

FENOMENOLOGIA E DIREITO



HUSSERL

Volume 15, Número 2
Outubro 2025/Março 2026

CADERNOS DA ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL
DA 2ª REGIÃO - EMARF



CADERNOS DA ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO EMARF

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

<https://emarfrevista.trf2.jus.br/index.php/fenomenologiaedireito>



FENOMENOLOGIA E DIREITO

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 15, Número 2
out.2025/mar.2026

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região : fenomenologia e direito / Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. – Vol. 15, n. 2 (out.2025/mar.2026). – Rio de Janeiro : TRF 2. Região, 2008 - v. ; 23cm

Semestral

Disponível em: <<https://emarfrevista.trf2.jus.br/index.php/fenomenologiaedireito>>

ISSN 1984-5820 (eletrônico)

1. Direito. 2. Filosofia. 3. Filosofia Jurídica. I. Escola da Magistratura Regional Federal (2. Região)

CDU: 340.12

Diretoria da EMARF (2025-2027)

Diretor-Geral

Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal André Fontes

Diretor de Cursos e Pesquisas

Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaler

Diretor Adjunto de Publicações

Desembargador Federal Macário Ramos Júdice Neto

Diretora de Estágios

Desembargadora Federal Carmen Silvia Lima de Arruda

EQUIPE DA EMARF

Matheus Henrique dos Santos da Escossia - Assessor Executivo

Rio de Janeiro

Aline Mayor Cardoso da Silva

Anderson Braga de Oliveira

Andrea de Moura Garcia

Fernanda Alves dos Santos

Flávia Dias de Paiva

Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer

Márcia Dias Bezerra

Marta Geovana Fernandes de Oliveira

Mauro Nilson Figueiredo dos Santos

Roque Bonfante de Almeida

Sergio Mendes Ferreira

Silvia Regina Assenheimer

Conselho Editorial

Membros Natos

Diretor-Geral da EMARF (2025-2027)

- **Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Diretor de Publicações da EMARF

- **Augusto Guilherme Diefenthaler, Presidente do Conselho Editorial**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Membros Convidados

- **Poul Erik Dyrland**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
 - **André Ricardo Cruz Fontes**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
 - **José Ferreira Neves Neto**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
-

Tribunal Regional Federal da 2ª Região (2025-2027)

Presidente

Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

Vice-Presidente

Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM

Corregedor Regional

Desembargador Federal FIRLY NASCIMENTO FILHO

Membros

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Desembargador Federal ANDRÉ RICARDO CRUZ FONTES

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES

Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO

Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO

Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Desembargador Federal AUGUSTO GUILHERME DIEFENTHAELER

Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA

Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO

Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA

Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO

Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER

Desembargador Federal MARCELLO GRANADO

Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO

Desembargador Federal THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

Desembargador Federal WILLIAM DOUGLAS RESINENTE DOS SANTOS

Desembargador Federal FLÁVIO OLIVEIRA LUCAS

Desembargador Federal MAURO SOUZA MARQUES DA COSTA BRAGA

Desembargadora Federal CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA

Desembargador Federal PAULO PEREIRA LEITE FILHO

Desembargador Federal WANDERLEY SANAN DANTAS

Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA JUNIOR

Desembargadora Federal ANDRÉA CUNHA ESMERALDO

Desembargador Federal MACÁRIO RAMOS JÚDICE NETO

Desembargador Federal LUIZ NORTON BAPTISTA DE MATTOS

Desembargador Federal ALFREDO HILARIO DE SOUZA

Desembargadora Federal CLÁUDIA FRANCO CORRÊA

Desembargador Federal ROGERIO TOBIAS DE CARVALHO

Desembargador Federal JULIO CESAR DE CASTILHOS OLIVEIRA COSTA

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	13
FENOMENOLOGIA DO CONDOMÍNIO, NO DIREITO	15
André R. C. Fontes	
NOTAS SOBRE O PENSAMENTO DE PIERRE BAYLE E DA IDEIA DE TOLERÂNCIA.....	21
André R. C. Fontes	
O DIREITO E A VERDADE DO SER: A ESSÊNCIA DO HOMEM COMO FUNDAMENTO DO DIREITO	27
Cleyson de Moraes Mello	
O COSTUME JURÍDICO COMO UMA DAS FONTES DO DIREITO BRASILEIRO	47
Reis Friede	

APRESENTAÇÃO

O Caderno de Fenomenologia e Direito, em seu vol. 15, nº 2, oferece ao leitor artigos que se fundamentam no pensamento jurídico-filosófico, apresentando as ideias dos autores que se lançaram a este importante debate.

Nesta edição, os trabalhos versam sobre temas interessantes, tais como: uma instigante leitura fenomenológica do Condomínio, na sua versão jurídica; depois apresentaremos uma reflexão introdutória sobre a defesa da tolerância por Pierre Bayle. Passando adiante, teremos uma reflexão filosófico-jurídica sobre o direito a partir da ontologia fundamental de Martin Heidegger, destacando a necessidade de pensar o direito em sua origem ontológica e não apenas como sistema normativo. Por fim, este volume trará a discussão sobre o fato de o Direito brasileiro ser predominantemente escrito, figurando a lei como a principal fonte do sistema normativo pátrio, mas sem afastar a possibilidade de haver normas costumeiras, cujo processo de criação não se opera de modo institucionalizado, mas através da interferência da própria sociedade.

Esperamos que os trabalhos deste volume favoreçam o aprofundamento do debate jurídico e filosófico e reiteramos o convite aos interessados em contribuir com as próximas edições, a enviar seus artigos para o processo de submissão.

Desejamos a todos uma excelente leitura.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes
Desembargador Federal
Diretor-Geral da EMARF

FENOMENOLOGIA DO CONDOMÍNIO, NO DIREITO

*André R. C. Fontes**

Resumo: O artigo uma leitura fenomenológica do Condomínio, na sua versão jurídica.

Palavas-chave: propriedade – coisas – reais.

Abstract: The article presents a phenomenological reading of the Condominium in its legal perspective.

Keywords: property – things – real rights.

Os espíritos mais esclarecidos da humanidade procuraram compreender o conjunto dos interesses tidos por consolidados nas relações sociais e econômicas, dando a eles a *qualificação* de interesses jurídicos, e, portanto, tutelados pelo Direito. Para alcançar essa tarefa, esboçaram o quadro de uma ordem ideal, na qual refletiu a fé do povo no império do Direito. Estava preparado o terreno de uma nova concepção de mundo. Era uma necessidade já amadurecida, como testemunharam outras teorias, dentre as quais se encontram as filosóficas e as políticas.

Desenvolvendo-se sem cessar e a promover o enriquecimento contínuo do conjunto das teorias do Direito, torna-se essa tarefa o subproduto mais refinado

* Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com estágio pós-doutoral na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Professor na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Uni-Rio) e Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo). Endereço eletrônico: andre.fontes@unirio.br

do trabalho dos juristas. E novas condições exigiram o prosseguimento de formas jurídicas atualizadas, diante dos fatos que se apresentavam e surgiam, a fim de dar conta com teorias que explicassem esses novos acontecimentos, mas, também, que se extinguíam nas épocas que lhe davam vida. Só as ideias que refletiam mais profundamente a realidade permaneceriam no tesouro do pensamento jurídico e seriam assimiladas pelas novas teorias que eram expressão dos imperativos da prática.

Não bastou, entretanto, compreender a realidade e se orientar para as formas objetivas que elas ofereciam. Despojar-se dessa realidade objetiva para a elaboração artificial de uma realidade jurídica representaria o afastamento de uma concepção científica do Direito e a formulação de ideias falsas, fantásticas ou de esquemas utópicos.

Nenhuma teoria pode dar resposta cabal a todas as questões e prever antecipadamente todas as incidências da vida. Precisamente por isso, o Direito abandonou teorias como a da *Correalidade* e a da *Pressuposição* – a primeira (Correalidade) como uma solidariedade que só teria um vínculo interno com um só sujeito nos polos da obrigação e, a segunda (Pressuposição), como uma modalidade do negócio jurídico acima da motivação, entre motivo e condição. Mas o progresso da Ciência do Direito ampliou as representações teóricas e da matéria prima que a realidade oferecia e soube distinguir, por exemplo a *posse* da *propriedade* – uma das concepções mais entranhadas nas formulações basilares da estrutura jurídica. Penetrando nos inabaláveis espaços do universo jurídico, a Ciência do Direito oferece novas formas de compreensão dos mais desconhecidos campos da realidade social.

Por mais surpreendentes que sejam as teorias e pensamentos jurídicos sobre a figura do condomínio, por exemplo, um fato subsiste de forma inquestionável: algumas formulações jurídicas são construídas a partir de pura especulação. Talvez seja essa a mais surpreendente revelação sobre a concepção jurídica do condomínio e também algo indispensável para uma investigação científica.

Guiando-se normalmente pela compreensão do exercício do direito dominial por um dono, confronta-se o condomínio com a noção tradicional de propriedade, sempre ligada à ideia de assenhoreamento de uma coisa com a exclusão de qualquer outro sujeito. O que significa dizer que haveria uma contradição quanto à exclusividade do direito, já que a propriedade é exclusiva e exclusivista, ao passo que o *condomínio* é uma comunhão de direitos.

Essa incompatibilidade entre a *propriedade* e o *condomínio* já impressionava os romanos, a tal ponto que, um dos seus grandes juristas, Celso, o enunciou dizendo: *duorum vel plurium in solidum dominium vel possessionem esse non potest* – isto é: não pode existir a propriedade ou posse de duas ou mais pessoas, solidariamente, sobre a mesma coisa. Vale dizer que a propriedade, senhoria universal sobre a coisa, não pode pertencer a mais de um *dominus* simultaneamente, sendo, todavia lícita sua pertinência a mais de um sujeito, *pro parte*. Mais confusa se torna essa contradição pelo uso, em igual sentido para o condomínio, do vocábulo *compropriedade*.

É necessário lembrar que também aqui a *metodologia de oposição binária* de que se valem os juristas quando lançam seu olhar para determinado assunto – o que significa dizer que uma perspectiva objetiva da coisa sob um domínio é chamada de *indivisão*, e, por sua vez, na perspectiva de seus titulares se denomina *comunhão*. A *indivisão* (perspectiva objetiva) é o estado em que se encontra uma coisa sobre a qual várias pessoas têm direitos concorrentes. A *comunhão* (perspectiva subjetiva) é a situação em que o mesmo direito sobre determinada coisa compete a diferentes sujeitos. A oposição binária mencionada é mais conhecida quando se estuda o *direito objetivo* (perspectiva objetiva do direito) e o *direito subjetivo* (perspectiva subjetiva do direito), e é com a sua lembrança que confrontamos a perspectiva *objetiva* (*indivisão*) e a perspectiva *subjetiva* (*comunhão*).

Este breve estudo não conduz o raciocínio à uma orientação sobre as causas dessa *indivisão*, de maneira que não se perquire se é voluntária ou legal, perene ou transitória, ou mesmo se analisará os direitos e deveres dos condôminos, que não serão tratados, mas tão somente submetidos a uma consideração especulativa na sua construção teórica e na forma de alcançar cada concepção, ideia ou teoria relacionada à figura jurídica do condomínio.

O desenvolvimento das teorias remonta ao Direito Romano e desde essa vertente original até os tempos atuais, muitas concepções foram elaboradas. Geralmente, autoenunciativas, tais como:

- (a) Teoria da propriedade sobre a coisa comum atribuída a cada condômino,
- (b) Teoria da pessoa jurídica,
- (c) Teoria da propriedade atribuída à coletividade,

- (d) Teoria do concurso de várias propriedades sobre toda a coisa,
- (e) Teoria do concurso de várias propriedades parciais sobre toda a coisa,
- (f) Teoria da negação da propriedade,
- (g) Teoria da propriedade coletiva.

Um caráter didático deve ser destacado na leitura da obra de cada jurista que se debruçou para compreender a figura do condomínio. É que cada um deles entendeu e analisou o fenômeno condominial autônoma e originalmente, de modo a isolar, portanto, a figura jurídica do condomínio no confronto de interpretações já dadas por outros juristas. É dessa maneira que se poderá encontrar uma concepção independente daquela outra já conhecida ou ratificar alguma já formulada.

Essas teorias revelam um método de pensamento no qual o condomínio é tomado como um *dado* (o condomínio como um fenômeno é tomado como *dado*), *dado* esse no sentido de ser aquilo que vemos ante nossa *consciência*.

A rigor, sempre que queremos entender algo fenomenologicamente, devemos seguir da maneira supramencionada: tomar a “coisa” que se quer entender como um *dado*. Devemos, então, avançar para a própria coisa (o *dado*) em bases seguras, libertos de outras opiniões, de outras pressuposições, de todas as explicações dadas até pela ciência, e de modo especial, pela Filosofia.

O *dado* deve ser a suprema fonte legítima de todas as afirmações racionais. Será a única visão na qual se exprimirá para a consciência do sujeito que deseja entender. Essa consciência não é passiva como uma máquina fotográfica, mas uma consciência que se projeta, que se doa à coisa, ao *dado*, tal como (o objeto) se apresenta (à consciência).

A Fenomenologia consiste em mostrar ao sujeito o que é *dado* e em esclarecer esse *dado*. Note-se que esse método não é dedutivo nem empírico. E não quer explicar algo mediante leis nem deduzir a partir de princípios já conhecidos. Deseja-se que essa “coisa” seja considerada como objeto diretamente para a consciência. É uma consciência orientada totalmente para o objeto, uma consciência ativa (e não passiva como se registrasse uma fotografia).

