

**PERSPECTIVAS HERMENÊUTICAS DA NOÇÃO DE DIREITO
SUBJETIVO: DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL E POSSE-TRABALHO**

**(HERMENEUTICAL PERSPECTIVES OF THE SUBJECTIVE RIGHT'S NOTION:
MISAPPOPRIATION AND JOB-POSSESSION)**

Marcelo Cacinotti Costa¹

Vinicius de Melo Lima²

RESUMO: O trabalho em tela tem como objetivo uma exploração hermenêutica da concepção de direito subjetivo, com ênfase na figura da desapropriação judicial em razão da posse-trabalho, nos termos do artigo 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil, à luz de uma (necessária) ruptura paradigmática com a matriz positivista. O sujeito solipsista e que está na raiz do positivismo jurídico, cuja aposta é no esquema sujeito-objeto e no subjetivismo, cede espaço à viragem ontológico-linguística, que decorre da filosofia hermenêutica (Heidegger) e da hermenêutica filosófica (Gadamer). O contributo da hermenêutica filosófica e da diferença ontológica, mediante a inserção do ser-aí (*Dasein*) no processo de compreensão do Direito, promove uma desconstrução da ideia de direito subjetivo como poder do indivíduo, mediante o paradigma da intersubjetividade que norteia o exercício dos direitos fundamentais, em especial a função social da posse.

ABSTRACT: The screen work aims a hermeneutic exploration of the concept of subjective rights, with emphasis on the figure of judicial expropriation on grounds tenure-work, under Article 1.228, § § 4 and 5 of the Civil Code, the light of a (needed) break from the positivist paradigm matrix. The solipsistic subject and that is at the root of legal positivism, whose bet is the subject-object scheme and the will of man, gives way to the ontological-linguistic turn, which stems from philosophical hermeneutics (Heidegger) and

¹ Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor Universitário e Advogado.

² Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor Universitário e Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul.

philosophical hermeneutics (Gadamer). The contribution of philosophical hermeneutics and ontological difference, by inserting the being-there (Dasein) in understanding the process of law, promotes a deconstruction of the idea of subjective rights and power of the individual through the paradigm of intersubjectivity that guides the exercise of fundamental rights, in particular the social function of ownership.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Subjetivo. Desapropriação judicial. Função social da posse. Hermenêutica. Intersubjetividade.

KEYWORDS: Subjective rights. Judicial expropriation. Social function of ownership. Hermeneutics. Intersubjectivity.

INTRODUÇÃO

A cisão entre o Direito Público e o Direito Privado, como se depreende do curso da história jurídica, tem raízes na leitura promovida pelo paradigma continental europeu, em especial no campo do Direito Administrativo e das relações entre a Administração Pública e os cidadãos.

Com efeito, a dicotomia “público x privado” obnubilou as imbricações existentes em tais ramos do Direito, acentuando um caráter marcadamente cogente ao direito de propriedade, um dos pilares da tradição romano-germânica.

Nessa senda, a concepção de direito subjetivo, em sua feição moderna, tem sua matriz teórica alicerçada no nominalismo, corolário do positivismo, destacando-se o contributo de Guilherme de Ockham, a partir da distinção entre o individual e o coletivo, o abstrato e o singular.

Consoante a lição de Michel Villey, o nominalismo tem como premissa a noção de direito subjetivo como poder do indivíduo, cenário que trouxe importantes reflexos na compreensão de determinados institutos jurídicos, dentre eles a propriedade.

A leitura individual-patrimonialista da propriedade esteve enraizada em uma tradição histórica que ultrapassou séculos a fio, desaguando no âmbito da teoria do Estado, como se depreende de John Locke, que inseriu a propriedade como direito natural do cidadão,

pertencente ao estado de natureza. A transposição, por intermédio do contrato social, para o estado civil, tinha como finalidade a consolidação jurídica do direito individual de propriedade.

O marco teórico do solipsismo, do indivíduo isolado em uma ilha, tal como a figura de Robinson Crusoe, de Daniel Defoe, representou o império da vontade de poder, princípio epocal da modernidade, cuja desconstrução tem início no século XX, em face do contributo da matriz hermenêutica de Heidegger (“Ser e Tempo”) e de Gadamer (“Verdade e Método”).

