mundo (ST, 193, 249). Portanto: 'A temporalidade revela-se como o sentido e cura autêntica': existencialidade, faticidade e decadência correspondem respectivamente ao futuro, passado e presente (ST, 326).'" (INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Tradução de Luisa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 26-28.

¹²² HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 35.

¹²³ *Op. cit.*, p. 36.

Somente através do entendimento da importância do questionamento acerca do sentido do ser é que se vai poder superar o paradigma metafísico estabelecido pela racionalidade cartesiana e colocado, no que pertine ao estudo em tela, dentro do conceito de sujeito de direito e da perspectiva de sua identidade moderna como vinculado à relação sujeito-objeto. Necessário, então, estudar o âmago da filosofia de Heidegger, ou seja, o sentido e a questão do ser.

Heidegger demonstra que o sujeito, antes de instaurar qualquer relação de conhecimento com um determinado ente, já vem em direção a este ente envolvido pelo mundo que se lhe antecede, porque ser-no-mundo. Nesse aspecto, o pensamento cartesiano do mundo como uma *res extensa*, ou seja, de forma absolutamente maquínica, está diametralmente oposto ao pensamento hermenêutico de Heidegger.

Para Descartes, a relação sujeito-objeto estabelece-se porque há a dicotomia corpo e alma, pensamento e extensão.¹²⁴ Em Heidegger, entretanto, quando se fala em mundo, está-se estabelecendo um sentido que considera a consciência enquanto constituída também dos entes com os quais se relaciona em conjugação com o próprio desenvolvimento de sua compreensão deste mundo e dos entes relacionados. Nesse aspecto, não há um ponto originário ou de partida, ou de chegada no qual o homem vai conhecer as coisas em si sem estar envolvido pelas coisas para si e consigo; sem estar influenciado e influenciando o próprio meio no qual compreende o mundo e a si mesmo.

Heidegger, desse modo, considera que o ser dos entes somente é instaurado a partir da compreensão do ser que o *Dasein* detém, e, apesar de aceitar que os entes existam por si na natureza, não considera que seu ser seja, independentemente da projeção do *Dasein*, no ser desses entes. Eles não são autônomos, esperando uma captura. Com isso, têm-se que toda realidade parte pelo questionamento do sentido do homem, motivo pelo qual se denomina analítica existencial especificamente do *Dasein*.¹²⁵

Nesse contexto, fundamental é a realização de um corte vertical, um aprofundamento na substancial questão proposta por Heidegger para que se entenda como e por que, enfim, a filosofia hermenêutica do filósofo alemão supera a metafísica. Cumpre, assim, uma análise da questão do ser e do sentido do ser em Heidegger.

¹²⁴ DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. 9. ed. São Paulo: Humus Ed., 1995. p. 27.

¹²⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. p. 111. Neste ponto, destaca-se a influência em Heidegger da obra de Kant, como pontua Ernildo Stein na obra **Diferença e metafísica – ensaios sobre a desconstrução**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

A busca de Heidegger dá-se em direção daquilo que seja o mais fundamental de tudo, que seja o fundamento máximo de toda a compreensão e de todo o mundo no qual se insere o homem: aquilo, segundo o mestre alemão, que está sendo ocultado desde a antigüidade clássica, ou seja, a questão do ser. Como alhures, o *modus facere* escolhido por Heidegger dá-se por meio da fenomenologia, que deve ser entendida como uma fenomenologia hermenêutica e uma hermenêutica da faticidade.

Para principiar a questão, pertinente é estabelecer a distinção inicial do ser para com o ente e o que se entende como ente e ser. Somente após, poderão ser estabelecidas as linhas mestras do entendimento explícito do *Dasein*. Para tanto, Heidegger expõe, no § 2.º de *Ser e Tempo*, uma estrutura formal da questão do ser.

Segundo Heidegger, no questionar acerca do sentido do ser, este já deve, de alguma forma, estar acessível, porque, como já dito, o movimento pela questão do ser coloca-se dentro de uma estrutura de pré-compreensão existente, de tal sorte que, quando se pergunta o que é o ser, já há uma compreensão desse ser, mesmo que ainda nada se possa dizer conceitualmente sobre esse ser. Tal compreensão mediana e vaga do ser se coloca como um fato, e esta compreensão, mesmo que indeterminada do ser, que está presente ainda que vacilante, é em si um fenômeno que necessita de esclarecimento.¹²⁶

O ser é que determina o ente como ente; entretanto, o ser dos entes não é em si mesmo um outro ente. Aqui, deve-se ter o cuidado de não reduzir o ser do ente, determinando a proveniência do ente como ente e reduzindo-o a um outro ente, acreditando que o ser tenha um caráter de um outro ente possível. Para o ser, faz-se necessário um questionamento próprio para demonstrá-lo.

A questão do ser necessita previamente de um modo adequado de acesso ao ente, porque, quando o ser é questionado, resulta que a questão do ser é o próprio ente. Para elucidar, Heidegger pontua que se denominam como ente muitas coisas em diversos sentidos.

Por esse motivo, explicita o filósofo:

Ente é tudo de que falamos, tudo o que entendemos, com que nos comportamos dessa ou daquela maneira, ente é também o que e como nós mesmos somos. E prossegue: Ser está naquilo que é e como é, na realidade, no ser simplesmente dado (Vorhandenheit), no teor e recurso, no valor e na validade, na pré-sença, no 'há'.¹²⁷

¹²⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 31.

¹²⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 32.

Na continuidade da explicitação, Heidegger coloca o *Dasein*, explicitando a compreensão do mesmo afirma que

Visualizar, compreender escolher, aceder a são atitudes constitutivas do questionamento e, ao mesmo tempo, modos de ser de um determinado ente, *daquele* ente que nós mesmos, os que questionam, sempre somos. Elaborar a questão do ser significa, portanto, tornar transparente um ente – o que questiona – em seu ser. Como modo de ser de um ente, o questionamento dessa questão se acha essencialmente determinado pelo que nela se questiona – pelo ser. Esse ente que cada um de nós somos e que, entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar, nós o designamos com o termo *pré-sença*.¹²⁸(grifos do original)

Assim pode-se conceber que o ser é sempre o ser de um ente e que o sentido mais autêntico do questionamento pelo ser significa que o ente dotado do caráter do *Dasein* constitui-se como um ente privilegiado que distingue, pelo privilégio de seu próprio ser, sendo, estar em jogo seu ser. Isso também significa uma característica do ser do *Dasein* como a possibilidade de estabelecimento de uma relação com seu próprio ser, o que determina a possibilidade de se compreender como ser, sendo.¹²⁹

Depreende-se então que os entes referem-se a tudo o que tenha um ser, porque, como anteriormente dito, todo ser é ser de um ente; portanto, ente é tudo quanto possa ser designado como existente. Também o homem é um ente, que se diferencia dos demais entes porque, em seu modo de ser, está a revelação através da compreensão de seu próprio ser, e esta compreensão vai situar todos os entes que o cercam. Como anteriormente mencionado, tal compreensão é um existenciário, pertencendo, assim, à estrutura ontológica do homem e que antecede qualquer possibilidade do sujeito cognoscente e da posterior enunciação.

Somente com a apreensão pelo *Dasein* da habilidade de desvelar o ser dos entes e abrir os mesmos à suas próprias manifestações, considerando-se inserido na sua própria historicidade e finitude e na justa relação do seu auto-compreender, é que se alcança o ser no seu sentido mais autêntico. Portanto, o *Dasein* necessita estar aberto, naquele espaço da clareira onde pode deixar que o *acontecimento(Ereignis)* do ser apareça.

¹²⁸ *Op. cit.*, p. 33. Sinala-se aqui que a tradução optou pela terminologia pré-sença e que, no presente trabalho, tem-se utilizado o termo no original alemão *Dasein*.

¹²⁹ *Idem*, p. 34-38.

A busca entendida na perspectiva Heideggeriana do sentido do ser coloca o homem como aquele ente privilegiado que se caracteriza pela possibilidade de compreender-se a si mesmo e, partindo dessa compreensão, procurar o ser. A compreensão do ser do homem ocorre na dinâmica do mundo da vida como antecipadora da consciência humana e pela qual deve considerar-se a busca pelas coisas em si e pelo seu autêntico ser a partir do homem em sua faticidade.

Como destaca Silva Filho, partindo-se da analítica do *Dasein*, é possível ao homem escolher entre uma vivência próxima ao ser mais autêntico, ou seja, de forma a se viver na propriedade, ou dela se afastar, optando pela vida na impropriedade. Neste prisma, destaca-se a possibilidade de uma atitude em busca do ser, mantendo-se constantemente o *Dasein* conectado com o seu próprio ser, permitindo que os entes sejam visualizados intensamente em seu ser próprio.¹³⁰

Quando Heidegger trabalha a questão do ser, pretende apontar para o fato de que o ser dos entes está em uma constante dinâmica, em um movimento do acontecer permanentemente, e é nesse movimento que o ser dos entes é revelado; por este motivo, necessita ser sempre e novamente percebido.

O reconhecimento do homem e de toda a sua própria existência permite a Heidegger apontar uma tendência natural do *Dasein* de perder-se nos sentidos concretos e já revelados do ser dos entes, como que se o movimento de acomodação do homem, enquanto relação do ser com o seu *Dasein*, sugerisse um reconhecimento de uma estática do pensamento de compreensão.

Segundo o filósofo, o homem tem a tendência de viver nessa impropriedade, na qual considere o ser dos entes apenas no prisma já compreendido e utilize a disponibilidade dos entes sem observar a sempre mesma e nova dinâmica de acontecer do ser dos entes.

A questão se coloca é precisamente como se pode determinar o ser se em momento algum este ser se confunde com as determinações que os entes vivenciam concretamente. Heidegger responde a essa questão lembrando que, na metafísica ocidental, a questão do nada foi esquecida e considerada inócua, porque coloca o questionador em um sem sentido, eis que tal questionamento seria apenas um “vapor”. Isso acontece porque, ao questionar o ser, não há nada do outro lado, porque o ser já “é”; portanto, o que não “é” “é” nada.

O mestre alemão fornece diversos exemplos *lógicos* deste pensamento, causando uma impressão de que está correta tal assertiva, mas essa impressão decorre meramente de um

¹³⁰ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 113.

pensamento lógico, como se a apreensão do ser se desse como decorrência do raciocínio lógico. Todavia, na questão do ser, a tarefa não é lógica, mas, sim, demonstrativa; portanto, o que de fato ocorre é que este ser como algo “em vapor” se dá unicamente porque o homem está “fora do ser”, de sua real significação há muito tempo.

Nesse sentido, o ser se mostra sempre através de um ente, mas, entretanto, com ele não pode ser confundido, porque nesse ente o ser não se esgota em sua totalidade, porque o ser, como ser, supera o ente, na sua mobilidade temporal. O ser, assim, é inconfundível e incomparável, sendo somente comparáveis entre si os entes, e somente o que se compara ao ser é o nada, o qual se coloca diametralmente em oposição ao ser, apesar de o nada também ser, embora jamais dito, porque, quando dito, deixa de o significar.

É por este motivo que, apesar de não se determinar exatamente o que é o ser, tendo-se essa percepção nebulosa dele, já se tem uma apreensão compreensiva desse ser em todas as ações humanas. Destacar o seu plano de compreensão dessa percepção é que permite uma aproximação do verdadeiro ser em sua determinação.

Por esse motivo é que exatamente o ser não se confunde com o ente, e em sua determinação fundamental como ser, somente o nada pode ser comparável ao ser partindo de suas determinações fundamentais. Conseqüentemente, o que não é ente é nada. Heidegger aprofunda esta discussão na obra *O que é metafísica*, onde coloca a questão do esquecimento do ser em decorrência da nadificação da discussão acerca do nada.¹³¹

Essa discussão operada por Heidegger visa a confrontar a metafísica com o problema do ser e, em sua oposição, à questão do nada. Todavia, como argumento contrário à discussão acerca do nada, coloca-se primeiramente uma decorrência da lógica, eis que princípio de não-contradição lógica, porque, ao pensar-se na busca pelo nada, o pensamento teria que anular-se a si próprio, porque, no nada, o pensamento sobre o nada não poderia subsistir como algo.

¹³¹ Heidegger coloca a questão do nada em lugar de destaque exatamente pela discussão do ser enquanto referência de um ente a ser pesquisado, e assim destaca: “Pesquisado deve ser apenas o ente e mais – nada; somente o ente e além dele – nada; unicamente o ente e além disso – nada. O que acontece com este nada? É, por acaso, que espontaneamente falamos assim? É apenas um modo de falar – e mais nada? Mas, porque nos preocupamos com este nada? O nada é justamente rejeitado pela ciência e abandonado como o elemento nadificante. E quando, assim, abandonamos o nada, não o admitimos precisamente então? Mas podemos nós falar de que admitimos algo, se nada admitimos? Talvez já se perca tal insegurança da linguagem numa vazia querela de palavras. Contra isto deve agora a ciência afirmar novamente sua seriedade e sobriedade: ela se ocupa unicamente do ente. O nada – que outra coisa poderá ser para a ciência que horror e fantasmagoria? Se a ciência tem razão, então uma coisa é indiscutível: a ciência nada quer saber do nada. Dele sabemos, enquanto dele, do nada, nada queremos saber. A ciência nada quer saber do nada. Mas não é menos certo também que, justamente, ali, onde ela procura expressar sua própria essência, ela recorre ao nada. Aquilo que ela rejeita, ela leva em consideração. Que essência ambivalente se revela ali? Ao refletirmos sobre nossa existência presente – enquanto uma existência determinada pela ciência –, desembocamos num paradoxo. Através deste paradoxo já se desenvolveu uma interrogação. A questão exige apenas uma formulação adequada: O que acontece com este nada?” (HEIDEGGER, Martin. *O que é metafísica*. In: *Os pensadores*. Heidegger, Tradução de Ernildo Stein, São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 52-53.

Dessa forma, nenhuma determinação acerca do nada pode existir porque o próprio conteúdo pensante do nada, ou seja, a essência do nada pensado esvaziaria o próprio nada, em um processo circular de pergunta e auto-aniquilação da resposta/pergunta, na sua formulação por ele. Disso decorreria uma contradição lógica que impossibilita a questão desde o seu princípio.¹³²

O mestre alemão salienta, entretanto, que esta visão da pergunta pelo nada é equivocada e enganosa na sua forma de colocar a questão. Para se colocar adequadamente a questão, contrariamente ao processo de velamento do ser propiciado pela metafísica, enquanto reconhecedora da condução do sujeito e do logos como instâncias originárias, deve-se considerar o nada como uma antecipação, anterior a qualquer ente, porque originário e fronteira do conhecer humano, entre o ser e o ente. Dessa forma, buscar o nada é pretender a plenitude do ente, na qual, em sua negação, ou seja, naquilo que o ente não é como ser, é que o nada exsur girá.