Se um mineral novo precisa ser assim qualificado, e se for mediante o uso do método fenomenológico, o entendimento dessa “coisa”, exige que se imprima esse meio (o fenomenológico) para se saber *o que é*, e para quem deseja entendê-lo (fenomenologicamente), esse novo elemento haveria de ser entendido de uma forma original – e assim o levaria a ser reconhecido pela Fenomenologia. Um planeta novo não é compreendido como uma reprodução (analogica) de outro planeta, mas a partir do que é destacado em suas propriedades, em sua essência, e isso é o que deve se apresentar para a consciência do sujeito. Assim é um instituto jurídico: considerado como algo dirigido à consciência do jurista, para que possa entender do que se trata. E esse caminho leva à independência da apreciação, justamente porque não está comprometido com outro raciocínio a ser tomado de “empréstimo”.

Doutro lado, o *dado* fenomenologicamente entendido pelo método de ser exposto à consciência não opera com a aparência ou “como se mostra”. De maneira que, não é o imóvel (por exemplo) que estará submetido à concepção de *dado*, mas o que ele revela, o que ele tem de essência, tal como seria o conjunto de situações ou relações jurídicas que um condomínio ofereceria à compreensão do sujeito, e de modo especial, ao jurista.

A Fenomenologia é a Filosofia das *essências* e não das *aparências*. Se, por exemplo, estamos diante de um animal que voa, pode não ser uma ave, pois mamíferos (morcegos) e até reptéis (pterodáctilo) já alcançaram tal façanha. E, para o fenomenólogo, a capacidade de voar não é associada ao conhecimento prévio e divulgado da ave como animal voador (que aliás nem é uma característica de todas as aves como, por exemplo, a ema, o avestruz e o extinto moa gigante), nunca se esgotaria, portanto, na aparência de asas, bicos e penas (ou não), de modo a achar que se trata de mais uma ave (voadora ou não).

A visão da Fenomenologia é baseada na intuição da essência, deixando de lado a experiência sensível que poderia confundir o animal voador com uma ave e ainda reputá-lo um pássaro. O fenomenólogo buscaria a essência pela intuição desmistificadora da aparência. E igualmente em descrever essa essência, mediante um esclarecimento gradual, que progride de etapa em etapa, realizando-se assim a intuição intelectual da essência.

BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BOCHENSKI, I. M. *A filosofia contemporânea ocidental*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Edusp, 1975.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito Civil*. III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1984.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3ª ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.
- GARCIA MORENTE, Manuel. *Fundamentos de Filosofia Lições Preliminares*. 3ª ed. Trad. Guillermoda la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1966.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Lições de Fenomenologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.
- HUSSERL, Edmund. *Meditações Cartesianas*. Trad. Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001.
- PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de Direito Romano*. Tomo I. 4ª ed. Rio de Janeiro Renovar, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- RAFFO, Julio C. *Introdução ao Conhecimento Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do método jurídico*. 11ª ed. Trad. Antônio Franco e Antônio Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOTAS SOBRE O PENSAMENTO DE PIERRE BAYLE E DA IDEIA DE TOLERÂNCIA

André R. C. Fontes²

Resumo: O artigo é uma reflexão introdutória sobre a defesa da tolerância por Pierre Bayle.

Palavras-chave: comentário - filosófico - intolerância

Abstract: The article is an introductory reflection on Pierre Bayle's defense of tolerance.

Keywords: commentary - philosophical - intolerance

Certa compreensão da mundividência acadêmica autoriza firmar a premissa de que no estado atual do pensamento acham-se as ideias políticas mutuamente entrelaçadas e de alguma forma se influenciam reciprocamente. E as mais profundas transformações do espírito humano encontram o seu desenvolvimento ou mesmo o seu desmoronamento por uma atitude fundamental diferente diante de crises, lutas e mesmo guerras.

Tão profundas sejam essas transformações na vida das ideias, ultrapassarão as fronteiras do campo delimitado em que se encontram e revelarão os sintomas da mudança com a aparição de movimentos contrários às posições mais potentes e pela decomposição de concepções típicas da ocasião.

Se esses movimentos operam transformações completas do pensamento,

¹ Reflexões de Teoria Política a partir das preleções do Professor Cesar Kiraly, no Programa de Pós-Graduação em Ciência Política (PPGCP), do Instituto de Ciências Humanas e Filosofia (ICHF), da Universidade Federal Fluminense (UFF).

² Professor da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNI-RIO).

sua eflorescência é simultânea à chegada de movimentos tão diferentes, que é de se supor que esses resultados mais avançados sejam encontrados mais pelo reconhecimento intrínseco do valor das ideias do que pelo prestígio da mente de algum sábio de onde essas concepções desponhem.

A vulgarização da obra dos *Enciclopedistas*, por exemplo, parece ter sido um tipo de desvio dessas premissas iniciais. Não se pode ignorar o sentido da obra coletiva que foi a *Enciclopédia* e o lugar que Diderot merece na história das ideias. É com Diderot que “a verdade brilha com luz própria” - esse é o recurso que a Igreja pede à autoridade dos textos sagrados que a legitima. A livre discussão deveria permitir a todo homem alcançar, pelas próprias forças de seu entendimento, essa verdade que o homem procura. E para que isso seja alcançado, só o espírito da *tolerância* poderia substituir o espírito de cega submissão a um dogma opaco à razão.

Poderosamente apresentado pelos *Enciclopedistas*, que o disseminaram, o valor da tolerância já havia sido destacado por Pierre Bayle por motivos análogos, mas a assimilação das noções já existentes no *Comentário Filosófico* não teve o mesmo destino. A diferença mais importante e mais profunda, está no fato de que o *Comentário* não tem a mesma concepção da *Enciclopédia*. A visão de Bayle está muito mais próxima da justificação da tolerância que da descrição e explicação dos *enciclopedistas*. Tem Bayle a preocupação da conformidade exata da coisa enunciada com a realidade, razão pela qual à qual podemos dizer que a noção de verdade à que se apegava é rigorosa, austera e moral. Quando Bayle estuda o texto de natureza filosófica, seu primeiro cuidado é procurar o sentido que quer dar, apegando-se ao sentido original da tolerância, à sua pureza e ao seu teor jurídico.

Os *enciclopedistas* parecem, ao contrário, tratar o passar das coisas sob outra perspectiva: o texto da *Enciclopédia* é - a olhos do leitor - algo diferente de uma peça original e autêntica. Sua significação e importância continuam ligados às circunstâncias que envolverem sua origem: uma espécie de ser vivo, destinado a produzir seus efeitos dentro de um ambiente em constante evolução e que, por isso mesmo, evolui também incessantemente. Muda, portanto, constantemente de sentido e sua significação inicial tem tão pouca importância para a obra de

Bayle quanto os diferentes sentidos que adquiriu no decorrer do tempo. Um dado problema de autenticidade chega a provocar algo sobre o interesse, que seria mais restrito - o que nos permite dizer, como observamos acima, que a concepção geral é menos moral do que a dos historiadores.

Apesar do interesse evidente que essas pesquisas apresentam para o filósofo, o que principalmente monopolizará sua atenção é o estudo da influência do *Comentário* sobre a *Enciclopédia* - algo que precisaria de uma ampla e profunda explicação. As inovações realmente importantes trazidas pelos *enciclopedistas* para um sistema de ideias provêm, na maior parte dos casos, de elementos estranhos que nele são introduzidos. E o fenômeno da *tolerância*, muitas vezes enunciado e muito mal conhecido, que se toma de empréstimo e referência, por um em relação ao outro, é o que está sendo submetido neste trabalho à apreciação do subscritor.

* * *

Erudito, histórico, polemista, Pierre Bayle representa com a sua obra mais famosa o *Dicionário histórico e crítico* grande parte da tradição estética e moral do Século XVII. E ao decidir tratar mil folhas soltas e manuscritas da comunicação cultural privada como uma obra e mandá-las imprimir imediatamente, recolhe os melhores frutos da crítica renascentista e suscita dúvidas e problemas ao discutir os temas mais complexos da cultura e vida de seu tempo. Seu esforço de completar a sua obra integrada por profundas expressões polêmicas e críticas acaba por transmitir ao século seguinte uma massa enorme de informações que o levam a ser reputado o próprio fundador do Século XVIII.

Na sua grande obra, o *Dicionário histórico e crítico*, realizou Bayle o amálgama entre o Terceiro-Estado e as Ordens privilegiadas do Pensamento mediante a passagem da comunicação privada dessas formas abertas, parceladas e maleáveis à confrontação pública, especialmente ao veicular e infiltrar o pensamento negador por meio dos estreitos e tortuosos caminhos da Metafísica clássica que, por seus efeitos, demolirão a vasta construção decorada ao gosto da época.

Bayle é um pensador muito original, de espírito essencialmente cético e crítico, cujo *Dicionário*, intitulado precisamente, *histórico e crítico*, foi uma das principais fontes da Filosofia antirreligiosa do Século XVIII. Conquanto não se

proponha qualquer teoria explicativa do real como se pensaria em uma Filosofia original, suas anotações ou notas marginais são, não somente um trabalho de erudição, mas um comentário perpétuo das suas próprias notícias. A propósito é de boa lembrança que Bayle não reivindicava a qualidade de filósofo, mas sim, de “professor de Filosofia”.

A aceitação da obra de Bayle, só como indiretamente filosófica, constitui um desvio de perspectiva. Se os filósofos fazem-se conhecer com a elaboração de um sistema, Bayle, contrariamente à essa posição, quer levar o leitor a tomar consciência de uma atuação. Mantendo sua fé cristã, Bayle expõe a impotência do Cristianismo para tornar o homem melhor. É dessa forma que argui o ilogismo moral dos cristãos, que, a despeito da fé professada, vivem habitualmente segundo normas diretamente opostas às da sua religião, e nisso enquadra a forma cristã de crer, professada com intolerância.

Em seu esforço argumentativo, Bayle sustenta que o homem é tão irracional com Deus como sem Deus. E tão sensível é sua argumentação que chega até o ponto de defender que uma nação de ateus seria provavelmente tão moral como uma nação de crentes, porque os nossos atos não dependem das nossas convicções, mas do nosso *temperamento*, das nossas paixões e das nossas ambições.

Como a palavra *metafísica* comporta numerosos sentidos, pode-se começar a dizer que o processo feito à base da Metafísica clássica parte, num e noutro, de uma mesma interrogação: a de que o universo é descrito como uma espécie de imensa continuidade lógica e nele existindo um *ser* como o homem. Se não pretende contestar a racionalidade da verdade científica, por outro lado, é impossível se ter uma ideia plausível das guerras de religião por meio de historiadores, sejam católicos sejam protestantes. E antecipando grandes conclusões que se consolidarão ao longo do tempo, ele conclui que essa ciência possui apenas uma utilidade: informar-nos, não dos acontecimentos de que trata, mas dos preconceitos dos que a escrevem. Se os profissionais do espírito são tão evidentemente refratários às provas e desprovidos de boa-fé, que serão daqueles das quais as profissões hão de conhecer? E daqueles que não pensam decidir-se serão pela influência dos costumes e dos seus próprios apetites?

Se, para a tarefa de salvar o espírito, faz Bayle intermináveis considerações sobre o permanente desnível que se produz, tanto nos protestantes como nos católicos, entre os sábios como entre os ignorantes, nos filósofos como nos homens de ação, entre as suas teorias e os seus comportamentos, é justamente

porque não derivam do “temperamento”. De fato, o homem, manobrado por forças obscuras, tanto quanto pensa como quando age, tem nesses modos paralelos a satisfação de necessidades irracionais. “A razão não pode prevalecer contra o temperamento, deixa-se levar em triunfo, na qualidade de *cativa* ou de *lisonjeadora*”. Conquanto se possa afirmar que generalizações são raras em Bayle, a sua demonstração, de um modo geral, é *in abstracto*. Sua poderosa força não provém de uma análise metafísica, mas da massa dos fatos que poderiam ser bem considerados, no nível mais simploriamente empírico. O *Dicionário* nos proporcionará justamente o cenário de precisamente fazer frente a essas questões e a provocar o nosso interesse em nos informarmos.

Possivelmente no mês de dezembro de 1690, escreve Bayle no *Comentário Filosófico*, “decidi compor um dicionário crítico que contivesse uma recolha dos erros cometidos, tanto por aqueles que fizeram dicionários, como por outros escritores, e que reunisse no nome de cada homem ou cidade os erros respeitantes a esse homem ou a essa cidade...” “Se parece tarefa de informação, toma-se consciência ao se ler que os eventuais erros, seja de informação ou de pura erudição, observam o enraizamento no homem de um instinto que se espalha e que muito certamente visará a expurgar a história humana das suas abominações, recusando crimes da humanidade contra a humanidade. “Não há que mais tenha reinado no gênero humano do que o ódio que os homens têm uns aos outros.”

Em resumo, os erros que Bayle nota são censuras e as faltas que escondem horrores. É por isso que, para Bayle, o homem conduz-se progressivamente para Deus, mas não com o mesmo efeito. Para Bayle, o homem não é o único responsável pela sua decadência, ela leva à uma outra problemática: a de Deus. Se de um aspecto estritamente filosófico as pessoas se recusam a recorrer ao mito do pecado original, deve concluir-se que um ser tão manifestamente voltado ao erro e ao mal como o homem constitui na verdade a refutação viva, quer da inteligência e da bondade, quer da onipotência do seu criador. Se Deus nos criou, tal qual somos, então, das duas uma: ou ele é completamente louco ou nós somos o que somos apesar dos seus esforços, e nesse último caso, a onipotência divina é uma palavra vã. É, por assim dizer, o pensamento (racional) metafísico voltado contra si próprio: choca-se em qualquer parte contra o irracional e esse irracional jorra até a fonte envenenada da razão.