Antes de adentrarmos especificamente no problema, impõe-se preparar o terreno sob o qual iremos nos debruçar, a partir de um olhar reflexivo a respeito das questões que são colocadas no dia a dia forense. Ensinam-se tradicionalmente nas faculdades de direito todas as formalidades exigíveis e necessárias para se chegar à regra. Sabe-se que a lei em sentido lato possui necessária relação com o Estado, principalmente porque herdamos o modelo de produção legislativa kelseniano e, portanto, a lei se legitima a partir da vontade do próprio Estado.

Ainda, é possível exemplificar, no âmbito da posse, a acirrada controvérsia sobre a sua natureza jurídica. Se ela seria um direito ou tão-somente fato e, em sendo Direito, se pertence aos direitos reais ou aos direitos pessoais. Friedrich Carl Von Savigny³ sustentou que a natureza jurídica da posse é ao mesmo tempo um direito e um fato, fazendo a seguinte ponderação: se considerada em si mesma é um fato; se considerada nos efeitos que gera, sendo eles usucapião e interditos, ela se apresenta como um direito. Já para Rudolf Von Ihering⁴, a posse nada mais é que um direito. Partindo ele, de sua definição de direito subjetivo, segundo o qual aquele é o interesse juridicamente protegido.

Muito embora os consagrados juristas mereçam admiração e respeito, verifica-se que a discussão sobre a natureza jurídica da posse, se de natureza fática ou de natureza jurídica, se revela um tanto quanto estéril, pois todo o fato com relevância jurídica é direito e todo o direito nasce de um fato (*ex facto ius oritur*).

³Jurista Alemão nasceu em Frankfurt am Main, 21 de fevereiro de 1779, faleceu em Berlim, 25 de outubro de 1861, pertenceu a Escola Histórica do Direito, foi um dos mais respeitados e influentes juristas do século XIX. Publicou em 1803 seu famoso tratado, *Das Recht des Besitzes* ("Tratado da Posse").

⁴Jurista Alemão nasceu Aurich, Frísia, 22 de agosto de 1818, faleceu em Gotinga, 17 de setembro de 1892), Influenciou profundamente na “Escola de Jurisprudência dos conceitos”, fundada por Georg Friedrich Puchta, em 1837, dedicada principalmente a consertar e traçar os parâmetros lógicos e sistemáticos da Ciência do Direito, o que provocou um choque com os adeptos da “Escola Historicista”, criada por Savigny. Ihering era um representante de um Positivismo Imperialista, contra o qual Savigny lutava.

No cenário jurídico pátrio, o Código Civil previu a figura da desapropriação judicial por posse-trabalho, nos termos do artigo 1228, §§ 4º e 5º, estabelecendo a perda do direito de propriedade, o qual, por seu turno, deve atentar à sua função social. Impõe-se, pois, uma exploração hermenêutica em torno das relações entre o direito subjetivo e a posse-trabalho, para além do individualismo solipsista.

Na verdade, uma compreensão mais adequada sobre a temática deste trabalho envolve questões filosóficas, que se forem bem entendidas e estiverem presentes no contexto jurídico, certamente serão capazes de evitar algumas indagações de natureza metafísica que contribuiu em grande medida para obnubilar a ciência do Direito, daí a proposta crítica deste trabalho.

Dessa forma, as questões que circundam o Direito com o mundo da facticidade envolvendo os entes e o sentido do ser, em momento algum podem ser dissociadas da aplicação jurídica. E é na facticidade que se verificam as diversidades e a constante (re)construção do Direito, principalmente quando se compreende a questão da diferença ontológica⁵, aí lançamos mão da filosofia hermenêutica de Martin Heidegger.

1 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA NO DIREITO E A DIFERENÇA ONTOLÓGICA

1.1 A Filosofia no Direito

Para uma correta compreensão do que se pretende, devemos já de antemão trabalhar o conceito de filosofia⁶ como uma atividade existencial do ser-humano, característica inerente à própria existência, algo com o qual nos relacionamos mesmo sem termos consciência. A filosofia é a capacidade que possuímos de pensar nas coisas, de criticar, refletir, concordar ou não com algo. Uns a exercem com maior intensidade, outros com menor intensidade, mas, inexoravelmente, como ser-no-mundo, somos todos filósofos.