Nesse viés, Heidegger insere a questão considerada por ele como a mais ampla, profunda e originária, qual seja: “porque o ser e não o nada?”. A magnitude da questão proposta decorre desses três adjetivos colocados. Explica assim o autor que a pergunta é ampla porque o limite da pergunta está diante daquilo que não é, ou seja, o nada. Isso ocorre porque, ao questionar-se o ente em sua totalidade, sem uma determinação específica dele e sem compará-lo a outro ente qualquer, se perceberia o nada, ou seja, aquilo que não é um ente. A questão é igualmente profunda porque não se detém em nenhuma determinação ou caracterização do ente, mas o interroga acerca de qual fundamento procede. Por fim, é originária a questão, porque busca o ente em sua originalidade, ou seja, sem suas determinações ou particularidades, mas, todavia, em sua totalidade.¹³³

Nesse ponto, Heidegger estabelece a tarefa fundamental da filosofia como o perguntar pelo que não é ordinário, pelo que não está cotidianamente no horizonte do homem, ou seja, questionar pelo que não se encontra no ente, no que está oculto no ente. Dessa forma, perguntar pelo extraordinário é sair do cotidiano e buscar o que não está à disposição ordinariamente. A busca da filosofia, portanto, não é a captura do ser do ente, mas, isto sim, a busca pelo ser enquanto ser, porque, de outro lado, na busca pelo ser do ente, se estará

¹³² *Op. cit.*, p. 53.

¹³³ HEIDEGGER, Martin. *Que é metafísica*. In: **Os pensadores**. Heidegger, Tradução de Ernildo Stein, São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 11-15.

cegando a fundamental existência da diferença entre o ser e o ente, ou seja, a verdadeira diferença ontológica.^{134/135}

O necessário é destacar que nenhuma determinação do ente será a totalidade do seu ser, porque o ser, na sua totalidade, é inapreensível. Esse ser somente poderá ser vislumbrado na dinâmica de sua própria revelação, na justa medida da existência de quem pergunta pelo ser e que, ao se questionar equivocadamente por ele, incorrerá no equívoco perpetuado pela metafísica, quando toma a parte, ou seja, alguma das determinações do ser dos entes, pelo todo, como se pudesse apreendê-lo na completude. É justamente no questionamento pelo nada, conforme anteriormente citado, que se poderá alcançar a totalidade da pergunta pelo ser, a qual manterá a possibilidade de sustentação da abertura do ente.

É exatamente esta denominada ética da propriedade estabelecida por Heidegger que fornece o manancial de conhecimento necessário para que o acontecimento do ser seja sempre percebido pelo *Dasein*. Nesse ponto crucial, está o estabelecimento da diferença ontológica, porque somente através da determinação dessa diferença pode-se questionar o ser do ente e desvelar o ser ele mesmo, permitindo a aparição dos entes, permanentemente, em sua maior propriedade e de forma mais autêntica.

Até o presente momento, perpassaram-se dois aspectos fundamentais do pensamento heideggeriano: a pré-compreensão e o círculo hermenêutico, e a diferença ontológica. Remanescem ainda, como aspectos fundamentais na complementação do pensamento do mestre alemão, a denominada *angústia* (*Angst*), como disposição de humor, e a *decaída*, como manutenção de um estado letárgico. Ambos os aspectos são tratados pelo filósofo no § 40 da obra *Ser e Tempo*.¹³⁶

¹³⁴ *Op. cit.*, p. 21 e ss.

¹³⁵ Dubois assim prescreve acerca da diferença ontológica: “A diferença ontológica não é nomeada como tal em *Ser e Tempo*. O primeiro parágrafo da obra diz no entanto: ‘... o ser não é algo como um ente.’ A diferença ontológica é tematizada como tal, e isto bem rapidamente, no curso de 1927: ‘Os problemas fundamentais da fenomenologia’, e nomeada pela primeira vez em uma publicação em *Da essência do fundamento* (1929). [...] ‘O nada é o nada do ente, e assim o experimentado a partir do ente. A diferença ontológica é o nada entre ente e ser.’ e prossegue adiante: “Acima de tudo a diferença, aqui, não é apresentada como distinção entre duas ‘coisas’ que as deixaria apartada uma da outra. A diferença está no nexo de ser com o ente, do ente com o ser. A diferença é o ‘de’ e o ‘em’ do ser do ente e do ente em seu ser, no acontecimento mesmo de uma manifestação necessariamente bimorfa. A diferença refere um ao outro; ‘é’ a própria referência e o espaço de seu jogo, jogo da verdade do ser como ser do ente. [...] A diferença não é um ‘estado subsistente’ entre duas camadas sedimentadas; ela tem o caráter de um advento, o advento mesmo a partir do qual tudo advém.” DUBOIS, Christian. **Heidegger**: Introdução a uma leitura. Tradução de Bernardo Barros Coelho de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 87-88.

¹³⁶ Heidegger trata da angústia também na obra **Que é metafísica**, e destaca claramente sua magnitude na seguinte passagem: “A angústia manifesta o nada. ‘Estamos suspensos’ na angústia. Melhor dito: a angústia nos suspende porque ela nos põe em fuga o ente em sua totalidade. Nisto consiste o fato de nós próprios – os homens que somos – refugiarmo-nos no seio dos entes. É por isso que, em última análise, não sou ‘eu’ ou não és ‘tu’ que te sentes estranho, mas a gente se sente assim. Somente continua presente o puro ser-aí no estremeamento deste estar suspenso onde nada há em que apoiar-se. A angústia nos corta a palavra. Pelo fato de o ente em sua

Quando Heidegger pretende trabalhar esse estado do humor denominado angústia¹³⁷, inicia diferenciando-o de outro sentimento congênere e próximo, mas diferenciado entre si, qual seja, o temor. Pode-se dizer que o temor é “de” alguma coisa especificamente, enquanto a angústia, contrariamente, se coloca no nada, diante do nada. Todavia, é necessário interpretar esse nada, porque a angústia é exatamente essa experiência do ser-no-mundo enquanto tal, em sua mundanidade, pertencente ao próprio mundo.

Na existência da angústia é que o ente intramundano desaba, perde sua significação, não mais servindo para nada e nada pode em relação à angústia. Há uma perda de significação do mundo como tal. Entretanto, essa perda de significação não se coloca como ausência de mundo, mas como mundanidade do mundo. É nessa experiência de não-significância que se torna possível aparecer o mundo em sua significância, pois aí aparece o mundo enquanto tal.¹³⁸

Exatamente enquanto ente intramundano que não se permite mais qualquer forma de fuga ou escape e que não compreende mais o ser-explicitado-público, e enquanto mundo sem significação, é que o ser humano se encontra em condição privilegiada de solidão: na expressão de Heidegger, “só no mundo”.¹³⁹

Essa solidão se constitui na recondução do ser ao seu ser-no-mundo, puro, nu, ao qual lhe faculta a possibilidade de isoladamente apreendê-lo ou não. O ser-me-função de si aparece em sua potencialidade visceral de ser conduzido do impessoal, da mera experiência cotidiana com o ente, ou seja, de sua auto-entificação, para a possibilidade de ser o ser próprio, e que,

totalidade fugir, e assim, justamente, nos acossa o nada, em sua presença, emudece qualquer dicção do ‘é’. O fato de nós procurarmos muitas vezes, na estranheza da angústia, romper o vazio silêncio com palavras sem nexos é apenas o testemunho da presença do nada. Que a angústia revela o nada é confirmado imediatamente pelo próprio homem, quando a angústia se afastou. Na posse da claridade do olhar, a lembrança recente nos leva a dizer: Efetivamente: o nada mesmo – enquanto tal – estava aí. Com a determinação da disposição do humor fundamental da angústia, atingimos o acontecer do ser-aí no qual o nada está manifesto e a partir do qual deve ser questionado.” (HEIDEGGER, Martin. *Que é Metafísica. In: Os pensadores*. Heidegger, Tradução de Ernildo Stein, São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 57.

¹³⁷ Safranski pondera: “Não existem em **Ser e Tempo** [...] parágrafos sobre o júbilo, o amor – disposições das quais também poderia nascer a indagação pelo sentido do ser. Isto não tem a ver unicamente com a distinção filosoficamente fundamentável de determinadas impressões (Stimmungen) com relação à sua força filosófica de dedução, mas também tem a ver com o autor, com seus verdadeiros estados de ânimo e sua preferência por determinados estados.” Prossegue: “Naturalmente a filosofia da angústia de Heidegger também vive da disposição da crise generalizada dos anos vinte. O mal-estar da civilização – ensaio de Freud sob esse título apareceu em 1929 – estava muito difundido. A ensaística da concepção de mundo daqueles anos estava marcada pelo sentimento de desconforto de um mundo que naufragava, estava invertido ou estranho. [...] **Ser e Tempo** fazia parte dessa disposição de crise, mas distinguia-se do gênero em questão porque ali não se oferecia terapia.” (SAFRANSKI, Rudiger. **Heidegger** – um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. Tradução de Lia Luft. São Paulo: Geração Editorial, 2000. p. 192-193.

¹³⁸ DUBOIS, Christian. **Heidegger: Introdução a uma leitura**. Tradução de Bernardo Barros Coelho de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 87-88.

¹³⁹ DUBOIS, Christian. **Heidegger: Introdução a uma leitura**. Tradução de Bernardo Barros Coelho de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 42.

portanto, o que está em jogo no ser do ser é o próprio ser. Heidegger pontua que “A angústia manifesta no *Dasein* o *ser para* o poder ser mais próprio, isto é, o *ser-livre para* a liberdade do se-escolher-e-se-apropriar-de-si-mesmo.”¹⁴⁰

A disposição de humor mencionada diz ao ser o seu próprio lugar, porque o questiona acerca de onde está. A resposta recoloca a questão, porque o coloca “fora de casa”. Para compreender tal assertiva, precisa-se lembrar que o ser-no-mundo tem como significação ser junto às coisas, aos hábitos e familiaridades na relação com os entes, isto é, o impessoal que se traduz pelo confortável sentimento de estar “em casa”. O estado de humor concernente à angústia expatria esse sentimento de conforto, deslocando o ser para uma *Unheimlichkeit*¹⁴¹, ou seja, no inquietante, no desconhecido, no estranho, no desconforto. É este sentimento que Heidegger considera o fenômeno mais originário, porque sua concepção é ontológico-existencial. A angústia é assim: um modo de ser-no-mundo, um modo ser-jogado-no-mundo, porque é a possibilidade de escolha do próprio ser pelo seu próprio ser; é, portanto, a faticidade do *Dasein*.¹⁴² É a inexorável colocação do homem perante a sua liberdade e indeterminação, diante da sua faticidade, enquanto acontecimento, diante de sua total existência.¹⁴³

A angústia é, assim, o estado de permissividade do ser na busca por si mesmo; é a estranheza que exsurge do nada, do sem significado e que permite uma nova resignificação. Todavia, a angústia não é confortável; ela força o homem a deslocar-se; portanto, traz subjetivamente uma percepção de se estar “sem sentido”. Entretanto, é exatamente essa sensação que torna o ser ele próprio como busca do sentido autêntico de si mesmo e para si mesmo.¹⁴⁴

¹⁴⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p.70.

¹⁴¹ Poderia -se traduzir, em forma livre, como sendo uma “inquietude”.

¹⁴² HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 72.

¹⁴³ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 119.

¹⁴⁴ Safranski destaca também que Heidegger inclui o tédio entre os estados de humor que permitem o questionamento do ser; para tanto, destaca: “filosofar não existe sem esse cair-para-fora, esse estar perdido, esse abandono, sem esse vazio. Heidegger quer mostrar a filosofia nascendo do nada do tédio. [...] Mas no abismo do *dasein* espreita o tédio, do qual a vida procura refúgio nas formas de representação.[...] O irritante desse tédio reside em que nas situações correspondentes começamos a nos entediar de nós mesmos. Não sabemos mais o que fazer de nós mesmos, e a conseqüência é que o nada faz algo conosco. [...] O tédio espreita nas atitudes que tomamos para passar o tempo. O que é oferecido contra ele já está sempre infectado por ele.[...] O mais profundo tédio é o totalmente anônimo. *Está um tédio*, dizemos. [...] Existe aí uma surpreendente compreensão do todo, mas um todo que já não nos diz respeito. Um algo vazio defronta-se com um todo vazio, e relacionam-se nessa falta de relacionamento. [...] Também podemos dizer à maneira popular: no tédio percebes que não existe nada importante, a não ser que tu o faças...Portanto o *dasein* que desperta para si mesmo tem de ter atravessado a zona do tédio profundo – *esse vazio no todo*. [...] para Heidegger essa estada cotidiana no mundo é ao mesmo tempo estar entregue a ele. Submergimos nele. E por

Ocorre que a tendência natural do homem é a de fugir desse sentimento de estranheza e buscar aquele conforto encontrado nas coisas ou entes já explicitados, já conhecidos, e manter-se na relação com os entes na exata medida do desde-sempre-conhecido. A fuga desse sentimento de estranheza e inospitalidade, ou seja, da angústia que lhe permite fazer aparecer à propriedade e a impropriedade como possibilidade do ser, é o que Heidegger denomina decaência ou decaída.

A decaída em Heidegger pode ser demonstrada como uma “fuga” de si mesmo, que seria o fato do *Dasein* “de-cair” na impessoalidade, no mundo propriamente dito das ocupações cotidianas. É nessa decaída que o *Dasein* se desvia de si mesmo, e esse desvio não é, propriamente, um desvio de um algo intramundano, mas, de outro lado, o “desviar-se” da decaída está assentado exatamente na angústia, porque o “decair” Heideggeriano diz com o desviar-se daquilo que angustia a angústia, ou seja, a própria condição do *Dasein* enquanto ser-no-mundo.¹⁴⁵

Como esclarece Heidegger, cotejando a angústia e a decaída como forma de explanação do segundo:

A angústia, ao contrário, retira a pré-sença de seu empenho de-cadente no ‘mundo’. Rompe-se com a familiaridade cotidiana. A pré-sença se singulariza, mas *como* ser-no-mundo. O ser-em aparece no ‘modo’ existencial de *não sentir-se em casa*. É isso o que diz o discurso sobre a ‘estranheza’. Doravante, torna-se fenomenologicamente visível do que foge a de-cadência como fuga. Não foge *de* um ente intramundano mas justamente para esse ente, a fim de que a ocupação perdida no impessoal possa deter-se na familiaridade tranqüila. A fuga de-cadente *para* o sentir-se em casa da publicidade foge *de* não sentir-se em casa, isto é, da estranheza inerente à pré-sença enquanto ser-no-mundo lançado para si mesmo em seu ser. Essa estranheza persegue continuamente a pré-sença e ameaça, mesmo que implicitamente, com a perda cotidiana no impessoal. (grifos do original)¹⁴⁶

isso ele destaca a disposição do tédio, porque nela – bem como na disposição da angústia que é analisada em *Ser e Tempo – o todo do mundo* aparece a uma distância que possibilita a postura metafísica do espanto ou do terror – como terceiro ato de um drama existencial. No primeiro ato, cotidianamente nos abrimos no mundo e o mundo nos preenche; no segundo ato tudo se distancia, o acontecimento do grande vazio, a tripla negatividade (não-mesmo, mundo anulado, ausência de relações). No terceiro ato finalmente volta o que estava distanciado, o próprio eu-mesmo e o *mundo*. O si-mesmo e as coisas tornam-se de certa forma “mais entes”. Adquirem uma nova intensidade. Tudo corre para lá. Raramente Heidegger formulou isso tão clara e abertamente como nessa conferência: *não se trata de nada menos do que reconquistar no dasein filosófico essa dimensão original do acontecer, para ver novamente todas as coisas de modo mais simples, mais forte e mais duradouro* (GA 29/30,35).” (SAFRANSKI, Rudiger. **Heidegger** – um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. Tradução de Lia Luft. São Paulo: Geração Editorial, 2000. p. 237-242.