Pode-se falar de racionalismo em dois sentidos: entendemos por isso duas noções muito diferentes: (i) o *racionalismo científico*, consiste em admitir apenas o que é provado pelas matemáticas ou pela experimentação, ou verificável em fontes devidamente criticadas, desde que se trate de conhecimento. (ii)

um *racionalismo metodológico* e é nesse sentido que a palavra é geralmente entendida no seu uso corrente. O outro é o racionalismo metafísico, que conta por um lado com uma certa estrutura inata da razão humana, e por outro com uma continuidade racional do universo em harmoniosa ligação com Deus e com o homem. O alcance da compreensão é o de que o racionalismo nesse segundo sentido é exatamente a antítese do racionalismo no primeiro.

O inconformismo moral de Bayle se traduz na insatisfação que o otimismo teológico da Metafísica *a priori* deixava nos espíritos, simplesmente porque não servia pura e simplesmente. Por meio dessa ideia, o homem de que a Filosofia nos falava não era o homem a respeito do qual a havíamos considerado. A esse *ser* obstinado que voltava contra ela a sua pergunta, agora duas vezes milenária, e lhe perguntava: “Que fizeste por mim?”, ela respondia: “Resolvi todos os problemas de Deus.” E, em paga, que fez Ele? E ela respondia: “Resolvemos todos os problemas da Filosofia.”

BIBLIOGRAFIA

- ADORNO, F.; GREGORY, T. ; VERRA, V. *Storia della Filosofia*. Vol. 2. Bari; Laterza, 1979.
- ARROYO POMEDA, Pierre. *Pierre Bayle*. Madri: Ediciones del Orto, 1997.
- BAYLE, Pierre. *Comentário filosófico*. Trad. Marcelo Primo. Seropédica: Editora da UFRJ, 2019.
- _____. *Dictionnaire Historique e Critique*. 4 vol.. 3a ed. Rotterdam: Chez Michel Bohm, 1720.
- _____. *Escritos sobre Spinoza y el spinozismo*; Trad. Pedro Lomba, , Editorial Madri; Trotta, 2010.
- BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Trad. Maurício de Andrade. São Paulo: Manole, 2005.
- CHÂTELET, François; *et alii*. *História da Filosofia*. Vol. 3. Trad. Librairie Hachette. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.
- DAVAL, Roger. *História das ideias na França*. Trad. Maria Lúcia Montes. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1964.
- FERNANDEZ BULTE, Julio. *Historia de las ideas politicas y jurídicas*. Havana: Editorial de Ciencias Sociales, 1977.
- FONTANIER, Jean-Michel. *Vocabulário latino da filosofia de Cícero a Heidegger*. Trad. Álvaro Cabral, 2007.
- KIRALY, Cesar. *Alma e frio Ensaios sobre a crueldade*. São Paulo: Moinhos, 2024.
- MORAVIA, Sergio. *Filosofia*. V. 2. Florença: Le Monnier, 1984.
- PRIMO, Marcelo de Santanna Alves. *Experiência e moral; Pierre Bayle e o ateísmo virtuoso*. Curitiba: APPRIS, 2021.
- REVEL, Jean-François. *História da Filosofia Ocidental*. V. II. Trad. Maria Isabel Tamen. Lisboa: Moraes Editores, 1972.

O DIREITO E A VERDADE DO SER: A ESSÊNCIA DO HOMEM COMO FUNDAMENTO DO DIREITO

Cleyson de Moraes Mello¹

Resumo: Este texto propõe uma reflexão filosófico-jurídica sobre o direito a partir da ontologia fundamental de Martin Heidegger, destacando a necessidade de pensar o direito em sua origem ontológica e não apenas como sistema normativo. O direito, assim como o Ser, não “é”, mas “dá-se” na medida em que emerge da ec-sistência humana — o modo de ser do homem que habita a historicidade e a temporalidade. A decadência do direito ocorre quando ele se afasta do Ser e se fixa no ente, esquecendo sua dimensão ontológica. Heidegger propõe uma superação da lógica formal por uma lógica do Ser, resgatando a humanitas do homo humanus, e promovendo uma interpretação jurídica fundada na dignidade e na essência do homem.

Palavras-Chave: Ontologia fundamental; Verdade do Ser; Humanitas – Humanitas

Abstract: This text presents a philosophical-legal reflection on law grounded in Martin Heidegger’s fundamental ontology. It argues for a return to the Truth of Being as the original foundation of justice. Law, like Being, does not simply “exist,” but rather “gives itself” through human ek-sistence — the human mode of being embedded in historicity and temporality. Legal decadence arises when law is detached from Being and reduced to a focus on mere entities (ente), neglecting its ontological roots. Heidegger advocates replacing formal logic with a logic of Being, centering the legal order around the humanitas of homo humanus, thus restoring the essential dignity of human existence.

Keywords: Fundamental ontology; Truth of Being; Humanitas

¹ Pós-Doutor em Direito; Pós-Doutor em Educação; Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UERJ; Professor Associado do Departamento de Teorias e Fundamentos do Direito da Faculdade de Direito da UERJ. Membro do IAB. Coordenador da Editora Universitária do UNIFAA.

INTRODUÇÃO

Pensar o direito a partir da Verdade do Ser é pensar a partir da ec-sistência do homem, ou seja, no decurso de sua historicidade. A hermenêutica, com o viés da ontologia fundamental (baseada nos teoremas da diferença ontológica e da circularidade hermenêutica), procura interrogar o ser por meio da historicidade e da temporalidade do ser-aí, ou seja, compreender a questão do ser fora do contexto da tradição metafísica.

Heidegger explica que a Verdade do Ser está relacionada a ec-sistência. “Pois é ec-sistindo que ele está no destino do Ser. A ec-sistência do homem é, como ec-sistência, Histórica e não somente ou até mesmo exclusivamente, porque, no curso do tempo, acontece com o homem e com as coisas humanas toda sorte de ocorrências. Porque se trata de pensar a ec-sistência do *Da-sein*, por isso importa também ao pensamento de *Ser e Tempo*, que a Historicidade do Dasein seja experimentada.”²

Nesse sentido, o Ser não é; mas dá-se Ser. No mesmo caminho, *o direito não é; mas dá-se direito* quando este é visto e pensado em sua forma mais originária, ou seja, o fundamento a partir da ec-sistência do homem como centro irradiador de efeitos jurídicos.

O Direito se torna decadente quando pensado e repousado no abandono do Ser (*Seinsverlassenheit*) em que se encontra o ente. É, pois, o sinal do esquecimento do Ser na esfera do pensamento jurídico. Daí que a Verdade do Ser continua não sendo pensada quando o julgador foca seus olhos apenas para o ente (coisa, objeto) e não percebe que o Ser-Direito está adormecido, não-pensado, escondido, velado atrás do ente. Nesse afã de dizer o direito, especialmente, envolvido no cumprimento de metas, o jogador se afasta do mais nobre a ser pensado e decidido. “Ao mesmo tempo, e isso de há muito, ‘o Ser’ é tomado pelo ‘ente’ e vice-versa o ente pelo Ser, ambos como empurrados no redemoinho de uma confusão estranha e ainda não pensada.”³

A Essência do homem como fundamento do direito é o caminho mais originário, em sua própria essência. É ver o “homem mais do que *animal rationale* na medida em que ele é menos do que o homem que se apreende e concebe

² HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995, p.59.

³ Ibid., p.64.

pela subjetividade. O homem não é o amo e senhor do ente. O homem é o pastor do Ser. Nesse ‘menos’ o homem não perde nada. Ele ganha por chegar à Verdade do Ser. Ganha a pobreza Essencial do pastor, cuja dignidade consiste em ser convocado pelo próprio Ser para a guarda e proteção de sua Verdade. Essa convocação advém no lançamento (*Wurf*), donde provém o ser-lançado (*die Geworfenheit*) do *Da-sein*. Em sua Essência no plano da História do Ser, o homem é o ente, cujo ser consiste, como ec-sistência, em morar na vizinhança do Ser. O homem é o vizinho do Ser.”⁴

Ora, Heidegger procura destacar a importância da *Humanitas* do *homo humanus*! É, pois, um humanismo no sentido mais elevado. É o humanismo que pensa o homem pela proximidade do Ser. É nesse sentido que a partir da apropriação dessas lições, o fundamento do direito ganha um colorido todo especial, pois aproxima o *homo humanus* ao epicentro do ordenamento jurídico. Melhor dizendo: a prestação jurisdicional dita a partir da proveniência do Ser.

As relações jurídicas compreendidas a partir da *hermenêutica do tu* (do outro). E toda esta dificuldade tem origem no afastamento do direito com a filosofia existencialista que faz o pensamento ingressar num esquecimento do Ser, provocando decisões judiciais distanciadas da ec-sistência do homem. Por isso um abismo separa o “filosofar” do “decidir” sobre um fracasso de um pensamento silente, especialmente, quando o julgador decide distanciado da Verdade do Ser.

Só depois de abrir as portas e procurado percorrer o caminho indicado por Heidegger (procurado abrir um caminho melhor), os “operadores do direito” encontrarão um caminho livre para descortinar a Essência do homem na esfera jurídica.

É preciso esclarecer, desde logo, que esta forma de pensar não está alinhada aos valores (nível axiológico), senão caminha em direção a ec-sistência do homem (nível ontológico). Vejamos, abaixo, os ensinamentos heideggerianos:

Porque se fala contra os ‘valores’ surge uma indignação em face de uma filosofia que – assim se pretende – se atreve a desprezar os bens mais elevados da humanidade. Pois, o que é ‘mais lógico’ do que isto: um pensamento que nega os valores, terá necessariamente que declarar tudo sem valor? [...]

O pensamento contra ‘os valores’ não afirma ser sem valor tudo

⁴ Ibid., p.68.

que se considera como 'valores', a saber, a 'cultura', a 'arte', a 'ciência', a 'dignidade humana', o 'mundo', e 'Deus'. Ao contrário. **Trata-se de se compreender de uma vez por todas, que, ao caracterizar algo como um 'valor', se lhe rouba a dignidade.** O que quer dizer: ao se avaliar uma coisa como valor, só se admite o que assim se valoriza, como objeto de avaliação do homem. Ora, o que uma coisa é, em seu ser, não se esgota em sua ob-jetividade e principalmente quando a ob-jetividade possui o caráter de valor. Toda valorização, mesmo quando valoriza positivamente, é uma subjetivação. Pois ela não deixa o ente ser mas deixa apenas que o ente valha, como objeto de sua atividade (*Tun*). **O esforço extravagante, de se provar a objetividade dos valores, não sabe o que faz.** Dizer-se que "Deus" é o "valor supremo", é uma degradação da Essência de Deus. Pensar em termos de valor é aqui – como alhures – a maior blasfêmia, que jamais se possa pensar em relação ao Ser. Pensar contra os valores não significa, por conseguinte, tocar os tambores da desvalorização (*Wertlosigkeit*) e da nulidade (*Nichtigkeit*) do ente mas significa: propôr ao pensamento, contra a subjetivação do ente, como simples objeto, a clareira da Verdade do Ser. (grifo nosso).⁵

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

O importante é destacar a pretensão de se renunciar a lógica formal (lógica apofântica, lógica dos entes) no pensamento jurídico para entronizar em seu lugar a lógica do Ser (a lógica da diferença ontológica) e, assim, proclamar, o lugar de destaque da dignidade da pessoa humana. Lançado deste modo, o pensamento jurídico deve apontar para a abertura do Ser, cujo homem na sua ek-sistência está no epicentro do ordenamento jurídico. Heidegger afirma que "o homem é, em sua Essência, primeiro-ec-sistente na abertura do Ser."⁶

Dessa maneira, pensar o direito a partir da questão sobre a Verdade do Ser, questiona de modo mais originário e profundo os seus fundamentos. Somente

⁵ Ibid., p.77-78.

⁶ Ibid., p.79.

a partir da Verdade do Ser, o direito pode ser pensado à luz da dignidade da pessoa humana.

Heidegger afirma que

“Na ec-sistência abando-na-se o âmbito do *homo animalis* da metafísica. [...]. Pensar a Verdade do Ser significa igualmente: pensar a *humanitas* do *homo humanus*. Trata-se de por a *humanitas* a serviço da Verdade do Ser, mas sem o humanismo em sentido metafísico.

Se, porém, a *humanitas* estão tão Essencialmente no campo de visão do pensamento do Ser, não terá então a “ontologia” de ser completada pela “ética”?”⁷

Será, portanto, que o pensamento jurídico pode continuar esquivando-se a pensar o homem na sua ec-sistencia como o modo mais originário e nobre de ser pensado no Direito? A origem da palavra ética vem do grego *ethos*, que quer dizer o modo de ser, o caráter. Heidegger afirma que *ethos* significa estada (*Aufenthalt*), “lugar de morada. Evoca o espaço aberto onde mora o homem. É a abertura da estada que faz aparecer o que ad-vém, con-venientemente, à Essência do homem e, assim ad-vindo, se mantém em sua proximidade. A estada do homem retém o ad-vento daquilo, ao qual o homem, em sua Essência, pertence.”⁸

Parece estranho, mas o que se procura é a recolocação do “dizer o direito” no caminho da Verdade do Ser, ou seja, que esteja apontando para um fundamento que seja “efetivamente fundamental”. Ora, enquanto o direito não for pensado com as cores e luzes da Verdade do Ser, ele fica, pois, sem fundamento. Por isso essa necessidade de recolocação do fundamento do direito na direção do fundamento Essencial donde provém o pensamento da Verdade do Ser.