⁵ A diferença ontológica esclarece que o ser não é um ente, logo ele não pode ser pensado do mesmo modo que pensamos os entes. Na relação existente entre fato e direito é possível identificar que um não subsiste sem o outro, de modo que podemos afirmar existir uma relação de complementariedade. Embora sejam diferentes, não possuem autonomia e não devem ser isolados como coisas distintas. A diferença que há é ontológica.

⁶ Atividade intelectual humana, na linha de Karl Popper, todos os homens e todas as mulheres são filósofos, pois decorre da necessidade recorrente de discutirmos criticamente as coisas, justifica o que pode ser chamado de filosofia profissional ou acadêmica. E se as pessoas não têm consciência de terem problemas filosóficos, podemos afirmar que elas possuem problemas filosóficos.

Martin Heidegger explicita o acima descrito com bastante propriedade:

A questão é que não estamos de forma alguma ‘fora’ da filosofia; e isso não porque, por exemplo, talvez tenhamos uma certa bagagem de conhecimentos sobre filosofia. Mesmo que não saibamos expressamente nada sobre filosofia, já estamos na filosofia porque a filosofia está em nós e nos pertence; e, em verdade, no sentido de que já sempre filosofamos. Filosofamos mesmo quando não sabemos nada sobre isso, mesmo que não ‘façamos filosofia’. Não filosofamos apenas vez por outra, mas de modo constante e necessário porquanto existimos como homens.⁷

A maior parte dos prejuízos filosóficos são teorias que, inconscientemente, são determinadas como algo dado, capazes de absorver o ambiente intelectual e o ambiente da tradição (princípios epocais⁸). Uma justificativa da existência da filosofia está em se realizar uma análise crítica e reflexiva destas teorias reducionistas.

A filosofia é uma atividade que deve ser relacionada com a própria linguagem (Wittgenstein), já que se constitui em uma atividade e não num corpo de doutrina, que exige discussão, crítica, reflexão, “saída da dúvida metódica”, “contínua provocação”, “permanente vigilância crítica” sobre os problemas do conhecimento e da ação humana.

A relação da filosofia com a ciência tem o propósito auxiliar e ser frutífera, principalmente para que se consiga um constante desenvolvimento, já que a filosofia não se constitui num saber substantivo, nem superior aos saberes positivos (a filosofia reside na diferença ontológica entre a metafísica e a ciência), movimento circular do (des)velamento que propicia o novo.

Nesta altura não podemos deixar de lembrar do saudoso professor Warat, lembrando que para se deparar com o novo é preciso carnavalizar:

A carnavalização é uma prática da linguagem que considera a nudez como significação para corroer com sanha demolidora o eclipse dos nossos desejos. Ela nos propõe, como jogos infantis deslocados, um modo escritível de ter coragem para perseguir as mudanças que perturbem a solidez de meu mundo. Porque o que interessa é o que me sacode enquanto vivo. Tudo mais é papo furado⁹.

⁷ HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. Tradução Marco Antônio Casanova; revisão de tradução Eurides Avance de Souza; revisão técnica Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 3.

⁸ Cada época da metafísica identificou esse modo do vínculo com um ente. A Ideia em Platão: o mundo do ideal lá em cima e os entes aqui embaixo. Na Idade Média: o Ser que nos criou e com ele permanecemos vinculados. Esse Ser é um Deus, mas não um Deus como ser, mas como um ente. Em Descartes, a consciência, *o cogito ergo sum*; em Kant, o Eu Penso que acompanha todos os nossos juízos; em Hegel, o Saber Absoluto; em Nietzsche, a Vontade de Poder. Cada Filosofia confundiu essa dimensão de ser que a fenomenologia descreve e que está ligada à compreensão de ser, descrevendo-a como um ente. No texto *O tempo da imagem do mundo*, Heidegger mostra como cada um destes princípios que confundiram o ser com um ente são princípios epocais. STEIN, Ernildo. *Pensar e Errar: um ajuste com Heidegger*. Ijuí: Unijuí, 2011, p. 162.

⁹ WARAT, Luis Alberto. *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, pag. 147.

Bem, de qualquer modo, podemos classificar a filosofia como científica quando possuímos a capacidade de levantar alguns questionamentos, de forma fundamentada, coerente e racional. Ou seja, somos dotados de capacidade de enfrentar algo revestido de autoridade, com “argumentos de princípio” (Dworkin).