¹⁴⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 249.

¹⁴⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 253.

Portanto, depreende-se que, exatamente no momento da angústia, a reação é a de retroceder diante de algo, mas que não necessariamente haja uma decaída, porque nesta se evita principalmente a angústia; para tanto, buscam-se os entes na sua cotidianidade.

Por meio da experiência da angústia (e do tédio), o homem se aproxima do ser em si mesmo, porque permite que o ser seja desvelado, que saia da desocultação, percebendo-o em sua propriedade e intensidade.

O que desloca o homem é uma vivência do nada, porque, quando experiêcia o nada, esse nada revela o ente como outro, em uma total estranheza. O *Dasein* é, portanto, estar suspenso no nada porque, dessa forma, está para além do próprio ente em sua totalidade; está em verdadeira transcendência.

Ou seja, fundamental para o pensamento de Heidegger é a dinâmica existencial em que o homem se move e se encontra, se oculta e desoculta, permanece na relação velamento/desvelamento.

Não corresponde à ética da propriedade heideggeriana o agir desse ou daquele modo, moralmente correto ou através do bem, mas abrir uma clareira no ser para que o *Dasein* possa ser ele mesmo e onde os entes revelem-se na sua verdadeira intensidade, através da iluminação pelo ser da existência.

É nessa disposição e na percepção da finitude, enquanto fim da existência, na sua abertura para a morte, que a própria existência pode encontrar o seu outro.

2.3. A METAFÍSICA E A QUESTÃO DO SER

Estabelecidos os contornos gerais do pensamento heideggeriano, como compreensão existencial, diferença ontológica, a angústia e a decaída como limites, importa ainda destacar para a operacionalidade do presente estudo a crítica de Heidegger à metafísica tradicional.

Em certa medida, Heidegger é metafísico, quando coloca a questão do *Dasein* e busca, na realidade, não uma crítica no sentido de destruição ou de negação da metafísica, mas, e isto é fundamental, o filósofo visa a uma desconstrução crítica e a uma superação da metafísica. Esse objetivo visa a sustentar o trabalho iniciado na sua obra *Ser e Tempo*, porque se dirige especificamente à importância da questão do ser, mais precisamente, no esquecimento da verdade ou do sentido do ser que o mestre entende ter sido realizada pela metafísica moderna.

Segundo Heidegger, a metafísica se constituiu como a história do esquecimento do ser ou do sentido do ser e, para tanto, superar a metafísica significa singelamente não entificar o ser, através da identificação com o ente. Dessa forma, somente se torna possível não identificar o ser com algum ente, quando este ser é pensado a partir da compreensão do ser e não se partindo de um ente. Por esse motivo, o espaço de acesso aos entes abre-se a partir do horizonte do ser. Nesse aspecto, fundamental é o reconhecimento do homem enquanto *Dasein*; portanto, através desse *Dasein*, há a possibilidade de transcendência e do acontecer histórico. É exatamente na relação entre o ente e o ser que se estabelece a diferença absoluta que exsurge como núcleo da fenomenologia existencial heideggeriana e é, igualmente, através dessa diferença, que aparece a possibilidade de desvelamento do significado e da relação para com o objeto.¹⁴⁷

É a absoluta diferença entre ser e ente, através da compreensão do ser que permite, através da linguagem, o vir ao encontro com os entes. Considerando que a metafísica jamais formulou essa diferença, ou seja, a diferença entre ser e ente, ela entificou o ser e, com isso, inviabilizou as condições de pensar o ser. Heidegger estabelece, assim, a diferença ontológica como ponto de partida para toda a superação da metafísica.

Para Heidegger, a metafísica assume um novo significado dependente do grau de apreensão da diferença ontológica. Em sua análise, o filósofo esclarece que a filosofia tradicional desde Aristóteles colocou como questão precípua e orientadora a pergunta pelo que são os entes enquanto tais. Relegou, à *lattera*, a questão fundamental sobre o que é o ser, ou qual o sentido (como verdade) do ser. Dessa forma, a metafísica tradicional vai além dos entes, mas na busca dos entes como um todo, em universais.

Por esse motivo, pode-se dizer que a metafísica tradicional se orienta basicamente por quatro perguntas principais: (1) a natureza do homem; (2) o ser dos entes; (3) a essência da verdade dos entes; (4) como o ser humano dá a medida para a verdade dos entes, que, conforme afirmava Heidegger acerca do pensamento de Descartes, quando, v.g., a medida dos entes corresponde ao grau de certeza do que o homem pode ter, colocando os entes no paradigma da dúvida. Fundamentalmente, a metafísica deixou de questionar-se sobre o sentido do ser.¹⁴⁸

Mas este “deixar de questionar” aparece como questão já levantada e respondida pela metafísica, porque esta expressa o ser das mais diversas formas. Todavia, Heidegger afirma

¹⁴⁷ STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica** – ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 67.

¹⁴⁸ INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Tradução de Luisa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 111-113.

que a metafísica não responde à questão sobre a verdade ou sentido do ser, porque, na realidade, não a considera como uma questão. Em regra, a metafísica não problematiza tal questão, porque somente se refere ao ser enquanto representação de um ente, enquanto ente. A metafísica tradicional busca o ente em sua totalidade, mirando-o enquanto próprio ente, mas, apesar disso, o nomeia como ser.¹⁴⁹

Assim, se analisar-se a metafísica a partir da história do ser, percebe-se que é a história na qual o próprio ser jamais se tornou questão, em favor, isso sim, de “cunhagens” determinadas do ser que aparecem, a cada vez, como espaço de aparição do ente, na sua forma geral de visibilidade.¹⁵⁰

Todavia, independentemente do modo de explicação do ente pela metafísica, mesmo que denominado como ser, que, para Platão, era a *‘idéia’*, para Aristóteles, era *“Energéia”*, ou *“substância”* para Descartes, a visão desse ente esteve permanentemente iluminada pela luz do ser, embora essa luz que ilumina jamais tenha sido, ela própria, questão pensada pela metafísica.¹⁵¹ Dessa forma, a verdade do ser não é pensada em sua essência, ou seja, no seu modo de ser desvelamento.

Acerca das conseqüências desse esquecimento, Heidegger pontua profeticamente que

Com o advento ou a ausência da verdade do ser, está em jogo outra coisa: não a constituição da filosofia, não apenas a própria filosofia, mas a proximidade ou distância daquilo de que a filosofia, com o pensamento que representa o ente enquanto tal, recebe sua essência e sua necessidade. O que se deve decidir é se o próprio ser pode realizar a partir da verdade que lhe é própria, sua relação com a essência do homem ou se a metafísica, desviando-se de seu fundamento, impedirá, no futuro, que a relação do ser com o homem chegue, através da essência desta mesma relação, a uma claridade que leve o homem à pertença do ser.¹⁵²

¹⁴⁹ HEIDEGGER, Martin. *Que é Metafísica*. In: **Os pensadores**. Heidegger, Tradução de Ernildo Stein, São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 77. O autor ainda coloca o seguinte: “Até parece que a metafísica, sem seu conhecimento, está condenada a ser, pela maneira como pensa o ente, a barreira que impede que o homem atinja a originária relação do ser com o ser humano.”

¹⁵⁰ DUBOIS, Christian. **Heidegger**: introdução a uma leitura. Tradução de Bernardo Barros Coelho de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 95.

¹⁵¹ Heidegger assim coloca esta iluminação pelo ser: “Ela (metafísica) pensa o ente enquanto ente. Em toda parte onde se pergunta o que é o ente, tem-se em mira o ente enquanto tal. A representação metafísica deve esta visão à luz do ser. A luz, isto é, aquilo que tal pensamento experimenta como luz, não é em si mesma objeto de análise; pois este pensamento realiza e representa continuamente e apenas o ente sob o ponto de vista do ente. É, sem dúvida, sob este ponto de vista que o pensamento metafísico pergunta pelas origens ônticas e por uma causa da luz. A luz mesma vale como suficientemente esclarecida pelo fato de garantir transparência a cada ponto de vista sobre o ente.” (HEIDEGGER, Martin. *Que é metafísica*. In: **Os pensadores**. Heidegger, Tradução de Ernildo Stein, São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 77.

¹⁵² *Op. cit.*, p.79.

A pretensão fundamental de Heidegger é a de superação da metafísica como consequência da questão da verdade do ser e a fundamental importância da questão do ser na relação do homem com o mundo e consigo mesmo enquanto ser e *Dasein*.¹⁵³

Enquanto a metafísica pretende extinguir a diferença entre ser e ente, como busca pela determinação exata do ser, o qual se transforma em ente por encerrar exatamente o movimento do ser, escapa dessa apreensão a possibilidade de compreender o ser em suas múltiplas possibilidades, porque o ser autêntico permanece continuamente na dinâmica do velamento/desvelamento, podendo-se somente concebê-lo sempre e permanentemente em sua parcialidade e através do sacrifício de algumas de suas possibilidades como ser.

Essa concepção de pensar o mundo objetificadamente, engessando o ser e pensando o ente, reflete diretamente na noção atribuída ao próprio homem enquanto sujeito e, conseqüentemente, enquanto sujeito de direito. Ao esquecer o ser e relegar a diferença ontológica à marginalização, a metafísica moderna se ateve somente ao ente; portanto, quando pensa o sujeito, o pensa como um objeto estático e atemporal. A temporalidade da dinâmica do ser, em sua diferença para com o ente, é aprisionada em uma gaiola estática.

É exatamente essa dinâmica do ser do sujeito, como ser temporal e histórico, existente em um mundo real e vívido que permite resgatar a diferença entre o ser sujeito de direito e o ente correspondente a este ser. O que se torna fundamental é a própria dinâmica do ser, o seu movimento enquanto sujeito de direito que se vela e desvela. Ao conceber-se dessa forma o sujeito, pode-se perceber sua autenticidade naquele momento. O mundo contemporâneo ou pós-moderno, ou o que Baumann definiria como *modernidade líquida*¹⁵⁴, diferencia-se daquele mundo estático das previsibilidades meramente físicas e lógicas, de tal sorte que é fundamental reconhecer o movimento da dinâmica de velar/desvelar do ser.

Na figura do sujeito de direito, a necessidade de superação é latente por duas razões: (1) a primeira para que não se identifique unicamente o termo sujeito de direito com um período histórico determinado (a modernidade), o que empobrece o sentido de ser do próprio

¹⁵³ Interessante é que Heidegger pretende uma superação da metafísica tradicional na busca pelo homem e não uma destruição desta. Assim esclarece, em parte, seu pensamento: “No pensamento da verdade do ser, a metafísica está superada. Torna-se caduca a pretensão da metafísica de controlar a referência decisiva com o ser e determinar adequadamente toda a relação com o ente enquanto tal. Essa ‘superação da metafísica’, contudo, não rejeita a metafísica. Enquanto o homem permanecer *animal rational*, é ele *animal metaphysicum*. Enquanto o homem se compreender como animal racional, pertence à metafísica, na palavra de Kant, à natureza do homem. Se bem sucedido, talvez fosse possível ao pensamento retornar ao fundamento da metafísica, provocando uma mudança da essência do homem de cuja *metamorphose* poderia resultar uma transformação da metafísica.” (HEIDEGGER, op. cit., p. 78.

¹⁵⁴ A discussão acerca da denominação entre pós-modernidade ou uma modernidade líquida é também tema da obra de BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

sujeito; (2) a segunda é no sentido de que, ao reconhecer a dinâmica temporal do fenômeno do ser do sujeito de direito, percebe-se e permite-se uma reconstrução desse sujeito de direito de maneira a permitir uma reconfiguração da própria relação contratual como expressão do ser desses mesmos sujeitos de direitos, com toda a complexa tecitura humana intrínseca ao modo de ser dos sujeitos e de suas pretensões enquanto homens pertencentes ao mundo da vida e por ele também constituídos.

3 A RECONSTRUÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO - POSSIBILIDADES DE REPENSAR A RELAÇÃO CONTRATUAL

Este capítulo aborda uma perspectiva diferente do sujeito de direito através do pensamento fenomenológico e sua imbricação na prática jurídica.

3.1 SUJEITO MODERNO E SUJEITO DE DIREITO – DA MODERNIDADE À CONTEMPORANEIDADE

O sujeito moderno que vai caracterizar o sujeito de direito está assentado em um paradigma metafísico moderno, com raízes profundas no pensamento cartesiano, apesar de sua formulação conceitual, como anteriormente visto, ter-se dado mais propriamente pela formulação de Leibniz, também metafísico por excelência.

O pensamento de Descartes, como demonstrado alhures, contribuiu substancialmente para a formulação da identidade do homem moderno, e, assim, fundou uma matriz de pensamento que sustenta, até os dias atuais, uma concepção do sujeito e, conseqüentemente, um conceito de sujeito de direito. Essa influência se dá em um grau de significação elevado, principalmente em três esferas: (a) a primeira através da inserção do paradigma da dúvida: (b) a segunda, que está diretamente vinculada à primeira e que a ela dá origem, uma concepção mecanicista e matemática de mundo herdada primordialmente do trabalho de Galileu, do qual Descartes sofreu influência.^{155/156}; (c) a terceira, igualmente vinculada, é a separação da *res*

¹⁵⁵ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Cláudia Berlinger. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 600.

¹⁵⁶ Acerca da fundamental importância de Galileu, descreve Hanna Arendt o seguinte: “Descartes é o pai da moderna filosofia, da mesma forma como Galileu é o ancestral da ciência moderna.[...] Como dissemos acima, não são idéias, mas eventos que mudam o mundo: o sistema heliocêntrico, como idéia, é tão velho quanto a explicação pitagórica e tão persistente em nossa história quanto as tradições neoplatônicas, e nem por isso jamais mudou o mundo ou a mente humana. O autor do evento crucial da era moderna foi Galileu, e não Descartes. O próprio Descartes estava ciente deste fato; e, ao saber do julgamento de Galileu e sua retratação, foi momentaneamente tentado a queimar todos os seus papéis porque, ‘se o movimento da Terra é falso, todos os fundamentos de minha filosofia também são falsos’. Mas Descartes e os filósofos, que levaram a descoberta de Galileu ao nível do pensamento irredutível, registraram com inigualada precisão o enorme choque do evento; anteviram, pelo menos parcialmente, as perplexidades inerentes ao novo ponto de vista do homem, com os quais os cientistas não se ocupavam por falta de tempo, até que, em nossa época, elas se puseram a transparecer em suas próprias obras e a interferir com suas próprias investigações.” (ARENDDT, Hanna. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 285).

cogitans e da *res extensa*, que, em seu dualismo absolutizado, gera a radical separação entre sujeito e objeto.