É, pois, um pensamento mais rigoroso do que o conceitual. O pensamento que procura pensar o direito numa dimensão totalmente diferente, a partir do horizonte da *humanitas do homu humanus*.

Neste ponto, mais uma vez, as lições heideggerianas indicam a importância desse pensamento que pode ser apropriado pelo direito. Vejamos:

Pois se tem de perguntar: Se o pensamento, pensando a Verdade do Ser, determina a Essência da *humanitas*, como ec-sistência, a partir

⁷ Ibid., p.82-83.

⁸ Ibid., p.85.

da dependência (*Zugehörigkeit*) dessa para com o Ser, será que um tal pensamento permanece apenas uma representação teórica do Ser e do homem? Ou será que, desse conhecimento, se pode retirar e prescrever indicações para a vida prática?

A resposta é uma só: um tal pensamento não é nem teórico nem prático. É antes dessa distinção do teórico e prático que se a-propria. Na medida em que ele é ele mesmo, um tal pensamento não é senão a memória do Ser e nada mais. Pertencendo ao Ser, por ter sido lançado pelo Ser na guarda e proteção de sua Verdade e assim para ela requisitado, pensa ele o Ser. Um tal pensar não dá resultado. Não tem efeito. Ele se basta à sua Essência, *sendo*. [...]

O pensamento constrói na casa do Ser. Nessa, e como tal, as junturas (*die Fuge*) do Ser dis-põem numa com-juntura, sempre de acordo com o destino Histórico, a Essência do homem a morar na Verdade do Ser. Esse morar constitui a *Essência* do ser-no-mundo. [...]

Sem embargo, o pensamento nunca cria a casa do Ser. Ele apenas acompanha a ec-sistência Histórica, isto é, a *humanistas do homu humanus*. [...]⁹

A seguir, Heidegger aponta a relação da Verdade do Ser com a recomendação das prescrições que se tornam leis e regras para o homem. Vejamos:

Somente na medida em que o homem, ec-sistindo na Verdade do Ser, pertence ao Ser, é que pode provir do próprio Ser a recomendação das prescrições que tornar-se-ão para o homem lei e regra. Em grego, recomendar é *némein*. **O *nómos* não é apenas a lei, porém, mais originariamente, a recomendação protegida pelo destinar-se do Ser.** Só essa recomendação pode dispor o homem para o Ser. E somente essa disposição pode trazer e instaurar obrigações. Do contrário, toda a lei permanecerá e continuará apenas um produto (*das Gemächte*) da razão humana. **Mais essencial para o homem do que todo e qualquer estabelecimento de regras é encontrar um caminho para a morada na Verdade do Ser.** [...] O Ser é a guarda que resguarda o homem, em sua Essência ec-sistente, para a Verdade do Ser a ponto de fazer a ec-sistência habitar (*behausen*) na linguagem. Por isso a linguagem é conjuntamente (*zumal*) a casa do Ser e a habitação da Essência do homem.” (grifo nosso).¹⁰

⁹ Ibid., p.90-91.

¹⁰ Ibid., p.94-95.

Heidegger ainda explica a relação do pensamento do Ser com o comportamento teórico e prático ao afirmar que “ele ultrapassa qualquer consideração, por se ocupar da luz na qual se pode mover e manter a visão da teoria. O pensamento se atém à clareira do Ser, inserindo seu dizer do Ser na linguagem, como a habitação da ec-sistência. Assim **o pensamento é um atuar**. Mas um atuar que, ao mesmo tempo, ultrapassa toda a prática.”¹¹ (griso nosso). Dessa maneira, “a primeira lei do pensamento não são as regras da lógica. A primeira lei do pensamento é destinar o dizer do Ser, como o destino da Verdade.”¹²

2. A COMPREENSÃO HERMENÊUTICA DO DIREITO

A fundamentação da decisão judicial deve partir de um direito natural ou do direito positivo? Ora, o direito pode e deve ser compreendido hermeneuticamente a partir do ser-no-mundo historicamente situado. A historicidade do direito à luz da hermenêutica a partir da pré-compreensão (*Da-sein*) se traduz no mundo vivido (vida humana social e historicamente compreendida) mediante um pensar filosófico que aponta para a ec-sistência do homem.

Isto significa dizer que a compreensão hermenêutica do direito tem seu fundamento posto na pessoa, a partir de um viés ontológico (Verdade do Ser), historicamente situado. Ora, uma das finalidades precípua do direito é a pacificação social, daí a necessidade de apresentar respostas a questão quanto a diferenciação do direito e do “não-direito”. É, pois, esse fundamento ontológico que dará legitimidade e compreensão da própria realização do direito.

A procura do significado da compreensão da existência humana (o homem na sua ec-sistencia) se traduz, portanto, na viragem da fundamentalidade do ordenamento jurídico alinhada a condição de possibilidade da compreensão (devir). A hermenêutica filosófica, nesta perspectiva, ganha maior sentido uma vez que supera a hermenêutica “metodológica” como paradigma de compreensão do direito. É uma compreensão realizada a partir de uma certa situação atual (caso concreto decidendo) no contexto de uma tradição histórico-cultural que se traduz numa fusão de horizontes.

¹¹ Ibid., p.95.

¹² Ibid., p.99.

GADAMER afirma que “o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nos mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. Antes, compreender é sempre o processo de fusão de horizontes presumivelmente dados por si mesmos. Nós conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e de sua relação para consigo mesmos e com suas origens. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos.”¹³

Existe, pois, um entrelaçamento entre a norma, a hermenêutica e o caso concreto decidendo, com o firme propósito de obter uma adequada e justa decisão judicial. A perspectiva fundamental tem como ponto de partida e ponto de chegada a dignidade da pessoa humana vista e compreendida a partir da ec-sistência do homem.

A decisão judicial não depende de uma escolha do magistrado, mas antes o precede e o constitui. Isto significa dizer que o fundamento e a compreensão do direito já estão lançados em certa abertura histórica, ou seja, já dispõe de um conjunto historicamente dado de normas (de pré-juízos) que possibilita o acesso aos entes. Toda a exegese jurídica está condicionada pelo fato de dispormos de certos pré-juízos. Daí que quando nos pomos a analisar e refletir criticamente as normas jurídicas (direito posto) é necessário a utilização de certos instrumentos conceituais historicamente situados.

É uma espécie de pré-compreensão que o magistrado não escolhe ao percorrer o ordenamento jurídico, senão que o constitui enquanto *Dasein*. É abertura do *Dasein* ao ente, abertura na qual o *Dasein se encontra já antes de qualquer decisão*.

Cabe, pois, ao magistrado evitar a deformação e a inautenticidade em dizer o direito, na medida em que deixa aparecer o seu fundamento como ele é. A *essência do direito* não é uma propriedade do homem, mas dele se apropria. É

¹³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p.457.

o deixar-ser o direito, é um (des)velamento do direito na estreita relação entre ser e ente.

A hermenêutica jurídica clássica (tradicional, metodológica) tem a característica de um esquecimento do ser (esquecimento da essência do direito). Este esquecimento da essência do direito manifesta-se no fato de que para a maioria dos juízes e operadores jurídicos a noção de direito é uma noção óbvia que não requer ulteriores explicações ou justificações. Isto equivale a afirmar que a noção de direito é condicionada a mera subsunção do fato a norma.

Ora, a compreensão do direito e a conseqüente decisão jurídica não dependem da concepção do magistrado ou da simples aplicação da norma. Ao contrário, toda a decisão só pode ocorrer dentro de uma abertura de possibilidades já aberta; é a essência da verdade ou, mais amplamente, o *ser* do direito. O fundamento do direito não é outra coisa que a abertura histórica que o constitui. Esta abertura que não pertence a consciência do magistrado, mas a qual ele próprio pertence, é a história do ser. É uma espécie de espiral hermenêutica, a qual o magistrado se insere, produzindo, pois, profundas alterações no modo de entender e realizar o Direito.

O que o direito já é quando o determinamos em enunciados é a maneira de lidar com ele. Nesse contexto, ele é “algo como algo”; portanto, “algo como utilizável desta ou daquela maneira”. O saber utilizar, usar e dizer o direito implica uma descoberta segundo o “como hermenêutico”. É, pois, uma espécie de “dar sentido”, “esclarecer”, “explicitar”, “desenvolver” ou “pôr em obra”. Assim, é possível afirmar que o dizer o direito sempre está relacionado com o “como hermenêutico”, uma vez que o direito é um realizar-se, um acontecer.

Os enunciados jurídicos apenas ganham expressão na medida em que são construídos na familiaridade do contexto da experiência jurídica. É um descobrir mais originário do ordenamento jurídico. A norma jurídica possuirá sua determinabilidade tão-somente no contexto do caso concreto decidendo e, ademais, também não se pode simplesmente interpretá-la e delimitá-la em sua mesmidade ante as demais normas em jogo.

O homem não pode ser visto como um homem abstrato inserido nos padrões normativos de uma dada sociedade, mas devemos considerá-lo no processo hermenêutico como ser-no-mundo (*Dasein*, estar-aí). Assim, o processo

de interpretação judicial deve ser construtivo, prospectivo, alinhado com a dinâmica do homem, ou seja, no seu modo de poder ser.

Antonio Osuna Fernández-Largo, da Universidad de Valladolid, ensina que “tiene que existir uma justificación del contenido de las leyes y de su aplicación jurisprudencial. El camino para ello es el de la inserción de lo jurídico em las realidades culturales, históricas, éticas y sociales em que se enmarcan las leyes. Por eso, la teoria del derecho guarda conexión com la teoría de las ciencias humanas y, a la postre, com la teoría del saber científico y del mismo hombre al que sirve. Es um hecho reiteradamente comprobado el que las teorías del derecho están em función de las teorías filosóficas y científicas em boga. Luego es em esse horizonte donde su planteamiento ofrece garantías de solución o, al menos, de um tratamiento congruente com la materia. Construir uma ciencia jurídica sin replanteamientos teórico-filosóficos es lo mismo que erigir uma praxis sin tería que la convalide.

La herméneutica moderna há propiciado el estudio de las condiciones generales del comprender y del interpretar como paso previo y condicionamiento de todo outro planteamiento metódico de la ciencia; algo así como la gnoseología prima sobre toda epistemología. Tal estudio, de índole metacientífica y metajurídica, fuerza a sobrepasar los métodos particulares y a construir um discurso de condición filosófica. Ahora bien, esta filosofia no se entiende como uma teoría aplicable al derecho y sí como uma metateoría de la ciencia jurídica. La interpretación jurídica es um problema también filosófico y no sólo um problema que reclame a filosofia acerca del derecho. Por eso, aunque la moderna discusión hermenéutica naciera em otros ambitos, como el estético y el lingüístico, pronto vio en consecuencia, a um replanteamiento de la misma ciencia jurídica.”¹⁴

Ora, *direito e hermenêutica* se entrelaçam e é a partir da superação desta que se caminha em direção a uma destruição e superação da metafísica de cariz heideggeriano. A hermenêutica pós-clássica está relacionada à questão da verdade.

Pensar o direito na sua forma mais originária significa concretizar o direito (concretude judicial) com lastro na analítica existencial, libertando-o de toda a possibilidade de interpretação inautêntica do direito. É um **salto hermenêutico**

¹⁴ FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La Hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, 1992. p. 38.

em direção a indagação do sentido e da **essência do direito**. Pensar assim significa dizer que a essência do direito não se desenvolve objetivamente (coisificação do direito; relação sujeito-objeto) aos olhos da sociedade; ao revés, a essência do direito é sempre a essência da história do homem, já que a relação com o ser jamais poderá ser concebida como uma relação entre um *sujeito* e um *objeto*.

Daí que com o conceito de *ser-no-mundo*, Heidegger caminha para uma análise hermenêutico-existencial da estrutura prévia de qualquer compreensão do mundo (mundo em sentido diverso da relação ôntico-empírico, mas sim ontológico)¹⁵, afastando-se, pois, das teorias da representação e da filosofia da consciência, já que a compreensão estaria sustentada na abertura do *ser-no-mundo*. A constituição do sentido será permeada pela *historicização* da questão da condição de possibilidade.

No § 6 (A tarefa de uma destruição da história da ontologia) de *Ser e Tempo*, Heidegger defende a necessidade de desconstrução da metafísica ocidental. É, pois, uma superação da filosofia transcendental kantiana, no sentido de caminha em direção de uma ontologia fundamental, visando o estabelecimento, no horizonte da compreensão do ser, de uma analítica existencial para explicar a estrutura prévia de sentido.

O ser do ser-aí (*Dasein*, pre-sença) tem o seu sentido na temporalidade, ou seja, a historicidade indica a constituição ontológica do “acontecer” próprio do ser-aí como tal.¹⁶ Heidegger procurar destruir (ou recolocar) a questão clássica da ontologia. O filósofo explica que Kant fracassou na tentativa de penetrar na problemática da temporalidade. Duas coisas o impediram: “em primeiro lugar, a falta da questão do ser e, em íntima conexão com isso, a falta de uma ontologia explícita da pre-sença ou, em terminologia kantiana, a falta de uma analítica prévia das estruturas que integram a subjetividade do sujeito.”¹⁷

Heidegger trata a questão do ser no plano da possibilidade (caráter de transcendentalidade) como o modo de *ser-no-mundo*. Heidegger procura desconstruir (não visa destruir) a metafísica ocidental revendo os conceitos da ontologia.