Discussão, reflexão e análises são atividades apartadas de posturas dogmáticas e absolutas. São atividades pertencentes à racionalidade humana, condições prévias da elaboração e fundamentação de um sistema jurídico justo e racionalmente justificável, prova da confiança no poder da autonomia da razão humana. O irracionalismo pode conduzir ao solipsismo e à discricionariedade, ou seja, arbitrariedade e totalitarismo.

Dessa forma, reivindica-se uma interpretação baseada na situação hermenêutica da tradição, pois, seguramente abandoná-la é dar lugar a uma liberdade para atribuir sentidos de acordo com a vontade do intérprete. A Filosofia no Direito não pode renunciar o tratamento “epistemológico” do tema da justiça, nem a Teoria da Justiça pode abdicar da racionalidade prática (moralidade), que desde já se antecipa.

E é neste contexto de entrelaçamento entre a compreensão/interpretação e a facticidade, entre a consciência histórica (fusão de horizontes) e o círculo da compreensão (tradição), para lembrar a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, se verifica a transcendência¹⁰, característica indispensável para que algo não se deixe eternizar como um ente.

E a transcendência se manifesta exatamente pela ligação que se verifica da hermenêutica com o inapreensível, com a ligação que existe entre as coisas de agora com as coisas do passado, característica está que devemos analisar previamente antes de ingressar propriamente na transcendência.

1.2 A hermenêutica heideggeriana-gadameriana (ser-aí e a historicidade) – pré-requisito da transcendência – o olhar entre o pré-conceito e a fusão de horizontes

¹⁰ A constituição de possibilidade já é e está sempre determinada a ser uma ultrapassagem; talvez porque sua condição maior tenha de ser a ação. Mas, ultrapassar o que? O que está para ser ultrapassado é a própria possibilidade, uma própria inserção, lançar-se. É tornar a ser o que já é e está sendo. Um tornar-se que está fora do âmbito de um início constatado, um começo sem começo nem fim; uma irrupção que não pode ser medida de um ponto de partida a fim de enxergar dali o ponto de chegada. Mas é talvez o próprio ponto de chegada o próprio início, como em um círculo. Esta é uma clarividência que Heidegger nos ensina muito bem. A esta ultrapassagem denominou-a transcendência, pois ambas as palavras são sinônimas. *Trans* etimologicamente refere-se a um movimento, uma noção de origem e destino. Ultrapassar não trata de superar, como p. ex. numa corrida os carros disputam por velocidade quem chegará primeiro; mas antes, o verbo diz outra coisa: ultrapassar se refere a ser, ao tornar-se, perfazer-se, transcender. BRASIL, Luciano Gomes. *Transcendência em Heidegger: sobre Racionalidade e Fundamento*. Revista Aproximação, nº 03, 1º Semestre de 2010.

Na hermenêutica clássica vem desde já a questão de Hermes como “mensageiro divino”: aquele que transmite as mensagens dos Deuses aos homens... O “hermeneus” consiste em traduzir para uma linguagem acessível a todos os que se manifestou de modo incompreensível. Assim, a tarefa da tradução sempre conterà uma margem de “*liberdade*”¹¹.

Heidegger rompe com a fenomenologia da essência (Husserl) e propõe uma hermenêutica da facticidade, compreensão como mobilidade de fundo de Nietzsche (historicidade). Os existenciais (ser-com, ser-aí...) são tratados como características inerentes ao estar-no-mundo, ou seja, se trata de algo que não pode escolher.

Em Gadamer, na sua hermenêutica filosófica, verificamos o surgimento da questão do sentido ligado à compreensão do mundo vivido. O mundo vivido ligado à substância (Hegel), que significa a história enquanto tradição. Ou seja, ele dirá que em toda a subjetividade existe uma dimensão de historicidade de sentido que deve ser interpretada, mas não pode ser inteiramente apropriada. Daí a universalidade da hermenêutica, não como um fim último, mas como o propósito de descerrar o não explorado, as condições prévias (historicidade) que o compreender traz para o conhecimento.