Conforme destaca Hanna Arendt, em sua obra *A Condição Humana*, Descartes influenciou o pensamento moderno na medida em que estabeleceu a dúvida como marco definatório do pensamento moderno. Segundo Arendt, curiosamente foi própria invenção do telescópio que desencadeou o processo de mudança da concepção física do mundo, ou seja, não foi a razão ou a contemplação, nem a observação ou dedução que dirigiu o homem ao novo conhecimento, mas uma invenção decorrente de um trabalho mecânico do homem. Como consequência, Arendt pontua que, para Descartes: “...o homem fora enganado somente enquanto acreditava que a realidade e a verdade se revelariam aos seus sentidos e à sua razão, bastando, para tanto, que ele permanecesse fiel ao que via com os seus olhos do corpo e da mente.”¹⁵⁷

Quando Descartes, através de seus dois principais trabalhos, *O Discurso do método e Meditações metafísicas*, estabelece a dúvida como *método* para o desenvolvimento do conhecimento, ao menos naquilo em que o homem pode conhecer, cria uma radicalização da dúvida, que tem como característica fundamental a universalização dessa mesma dúvida, porque nada, nenhum pensamento ou experiência está fora do questionamento pela dúvida.¹⁵⁸

Dessa forma, a convicção cartesiana da dúvida coloca o homem não como desvelador das coisas ou da verdade, porque a mente humana incorre em erro, seja pelos sentidos, seja pela razão, mas o homem é, isso sim, a medida daquilo que afirma ou nega. Quando tudo se torna duvidoso, pode-se extrair ao menos uma única certeza: a própria dúvida.¹⁵⁹

O ponto nodal neste aspecto está em que o homem não mais tem certeza do mundo em sua exterioridade, mas a única certeza é aquela à qual o próprio homem pode chegar através da dúvida metódica, ou seja, somente se construirá uma ciência nos recônditos da mente, através de idéias claras e perfeitas, excluindo-se os sentidos e a imaginação. Através dessa dúvida dentro do processo mental humano, que se alcançará a certeza em sua evidência. Desta forma, Descartes descola da realidade para o idealismo no qual o pensamento moderno passará a se aprisionar.¹⁶⁰

Silva Filho aponta acertadamente que

¹⁵⁷ *Op. cit.*, p. 287.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 287-288.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 291-292.

¹⁶⁰ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Cláudia Berlinger. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 602.

O mundo, na modernidade, passa a ser livre para o cálculo e para a representação. Para garantir a certeza do ente, é preciso assegurar também a certeza do ente por intermédio do qual a certeza deste saber deve ser obtida: o *ego cogito sum*. O homem existe porque pensa, pensar é representar, representar é trazer o ente diante de si e assegurar que ele se mantenha enquanto tal. Este assegurar se dá pelo cálculo. Representar, assim, não é a captação do presente como desocultamente. Já não reina o elemento presente, prevalece a apreensão antecipadora da representação. Esta antecipação apóia-se no caráter fundante do sujeito. Na representação, o homem se vê representado de maneira inquestionável e fundamental. Ele é o representante de todo o ente na medida em que o objetiva. É o sujeito quem decide o que vai ser objeto e de que modo.¹⁶¹

Nesse ponto, é somente através de inferências que a ciência progredirá, no qual corresponde à evidência interna da mente humana, restando delineado um processo metodológico dedutivo, calcado em modelos físico-matemáticos. É com este método que a dedução pelo processo lógico-matemático, como aplicação inclusive para a filosofia, reinará no mundo do direito. Claro resta que, somente através do método ajustado, poderá o homem alcançar um grau de certeza razoável e verossímil. A ciência assume definitivamente o método como paradigma de verdade.

Nesse caminho, Descartes dividiu o mundo em duas espécies distintas. Em um lado, coloca-se a *res cogitans*, ou seja, o pensamento, o mundo da alma, o suporte do pensamento, e o ato livre, da vontade. O cogito permite a primeira intuição, qual seja, aquela que permite intuir o próprio pensamento e a própria vontade, naquilo que a alma é. De outro lado, está a matéria como extensão, ou seja, a matéria está no próprio pensamento, não mais no sujeito pensante, mas o objeto, a coisa que ele pensa. É este mundo denominado *res extensa*, ou seja, o mundo objetivo da física quantitativa, o mundo inerte, passivo e submetido às coisas determinadas pela lei da mecânica e desprovidas de qualquer sentido intrínseco. É este dualismo entre o corpo e a alma, pensamento e matéria, sujeito e objeto que Descartes insere no pensamento da modernidade e que sopesa até os dias atuais, inclusive no pensamento jurídico.¹⁶²

Segundo Villey, quando a metafísica cartesiana destrói a noção unitária do ser humano e da natureza, cindindo-a em dois universos, deixa-se de pensar o direito como que estando “a um só tempo” nas coisas, na natureza e no valor normativo. Com a cisão, sobressaem dois caminhos para o direito, sendo um situado ao lado da alma; portanto, como regras forjadas

¹⁶¹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 131.

¹⁶² VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Cláudia Berlinger. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 604-605.

pela mente do homem e, em seu pensamento, pelo qual deve ser extraído pelo método dedutivo de regras. Esta é a via do racionalismo jurídico que vai arrebatrar o pensamento da ciência do direito na modernidade, principalmente na Europa Ocidental. O outro caminho é aquele que acompanha as paixões do homem, pensado sobre a rubrica da matéria e produto do corpo e da animalidade deste homem que, através da força dos indivíduos ou dos grupos, desembocará no naturalismo, em que se tem como representantes, em certa medida, Hobbes e Espinoza.¹⁶³

Estão lançadas as premissas principais do jusnaturalismo e do juracionalismo positivista, bem como a Escola Histórica e a Pandectista, inseridos na modernidade, que serão as bases fundamentais das codificações europeias e ocidentais, inclusive naquilo que diz respeito ao sujeito de direito.¹⁶⁴

Nesse caminho, imprescindível destacar a influência metodológica sobre o juracionalismo, principiada desde Descartes, perpassando por Espinoza e culminando em uma sistematização metódica de Pufendorf, da qual parte-se de um sistema geral de normas, utilizando-se uma dedução racional em cadeia e da observação empírica. Aqui se mostra a irrefutável influência do mecanicismo de Galileu e do racionalismo de Descartes, porque foi através deste que Pufendorf realizou a ligação entre a dedução e a indução, entre o método sintético e o analítico, entre os axiomas e a observação. Essa ligação caracterizava o pensamento das ciências naturais desde Galileu e se constituiu uma nova relação direta com a realidade social.¹⁶⁵

¹⁶³ *Op. cit.*, p. 606-607.

¹⁶⁴ Interessante passagem sobre a importância inicialmente de Galileu e, após, de Descartes, é apontada por Franz Wieacker da seguinte forma: "O fundador da nova imagem fisicalista do mundo é Galileu Galilei (*Discorsi 1638*); quanto ao conhecimento global do mundo externo (do 'mundo extenso'), formulou-o na mesma época Descartes (*Discours de la methode de raisonner, 1637*). Sem esses dois vultos, a fase lógico-sistemática do juracionalismo não se teria tornado possível. Descartes, em especial, consumou a matematização da natureza iniciada pela escolástica tardia, ao tornar sistematizável, através da redução à dimensão sujeito-objecto do Eu pensante e do mundo objectivo extenso, a descrição da imagem do mundo. Do ponto de vista metodológico, a construção sistemática da experiência científica apenas se consumou através do estrito raciocínio dedutivo que, progredindo a partir dos axiomas, se justificou e orientou constantemente pela observação empírica (da natureza externa, da sociedade humana, da alma humana). Mostrar-se-á como o dualismo entre axioma e experiência (*observatio*), entre o método analítico e 'sistemático' de Descartes e o 'compositório' e 'resolutivo' de Galileu, dominou também o sistema do juracionalismo. Esse dualismo surgiu do facto de que o material de observação nas ciências naturais não continua a ser constituído pela realidade total da natureza, mas pela natureza criada pela experimentação e por ela tornada mensurável e quantitativa." (WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, s.d. p. 285.)

¹⁶⁵ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, s.d. p. 348-349.

O sistema desenvolvido por Pufendorf é aquele utilizado em boa medida até os dias atuais pelos Códigos e na sistematização da ciência do Direito. Exemplo é a ‘parte geral’ encontrada em praticamente todos os códigos ocidentais romano-germânicos.¹⁶⁶

É a partir da era das codificações, no século XVIII, que o substrato jusnaturalista vai se transformar na lógica codificada, pela qual evidentemente o código napoleônico se insere como que utilizando os parâmetros jusnaturalistas de certeza, axioma e individualismo, que aparece através da Escola da Exegese, onde se imbrica toda a condição política e econômica do liberalismo moderno. Com isso, a lógica matemática e a racionalidade cartesiana despontam como bases para a concepção de subsunção do fato à norma.

Essa sistematização foi recepcionada pela Escola Histórica do Direito, a qual tem como seu maior representante Savigny. Este, por sua vez, recebeu grande influência da obra de Kant, pela qual a questão da justiça do direito positivo e, portanto, sistematizado, fundava-se na ética kantiana da autonomia moral da pessoa e da sua vontade ética, bem como da concepção kantiana de que a ordem jurídica deve tornar possível a maior liberdade do sujeito de direito na sua relação com os demais sujeitos.¹⁶⁷ Mas a solidificação dos conceitos sobreveio posteriormente com Putsch e a jurisprudência dos conceitos, da qual se estabeleceu definitivamente o formalismo conceitual rigoroso, expresso pela Pandectista.¹⁶⁸

Em decorrência, pode-se dizer que a ciência jurídica embasou-se em uma perspectiva do direito calcada na idéia do positivismo científica, o qual deduzia suas normas jurídicas e a correspondente aplicação, única e exclusivamente, do sistema jurídico, bem como dos seus conceitos e princípios doutrinários, excetuada qualquer possibilidade de concessão aos valores extrajurídicos, como forma de confirmação da solução engendrada pelo sistema.

Considerando, portanto, que o positivismo deduz o direito a partir do sistema, resulta, conseqüentemente, uma constituição de sistema fechado e autônomo, independentemente da realidade social à qual está inserido. Em virtude disso, os conceitos jurídicos, como direito subjetivo ou, mesmo, o sujeito de direito, não têm um caráter ordenador pelo valor a eles inerentes, mas gozam de uma realidade direta. O ponto de partida dessa metodologia é que,

¹⁶⁶ *Op. cit.*, p. 350.

¹⁶⁷ Wieacker destaca também: “Da ética de Kant (que, em si mesma, não era de modo algum formal) provém, portanto, um dos veios principais do formalismo científico que havia de transformar o *usus modernus* tardio numa ciência autônoma do direito positivo.” (*Op. cit.*, p. 402).

¹⁶⁸ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, s.d. p. 455-457.

com base em um idealismo formal, com a correspondência lógica do ponto de vista conceitual e sistemático serve de fundamento necessário à sua correção material.¹⁶⁹

É nesse caminho que se solidificou a figura conceitual do sujeito de direito, como um sujeito moral, detentor de uma capacidade jurídica de oposição e resistência aos demais em defesa do seu direito subjetivo, sempre considerado como livre e autônomo em sua vontade e determinação dentro de um ordenamento jurídico pré-estabelecido e determinado. A característica basilar desse ordenamento é a abstração conceitual e o descolamento do mundo da vida com relação às normas inerentes ao Direito.

O sujeito de direito, entendido pela codificação, é aquele que somente recebe a chancela do ordenamento na medida em que ingressa no mundo jurídico pré-estabelecido por uma das vias do sistema, seja através do patrimônio, da família ou do trânsito jurídico. É nesse espaço que se constituiu o Código Civil brasileiro, calcado na dogmática oitocentista expressa na era das codificações¹⁷⁰, em especial, do Código napoleônico, que, através de uma sistematização estabelecida por Jean Domat, passou a prever e possibilitar o ingresso do ser humano como homem sujeito de direito no mundo jurídico¹⁷¹.

Para tanto, a codificação estabelecia, em regra, na sua parte geral, uma conceitualização abstrata das capacidades e das formas de aquisição das mesmas, bem como estabelecia a quem se destinavam as regras codificadas. A exclusão foi a marca predominante nesses textos.¹⁷²

Nesse viés, imprescindível foi o estabelecimento de dois dogmas fundamentais: o da liberdade e o da autonomia da vontade. Esses dois predicados embasaram os regramentos civilísticos e expressaram a marca da ética kantiana, como utilizada pela Escola da Exegese e pela Pandectista. O homem, sendo livre para firmar seus pactos e autônomo nas suas determinações, não poderia jamais se furtar ao cumprimento do que, estabelecido pelo pacto,

¹⁶⁹ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, s.d. p. 494-495.

¹⁷⁰ Uma análise detalhada acerca das codificações pode ser encontrada em TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

¹⁷¹ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo: RT, n. 65, 1992. p. 21.

¹⁷² Acerca da transformação do direito privado, ver: SILVA FILHO, José Carlos da. Transformações jurídicas nas relações privadas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (orgs.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – 2003**. São Leopoldo: UNISINOS, 2004, p. 143-195. Nesse mesmo movimento, mais notadamente sob o aspecto da família e do reconhecimento das uniões homossexuais, ver: KLEIN, Felipe Pastro. “Família, entidade familiar e união de indivíduos do mesmo sexo”. In: ARONNE, Ricardo (org.). **Estudos de direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 2, 2004. p. 111-175.

é o reconhecimento do *pacta sunt servanda*. É esta liberdade de determinação e autonomia que marca a ferro-e-fogo o sujeito do estado moderno e repercute até a atualidade.¹⁷³

A sociedade moderna, principalmente a sociedade de mercado, estabelece como pedra basilar de seu funcionamento a autonomia da vontade, porque o próprio conceito de Estado está alicerçado na idéia de vontade geral derivada da vontade individual livre de agregação no contrato fundante do próprio Estado. É a clássica formulação rousseauiana do contrato social.¹⁷⁴

Se a própria formulação do Estado estava calcada na idéia de liberdade contratual, porque decorrente de uma vontade do indivíduo de se “sujeitar” ao mesmo através de um acordo entre os homens, o contrato como expressão dessa liberdade máxima somente poderia ser a conseqüência do justo estabelecido, portanto imutável.¹⁷⁵

O mercado necessitava da autonomia e da liberdade dos sujeitos para que os mesmos ingressassem no sistema de capital, onde as trocas fossem substituídas pela compra e venda e, hodiernamente, pelo consumo. O papel do Estado, assim instituído, visava apenas a garantir formalmente o cumprimento do ajustado entre os indivíduos.¹⁷⁶ O sujeito autônomo é responsável pela promessa estabelecida, e sua capacidade de responsabilização justifica a vinculação absoluta ao contrato. Este é o sujeito de direito contratante enxerto à civilística moderna.¹⁷⁷

Especificamente no Brasil¹⁷⁸, a codificação civilística de 1916 reproduziu a sistemática do *Code* de Napoleão, e manteve-se enraizado o paradigma patrimonial dos Códigos liberais burgueses, deslocando qualquer possibilidade de consideração de todo o sujeito humano, como integrante do sistema jurídico, por ser a este inerente e constituinte, para manter as figuras conceituais, como que reduzindo a vida humana e o mundo da vida à previsão de uma totalidade normativa.