¹⁵ Heidegger, em *Ser e Tempo*, afirma que “o mundo ele mesmo não é um ente intramundano, embora o determine de tal modo que , ao ser descoberto e encontrado em seu ser, o ente intramundano só pode se mostrar porque mundo “se dá”. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*: Parte I. Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. 12.ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p.114.

¹⁶ *Ibid.*, p.48.

¹⁷ *Ibid.*, p.52-53.

Vejam-se, nesse sentido, as lições de Ernildo Stein: “Mas esta desconstrução não implicava na refutação de teorias e sistemas, mas na revisão de conceitos basilares que passaram a constituir material para o universo conceitual do filósofo. Desta maneira, os conceitos da ontologia fundamental passam a ter um sentido ambivalente em face da tradição metafísica. Os existenciais se distinguem das categorias primeiro, porque articulados com a questão da temporalidade, depois, porque, em consequência, possuem um caráter ontológico e prático ao mesmo tempo, isto é, definem uma dimensão da ontologia, enquanto resultam da compreensão do ser, e ao mesmo tempo, têm um caráter prático enquanto esta compreensão do ser determina um modo de ser futuro do homem – enquanto *Dasein* – expresso, por exemplo, no existencial fundamental do *zu-sein, ter-que-ser*: compreender o ser (ontologia) implica em *ter-que-ser* (ético-antropológico-existencial). O compreender que remete a uma operação conceitual é, ao mesmo tempo, um explicar-se em direção da existência (*sich auslegen*), um saber lidar com ela. Mas o que aí é sugerido é um modo de ser teórico-prático que precede e acompanha toda a operação da teoria e toda a decisão do agir, como sua condição de possibilidade.”¹⁸

Assim, o plano da possibilidade (plano que fundamento a questão do ser) está acima do plano da realidade. Daí que para analisarmos o caso concreto decidendo na esfera jurídica, torna-se necessário dar conta das condições de possibilidade da verdade. Nos dias de hoje, as discussões jurídicas acerca das condições sobre as quais se torna decidível uma norma jurídica é de fundamental importância. Especialmente diante de princípios e cláusulas abertas, o magistrado não tem o condão de dizer o direito de qualquer forma. O que nos interessa é relacionar o *direito a verdade* (aquela pautada na analítica existencial), dando conta do mundo concreto do direito. Daí que mais importante que a intencionalidade é a revelação posta pela compreensão no seio do ordenamento jurídico. O conceito de consciência é, pois, substituído pelo de abertura.

No direito é necessário encontrarmos uma condição de possibilidade da ordem jurídica que seja anterior a própria linguagem, enunciados e proposições jurídicas. Algo que seja revelado como fundamento do direito em sua co-originalidade, isto é, um elemento que seja posto como fundamento de toda a ordem jurídica que não represente um fundamento da tradição metafísica. *Ser-no-mundo* indica esse elemento heideggeriano. A problemática da verdade

¹⁸ STEIN, Ernildo. *Seminário sobre a Verdade*: Lições preliminares sobre o parágrafo 44 de Sein und Zeit. Petrópolis: 1993, p.72.

em Heidegger não é simplesmente a questão da referência ou do significado, senão uma discussão mais profunda e originária do conceito de *mundo* em que propriamente se desvela a significância ou a significabilidade. Daí a importância do modelo da verdade manifestativa (analítica existencial) sobre a verdade proposicional. No direito devemos encontrar, então, um espaço anterior de fundamentalidade com o firme propósito de compreendermos e justificarmos a aplicação das normas jurídicas.

O conceito de *Dasein* é um constructo heideggeriano onde os elementos de totalidade (*cuidado, cura, Sorge*), revelação, significância, mundo, etc vão receber destaque no processo de interpretação constitucional e compreensão do direito. Ora, é a partir da analítica existencial que a problemática fundamentação jurídica ganha significância, enquanto *Auslegung* ("como" hermenêutico), que é o *locus* de emergência da expressividade da linguagem do direito. É um lugar mais originário de desvelamento do direito. Daí que o direito é um acontecer.

A norma jurídica não pode ser mais vista como um objeto (*quid*) de análise do intérprete, senão como um "como" hermenêutico (*Wie*). É, pois, o *como hermenêutico* que deve anteceder o *como apofântico*. É um *como hermenêutico* lastreado pelos teoremas da diferença ontológica e da circularidade hermenêutica. A questão do ser deve estar ligada a questão da essência do direito. Seria possível, no âmbito da fundamentação jurídica a substituição da *Grundnorm* pela *Grundwie* ("um como fundamental")?

Assim, o pensamento heideggero-gadameriano, de cariz ontológico, está na base das perspectivas da metodologia jurídica da atualidade, pondo em crise todos os modelos formais do discurso jurídico. É necessário, pois, uma reflexão sobre a compreensão do direito.

3. OS TEOREMAS DA CIRCULARIDADE HERMENÊUTICA E DIFERENÇA ONTOLÓGICA

Heidegger, por meio da fenomenologia hermenêutica, critica e supera a fenomenologia subjetivista (objetivista) transcendental de Husserl. O rompimento da subjetividade do pensamento ocidental é realizado por um método fenomenológico que se conforma com a própria estrutura do ser-aí, que visa precisamente a superação do esquema sujeito-objeto.

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

Assim, o *Dasein*, pela compreensão, inaugura uma circularidade. É, pois, uma circularidade hermenêutica. Ou seja, a recíproca relação entre *ser* e *ente* somente ocorre porque há o *Dasein*, isto é, porque há compreensão. Assim, o acesso ao ser é colocado a partir da compreensão do ser e tal compreensão é dada a partir da compreensão que o *Dasein* possui de si mesmo. Nesse sentido, o círculo hermenêutico e a diferença ontológica são os pilares que suportam a teoria heideggeriana. Em relação à metafísica, colocam-se novos paradigmas: o ser é entendido por um conceito ontológico dado pela compreensão e a diferença entre *ser* e *ente* impede a entificação do ser (matriz da tradição metafísica).

A diferença ontológica é a diferença entre *ser* e *ente*, uma vez que o ser é o elemento através do qual ocorre o acesso aos entes, isto é, sua condição de possibilidade. Essa condição é realizada por meio da compreensão pelo *Dasein*, pelo ser humano que se compreende e que sempre se dá pelo círculo hermenêutico. Dessa forma, a circularidade hermenêutica substitui o modelo da tradição metafísica ancorado na relação sujeito-objeto. De acordo com um modo de ser que lhe é constitutivo, a pre-sença tem a tendência de compreender seu próprio ser a partir daquele ente com quem ela se relaciona e se comporta de modo essencial, primeira e continuamente, a saber, a partir do “mundo”. O ser-no-mundo é uma constituição necessária e *a priori* da pre-sença.²¹

A compreensão é a própria abertura do ser-no-mundo, bem como é um existencial. Destarte, todo o compreender é derivado dessa compreensão

¹⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*: Parte I. Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. 12.ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p.33.

²⁰ Ibid., p.90.

²¹ Ibid., p.91.

existencial, que é a própria luz, iluminação, abertura, clareira, revelação do ser-aí, *Alethéia*. Considerando que a compreensão é um existencial, não existe explicação sem a prévia compreensão. Melhor dizendo: o sentido alcançado pela explicação já nos é dado, na própria explicação, ou seja, o sentido faz parte da própria estrutura prévia da compreensão. A compreensão e a explicação constituem existencialmente a pre-sença (ser-aí). Portanto, é a compreensão prévia um existencial do ser-aí que como sua abertura, clareira, luz sempre se apresenta à medida que é buscada. Aí está o círculo hermenêutico. Nas palavras do próprio Heidegger, esse círculo da compreensão “não é um cerco em que se movimentasse qualquer tipo de conhecimento. Ele exprime a *estrutura-prévia* existencial, própria da pre-sença.”²² Segundo Heidegger, nele se esconde a possibilidade positiva do conhecimento mais originário.²³ O que o filósofo procura mostrar é que devemos compreender as coisas de modo originário e autêntico, “a partir das coisas elas mesmas” desatrelado e desvinculado dos conceitos ingênuos e opiniões que a tradição em si as carrega. Portanto, o círculo da compreensão pertence à estrutura do sentido, cujo fenômeno tem suas raízes na constituição existencial da pre-sença, enquanto compreensão que interpreta. Por conseguinte, o círculo da compreensão sustenta o método fenomenológico hermenêutico de Heidegger.

Hans-Georg Gadamer, na obra *Verdade e Método II*, também discorre sobre o círculo da compreensão (1959) e informa a necessidade em manter o olhar firme para as coisas elas mesmas, até o momento de superar as errâncias que atingem o processo de interpretação. Alerta, ainda, que quem quiser compreender um texto deverá sempre realizar um projeto. O intérprete deverá projetar de antemão um sentido do todo, tão logo se mostre um primeiro sentido no texto. Vale destacar que esse primeiro sentido somente se mostra porque lemos o texto já sempre com certas expectativas, na perspectiva de um certo sentido. A compreensão daquilo que está no texto consiste na elaboração desse projeto prévio, o qual sofre uma constante revisão à medida que aprofunda e amplia o sentido do texto.²⁴

²² Ibid., p.210.

²³ Heidegger ensina que no círculo da compreensão se esconde o conhecimento mais originário e só pode ser apreendido de modo autêntico, se a interpretação tiver compreendido que sua primeira, única e última tarefa é de não se deixar guiar, na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos ingênuos e “chutes”. Ela deve, na elaboração da posição prévia e concepção prévia, assegurar o tema científico a partir das coisas elas mesmas. Isto porque a compreensão, de acordo com seu sentido existencial, é o poder-ser da própria pre-sença, as pressuposições ontológicas do conhecimento histórico ultrapassam, em princípio, a ideia de rigor das ciências mais exatas. A matemática não é mais rigorosa do que a história. É apenas mais restrita, no tocante ao âmbito dos fundamentos existenciais que lhe são relevantes. HEIDEGGER, Op.Cit., 2002, p.210.

²⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*: Complementos e Índices. Tradução Enio Paulo Giachini.

É através do método fenomenológico que as estruturas do ser-aí são explicitadas e que trazem em si a possibilidade de antecipação do sentido do ser pela pré-compreensão. O sentido da pre-sença é dado pela *temporalidade* (*Zeitlichkeit*), ou seja, o tempo é o ponto de partida do qual a pre-sença (ser-aí) sempre compreende e interpreta o seu ser. Dessa forma, o ser-aí é de tal modo que realiza uma compreensão do ser no horizonte do tempo. É dessa forma que, em *Ser e Tempo*, Heidegger sustenta a tese da *Pre-sença e Temporalidade* (Segunda Seção de *Ser e Tempo*) que faz desmoronar radicalmente a equivalência metafísica entre *ser* e *eternidade*.

Por outro lado, a abertura do ser-aí, ou seja, o ser do ser-aí é a preocupação (cura, *sorge*). Essa é a luz que constitui a luminosidade da pre-sença, isto é, aquilo que o torna “aberto” e também “claro” para si mesmo. É a cura que se funda toda abertura do pre e a temporalidade ekstática que o ilumina originariamente. Heidegger afirma que somente partindo do enraizamento da pre-sença na temporalidade que se consegue penetrar na possibilidade existencial do fenômeno, ser-no-mundo, que, no começo da analítica da pre-sença, fez-se conhecer como constituição fundamental.²⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Heidegger leva a cabo uma investigação ontológica “concreta”, partindo do ente que compreende o ser, ou seja, único para o qual há ser, a saber, o próprio homem (vale destacar que aqui não há falar-se de “consciência” ou “sujeito” da filosofia moderna). O homem é *Dasein*. O filósofo afirma: “a pre-sença (*Dasein*) existe. Ademais, a pre-sença é o ente que sempre mesmo eu sou.”²⁶ Logo, *Dasein* é existência, ou seja, o fato de ser fora de si, de possuir uma estrutura ekstática, em detrimento ao sujeito da filosofia moderna fechado sobre si mesmo (*Ser e Tempo*, § 69). A abertura essencial do ser do homem é chamada cuidado, preocupação e o sentido propriamente temporal da existência enquanto modo de ser humano é a temporalidade. É o pôr à luz com sentido temporal da existência enquanto modo de ser humano. Daí a ontologia da finitude, já que o *Dasein* é finito, isto é, mortal (*Ser e Tempo*, Primeiro Capítulo da Segunda Seção – *A possibilidade da Pre-sença ser-toda e o ser-para-a-morte*).

Petrópolis: Vozes, 2002, p.75.

²⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*: Parte I. Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. 12.ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p.150.

²⁶ Ibid., p.90.

Assim, Heidegger propõe a tese da finitude do tempo original, em detrimento à tese clássica da infinitude do tempo da natureza. Assim, podemos dizer que não há ser nem tempo senão na medida em que há *Dasein*. O *Dasein* dá a si mesmo o seu tempo. O fundamento ontológico originário da existencialidade da pre-sença é a temporalidade. A totalidade das estruturas do ser da pre-sença articuladas na cura só se tornará existencialmente compreensível a partir da temporalidade.²⁷ Portanto, é na temporalidade que Heidegger vai buscar o sentido da pre-sença (ser-aí), isto é, da preocupação. O filósofo afirma em *Ser e Tempo*

Se a temporalidade constitui o sentido ontológico originário da pre-sença, onde *está em jogo o seu próprio ser*, então a cura deve precisar de 'tempo' e, assim, contar com o 'tempo'. A temporalidade da pre-sença constrói a 'contagem do tempo'. O 'tempo' nela experimentado é o aspecto fenomenal mais imediato da temporalidade. Dela brota a compreensão cotidiana e vulgar do tempo. E essa se desdobra, formando o conceito tradicional de tempo.²⁸

A compreensão do ser é tornada possível mediante a temporalidade ekstática do *Dasein*, ou seja, o tempo passa a ser o *locus* da compreensão do *Dasein*. É, com efeito, no § 65 de *Ser e Tempo* que a temporalidade é revelada como constituindo o sentido do cuidado, *sorge*, cura. Heidegger afirma que "enquanto cura, a totalidade ontológica da pre-sença diz: preceder-se-a-si-mesma-em (um mundo) enquanto ser-junto-a (entes que vêm ao encontro dentro do mundo)."²⁹ Assim o filósofo fixou a articulação da estrutura originária da cura na temporalidade. Isso quer dizer que o *Dasein* (pre-sença) nunca perde a sua integralidade; que ela perdura no tempo, porque ele é formado por momentos inseparáveis uns dos outros. Daí Heidegger falar em estrutura do ser-aí. Esta estrutura fundamental é chamada ser-no-mundo.

Pertence à estrutura ontológica da pre-sença uma compreensão do ser. É sendo que a pre-sença está aberta para si mesma em seu ser. Há que se buscar uma abertura mais abrangente e mais originária dentro da própria pre-sença (*Dasein*).³⁰

²⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*: Parte II, Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. 11.ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p.13.

²⁸ Ibid., p.13-14.

²⁹ Ibid., p.121.

³⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*: Parte I. Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. 12.ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p.245.

Portanto, não é no terreno da quotidianidade que vamos conseguir encontrar a unidade do *Dasein* (pre-sença). Isso porque a interpretação cotidiana da pre-sença encobre onticamente o ser próprio da pre-sença.³¹ Assim, o modo de ser da pre-sença exige uma interpretação ontológica. A interpretação ontológica projeta o ente preliminarmente dado em seu próprio ser, de modo a chegar ao conceito de sua estrutura. Assim, originariamente constituída pela cura, a pre-sença (*Dasein*) já sempre precede-a-si-mesma. Daí a importância do círculo hermenêutico. É o salto para dentro do círculo hermenêutico que assegura o ponto de partida da análise do *Dasein* (pre-sença). O próprio desejo e esforço para fugir do círculo reside na condição de decaída da pre-sença. Segundo Heidegger, este termo não exprime qualquer avaliação negativa. Pretende apenas indicar que, em primeira aproximação e na maior parte das vezes, a pre-sença está junto e no “mundo”.³²

Este estar junto possui, frequentemente, o caráter de perder-se na publicidade do impessoal, eis que a própria pre-sença já sempre caiu de si mesma e de-caiu no “mundo”.³³ O fenômeno da de-cadência apresenta-se em um modo existencial de ser-no-mundo. Em sua obra *Sobre o Humanismo*, Heidegger afirma que o esquecimento da Verdade do Ser em favor da avalanche do ente, não pensado em sua essência, é o sentido da “decadência”, mencionada em *Ser e Tempo*.

A possibilidade da decadência enquanto imersão no mundo tem a sua origem na fuga do *Dasein* (pre-sença) perante si mesmo. No falatório³⁴ e na interpretação pública, a própria pre-sença (*Dasein*) confere a si mesma a possibilidade de perder-se no impessoal e de de-cair na falta de solidez. Isso porque a própria pre-sença prepara para si mesma a tentação constante de de-cair.

Heidegger afirma que o ser-no-mundo já é em si mesmo tentador e, desta forma esta tentação, através da interpretação pública mantém a pre-sença presa à sua de-cadência. A pretensão do impessoal, no sentido de nutrir e dirigir toda a vida

³¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*: Parte II, Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. 11.ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p.104.

³² Ibid., p.109.

³³ Nesse sentido, Heidegger afirma que “a de-cadência da pre-sença também não pode ser apreendida como ‘queda’ de um ‘estado original’, mais puro e superior. Disso nós não dispomos onticamente de nenhuma experiência e, ontologicamente, de nenhuma possibilidade e guia ontológicos para uma interpretação. Enquanto ser-no-mundo de fato, a pre-sença na de-cadência, já de-caiu em algo ôntico com o que ela se deparou ou não se deparou, no curso de seu ser, e sim no *mundo* que, em si mesmo, pertence ao ser da *pre-sença*. A de-cadência é uma determinação existencial da própria pre-sença e não se refere a ela como algo simplesmente dado, nem a relações simplesmente dadas com o ente do qual ela ‘provém’, ou com a qual ela posteriormente entra em commercium.” HEIDEGGER, Op. Cit., 2002. p.236-237.

³⁴ Heidegger entende falatório como a abertura para a pre-sença, numa compreensão, o ser para o seu mundo, para os outros e para consigo mesma, mas de maneira a que esse ser para conserve o modo de oscilação sem solidez. O falatório é o modo de ser da própria convivência. HEIDEGGER, Op.Cit., 2002, p.238-239.

autêntica, tranquiliza a pre-sença, assegurando que tudo “está em ordem”. Nesse sentido o ser-no-mundo da decadência é, em si mesmo, tentador e tranquilizador.

É neste sentido que ERNILDO STEIN afirma que, na preocupação como decaída está radicada a tendência de senso comum de experimentar o ente real, para poder fugir e se distanciar da verdadeira compreensão do ser.³⁵ O senso comum desconhece o fato de que somente pode conhecer realmente o ente se o ser já foi conhecido, ou seja, através do viés ontológico.

Nas palavras de HEIDEGGER:

Mas o *que* propriamente se deve compreender permanece, no fundo, indeterminado e inquestionado; não se compreende que compreender é um poder-ser que só pode ser liberado na pre-sença *mais própria*.³⁶

É nesse sentido que Heidegger³⁷ entende que o ser-no-mundo da decadência é em si alienante, já que ocorre o encobrimento do seu poder-ser mais próprio. Essa alienação gera um aprisionamento (prisão) da própria pre-sença em seu sentido mais originário. Dessa forma, Heidegger caracteriza os fenômenos da de-caidência como: tentativa, tranquilidade, alienação e aprisionamento (prisão).

Essa “mobilidade” da pre-sença em seu próprio ser é chamada de precipitação, ou seja, a pre-sença “se precipita de si mesma para si mesma na falta de solidez e na nulidade de uma cotidianidade imprópria.” É mediante a interpretação pública que essa precipitação fica velada para a pre-sença, sendo interpretada como “ascensão” e “vida concreta”.³⁸

A possibilidade da decadência enquanto imersão no mundo tem a sua origem na fuga da pre-sença (*Dasein*) perante si mesmo como seu próprio poder-ser propriamente. Assim, do ponto de vista existencial, o *Dasein* (pre-sença) na fuga, fecha-se a si mesmo como pre-sença. “É justamente daquilo de que foge que a pre-sença corre atrás.”³⁹ O desvio da decadência se funda na angústia que, por sua vez, torna possível o temor.⁴⁰ Aquilo com que a angústia se angustia é o ser-no-mundo como tal e o angustiar-se abre, de maneira originária e direta, o mundo como mundo.⁴¹

³⁵ STEIN, Ernildo. *Compreensão e Finitude: Estrutura e Movimento da Interrogação Heideggeriana*. Ijuí, Rio Grande do Sul: Unijuí, 2001, p.256.

³⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo: Parte I*. Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. 12.ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p.239.

³⁷ *Ibid.*, p.240.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, p.248.

⁴⁰ *Ibid.*, p.249.

⁴¹ *Ibid.*, p.249-251.

Assim, a angústia torna visível a existência de fato que é a própria imersão no mundo, ou seja, é o momento do de-caído que caracteriza o ser em modo impróprio do *Dasein*, qual seja: a sua inautenticidade. Dessa forma, constitui as estruturas do cuidado (*sorge*), ao lado da faticidade e da existencialidade, a decadência (estar-caído), quando esta última só caracteriza a preocupação do ser-no-mundo cotidiano e inautêntico.

Daí que a fórmula existencial pela qual Heidegger⁴² explicita o ser do *Dasein* como Cuidado (Cura) é preceder-a-si-mesmo-em (um mundo) enquanto ser-junto-a (um ente intramundano que vem ao encontro). Desse modo, o ser do ser-aí é a preocupação e o sentido desta é a temporalidade. É, portanto, a temporalidade que torna possível a unidade da existencialidade, da faticidade e da decadência, enquanto momento estruturais do cuidado. Todavia, o mundo é, ao mesmo tempo, o “lugar” do passado-presente-futuro: temporalidade.

REFERÊNCIAS

- FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La Hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, 1992.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: Complementos e Índice*. Tradução Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo: Parte I*. Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. 12.ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo: Parte II*, Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. 11.ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995, p.59.
- STEIN, Ernildo. *Compreensão e Finitude: Estrutura e Movimento da Interrogação Heideggeriana*. Ijuí, Rio Grande do Sul: Unijuí, 2001.
- STEIN, Ernildo. *Seminário sobre a Verdade: Lições preliminares sobre o parágrafo 44 de Sein und Zeit*. Petrópolis: 1993.

⁴² HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo: Parte II*, Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. 11.ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p.110.

O COSTUME JURÍDICO COMO UMA DAS FONTES DO DIREITO BRASILEIRO

Reis Friede¹

Resumo: o Direito brasileiro é predominantemente escrito, figurando a lei como a principal fonte do sistema normativo pátrio. Não obstante, a presente constatação não afasta a possibilidade de haver normas costumeiras, cujo processo de criação não se opera de modo institucionalizado, mas através da interferência da própria sociedade.

Palavras-chave: fontes do Direito; costume jurídico.

LEGAL CUSTOM AS ONE OF THE SOURCES OF BRAZILIAN LAW

Abstract: The Brazilian Law is mainly written, being the law the main source of the national normative system. However, this confirmation does not withdraw the possible existence of customary norms, which creational process does not operate in an institutionalized way, but through the interference of society itself.

Keywords: Law Sources; Legal Custom.

1. INTRODUÇÃO

A doutrina alude à existência de dois grandes sistemas jurídicos: o denominado *sistema romano-germânico* (ou *civil law*), do qual o Direito brasileiro é um típico exemplo, figurando a lei escrita como a principal fonte, e o sistema *anglo-saxão* (ou *common law*), no qual os precedentes judiciais adquirem *status* fundamental, cuja força vinculante é reconhecida e aceita.

¹ Desembargador Federal, ex-Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor Associado da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Site: <https://reisfriede.wordpress.com/> . E-mail: reisfriede@hotmail.com .

Conforme explica REALE (2002, p. 97-98), a expressão *common law* designa a “experiência jurídica da Inglaterra, dos Estados Unidos da América, e de outros países de igual tradição”, caracterizada por “não ser um Direito baseado na lei, mas antes nos usos e costumes consagrados pelos *precedentes* firmados através das decisões dos tribunais”, configurando, pois, um “Direito costumeiro-jurisprudencial, ao contrário do Direito continental europeu e latino-americano, filiado à tradição romanística, do Direito Romano medieval, no qual prevalece o processo legislativo como fonte por excelência das normas jurídicas”. O trecho em destaque permite inferir a importância da *lei* para o Estado, mormente para o Estado Democrático de Direito, fonte esta que, na quadra atual, tem adquirido um predomínio cada vez mais crescente, obtendo “amplitude e desenvolvimento que nunca teve em épocas passadas” (DINIZ, 2000, p. 283). Não obstante, a presente constatação não afasta a possibilidade de haver normas costumeiras, cujo processo de criação não se opera de modo institucionalizado, mas através da interferência da própria sociedade.

2. DEFINIÇÃO DE FONTES DO DIREITO

Buscar o significado etimológico das palavras é fundamental para compreender melhor os diversos institutos jurídicos contidos no sistema normativo. A palavra *fonte*, proveniente do latim *fontis*, quer dizer *nascente de água* ou *manancial de água* que brota do solo. Assim, o vocábulo *fonte*, semanticamente, significa origem, surgimento, princípio de algo. Por conseguinte, a expressão *fontes do Direito*, atribuída à época de CÍCERO (VENOSA, 2006, p. 119), traduz a origem do Direito, seu nascedouro; onde as normas jurídicas são reveladas e têm seu princípio. Enfim, o modo como uma norma jurídica se estabelece em uma sociedade. Portanto, o termo em questão, juridicamente, seria a origem do Direito, isto é, os modos de formação e revelação das normas jurídicas. REALE, conceituando o termo *fonte*, assevera que:

“Por ‘fonte do direito’ designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa.” (REALE, 2002, p. 140)

DINIZ adverte que a expressão *fonte do Direito* – por ser empregada metaforicamente – apresenta mais de um sentido, concepção semântica assim explicada pela ilustre autora:

“‘Fonte jurídica’ seria a origem primária do direito, confundindo-se com o problema da gênese do direito. Trata-se da fonte real ou material do direito, ou seja, dos fatores reais que condicionaram o aparecimento de norma jurídica. KELSEN admite esse sentido do vocábulo, apesar de não o considerar científico-jurídico, quando com esse termo se designam todas as representações que, de fato, influenciam a função criadora e aplicadora do direito, como: princípios morais e políticos, teorias jurídicas, pareceres de especialistas. Fontes essas que, no seu entender, se distinguem das do direito positivo, porque estas são juridicamente vinculantes e aquelas não o serão enquanto uma norma jurídica positiva não as tornar vinculantes, caso em que elas assumem o caráter de uma norma jurídica superior que determina a produção de uma norma jurídica inferior. Emprega-se também o termo ‘fonte do direito’ como equivalente ao fundamento de validade da ordem jurídica. A teoria kelseniana, por postular a pureza metódica da ciência jurídica, libera-a da análise de aspectos fáticos, teleológicos, morais ou políticos que, porventura, estejam ligados ao direito. Portanto, só as normas são suscetíveis, segundo KELSEN, de indagação teórico-científica. Com isso essa doutrina designa como ‘fonte’ o fundamento de validade jurídico-positiva da norma jurídica, confundindo a problemática das fontes jurídicas com a noção de validade das normas de direito.” (DINIZ, 2000, p. 278)

3. CLASSIFICAÇÃO DAS FONTES DO DIREITO

De acordo com RAMOS (2014, p. 600), a expressão “fontes do Direito é, antes de tudo, polissêmica”, traduzindo, por um lado, “os modos pelos quais as normas jurídicas são produzidas (fontes formais) e, por outro, os eventos sociais que geram as necessidades a serem reguladas pelas normas jurídicas (fontes materiais)”, afirmação que indica que o tema vertente é objeto de múltiplas classificações doutrinárias, o que explica as diversas perspectivas apresentadas pelos estudiosos do assunto, sendo certo afirmar que inexistente uniformidade nos modos de expressá-las.