¹⁷³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. da 5. ed. alemã revista, por José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983. p. 170.

¹⁷⁴ Importante apontamento acerca do poder da vontade do sujeito como direito subjetivo e a centralização do contrato como limitador do indivíduo e de sua liberdade, bem como a ficção do contrato social como caminho para a recondução do direito positivo aos esquemas voluntarísticos do direito privado pode ser encontrado em GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, n. 747, p. 35-55, 1998.

¹⁷⁵ FACHIN, Luiz Edson. (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 115-149.

¹⁷⁶ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 33-35.

¹⁷⁷ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. “Transformações jurídicas nas relações privadas”. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (orgs.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – 2003**. São Leopoldo: UNISINOS, 2004, p. 143-195.

¹⁷⁸ Interessante para a compreensão da distância entre a codificação existente no Brasil e para quem se destinava, basta analisar o panorama histórico do País neste período. Para tanto, ver: HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

A codificação civil de 2002, em parte, mantém ainda um viés demasiado patrimonializado, embora se encontrem algumas inovações fundamentais, v.g., a função social do contrato e a boa-fé como inerentes aos contratos.¹⁷⁹ Pode-se dizer que se abriu um maior espaço para o reconhecimento de uma outra dimensão do sujeito.

É exatamente nesse descolamento que se insere o panorama expressado pelo presente trabalho, como o de reconhecimento da realidade do mundo da vida, na busca pelo ser do Direito, aqui expresso pelo reconhecimento da dinâmica inerente ao sujeito de direito, não como um conceito meramente jurídico abstrato, mas como figura vívida e expressão do homem que lhe é inerente em sua própria dinamicidade fenomenológica, *in casu*, especificamente direcionado à dinâmica contratual presente e suas possibilidades.

3.2. A BUSCA POR NOVOS CAMINHOS

O sujeito moderno, reconhecido como sujeito de direito, herdou o sentido de *pessoa* de uma concepção vinculada à moral estabelecida por Kant, através de sua ética da autonomia, identificada pela sua capacidade de responsabilização dos atos da vida, bem como pela autonomia inerente e possibilitadora dessa responsabilidade. Para Kant, “*Uma pessoa é um sujeito cujas ações lhe podem ser imputadas*”. E prossegue dizendo: “*Disto resulta que uma pessoa não está sujeita a outras leis senão àquelas que atribui a si mesma (ou isoladamente ou, ao menos, juntamente com outros)*.”¹⁸⁰ É da simbiose dessa pessoa, entremeada pelo racionalismo cartesiano da relação sujeito-objeto, com todos os contornos identitários anteriormente esboçados, como o *self pontual* de LOCKE, que vai ser determinante e para os contornos da concepção moderna e conceitual de *sujeito de direito*.

O direito, através da configuração conceitual do sujeito estabelecida abstratamente, e não como pessoa concreta e existencial, designará a este sujeito de direito uma determinação funcional, na qual estará ancorado o vínculo entre as obrigações inerentes ao sujeito e os direitos que lhe são atribuídos ou a ele respeitados. Por esse motivo, ao considerar o sujeito de direito como mero elo de ligação na relação jurídica, deslocam-se para o plano central os

¹⁷⁹ O projeto do Código Civil sofreu duras críticas, com justeza, em virtude da distância temporal entre a realização do projeto e a promulgação do código. Algumas dessas críticas podem ser vistas em FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na Contramão da Constituição. *In: Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Editora Padma, 2001. Vol. 7, intitulado O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira.

¹⁸⁰ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003 (série Clássicos EDIPRO), p. 66.

direitos e as obrigações, relegando-se o sujeito à mera representação da funcionalidade da relação jurídica. Nesse viés é que a relação jurídica assume o lugar central do direito privado, e, conseqüentemente, o patrimônio vai sobrepujar a pessoa humana. Por esse motivo é que, para a linguagem jurídica, eram indiferentes os termos sujeito de direito, pessoa ou capacidade jurídica.¹⁸¹

Nesse contexto, importa destacar que a questão do sujeito da relação não gozava de maior destaque porque relação jurídica, na concepção de Savigny, se constituía na relação de um sujeito com outro, tendo como seu primeiro elemento constitutivo, exatamente, a natureza das pessoas cujos vínculos permitirão formalizar a relação jurídica. Todavia, com essa proposição, restava a questão de quem poderia formalizar uma relação jurídica. A resposta se encontrava sobre a questão de quem detinha a condição de sujeito de direito e, portanto, detinha também uma capacidade jurídica.¹⁸² Nesse aspecto, denota-se tao-somente uma característica operacional do sujeito de direito.

Esse panorama foi afetado definitivamente pela ascendência da discussão acerca dos direitos humanos, não mais sob o prisma da formalidade, mas em virtude dessa formalidade, porque foi exatamente com o uso dos conceitos formais que se justificaram verdadeiros vilipêndios aos direitos do homem. Paradigmático é o exemplo suscitado por Hanna Arendt de que os próprios nazistas iniciaram a exterminação dos judeus privando-os basicamente de sua condição legal, pois lhes retiraram a condição de cidadão. Considerando que os direitos do homem assegurados constitucionalmente se destinavam aos cidadãos, e somente a estes, em não ingressando nesta categoria, estavam relegados aos devaneios totalitários.¹⁸³

A dignidade humana passou a tema central dos debates jurídicos e sociais, motivo pelo qual a preocupação com a pessoa ascendeu ao cume da ordem jurídica que estava em

¹⁸¹ Hattenhauer assim descreve este ponto: “La formula de Kant evidenciaba una revolucion del pensamiento jurídico. Kant no hablaba del hombre, sino del sujeto, y se sobrentiende que, para el, solo entraba en consideracion el hombre como tal sujeto. No obstante, este cambio de lenguaje presta relieve a la funtion de la persona en un marco juridico predeterminado. El hombre se convierte en sujeto juridico. Cuanto mas entraba el anos el siglo XIX, tanto menor aplicacion encontraba la palabra persona. La batalla que librara el derecho natural quedo en el ovido, y sus victories, en perogrulladas. En pleno auge del interes, se also la pregunta de que ofrecia esta persona al Derecho desde un punto de vista funcional, y asi fue como inicio su marcha triunfal la doctrina de la capacidad juridica, da la capacidad del hombre para ser portador de derechos y deberes. Se llegaron a aplicar indistintamente las palabras persona, sujeto de derecho y capacidad juridical.” HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del Derecho Civil** – introducción histórico-dogmática. Barcelona: Ariel, 1987. p. 19.

¹⁸² Ibid., p.19.

¹⁸³ ARENDT, Hanna. **As origens do totalitarismo**: imperialismo, a expansão do poder. Tradução de Roberto Raposo. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Documentário, 1976, p. 236-237. Nesse prisma, interessante trabalho é desenvolvido por LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos** – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1991.

andamento.¹⁸⁴ Ocorre, entretanto, que a temática da pessoa na esfera da civilística (*locus privilegiado da pessoa*) encontrou restrições nos operadores do direito. Tal se deve à dogmática clássica, a qual inseriu o sujeito no mundo jurídico como mera figura operativa do direito. Por este fundamento, principiou-se a discussão acerca da pessoa pelo denominado caminho da *repersonalização* para o Direito Civil.

Nesse contexto, as relações contratuais passaram a ser analisadas visando-se a uma maior amplitude do sentido de pessoa, na sua concepção ontológico-existencial, relegando um menor esforço para a função operativa do sujeito, como requisito integrante da relação jurídica. Dessa forma, colocam-se em questão dois aspectos relacionados aos contratos e a teoria do direito civil. De um lado, está a concretização do princípio da dignidade humana da pessoa e, de outro, uma análise da complexidade das relações contratuais, porque inseridas em um lapso temporal prolongado e uma maior intensidade de relação dos sujeitos entre si.

No Brasil, a tarefa do questionamento do direito civil clássico, entendido como decorrente da escola da Exegese e da Pandectista, tem encontrado no movimento do direito civil-constitucional uma importante bandeira de superação da dogmática clássica¹⁸⁵. É o chamado movimento de *Constitucionalização do Direito Privado*, que visa a dar conteúdo centrado na pessoa humana a todos os institutos ou temas do direito privado. Propugna por uma despatrimonialização do direito civil, minimizando o aspecto patrimonial para valorizar a pessoa humana como figura central do direito civil, protegendo e tutelando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.¹⁸⁶

Essa despatrimonialização, como pontua Perlingieri, indica uma tendência normativo-cultural que, a toda evidência, opera-se uma opção pelo ordenamento jurídico, pelo personalismo em detrimento do patrimonialismo. É nesse viés que Perlingieri aponta que não é suficiente somente afirmar a importância dos interesses da personalidade, mas é necessário

¹⁸⁴ Importante trabalho sobre os direitos fundamentais é desenvolvido com sucesso por SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

¹⁸⁵ No Brasil, a perspectiva civil-constitucional do direito civil adentrou primeiramente através do artigo de autoria de Maria Celina Bodin de Moraes, denominado “A caminho de um direito civil constitucional”, publicado pela **Revista Direito, Estado e Sociedade**, nº 1, 2. ed., jul-dez. 1991, Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-RJ, p. 59-73. Após, diversos artigos foram publicados sobre o tema, tendo como autores Gustavo Tepedino, Paulo Luiz Netto Lobo, entre outros.

¹⁸⁶ Trabalho destacado sobre o princípio da dignidade humana e suas implicações na seara contratual, bem como o paradigma da essencialidade para os contratos pode ser visto em: NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato** – Novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-22.

reconstruir o direito civil com uma tutela qualitativamente diversa daquela entre a redução ou um aumento da tutela das situações patrimoniais.¹⁸⁷

A denominada corrente do direito civil-constitucional está inicialmente alicerçada na superação da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, ou seja, melhor referindo, no estabelecimento de pontes entre as estruturas jurídicas. Se na modernidade o Direito Público se abrigou nas diretrizes administrativas do Estado, como Poder Público, e se encontrava basicamente reunido sob o teto das Cartas Constitucionais, o Direito Privado se destinava à tutela das relações privadas, como contratos, propriedade e sucessões, e referidos temas se albergavam sob o manto do Código Civil, o qual era chamado, inclusive, de “constituição do direito privado”.^{188/189} É nessa convergência conformativa entre o regramento constitucional e o regramento privatístico que se estabelecerá um direito civil-constitucional, onde a normatividade constitucional se sobreporá ao ordenamento civil. Por esse motivo, Tepedino salienta que “o Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado”.¹⁹⁰

A força constitucional alça o cume normativo para irradiar os valores constitucionais, dentre os quais o da dignidade humana, para todos os institutos privados, de tal sorte que os princípios constitucionais passam a encontrar aplicação direta e a sobrepor-se àqueles ditames privados que os contrariam. Para a corrente do direito civil-constitucional, o direito constitucional está baseado na eficácia normativa dos princípios e num sistema jurídico aberto, o qual permite, segundo este entendimento, um processo axiológico de constitucionalização do direito civil.¹⁹¹

¹⁸⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 33-34.

¹⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

¹⁸⁹ GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, n. 747, p. 35-55, 1998.

¹⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: **Temas de direito civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 7.

¹⁹¹ A corrente do direito civil-constitucional no Brasil adota um enfoque embasado na tópica-sistemática de CANARIS como sistema aberto dentro de uma hierarquia constitucional, ou seja, a iluminação dos institutos de direito privado pelos princípios constitucionais, principalmente o valor máximo da dignidade da pessoa humana. CANARIS assim coloca: “Sendo o ordenamento, de acordo com a sua derivação a partir da regra da justiça, de natureza valorativa, assim também o sistema a ele correspondente só pode ser uma ordenação axiológica ou teleológica – na qual, aqui, teleológico não é utilizado no sentido estrito de pura conexão de meios aos fins, mas sim no sentido mais lato de cada realização de escopos e de valores; portanto no sentido no qual a ‘jurisprudência das valorações’ é equiparada à jurisprudência teleológica.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 66-67) Segue ainda o autor mais adiante, quando disserta sobre a sistematicidade do direito, como sistema aberto, dizendo: “O sistema jurídico é incompleto, porém sempre completável na colmatação das lacunas, à luz de princípios e valores positivados de modo implícito ou explícito nesse. Com isso, o sistema é

Portanto, segundo Negreiros,

A perspectiva civil-constitucional pretende dar à sucessão de fatos históricos que marcam a evolução do direito civil um sentido, ou uma intencionalidade, qual seja: a busca de uma efetiva proteção e de um permanente desenvolvimento da pessoa humana. [...] Ao mesmo tempo em que se consubstancia em uma chave de leitura da história recente do direito civil e da compenetração do direito privado e do direito público, a perspectiva civil-constitucional tem ainda a pretensão de reerguer, articulando-os sistematicamente, os destroços do direito civil liberal-individualista, com base em uma renovada axiologia, estabelecida pela Constituição a partir da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana.

A incidência direta e imediata da normativa constitucional sobre as relações interprivadas resume a proposta metodológica da perspectiva civil-constitucional [...].¹⁹²

Na esteira desse pensamento, Fachin propõe uma *Teoria Crítica do Direito Civil* com a reformulação, v.g., da biografia do sujeito de direito para retirar-lhe uma função relacionada somente com os três pilares básicos do direito civil, quais sejam: trânsito jurídico, a família e o patrimônio. Segundo FACHIN, os três pilares no âmbito da codificação estão centrados em torno de um sujeito patrimonializado e, deste, para o conceito de relação jurídica. É nesse ponto que o autor aponta para a dificuldade do Código Civil Brasileiro de superar a mensurabilidade da personalidade como via de permissão de ingresso no mundo jurídico, com a atribuição de uma capacidade, em maior ou menor grau, em que o sujeito torna-se *eventualmente* sujeito de direito.¹⁹³

Nesse caminho, Fachin aponta que a formulação do conceito de relação jurídica, bem como a própria palavra *relação* fornece um conceito de presença jurídica de pessoas. Salienta, todavia, que essa idéia de pessoa constante do código não colhe uma informação partindo de um sujeito concreto, ou seja, a partir de considerações concretas, desse ou daquele sujeito, mas a relação jurídica clássica leva em consideração somente uma noção abstrata e genérica de pessoas, noção esta que tem a pretensão de inscrever a todos ao mesmo tempo.¹⁹⁴

móvel, podendo acompanhar o sistema social para o qual se dirige, até o limite dos valores que compreende. Tal limite se expressa na inadmissão de lacunas de valores – anomia –, de cuja verificação decorre o termo do sistema, devendo ser construído um novo, condizente com os valores da respectiva sociedade”. (Op. cit., p. 241.) Interessante apontar uma tendência no Brasil, a partir do anos 30, de redução dos temas abordados pelo Código Civil e uma grande proliferação dos denominados microssistemas jurídicos, o que, de certa forma, esvaziaria a codificação, tornando-a desnecessária. É o fenômeno da descodificação do Direito Civil. Para mais, ver: TEPEDDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: **Temas do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 5-6.