REALE (2002, p. 139-140), discordando da distinção levada a efeito por um segmento doutrinário, entre os quais se encontram GUSMÃO e DINIZ, assevera que a “antiga distinção entre *fonte formal* e *fonte material* do Direito tem sido fonte de grandes equívocos nos domínios da Ciência Jurídica”, razão pela qual, segundo o mestre REALE, a expressão *fonte do Direito* deveria ser empregada apenas para designar os “processos de produção de normas jurídicas”, raciocínio realeano que se fundamenta nos seguintes argumentos:

“Tais processos pressupõem sempre uma *estrutura de poder*, desde o poder capaz de assegurar por si mesmo o adimplemento das normas por ele emanadas (como é o caso do poder estatal no processo legislativo) até outras formas subordinadas de poder que estabelecem, de maneira objetiva, relações que permitem seja pretendida a garantia de execução outorgada pelo Estado.

Vejamos o que se tem designado com a expressão *fonte material*, para demonstrarmos a inconveniência desse termo.

Verificando-se, por exemplo, como aparece uma lei, podemos indagar de suas razões últimas, dos motivos lógicos ou morais que guiaram o legislador em sua tarefa. Estamos, pois, diante de uma pesquisa de natureza filosófica, que diz respeito às condições lógicas e éticas do fenômeno jurídico.

Ao lado dessa questão, que se liga ao próprio problema da justiça, da liberdade, da segurança e da ordem, encontramos outros problemas que já possuem um aspecto sociológico. Indagamos das causas não remotas, mas imediatas da lei. Podemos perguntar, por exemplo, se uma lei é devida a fatores econômicos permanentes ou transitórios, ou se ela é decorrência de exigências demográficas, geográficas, raciais, higiênicas e assim por diante. O problema que gira em torno das causas imediatas ou próximas do fenômeno jurídico pertence ao âmbito da Sociologia e, a rigor, da Sociologia Jurídica.

Como se vê, o que se costuma indicar com a expressão ‘fonte material’ não é outra coisa senão o estudo filosófico ou sociológico dos motivos éticos ou dos fatos econômicos que condicionam o aparecimento e as transformações das regras de direito. Fácil é perceber que se trata do problema do fundamento ético ou do fundamento social das normas jurídicas, situando-se, por conseguinte, fora do campo da Ciência do Direito. Melhor é, por conseguinte, que se dê ao termo *fonte do direito* uma única acepção, circunscrita ao campo do Direito.” (REALE, 2002, p. 139-140)

Como se vê, as fontes do Direito, na visão de REALE, estão relacionadas às formas de expressão do *poder*. Assim, diz o saudoso professor, “quatro são as fontes de Direito, porque quatro são as formas de *poder*: o *processo legislativo*, expressão do Poder Legislativo; a *jurisdição*, que corresponde ao Poder Judiciário; os *usos e costumes jurídicos*, que exprimem o *poder social*, ou seja, o poder decisório anônimo do povo; e, finalmente, a *fonte negocial*, expressão do *poder negocial* ou da *autonomia da vontade*” (REALE, 2002, p. 141).

Não obstante a mencionada posição de REALE, observa-se, de um modo geral, uma divisão preambular das fontes do Direito em *fontes materiais* e *fontes formais*, justamente o como procede GUSMÃO (2000, p. 101), que define as primeiras como sendo “os dados extraídos da realidade social, das tradições e dos ideais dominantes, com os quais o legislador, resolvendo questões que dele exigem solução, dá *conteúdo* ou *matéria* às regras jurídicas”. Por outro lado, *fontes formais*, na ótica do aludido autor, “são os meios ou formas pelos quais o Direito Positivo se apresenta na História ou pode ser conhecido”.

No que se refere às *fontes formais* do Direito, GUSMÃO concebe as seguintes categorias: *fontes estatais* (lei, regulamento, decreto, decreto-lei, medida provisória, etc), *fontes infraestatais* (costume jurídico, doutrina, contrato coletivo de trabalho, jurisprudência) e *fontes supraestatais* (tratados internacionais, costumes internacionais, princípios gerais de Direito dos povos civilizados).

Ademais, GUSMÃO classifica as *fontes formais* em: *fontes de Direito Interno* ou *de Direito Nacional* (lei, regulamento, decreto-lei, jurisprudência dos tribunais estatais, Direito Interno consuetudinário, contrato coletivo de trabalho, doutrina), *fontes de Direito Comunitário* (fontes do Direito da União Europeia) e *fontes de Direito Internacional* (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de Direito dos povos civilizados, jurisprudência da Corte Internacional de Justiça e a Ciência do Direito Internacional). Por fim, as *fontes formais*, na visão do mesmo autor, podem ainda ser catalogadas em: *fontes legislativas* (lei, regulamento, decreto-lei, etc), *fontes consuetudinárias* (costumes), *fontes jurisprudenciais* (jurisprudências dos tribunais estatais e da Corte Internacional de Justiça), *fontes convencionais* (tratados internacionais, contratos coletivos de trabalho) e *fontes doutrinárias* (doutrinas nacional e internacional).

VENOSA (2006, p. 119), no mesmo raciocínio classificatório, admite a existência de *fontes materiais* (“que têm o Estado como poder emanador”),

além das *fontes formais*, estas subdivididas em *fontes formais primárias/diretas/imediatas* (a lei e o costume jurídico) e *fontes formais secundárias/indiretas/mediatas* (a doutrina e a jurisprudência), reconhecendo, porém, outras figuras, tais como a analogia e os princípios gerais de Direito, conforme previstos no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42).

Ainda no que concerne à classificação das fontes do Direito, DINIZ (2000, p. 279) assevera que “o jurista deve ater-se tanto às fontes materiais como às formais, preconizando a supressão da distinção, preferindo falar em *fonte formal-material*, já que toda fonte formal contém, de modo implícito, uma valoração, que só pode ser compreendida como fonte do Direito no sentido de fonte material”.

Com efeito, seguindo a orientação doutrinária de DINIZ e outros autores, adotaremos a classificação que desdobra as fontes do Direito em *fontes materiais* (*reais* ou de *produção*) e *fontes formais* (ou de *conhecimento*), estas últimas subdivididas em *fontes formais estatais* e *fontes formais não-estatais*. *Fontes materiais* são os fatores (sociais, políticos, históricos, econômicos, culturais, etc) que determinam a elaboração do Direito. Por seu turno, *fontes formais* são os meios através dos quais o Direito torna-se conhecido, revelado, podendo ser subdivididas em: fontes formais *estatais* (a *lei*, os *tratados internacionais* e a *jurisprudência*) e fontes formais *não-estatais* (o *costume*, a *doutrina*, os *princípios gerais de Direito*, a *analogia* e o *contrato*).

Com efeito, o presente texto limitar-se-á a analisar o costume jurídico enquanto fonte formal do Direito brasileiro.

4. COSTUME JURÍDICO

É cediço que o Direito brasileiro, por razões históricas, é predominantemente escrito, figurando a lei (em sentido amplo) como a principal fonte do sistema normativo pátrio. Não obstante tal realidade, a presente constatação não afasta a possibilidade de haver normas jurídicas não escritas (normas costumeiras ou consuetudinárias), cujo processo de criação, diferentemente das normas escritas, não se opera de modo institucionalizado, mas, ao revés, pela interferência da própria sociedade. Assim, o costume jurídico, uma das mais antigas fontes do Direito, tendo mesmo precedido a própria lei escrita, atua contemporaneamente como uma autêntica *fonte formal subsidiária* (secundária, mediata ou indireta) do Direito brasileiro, conforme amplamente reconhecido pela doutrina.

Cumprе destacar que o costume jurídico não se confunde com as regras de trato social (regras de boa educação, de cortesia, de higiene, usos sociais, etc.), residindo a distinção fundamental na força obrigatória e necessidade jurídica, aspectos encontrados apenas no costume, o qual pode ser definido como a norma jurídica não escrita, criada espontaneamente pela sociedade, sendo oriunda da prática constante, reiterada e uniforme de determinado comportamento, tudo aliado à convicção social acerca de sua necessidade jurídica.

Diferentemente da lei escrita, cuja elaboração é sempre certa e predeterminada, sendo decorrente da atividade do Poder Público, que a elabora segundo os procedimentos previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional, o surgimento de um costume jurídico, conforme leciona o insigne REALE, não tem origem certa, nem se localiza ou é suscetível de localizar-se de maneira predeterminada.

“O Direito costumeiro [...] não tem origem certa, nem se localiza ou é suscetível de localizar-se de maneira predeterminada. Geralmente não sabemos onde e como surge determinado uso ou hábito social, que, aos poucos, se converte em hábito jurídico, em uso jurídico.

O Direito costumeiro nasce por toda parte, de maneira anônima, ao passo que a lei, desde a sua origem, se reveste de segurança de certeza.” (REALE, 2002, p. 156)

Ademais, importante consignar que, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), o costume, não obstante sua inegável condição de meio de suprimimento das lacunas existentes na lei (*fonte primária*), figura, ainda, como uma genuína *fonte subsidiária* do Direito pátrio (DINIZ, 2007, p. 186). Neste particular, explica FERRAZ JR. (2015, p. 267) que “a imposição do costume como meio de integração da lei no art. 4º da Lei de Introdução cria uma subordinação daquele a esta”, motivo pelo qual, a princípio, o costume será *praeter legem* (aquele que tem por objetivo preencher eventuais lacunas), prevalecendo, pois, a lei.

4.1. Elementos

No que se refere ao aspecto estrutural, assevera FERRAZ JR. (2015, p. 199) que o costume possui em sua composição um *elemento substancial* (o uso

reiterado no tempo) e um *elemento relacional* (“o processo de institucionalização que explica a formação da convicção da obrigatoriedade e que se explicita em procedimento, rituais ou silêncios presumidamente aprovadores”), dos quais decorrem a validade e a eficácia da regra consuetudinária.

Com efeito, segundo pacífica doutrina, o costume jurídico possui dois elementos constitutivos: o *elemento externo* (material ou relacional) e o *elemento interno* (espiritual ou substancial). O primeiro nasce com a constância da repetição (por parte da sociedade) de determinados atos, cuja formação é lenta, longa e sedimentária. O segundo elemento, por sua vez, consiste na convicção, por parte dos membros da comunidade, de que a norma consuetudinária é juridicamente necessária. Neste sentido, adverte BITENCOURT (2011, p. 162) que a ausência de tal convicção reduz o costume a um “simples uso social, sem o caráter de exigibilidade”.

4.2. Espécies

Os costumes jurídicos, segundo os autores que tratam do tema, admitem três espécies: costume *secundum legem*, costume *praeter legem* e costume *contra legem*.

Costume *secundum legem* é aquele se encontra em conformidade com a lei, servindo como instrumento de interpretação. Vale dizer, está previsto na própria lei, que reconhece a sua eficácia e aplicabilidade. Tal espécie de costume reveste-se de grande importância quando da interpretação de determinados conceitos e expressões contidos em dispositivos penais que estabelecem condutas criminosas (modelos de comportamentos proibidos), possibilitando, assim, que o intérprete possa ajustá-los à realidade social, razão pela qual é plenamente admitido pela doutrina. A título de exemplo, o art. 155, parágrafo 1º, do Código Penal determina a incidência de uma causa especial de aumento de pena (um terço) quando o furto é cometido durante o *repouso noturno*, expressão que, a toda evidência, demanda uma análise da ambiência e dos costumes locais. Da mesma forma, o Código Civil de 2002, no seu art. 569, inciso II, estabelece que o locatário é obrigado a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados e, em falta de ajuste, segundo o *costume* do lugar.

Por sua vez, o costume *praeter legem*, figura prevista no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), funciona

como um mecanismo de suprimento de eventual lacuna, tendo, pois, nítido caráter supletivo.