¹⁹² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato** – Novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 59-60.

¹⁹³ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 29-48.

¹⁹⁴ *Op. cit.*, p. 38.

Nesse sentido, aponta com propriedade para o fato de que o Código Civil Brasileiro de 2002¹⁹⁵, cujo modelo originário alicerça-se no Código de 1916, ao inserir o sujeito como mero elemento da relação jurídica, demonstra que esse sujeito não precede o conceito jurídico de si próprio, porque somente é pessoa quem o ordenamento jurídico assim o define.¹⁹⁶ Nesse ponto, ocorre uma subtração do *ser* em favorecimento do *ter* pelo sujeito de direito, o que possibilita ao sistema determinar ao sujeito não *ser*, mas *ter* titularidades.¹⁹⁷

A conseqüência da alteração de paradigma realizado pela perspectiva civil-constitucional do direito privado é, indubitavelmente, exitosa no contexto brasileiro e aproxima o jurista ou operador do direito da realidade concreta do mundo da vida, porque elege um valor humano como *telos* de todo o ordenamento jurídico, visando a concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana. Todavia, no presente estudo, entende-se que tal perspectiva não esgota ou não permite uma maior ampliação da busca pelo ser do direito, como ponte para a concretização do ser da pessoa humana. Isso ocorre porque, quando se elege um valor fundamental como meta-critério de interpretação do sistema jurídico, pode-se incorrer no que Heidegger denomina *decaída*. Ou seja, que o operador do direito se mantenha fundamentando sua decisão, ou interpretação, tão-somente embasado, e de forma repetitiva e superficial, no mesmo princípio, sem, entretanto, adentrar na esfera desse princípio como forma de dar conteúdo substancial ao mesmo na dinâmica temporal e histórica.

Necessário se faz manter-se a diferença ontológica permanentemente em vista e considerar que, ao atribuir-se sentido às coisas, neste caso um princípio, não é simplesmente verificar uma qualidade que as coisas possuem em si mesmas, porque é somente no contato do homem com essas coisas, através de uma pré-compreensão existente em cada um dos sujeitos humanos, que se poderá construir o significado mais autêntico para o princípio. Ocorre que esse sentido é permanentemente mutável e com significação provisória; por isso, o operador deve estar atento à pré-compreensão e permitir-se viver a angústia como forma de

¹⁹⁵ Azevedo, referindo-se ao Projeto de Código Civil que viria a se tornar o atual, leciona que aquele Projeto não correspondia mais à atualidade e que, hodiernamente, nem se poderia falar em um código privado, mas em vários códigos privados. Para o autor, deveria ser estabelecido um código de família, um de obrigações, permitindo uma participação popular efetiva na configuração desses estatutos. Finaliza questionando se é possível o acompanhamento popular de um código com mais de 2000 artigos, com uma diversidade de temas. A questão permanece intrigante, apesar de ter sido superada pela promulgação do Código Civil de 2002 e sobre o qual, enfim, devemos nos debruçar (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito Pós-Moderno e a codificação. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, n. 472, 1975. p. 128-129).

¹⁹⁶ FACHIN, *op. cit.*, p. 87-89.

¹⁹⁷ MEIRELES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando os Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114.

questionamento na busca pelo sentido do ser do direito em cada caso.¹⁹⁸ De qualquer forma, o que se mostra por meio desta corrente é a necessidade de concretização do direito pela consideração da realidade dos sujeitos, neste caso, em se tratando de contratos, da observância das condições materiais, psicológicas, sociais, entre outras, de cada um dos sujeitos da relação contratual.

Outro caminho bastante promissor, ao analisarem-se materialmente os contratos, na busca pelo reconhecimento do ser concreto como ser do sujeito de direito e sua imbricação para a teoria dos contratos pode ser aquela embasada na teoria relacional dos contratos, formulada primeiramente por Ian Macneil¹⁹⁹.

No Brasil, Macedo Jr. adotou a teoria relacional nos contratos como base para uma releitura do instituto dos contratos, partindo de um reconhecimento de alguns elementos concretos e existentes da vida do sujeito, ou seja, o contrato como momento ou relação entre sujeitos vivenciais.

Para tanto, Macedo parte de uma definição de Direito como sendo um conjunto de práticas normativas, sendo essas de natureza coercitiva, social ou política e de sua racionalidade. Dessa forma, o autor pontua que o Direito, enquanto conceito, não goza de essência alguma, mas permite qualificar práticas históricas e sociais determinadas. Em relação aos contratos, por seu turno, igualmente não se pode atribuir alguma essência conceitual, ou estrutura permanente e imutável, mas falar-se somente de práticas que, em seu conjunto, apresentam semelhanças “de família” e que, por isso, permite-se sua agregação sob determinado conceito. Como decorrência, analisar o contrato, enquanto prática, corresponde a considerá-lo como umbilicalmente vinculado à sociedade na qual esta prática se desenvolve.²⁰⁰

Macedo estabelece, portanto, quatro fontes principais dos contratos. A primeira, como se depreende do anteriormente mencionado, é a própria sociedade na qual está inserida a prática contratual, considerada esta inclusive com suas instituições estabilizadoras, regras sociais, valores e linguagem. A segunda fonte desenvolve-se nas na chamada especialização

¹⁹⁸ Interessante análise acerca das formas de interpretação pode ser extraída de SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. “O princípio da Boa-fé objetiva no Direito Contratual e o problema do homem médio: da jurisprudência de valores à hermenêutica filosófica.”. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado - 2004**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 67-91.

¹⁹⁹ MACNEIL, Ian. “The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil”. In: **Modern Legal Studies**. London: Sweet & Maxwell, 2001. Imprescindível mencionar que essa teoria foi elaborada em outra sistemática jurídica, ou seja, aquela de cultura anglo-saxã; portanto, demonstra um solo fértil para apontar análises críticas e possibilidades inovadoras na prática jurídica pátria.

²⁰⁰ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 150-151.

ou divisão social do trabalho. Com isso, o autor quer trazer o elemento da troca social mensurável economicamente, seja pela via do trabalho organizado ou pela passagem de bens e capital entre relações de parentesco ou costume. É, na realidade, a medida econômica estabelecida.

O terceiro fator considerado como fonte contratual se destaca-se como o “sentido de escolha”, ou seja, apesar de ser discutível a autonomia da vontade ou a liberdade de contratar, como previsto pela teoria clássica, necessariamente se faz presente um grau de autonomia para possibilitar uma escolha. Em caso contrário, se estaria sob o auspício do mero comando, como nas relações meramente escravocratas.²⁰¹

Por último, o quarto elemento considerado como fonte dos contratos se constitui na consciência temporal do sujeito, ou seja, a consideração de que o contrato é fundamentalmente um ajuste realizado no presente, sobre algo que ocorrerá no futuro. A consciência do passado realiza a tarefa de estabilização das expectativas inerentes aos sujeitos.²⁰² A temporalidade é intrínseca aos contratos, porque, em realidade, é inerente à condição humana do sujeito.

Desta forma, Macedo traz a definição de Macneil de contrato como sendo

[...] um projetor de trocas emanado numa matriz social fundada nos outros elementos supramencionados, a saber, a especialização do trabalho e da troca, o sentimento de escolha, aparente ou real, e seu exercício, e a consciência do passado, presente e futuro.²⁰³

Prossegue o autor, dizendo que Macneil oferece à consideração dois exemplos paradigmáticos para a diferenciação dos contratos denominados descontínuos e os contratos relacionais. Como exemplo, cita a compra de gasolina em um²⁰⁴ posto de abastecimento numa rodovia, sendo esta transação absolutamente impessoal, completa, rápida e praticamente instantânea. A outra modalidade de contrato tem como exemplo um casamento tradicional, com um longo período de namoro, de aquisição de confiança, de objetivos a longo prazo em

²⁰¹ *Op. cit.*, p. 153. Importante destacar que esta autonomia de vontade necessária tem implicações discutíveis no panorama moderno-contemporâneo, porque, estabelecidas as diretrizes de consumo, pela quais igualmente se realizam através de contratos, a liberdade de usufruir de determinados serviços ou produtos se sobrepõe à possibilidade de escolha. Tal apontamento o autor realiza na introdução de sua obra.

²⁰² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 153.

²⁰³ *Idem, ibidem*.

²⁰⁴ Apesar do contrato ser descontínuo, para efeito de consideração no presente estudo, certamente gerará responsabilidades inerentes ao tipo contratual, v.g., de consumo.

comum, de expectativas para com a relação. Esse contrato tem ainda cláusulas abertas e indeterminadas; por exemplo, o esforço pessoal para o bem-estar da família, a distribuição das tarefas do lar, procedimentos em casos de doenças, relacionamento sexual. No momento em que o contrato é realizado, melhor dizendo, é celebrado, permanece a variável da mudança e a constante possibilidade de mudança.²⁰⁵

Neste ponto, Macedo expõe com clareza os sete elementos transacionais do contrato, pelos quais a diferença, apontada nos dois exemplos anteriores, pode tornar-se mais cristalina. São eles: (1) relações primárias e não-primárias e o número de integrantes; (2) medida e especificidade da transação; (3) começo, duração e término; (4) planejamento; (5) divisão e compartilhamento de ônus e benefícios (cooperação e solidariedade) e fontes de apoio moral e econômico; (6) poder; e (7) visão e expectativa dos participantes.²⁰⁶

Dos pontos suscitados, se abordarão, para o presente estudo, apenas três, que, neste ponto, podem demonstrar uma necessidade de concretização do sujeito. O primeiro ponto é relativo às relações primárias e não-primárias. Aqui se denota uma diferença contundente entre os contratos relacionais e os descontínuos. Nos contratos descontínuos, como os de aquisição da gasolina, não se envolvem diretamente relações primárias, sendo, todavia, no segundo exemplo, fundamentais na formulação do próprio contrato.

Três características são apontadas nas relações primárias: (1) As relações primárias dirigem-se às pessoas em sua integralidade e não a segmentos, sendo, assim, que os participantes integram como únicos e totais: únicos significa que é uma resposta a determinado sujeito e não transferível a terceiros; total porque a resposta está vinculada e dirigida aos aspectos de caráter e experiências do sujeito, assim como este sujeito responde de forma espontânea, individualizada e com o permissivo de que sentimentos existentes se coloquem na relação; (2) A comunidade formada pela relação primária contratual é longa e profunda, permitindo uma comunicação mais complexa e apta a buscar as profundezas da personalidade de cada um dos sujeitos; (3) Por último, nas relações primárias, existe um caráter de satisfação individual preponderante, pelo qual o sujeito, ao ingressar nessa relação, recebe um estímulo para o desenvolvimento pessoal ou bem-estar. Nas relações primárias, fundamentalmente o sujeito é considerado por si e não como mero meio ou instrumento para determinada finalidade prática.²⁰⁷

²⁰⁵ *Op. cit.*, p. 155.

²⁰⁶ *Idem, ibidem.*

²⁰⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 153.

Considerando essas características básicas das relações primárias para os contratos relacionais, pode-se afirmar que, diversamente dos contratos descontínuos, os relacionais envolvem a pessoa na sua integralidade, com profundidade comunicacional e significações pessoais não necessariamente econômicas.²⁰⁸

O segundo ponto diz respeito ao início, à duração e ao término da relação contratual, ou seja, a temporalidade do ato contratual como elemento externo e não subjetivo do sujeito. Os contratos descontínuos tendem a ser abruptos, instantâneos, como em qualquer aquisição de bem de consumo, como o caso da gasolina ou um refrigerante. O contato entre os sujeitos é breve e pouco, minimamente naquilo em que é objetivamente necessário. O sujeito vem para a relação contratual já definido em seus termos integrais, e a satisfação é imediata; os sujeitos agem como meios rápidos de solução. A projeção temporal é, em regra, curta no futuro.²⁰⁹

Todavia, os contratos relacionais não gozam desse caráter de instantaneidade, porque normalmente passam pelas relações primárias, desenvolvem-se lentamente e de forma flexibilizada, sendo que, em regra, as “cláusulas” contratuais se desenvolvem conjuntamente com a relação contratual. A intensidade igualmente é diferenciada e tem a tendência de se aprofundar com o tempo. O término, igualmente, em regra, não se dá de forma instantânea e tende a se dissolver lentamente, através de ajustes e cláusulas posteriormente inseridas. O término tende a ser negociado longamente. Os efeitos desses contratos se projetam normalmente para um longo período após o término e isso se deve ao fato de funcionar na subjetividade do sujeito, naquilo que se refere à própria condição vivencial do mesmo.

Por fim, o terceiro ponto que interessa em maior grau ao presente estudo diz respeito à visão e à expectativa dos participantes da relação contratual. Segundo Macedo, ancorado por Macneil, quatro são as atitudes consideradas quanto à visão dos sujeitos do contrato: (a) o reconhecimento da troca; (b) o comportamento altruístico; (c) o sentimento de tempo: presentificar ou atualizar o futuro e futurar o presente; (d) as expectativas dos problemas futuros.²¹⁰

O reconhecimento da troca para os contratos descontínuos é clara e precisa, e facilmente se reconhece o conteúdo econômico da relação. Em não havendo esta troca precisa, simplesmente na haverá o próprio contrato. Todavia, quando se consideram os contratos relacionais, comumente acontece de se perder a clareza do conteúdo econômico envolvido, e considerar, como soe e deve acontecer, o conteúdo subjetivo, social,

²⁰⁸ *Op. cit.*, p. 157.

²⁰⁹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 160-162.

²¹⁰ *Op. cit.*, p. 205.

psicológico da relação contratual. Ocorre muitas vezes de as partes silenciarem quanto ao conteúdo mensurável economicamente em privilégio dos demais conteúdos relacionados. Nesse viés, fundamental é a presença do elemento “confiança” na relação contratual, porque passa a desempenhar um papel basilar no sucesso e continuidade do contrato. Esse elemento, como elemento subjetivo, mantém a estabilidade do contrato.²¹¹

Como segundo elemento, o comportamento altruístico é aquele que é realizado por um dos sujeitos para beneficiar o outro, sem uma determinada antecipação de recompensa por qualquer fonte externa. Esse comportamento ocorre de forma desinteressada e não impelida por fatores morais ou de dever, nem de obrigação.

O terceiro elemento, o sentimento de tempo para os contratos descontínuos se desenvolve de forma a presentificar o futuro, ou seja, a prever todas as possibilidades e estabelecer as vinculações no presente do que se ajusta para o futuro. Há um corte temporal e uma apropriação do futuro pelo presente. Diferentemente, nos contratos relacionais, os sujeitos tendem a fundir passado, presente e futuro e deixam de estabelecer linhas radicais demarcatórias do futuro no presente. Muda a intensidade dos ajustes e aumentam os limites de flexibilização do tempo e do cumprimento de determinados objetivos.²¹²

Por fim, o quarto elemento se debruça acerca das expectativas dos problemas futuros. Nesse ponto, parece claro que os contratos descontínuos tendem a não ser imaginados como possuidores de problemas futuros, porque, em regra, se apropriam do futuro no presente e tornam instantânea a relação contratual. As expectativas se desenrolam no plano normativo e não subjetivo motivacional. Já nos contratos relacionais, os problemas são considerados como problemas decorrentes da própria dinâmica da vida. Esses problemas podem ser parcialmente antecipados, mas, em regra, como as próprias cláusulas são flexibilizadas, as soluções igualmente demandam mobilidade. Os sujeitos devem ter expectativas igualmente quanto aos problemas e estar preparados para buscar as soluções negociais pertinentes. Há uma substancial alteração na expectativa tanto do que o contrato pode lhe trazer quanto aquilo que deverá ser concedido pelo sujeito na busca da realização da relação.²¹³

O que se depreende desse breve panorama dos contratos relacionais é uma busca pelos fatores subjetivos inerentes ao contrato, não mais considerado como um único, mas considerando as características concernentes a cada forma de contratação, ou seja, as práticas contratuais como práticas humanas, portanto eivadas de subjetividades e sentimentos,

²¹¹ *Idem, ibidem.*

²¹² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 208.

²¹³ *Op. cit.*, p. 209-210.

expectativas e frustrações, sempre e permanentemente vinculadas ao sujeito que realiza a relação jurídica, como sujeito humano. Esse é outro caminho que se adota na busca de uma reconfiguração da teoria contratual, no reconhecimento da realidade do mundo da vida.

Interessante é a posição de Roppo, ao final de detalhada análise dos contratos na atualidade e sua amplitude histórica, quando coloca duas posições existentes acerca do fenômeno do contrato e seu novo papel. A primeira seria aquela que reconhece um declínio ou mesmo morte dos contratos, quando da retirada de uma autonomia contratual ou de uma liberdade de contratar e onde a lei interfere, fulminando a possibilidade dos sujeitos de manutenção ou expressão na relação contratual. Ou seja, a superação de um Estado Liberal para um Estado Social como impeditivo de manutenção da teoria contratual existente. Seria o esvaziamento do contrato.²¹⁴

De outro lado, há a posição que defende um revigoramento dos contratos ou um retorno ao *status quo* da teoria contratual, através de uma ampliação da base de incidência do instituto contratual, como as relações contratuais fáticas, ou seja, aquelas não necessariamente reduzidas à formalidade jurisdicizada, ou mesmo, o entendimento de que o mercado, através do capitalismo dinâmico, permite um revigoramento dos contratos.²¹⁵

Segundo Roppo, qualquer dos dois vieses adotados, seja aquele da morte dos contratos ou aquele da ressurreição dos contratos, estão equivocados, porque partem de premissas metafísicas na busca de uma essência histórica do instituto. Para Roppo,

Dizer que o contrato ‘está morto’, afirma – quase subentendendo a idéia de um retrocesso histórico – que o seu papel tende a ser reocupado pelo ‘status’, só tem, de facto, sentido se se postula a idéia de uma ‘essência’ do contrato, imutável e indiferente à história. Este é, no entanto, um modo impreciso de enfrentar o problema, pois impede de apreender o sentido dos factos. Sabemos que qualquer instituto jurídico, longe de ser governado por leis absolutas, está sujeito a um princípio de relatividade histórica: postular uma ‘essência’ do contrato (e encontrá-la em concreto, no exercício incondicionalmente livre da vontade individual e dos impulsos subjectivos das partes) significa destacar, de modo arbitrário, uma fase historicamente condicionada e circunscrita da evolução do instituto contratual (admitindo – o que é duvidoso – que também aquela fase tenha correspondido perfeitamente à pureza do modelo). Mas isto é ideologia; existe sim o contrato, na variedade de suas formas históricas e de suas concretas transformações.²¹⁶

Independentemente do caminho a ser trilhado, seja o de um direito civil-constitucional aplicado aos contratos, seja um viés inserido pelos contratos relacionais ou a consideração do

²¹⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 335-341.

²¹⁵ *Op. cit.*, p. 335-341.

²¹⁶ ROPPO, *op. cit.*, p. 347-348.

movimento de transformação do contrato como instituto, o fato imutável é que há um movimento de abertura de possibilidades na reconstrução da relação contratual, principiada pelo reconhecimento de outro sujeito de direito, como base para qualquer forma de relação jurídica.

As questões que se avizinham na problemática do sujeito de direito estão calcadas em todo um conjunto de pensamento moderno, através de seus paradigmas filosóficos que repercutem para o direito, porque, como bem pontua Perlingieri, ao dizer que o estudo do direito não pode, de forma alguma, prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de forma a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno jurídico. Dessa forma, pontua que o direito é fenômeno social que necessita de mais aberturas e que precisa estar sensível às modificações da realidade, na sua mais ampla acepção.²¹⁷ O que se depreende, em outros termos, é que a realidade do direito como manifestação histórica da sociedade está intrinsecamente vinculada ao próprio acontecer como fenômeno humano; portanto, indispensável é considerar o sujeito de direito como um sujeito jogado-no-mundo, em um mundo da vida, com toda a carga pré-compreensiva que lhe é inerente e inexpugnável.

3.3 O SUJEITO DE DIREITO NO REPENSAR DA FENOMENOLOGIA

Ao acompanhar a trajetória do homem moderno, colocando-o em foco e iluminando as suas cercanias, com a explicitação de “sentimentos” básicos como o de interioridade ou a valoração da razão sobre a paixão, pode-se constatar que a modernidade nos relega um caráter individualista (ou mesmo egoísta) no modo de ser do homem.²¹⁸

É desse individualismo que Bauman fala no seu importante trabalho intitulado *Modernidade Líquida*, no qual expõe uma caracterização do homem moderno como um homem “fluído”, para o qual a autoconstituição da vida individual e o tecimento de laços com outros indivíduos também em processo de autoconstituição se traduz na tarefa fundamental da

²¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1.

²¹⁸ A expressão “valoração” aqui é utilizada como contra-posta à de “predominância”, porque acredita o autor que, embora a modernidade dê uma impressão de que a razão por si é predominante ou superior às paixões, como que podendo dizer “o certo é ser 75 % razão e 25% paixão”. O autor discorda e acredita que é falso tal pensamento, porque as paixões estão e estarão umbilicalmente vinculadas ao homem como constituição do seu ser, tanto quanto a sua “possibilidade” de ser racional, o que, de plano, não se acredita como estado permanente, ou mesmo, predominante na vivência humana.

sobrevivência. É na precariedade das parcerias humanas eivadas de expectativas, mas sem a devida institucionalização, e, portanto, menos resistente à flexibilidade do mundo moderno que o indivíduo vai encontrar abrigo em um domínio muito diminuto da política-vida pessoal, ou seja, há um engrandecimento da vida privada em detrimento da vida pública, aqui entendida como vida em comum, a vida dos problemas da comunidade, bem como da relação com os demais seres humanos.²¹⁹

Ambigualmente, é este sujeito individualizado que busca um sentimento de aconchego no seio de uma comunidade, entendida como aquele lugar em que simplesmente se é, sem necessitar primeiramente reconhecer os padrões que a ela estão conjugados. É a dicotomia entre liberdade e segurança, que caracteriza a busca pelo sentimento identitário do homem moderno; é a denominada “ambivalência do individualismo moderno”, que se movimenta como emancipação e que, portanto, os torna autônomos e portadores de direito e, ao mesmo tempo, por outro lado, uma determinação de insegurança crescente motivada pela responsabilidade do futuro e pela obrigação de cada indivíduo de dar significação e sentido à sua própria vida, não mais pelo fator motivacional externo, mas pela sua própria auto-determinação.²²⁰

Destaca Bauman que a individualização poderia ser pródiga e generosa ao conceder o dom da liberdade pessoal a qualquer indivíduo que assim o escolhesse, mas afirma que o “pacote de liberdade *cum* segurança (ou, melhor, segurança através da liberdade) não estava em geral incluída”.²²¹ Essa ambivalência serviu de base para o capitalismo moderno, de cunho liberal, porque na base dessa identidade individualizada estava o confronto pela busca de uma própria identidade, e esta somente poderia ser concebida no confronto por uma diferença dos demais. Aos interesses de um capitalismo, os homens e as mulheres, como massa de trabalho, primeiramente, deveriam ser separados dos laços comunitários para serem reagrupados posteriormente como “equipes de fábrica”.²²² Esse processo de separação e reagrupamento reafirma e reforça uma concepção do sujeito como racional, interior, auto-identitário e individualista. O individualismo é a marca característica dos tempos atuais.

O direito, por seu turno, não se exclui desse *modus* individualista de ser, em que a mera subsunção do fato à norma e a desvinculação da realidade, como se o mundo jurídico

²¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 59-63. Nesse aspecto, Bauman repõe em discussão o já apontado esfacelamento da esfera comum pela projeção do privado analisado por Hanna Arendt, no seu livro **A Condição Humana**.

²²⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003. p. 25-26.

²²¹ Op. cit., p. 26-27.

²²² Idem, p. 32-33.

estivesse em outro mundo que não àquele real, físico e temporal. A ciência jurídica que se fechou para a questão do ser através dos cânones racionalistas codificados e, com isso, tornou o sujeito um mero sujeito “abstrato”, necessita buscar um modo-de-ser mais autêntico para superar um sentimento de estagnação e atemporalidade tão próprios da modernidade.

Esse tempo estagnado não concede a real amplitude dos contratos, na sua dinamicidade intrínseca. As relações econômicas, sociais e jurídicas não comportam mais a consideração do tempo como aquele fixo e imutável, estabelecido conceitualmente como o do ato jurídico perfeito, ao qual se colocava uma total formalização do ajuste e o engessamento das expectativas ou anseios dos sujeitos. O tempo que se estabelece atualmente é o tempo das relações vivenciadas, do dia-a-dia, da prática dos contratos e das consequências deles decorrentes, sejam através de um passado condicionante, um presente concreto ou um futuro presentificado ou incerto. Nesse prisma, a previsibilidade inerente ao contrato não acontece mais pela simples manutenção do pactuado, como o brocardo *pacta sunt servanda*, mas mediante uma dinâmica permanente entre as partes, inclusive na possibilidade de reformulação de cláusulas ou, até mesmo, da totalidade do contrato. Nesse viés, OST salienta: “*Esta mayor flexibilidad del contrato, lejos de ponder de manifiesto su vulnerabilidad, le confiere una mayor capacidad de adaptacion y, con ello, oportunidades más altas de sobrevivir a lo fortuito de las circunstancias.*”²²³

Aliás, destaca-se que a percepção do tempo como uma negação ou sua correspondente estagnação no plano dos contratos reinou (e ainda reina) como pretensa base da segurança jurídica, porque argumenta-se que, ao aceitar a temporalidade e a transitoriedade dos contratos (e note-se: não necessariamente das relações contratuais!), estar-se-ia caindo em uma insegurança quanto às normas regentes dos contratos. Todavia, tal argumento mostra-se falacioso, porque, ao se repensar o contrato como expressão prática das realidades dos sujeitos, como sujeitos humanos e finitos, e aceitar o risco inerente ao próprio contrato, pode-se conceber que segurança jurídica é a possibilidade de um dos sujeitos da relação ter interesse em que o outro se mantenha com possibilidade negocial. É, por exemplo, o interesse dos parceiros em não levar à falência o outro para que se mantenham em contínua troca como mercado.²²⁴

²²³ OST, François. “Tiempo y contrato – crítica del pacto fáustico”. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. N.º 25. Madrid: Universidad de Alicante, 2002. p. 609).

²²⁴ FRANÇOIS OST. O autor questiona acerca da legitimidade de se exigir das partes que se retome o caminho das negociações, seja por exigência legislativa ou judicial, naquelas circunstâncias de destacada importância, desde que mantido o princípio basilar da confiança, denominado, neste caso, de boa-fé (OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 312-313).

Desse modo, destaca-se sempre e permanentemente o caráter subjetivo da relação contratual, que encontra guarida, v.g., no princípio da boa-fé objetiva, inserida no artigo 421 do Código Civil de 2002, e que se mostra como porta promissora para a reconfiguração da relação contratual.

Silva Filho assim destaca:

A boa-fé, especialmente quando focada em sua dimensão objetiva, traz à tona, antes de mais nada, a necessidade social e institucional de que as pessoas que se relacionam no marco do contrato possam confiar umas nas outras; daí a importância de existirem certos parâmetros de comportamento nestas relações que transcendam a vontade das partes, que sejam verdadeiras balizas institucionais. Tais parâmetros, contudo, não podem simplesmente ser paralisados em alguma representação que seja totalmente objetiva; é preciso, cada vez mais, acercar-se dos elementos peculiares que cada relação e seus sujeitos trazem.²²⁵

Essas concepções diferenciadas do direito e diretamente dos contratos encontram, na busca pelo sentido do ser, o questionamento fundamental para a teoria do contrato, quando analisado em toda a amplitude possível a figura concreta do sujeito de direito. Todavia, na prática jurídica, essa concepção real e concreta do sujeito, como um existencial, dentro e nos limites de sua finitude, ainda encontra dificuldades. O jurista ainda está demasiadamente enraizado em uma cultura dogmática conceitual e abstrata.

Nesse sentido, alguns caminhos se apresentam na busca de uma superação do esquecimento do ser do direito. Lênio Streck, denunciando esta falta de sentido pelo ser na seara constitucional e a conseqüente entificação do ser do direito, aponta para um “habitus dogmaticus” ou, em outras palavras, para o “sentido comum teórico dos juristas”.²²⁶

É através desse “habitus dogmaticus” que o jurista se aliena da verdade do ser, assumindo uma atitude repetitiva, conceitual e estática, da qual depreende uma realidade permanentemente jurisdicizada, sem o questionamento ou a busca pelo desvelamento do ser da situação concreta sobre a qual se debruça.²²⁷

²²⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. “Pessoa humana e Boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade.”. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado - 2005**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 134.

²²⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 108.