Por fim, o costume *contra legem* é aquele que se apresenta contrário à lei, cuja admissibilidade tem suscitado debate na doutrina, mormente diante do primado da lei, conforme dispõe o art. 2º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

“O costume *contra legem* é o que se opõe, se mostra contrário à lei. Denomina-se *costume ab-rogatório*, pois coloca a lei à margem. Quando torna uma lei não utilizada, denomina-se *desuso*. Discute-se se é possível a prevalência de um costume desse jaez, pois a supremacia de um costume sobre a lei deixaria instável o sistema. Embora existam opiniões divergentes, a doutrina se inclina pela rejeição dessa modalidade de costume. Em princípio, somente uma lei pode revogar outra. Esta posição, como tudo em Direito, não pode ser peremptória. Como se nota, a matéria se revolve em torno do chamado *desuso da lei*.” (VENOSA, 2006, p. 128)

De qualquer forma, um segmento minoritário da doutrina, baseando-se no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), segundo o qual o juiz, quando da aplicação da lei, “atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, admite possa o magistrado aplicar um costume contrário à própria lei, entendimento que não deve ser aceito como correto, diante da prevalência da lei escrita produzida pelo Estado, uma das principais características do sistema jurídico brasileiro.

4.3. Validade

Quanto à *validade do costume*, em contraste com a *validade das leis*, FERRAZ JR. explica que a condição de validade da norma costumeira, isto é, o título que as faz normas integrantes do sistema, repousa, porém, em um elemento diferente daquele concebido para as normas legais.

“Não se trata de procedimentos regulados por normas de competência, mas da própria *opinio necessitatis*, o processo de institucionalização que as consagra como normas obrigatórias. Nesse sentido, toda norma costumeira é, no fundo, uma norma-

origem, pois sua validade deriva diretamente da imperatividade do sistema que acolhe o costume por meio de suas regras estruturais (por exemplo, a regra doutrinária que diz ser o uso reiterado com convicção de obrigatoriedade uma fonte normativa)." (FERRAZ JR., 2015, p. 199)

Interessante consignar que a prova do costume incumbe a quem o alega, não sendo aplicável, no caso, o princípio *iura novit curia* (ao juiz é vedado desconhecer a lei). No entanto, diante de eventual notoriedade do costume jurídico, pode o juiz, quando admitido, aplicá-lo de ofício, exatamente o que acontece com toda e qualquer norma jurídica, não obstante possa o magistrado, quando desconhecido o costume, "exigir, de quem o alega, que o prove e de qualquer modo; à parte interessada é permitido, sem aguardar a exigência do juiz ou a contestação do adversário, produzir essa prova, por todos os meios admitidos em direito" (DINIZ, 2001, p. 120).

4.4. Vigência

A norma costumeira, assim como a norma escrita, vige, do que decorre a importância de se fixar o termo inicial do prazo de sua vigência. Afinal, uma vez que a norma consuetudinária não é promulgada nem publicada, pode ser que surja dúvida quanto ao exato momento em que começa a vigorar.

FERRAZ JR. (2015, p. 199) informa que os sistemas jurídicos modernos, objetivando resolver tal problema, estabelecem uma espécie de substituto para o instituto da promulgação (próprio da norma produzida pelo Estado). Exige-se, pois, que o costume seja provado por quem o alega, recaindo tal prova sobre o seu teor. De qualquer forma, quanto à vigência do costume, a doutrina alude às seguintes condições: continuidade, uniformidade, diuturnidade, moralidade e obrigatoriedade.

4.5. Costume Jurídico e Princípio da Legalidade Penal

Segundo o princípio da legalidade penal, "não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal". É o que preceituam o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e o art. 1º do Código Penal (Decreto-Lei

nº 2.848/40). Destarte, somente uma lei ordinária (espécie normativa primária elaborada de acordo com o rito constitucional e regimentalmente previsto) pode criar infrações penais (crimes e contravenções penais) no Brasil, cuja competência legislativa é privativa da União, a ser concretizada pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 22, inciso I, do Texto Magno, com incidência sobre toda a Federação brasileira. A nosso ver, o atual quadro constitucional brasileiro, em nenhuma hipótese, permite que determinado comportamento seja incriminado apenas em alguns Estados-membros do Brasil. Nem mesmo o disposto no art. 22, parágrafo único, da Lei Magna, poderia autorizar certas incriminações somente no âmbito de alguns entes federados, vez que tal situação, a toda evidência, não se enquadra na expressão “questões específicas”, um dos requisitos exigidos pelo referido dispositivo constitucional.

Como garantia política em face do poder punitivo do Estado, o princípio da legalidade penal foi inserido, ao longo do tempo, no rol dos direitos e das garantias fundamentais. Com efeito, a configuração da República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito, cuja atuação encontra-se absolutamente atrelada aos ditames legais, impõe e justifica a adoção de tal princípio como um limite intransponível ao exercício do *jus puniendi*. Afinal, conforme afirma ROXIN (2006, p. 138), um Estado de Direito deve proteger o indivíduo não apenas através do Direito Penal, mas também do Direito Penal (“*ein Rechtsstaat den Einzelnen nicht nur durch das Strafrecht, sondern auch vor dem Strafrecht shutzen soll*”). Diante de tal quadro, o princípio da legalidade penal assume importante função: garantir que o direito de punir estatal somente seja exercido de acordo com o que estiver legalmente estabelecido no ordenamento jurídico.

No que se refere ao aspecto histórico, a doutrina, de modo amplamente majoritário (MIRABETE e FABBRINI, 2011, p. 39; NUCCI, 2010, p. 52), assevera que o art. 39 da *Magna Charta Libertatum*, de JOÃO SEM TERRA, datada de 1215, seria a origem mais remota do princípio em comento. Além desse emblemático documento, houve, no decorrer histórico, outras demonstrações de apreço à legalidade penal, sendo oportuno citar, sem qualquer pretensão exaustiva, a Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), cujo art. 8º preconiza que “ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada”. No plano das Nações Unidas, o art. XI, 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, estabelece que:

“Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional.

Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.”

Segundo STRATENWERTH (2005, p. 71), coube a ANSELM VON FEUERBACH vincular o princípio da legalidade diretamente ao Direito Penal, para quem somente a pena cominada antes do fato tem o poder de intimidar. Também a FEUERBACH é conferida a autoria do consagrado brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Ademais, no âmbito do ordenamento jurídico-penal pátrio, nas fases imperial e republicana, todas as Constituições brasileiras consolidaram tal conquista. Assim, da adoção do princípio da legalidade penal decorrem algumas implicações, tais como:

a) A lei penal deve ser *precisa* e *certa*: em obediência ao princípio da legalidade penal, e para que o comportamento incriminado pelo Estado possa ser devidamente identificado e conhecido, a lei penal vale-se de uma técnica descritiva. Para tanto, opera através de modelos incriminadores (o denominado *tipo penal*). A construção dos tipos penais, obra levada a efeito pelo legislador, deve abarcar os atributos da *precisão* e da *certeza*. Significa dizer que a norma penal incriminadora deve indicar com exatidão as balizas da conduta delituosa, permitindo que o seu destinatário tenha a possibilidade de conhecer a ilicitude do fato. Conforme assevera NUCCI (2010, p. 54), o preceito incriminador genérico fere o princípio da legalidade penal. Também atento ao problema, BATISTA observa que:

“A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos.” (BATISTA, 1990, p. 78)

Mesmo diante de tal exigência de absoluta clareza, não raro o Poder Legislativo elabora leis penais completamente divorciadas do princípio da legalidade penal. De fato, há diplomas legais cujo conteúdo, extremamente impreciso e incerto, acaba por contrariar o dogma previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, prejudicando sobremaneira a compreensão da proibição penal (SANTOS, 2006, p. 23). Portanto, a lei penal redigida de modo impreciso

e incerto configura um dos grandes problemas ainda enfrentados pelo Direito Penal moderno, sendo responsável por gerar insegurança jurídica, tendo em vista que a inexactidão da moldura legal possibilita especulações acerca do alcance e do sentido da norma penal incriminadora. A título de exemplo, cabe recordar que até o advento da Lei nº 11.106/05, a antiga redação do art. 215 (antigo crime de posse sexual mediante fraude, atual delito de violação sexual mediante fraude) do Código Penal fazia referência à expressão “mulher honesta”. O tipo penal em questão, antes da alteração promovida pela citada lei, estava assim redigido: “*ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude*”. Com o devido respeito ao sexo feminino, e sem qualquer trocadilho, questiona-se: qual o significado a ser atribuído à aludida expressão? Em resposta, NORONHA (1995, p.137) afirmava: “*mulher honesta é a honrada, de decoro, decência e compostura*”. E, com a devida vênia, o que se entende por “mulher honrada, de decoro, decência e compostura”? Nota-se, pois, a grande imprecisão do conceito formulado por NORONHA, um dos maiores penalistas que o Brasil já conheceu. Ainda hoje, se fizermos a mesma pergunta a 100 pessoas, talvez tenhamos cem respostas diferentes.

Mas há ainda outro óbice a ser registrado. O defeito da imprecisão típica acaba por desaguar na função judicante, ocasionando outro grave problema, também de índole constitucional. Na tentativa de “desvendar” o conteúdo da norma penal defeituosa, imprecisa e incerta, o magistrado imiscui-se, em última análise, em uma função que não lhe compete. Sem alternativa, o julgador extrapola a tarefa interpretativa que lhe é inerente e passa a agir como se legislador fosse. Neste caso, dada a incerteza a respeito dos caracteres do tipo penal, a existência ou não de crime passa a depender da interpretação a ser realizada pelo próprio juiz. Acerca de tão delicada questão, MOURULLO, citado por FRANCO, adverte que:

“O princípio da legalidade implica que o fato constitutivo de delito apareça descrito na própria lei de um modo exaustivo. [...]. Do contrário, o legislador nada mais faria do que transferir sua missão ao juiz, sobrecarregando-o com tarefas próprias do poder legislativo.”
(FRANCO *et al*, 2007, p. 56)

Em suma, o entendimento do juiz passa a ser a fonte primária, básica e imediata do Direito Penal, procedimento que, sem sombra de dúvida, fere o princípio da legalidade penal, bem como o da separação das funções (art. 2º da Constituição Federal).

b) Não cabimento de infrações penais criadas por costume jurídico: outra implicação decorrente da incidência do princípio em tela é a impossibilidade de se adotar o costume jurídico como fonte criadora de infrações penais. Como dito alhures, a fonte formal imediata do Direito Penal brasileiro é a *lei em sentido estrito*, donde se extrai a vedação do costume jurídico como fonte principal. É o que se depreende do art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e do art. 1º do Código Penal. Neste sentido, leciona PRADO (2000, p. 75) que “da afirmação de que só a lei pode criar crimes e penas resulta, como corolário, a proibição da invocação do direito consuetudinário para a fundamentação ou agravação da pena, como ocorreu no direito romano e medieval”.

4.6. A Importância do Costume Jurídico no Direito Internacional

Afirma-se, com frequência, que o costume jurídico, enquanto indiscutível fonte secundária do Direito brasileiro, adquire maior relevância no âmbito do Direito Internacional Público, mormente diante da regra insculpida no art. 38, 1, *b*, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, o que denota a importância do costume em relação ao denominado *Direito das Gentes*:

“Artigo 38

1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d. sob ressalva da disposição do artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.”

Sintetizando a posição de destaque ocupada pelo costume na seara do Direito Internacional Público, MAZZUOLI (2012) assinala que o costume internacional é a mais antiga fonte do Direito Internacional Público, cuja importância advém, entre outros aspectos, “do fato de não existir, no campo do Direito Internacional, um centro integrado de produção de normas jurídicas, não obstante a atual tendência de codificação das normas internacionais de origem consuetudinária”.

5. CONCLUSÃO

O Direito brasileiro, por razões históricas, é predominantemente escrito, figurando a lei como a principal fonte do sistema normativo. Não obstante, a presente constatação não afasta a possibilidade de haver normas costumeiras, cujo processo de criação, diferentemente das normas escritas, não se opera de modo institucionalizado, mas através da interferência da própria sociedade. Assim, o costume jurídico, uma das mais antigas fontes do Direito, tendo mesmo precedido a própria lei escrita, atua contemporaneamente como uma autêntica *fonte subsidiária* (secundária, mediata ou indireta) do Direito brasileiro, mormente diante do que preconiza o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro, Revan, 1990.
- BITENCOURT, Cezar. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*, v. 1, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.
- _____. *As Lacunas no Direito*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- _____. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação*, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 2015.
- FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua Interpretação, Doutrina e Jurisprudência*, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. ; *Introdução ao Estudo do Direito*, 27ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.

- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Algumas Questões Jurídicas sobre a Formação e Aplicação do Costume Internacional*, Revista dos Tribunais, nº 921, jul. 2012.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*, v. 1, 27ª ed., São Paulo, Atlas, 2011.
- NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*, v. 1, 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
- NUCCI, Guilherme. *Código Penal Comentado*, 10ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais 2010.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.
- RAMOS, André de Carvalho. *Pluralidade das Fontes e o Novo Direito Internacional Privado*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 109, jan./dez. 2014.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*, trad. de LUÍS GRECO, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal, Parte Geral*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
- STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal, Parte General I*, Navarra, Thomson, Civitas, 2005.
- VENOSA, Sílvio. *Introdução ao Estudo do Direito – Primeiras Linhas*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2006.





Av. Rio Branco, 243 - Anexo I - 14º andar • Centro • Rio de Janeiro • RJ

☎ (0xx21) 3218-8648 • 3218-8646 • 3218-8645

<https://emarf.trf2.jus.br/>