²²⁷ LENIO STRECK aponta basicamente para o dogma da subsunção, onde o texto da norma é identificado com a norma inteira e busca-se atrás deste texto um sentido fundante, o qual se pensa estar lá, localizável, acabado, atemporal, passível de ser extraído pelo “intérprete”. Dessa forma, através do raciocínio dedutivo, o jurista

Em matéria penal, Copetti denuncia a necessidade de desvelamento dos princípios constitucionais por meio de uma conjugação da filosofia com o direito, para que, superando-se a dogmática clássica que não mais atende aos anseios e necessidades do sujeito humano de direito, a filosofia possa abrir um espaço para o lançamento de outras bases, às quais possibilitarão um novo direito penal. Assim estabelece o autor que, para a filosofia,

Este é um lugar privilegiado que tem a possibilidade de proporcionar um efetivo desvelamento, pela mediação hermenêutica entre texto constitucional e realidade social, das concepções historicamente situadas de racionalidade prática, bem e justiça que estão arraigadas ao projeto constitucional [...].²²⁸

Na seara do direito civil, esse proceder dogmático impede um repensar ou uma abertura para os novos sentidos da relação contratual e do reconhecimento do sujeito de direito como um sujeito humano, temporal, dinâmico e vivo.

Quando se analisam principalmente os contratos, que, por ser expressão máxima de um liberalismo, desde sua formulação como contrato fundante de uma sociedade - e ilumina-os através do reconhecimento da dinamicidade das relações contratuais, em que inexoravelmente todos os sujeitos sociais, como sujeitos de direito e pessoas humanas, existem como seres temporais e finitos - a dinâmica necessita de detida análise da diferença entre o ser e o ente proposta por Heidegger, bem como do correto ingresso no círculo hermenêutico, como forma possível de estabelecimento de uma nova teoria contratual, com o desvelamento do sujeito como um ser autocompreensivo, que, quando se projeta para a pactuação, carrega a expectativa consciente e inconsciente de si e da sociedade em que vive, através do seu próprio acontecer.

Por este motivo, conforme apontado anteriormente, o jurista necessita buscar reconhecer a sua própria pré-compreensão e o correto ingresso no círculo hermenêutico. Deve estabelecer a fundamental diferença ontológica, aquela que irá marcar a dinâmica temporal do velamento e desvelamento na busca pela verdade do ser.

impede a transcendência para além do texto da norma e para o reconhecimento da diferença ontológica na dinâmica velamento/desvelamento, o que permite uma revelação do ser na sua forma mais autêntica. (*Op. cit.*, *ibid.*, p. 118).

²²⁸ COPETTI, André. “Por uma (neo)filosofia política constitucional no direito penal: uma exigência fenomenológica do Estado Democrático de Direito brasileiro. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** – (*Neo*)constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as constituições, n. 2, Porto Alegre: IHJ, 2004. p. 29.

No sentido do presente estudo, o jurista, quando da análise do caso concreto, deve, impreterivelmente, por respeito à dignidade do ser humano, como um ser autocompreensivo, na constituição do *Dasein*, tanto daquele que a quem compete decidir, como quanto daquele a quem se decide, buscar a clareira do ser, como ponte permissiva para iluminar a cadeia pré-compreensiva e ingressar hermeneuticamente na relação concreta, desvelando o ser do sujeito, para que, nesse reconhecimento, se atinja um direito autêntico.

Cabe, por fim, repisar que a particularidade do ser está exatamente em que esta tarefa de questionamento por ele, neste velamento/desvelamento, é permanente e encontra, na finitude humana, o seu correlato enquanto sujeito de direito e ser humano autêntico e vivo, cumprindo ao jurista a contínua tarefa de reconhecer a dinâmica existencial inerente ao fenômeno e ao acontecimento do ser humano, como ser para a morte.

O sujeito de direito, neste sentido, é “figura” nodal, porque deixa de existir apenas como figura conceitual para se concretizar como sujeito humano de direito. Os contratos estão material e formalmente vinculados à sociedade contemporânea; o sujeito, aquele racional e individualizado, perde espaço para o sujeito convivente ou existente na coletividade. O *Dasein*, como expressão da humanidade do sujeito, ou seja, a possibilidade única do sujeito humano de se autocompreender, o que aparentemente seria uma redundância, mas que, na realidade, é a faculdade de compreender a si e ver que se compreende a si mesmo, permite, através do enfrentamento da angústia, uma permanente vigília pelo acontecer do direito.

O direito, neste caso, não mais como um ente estático e objetificado, mas como um ser autêntico e vivo que permite, em sociedade, a implementação dos anseios dos sujeitos e o reconhecimento do fenômeno humano em sua plenitude e em toda a extensão de sua dignidade, como dignidade humana. O que se propugna não é engessar a relação contratual, mas, ao reconhecer o espaço fenomenológico do sujeito de direito, como pessoa humana, e permitir à própria relação contratual o desvelamento de sua verdade autêntica, bem como suas possibilidades e concretizações.

Os exemplos tratados no presente estudo, sob o aspecto da concretização da dignidade da pessoa humana ou o da complexidade material das relações contratuais, servem como caminhos para o reconhecimento fenomenológico da *repersonalização* do direito civil. A fenomenologia de Heidegger não traz a resposta por si somente, mas permite a criação de um espaço suficientemente privilegiado para que o sujeito de direito possa reconfigurar-se e reconstruir-se como um sujeito humano de direito e a relação contratual possa atingir uma autêntica verdade do sentido do seu ser e, assim, desvelar o sentido do ser dos próprios sujeitos de direito.

CONCLUSÃO

A tarefa de *repersonalização* do Direito Privado e de sua implicação na teoria dos contratos revela a importância da consideração do sujeito de direito como início e fim deste percurso. A conceitualização da denominada figura do sujeito de direito está calcada em um movimento amplo de entendimento do que seja o próprio homem enquanto sujeito e participante da sociedade.

Ao se buscar os fundamentos deste sujeito moderno, como forma mais precisa de revelar toda a amplitude desse sentir-se do próprio entendimento humano, descobrem-se fatores fundamentais e condicionantes de toda a estrutura de pensamento moderno. O sujeito de direito na formulação leibniziana é conseqüência da transformação do pensamento e do entendimento do próprio homem. É o homem que, na procura de uma ordem natural do Bem, como entendia Platão, ou em uma captação dessa ordem para a busca do divino, vai desembocar em um processo de racionalidade cartesiana, permeado por toda a revolução fisicalista decorrente das descobertas de Galileu.

É nesta racionalidade extremada atingida por Locke, na figura do *self pontual*, que o sujeito vai transformar-se no conceito jurídico de sujeito de direito. Este, para todo o efeito, é aquele cujas capacidades de autodeterminação e liberdade o qualificam como detentor de uma *qualitas moralis*.

A influência do pensamento cartesiano, conjugado com o racionalismo decorrente do Direito Natural moderno formatou, através da Escola da Exegese e, posteriormente, da Pandectista, um sujeito de direito autônomo e desconectado da realidade do mundo da vida. Se essa figura se prestou aos juristas do século XIX, como conceito abstrato, tal não pode ser a consideração atual.

Através da perspectiva da fenomenologia hermenêutica de Heidegger, o sujeito de direito pode e deve ser desvelado e considerado no seu potencial existencial. É no reconhecimento de que o sujeito, como pessoa humana, detém a capacidade de autocompreensão, e, portanto, tem em seu *Dasein* a possibilidade de ingressar no círculo hermenêutico de forma adequada, ou seja, considerando os elementos que a própria pré-compreensão recolhe do mundo da vida e pelos quais está condicionada desde sempre, que se poderá buscar o verdadeiro sentido do ser do direito, como construção e concretização dos anseios do homem.

Neste panorama, indispensável para o operador do direito que se mantenha alerta e atento à fundamental diferença entre ser e ente, para que, nessa diferença ontológica, se encontre e se configure um direito autêntico e adequado à realidade do mundo da vida.

Os contratos, assim como a relação contratual como um todo, expressam uma possibilidade viva e concreta de encontrar os caminhos necessários à implementação da dignidade da pessoa humana. Entre esses caminhos, pode-se citar a perspectiva civil-constitucional do direito como um exemplo desse repensar. Também, e de outra forma, mas igualmente importante, a teoria relacional dos contratos se presta a ampliar o espectro de realidade social na configuração dos contratos.

A fenomenologia hermenêutica não visa a se opor, mas, ao contrário, é *modus* indispensável de pensar a relação do homem com o próximo, bem como o pensar do fenômeno jurídico, para que, através do questionamento permanente e da angústia de caminhar ao encontro da propriedade, se atinja um contato pleno entre o jurista e a realidade que o cerca.

A dignidade da pessoa humana se encontra, indispensavelmente, na capacidade do sujeito de desvelar o ser e ter consciência que, ao fazê-lo, estará velando outras possibilidades e que, portanto, não pode, de forma alguma, fugir da fundamental tarefa de procurar o ser mais autêntico. Nessa travessia, ao se abrir o espaço do reconhecimento do fenômeno jurídico como fenômeno humano, é que se poderá concretizar a dignidade da pessoa humana como dinâmica viva e existencial nas relações contratuais, não mais conceituais, mas concretas e, enfim, *repersonalizadas*.

REFERÊNCIAS

- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- _____. **As origens do totalitarismo: imperialismo, a expansão do poder**. Tradução de Roberto Raposo. 5.ed. Rio de Janeiro: Documentário, 1976, p. 236-237.
- ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges (Org.). **História da vida privada: da primeira guerra a nossos dias**. 3. reimp. São Paulo: Cia. das Letras, 1997. v. 5.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito civil tende a desaparecer? **Revista dos Tribunais**, São Paulo : RT, n. 472, p. 15-21, 1975.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- _____. **Vidas desperdiçadas**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.
- _____. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.
- CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica – seu sentido e limites**. 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981.
- CAENEGEN, R.C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989.
- COPETTI, André. “Por uma (neo)filosofia política constitucional no direito penal: uma exigência fenomenológica do Estado Democrático de Direito brasileiro. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as constituições**, n. 2, Porto Alegre: IHJ, 2004. p. 13-30.
- DESCARTES, René. **Meditações metafísicas**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Clássicos).
- _____. **Discurso sobre o método**. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. 9. ed.. São Paulo: Humus Ed., 1995.

DUBOIS, Christian. **Heidegger: introdução a uma leitura.** Tradução de Bernardo Barros Coelho de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Tradução de J. B. Machado. 6. ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. **Estudos Jurídicos**, Curitiba: Universitária Champagnat, v. 2, n. 1, p. 101-109, 1995.

_____. Estatuto civil da clausura real. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, n.721, p. 49-51, 1995.

_____. A cidade nuclear e o direito periférico (Reflexões sobre a Propriedade Urbana). **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, n. 723, p. 107-110, 1996.

_____. Direito civil contemporâneo. **Revista Consulex**, Brasília: Consulex, n. 18, 1998.

_____. (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. A reforma no direito brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, n. 757, p. 64-69, 1998.

_____. **Teoria crítica do direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Padma, RTDC, vol. 4, p. 243-263, out./dez. 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, n. 747, p. 35-55, 1998.

GOYARD-FABRE, Simone. Les deux jusnaturalismes ou l'inversion des enjeux politiques. **In: Cahiers de Philosophie Politique et Juridique: Des Theories du Droit Naturel**, n. 11. Caen: Centre de Publications de l'Université de Caen, 1988. p 7-42.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica.** Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz** Tradução de Ciro Mioranza, Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2004. – V.I. (Coleção clássicos do direito internacional / coord. Arno Dal Ri Júnior).

GUERRA, Willis Santiago. “Fenomenologia jurídica”. In: BARRETO, Vicente (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006.

HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del Derecho Civil** – introducción histórico-dogmática. Barcelona: Ariel, 1987.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 14.ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. Que é isto – a filosofia? In: **Os pensadores**. Heidegger, Tradução de Ernildo Stein, São Paulo: Nova Cultural, 1999.

_____. Que é metafísica. In: **Os pensadores**. Heidegger, Tradução de Ernildo Stein, São Paulo: Nova Cultural, 1999.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Organizado por Richard Tuck; tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOLANDA. Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Tradução de Luisa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. 239 p.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KELSEN, Hans. **A teoria pura do direito**. Tradução de João B. Machado. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KLEIN, Felipe Pastro. “Família, entidade familiar e união de indivíduos do mesmo sexo”. In: ARONNE, Ricardo (org.). **Estudos de direito civil-constitucional**, v. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 111-175.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos** – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. da 5.ed. alemã revista por José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

LEIBNIZ, G.W. **Discurso de metafísica**. Tradução de Julian Marias. Madrid: Alianza, 2002.

_____. **Novos ensaios sobre o entendimento humano**. Tradução de Adelino Cardoso. Lisboa: Edições Colibri, 1993.

LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. In: **Os pensadores**. Locke, Tradução de Anoiar Aiex, São Paulo: Abril, 1973. p. 139-350.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto. **O direito de família e a constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. jan./mar. 1999. a. 36, n. 141. p. 99-109.

_____. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, n. 722, p. 40-45, 1995.

_____. **O contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução. de Vera Maria Jacob Fradera. São Paulo : RT, 1998.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MACNEIL, Ian. The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil. In: **Modern Legal Studies**. London: Sweet & Maxuell, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Direito do Consumidor**, São Paulo: n. 3, p. 127-154, set./dez. 1992.

_____. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1999.

MEIRELES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando os Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo Código Civil e a lei de imprensa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NALIN, Paulo R. Ribeiro. **Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial**. Curitiba: Juruá, 1996.

_____. **Do contrato: Conceito pós-moderno**. Curitiba: Juruá, 2002.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Teoria do contrato** – novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OST, François. “Tiempo y contrato – crítica del pacto fáustico”. In: Doxa. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. N.º 25. Madrid: Universidad de Alicante, 2002. p. 597-626.

_____. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

PEPE, Albano Marcos Bastos. **A filosofia do direito e a filosofia prática - o *ethos* enquanto mundo compartilhado: a questão da legitimidade no Direito**. Curitiba, 2002. 116 f. Tese [Doutorado em Direito] – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional** Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERROT, Michelle [org]. **História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. v. 4.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed. rev. e atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

_____ (org.). **O direito público em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. (org.) **A Constituição concretizada** - construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.

SAFRANSKI, Rudiger. **Heidegger** – um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. Tradução de Lia Luft. São Paulo: Geração Editorial, 2000. 518 p.

SERRES, Michel. **O contrato natural**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. rev.e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. Transformações jurídicas nas relações privadas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (orgs.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** – 2003. São Leopoldo: UNISINOS, 2004, p. 143-195.

_____. O princípio da Boa-fé objetiva no Direito Contratual e o problema do homem médio: da jurisprudência de valores à hermenêutica filosófica. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS**: mestrado e doutorado - 2004. São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 67-91.

_____. Pessoa humana e Boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS**: mestrado e doutorado - 2005. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p.113-136.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia** – limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004.

_____. **Diferença e metafísica** – ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. 291 p.

_____. **Compreensão e Finitude** – estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001. 416 p.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997.

_____. **Argumentos filosóficos**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo : RT, n. 65, p. 21-32, 1992.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Cláudia Berlinger. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Filosofia do direito**: definições e meios do direito: os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, [s.d.]

ZARCA, Yves Charles. “A invenção do sujeito de direito”. *In: Filosofia política: nova série*, vol.1. ZARCA, Yves Charles *et. al.* Porto Alegre: L&PM, 1997. p. 9-29.