O objeto e o intérprete estão ligados por um contexto de tradição. Na interpretação, como diz o Professor Lenio Streck, “não somos uma folha em branco”. Como consciência do tempo, a consciência histórica¹² é o tempo de acolhimento de heranças do passado e da abertura para as incertezas do futuro. Assim, a identidade própria só ocorrerá no tempo histórico, o que significa a aceitação de um horizonte que nos chega de outras vidas (senso histórico que é a própria razão humana).

A historicidade da compreensão, portanto, é uma concepção complexa derivada de, pelos menos, duas premissas fundamentais: singularidade histórica; e a não superação da localidade dos compromissos epistêmicos e práticos (contexto da significatividade).

A posição do intérprete não é fixa, não há posição neutra, pois a interrogação ou o entendimento acontece (na linguagem), já que o local de interpretação é por si só o efeito do passado sobre o presente (consciência histórica efectual¹³). A soberania do sujeito é fictícia,

¹¹ Liberdade que se verifica na relação entre Hermes e os homens, já que somente ele está dotado de capacidade de interpretar e traduzir a fala dos deuses e torna-la acessível aos homens, quem assegura que Hermes compreendeu corretamente o que os deuses queriam dizer? E, na hipótese de ter compreendido corretamente, quem assegura que Hermes tenha dito aos homens exatamente o que os deuses quiseram que ele dissesse?

¹² A consciência histórica é facilmente verificada no Direito, principalmente quando se está diante de uma lei vigente, mas que, pelas modificações sociais, não mais se justifica em sua totalidade, exemplo é o Decreto-Lei nº 3.688/1941 e seus artigos 58 e 59, que trata do jogo do bicho e vadiagem, respectivamente.

¹³ Hans-Georg Gadamer dissipa a ideia ortodoxa da consciência é reflexão totalmente em controle de si mesma. Ele concebe a consciência como sendo ativa e reativa. O que Gadamer tem em mente é que a posição do

pois o intérprete é pouco mais que o efeito da tradição ao invés de sujeito controlador. Assim, os pré-conceitos jamais poderão ser postos no mesmo nível da consciência, simplesmente porque eles são a condição da consciência. Quando alguém lê um texto, o horizonte do texto se mistura com o horizonte do leitor de tal forma que ele será afetado pelo encontro com o texto (tensão entre texto e presente – em constante mutação).

Na linguagem, como condição de possibilidade, não existe ponto algum fora da linguagem do qual poderíamos testá-la. *Quando penso em pensar eu já pensei!* Todos os aspectos da vida têm uma estrutura hermenêutica e que tal estrutura é basicamente hermenêutica. “*O ser que pode ser entendido é linguagem*”¹⁴.

Não é a subjetividade humana a controladora do significado linguístico. Produto dialógico, tradição (encontramo-nos sempre inseridos na tradição); Pré-compreensão (é preciso que o texto se deixe mostrar, dizendo alguma coisa ao intérprete, pois ambos têm seus próprios horizontes e pré-conceitos – autênticos e inautênticos¹⁵); Fusão de horizontes; *Applicatio*, não há como separar compreensão e interpretação. Antes de julgar, fundamentar o juiz já pré-compreendeu, havendo um processo hermenêutico único. O texto jurídico não existe sem a norma, o texto não existe na sua “*textitude*”, norma não pode ser vista, ela apenas existe no sentido (texto), por isso que na desconsideração disso, sempre “sobra a realidade” (fato é norma e norma é fato). “Eu não posso atravessar o abismo da interpretação e depois voltar para construir a ponte no lugar por onde eu já passei”¹⁶.

O essencial em Gadamer está na ideia de que o intérprete e o objeto de interpretação estão ligados por um contexto de tradição, o que implica a existência prévia de uma compreensão do seu objeto quando o aborda, sendo, por isso, incapaz de começar com um espírito neutro.

Como já referido, o intérprete não é um livro em branco, não parte de um grau zero, de um ponto cego de compreensão ou de atribuição de sentido, à medida que a linguagem, como a história, possui um peso, uma força que nos conduz e nos arrasta. Isso significa que o tempo não é um obstáculo para compreender o passado, e sim o âmbito onde tem lugar a autêntica

intérprete ou daquele que procura entender não é fixa, contrariando o que a ciência considera que o observador seja.

¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 612.

¹⁵ Reconhecer a morte (finitude) é a mais autêntica das condutas (responsabilidade – o ser-humano se sente responsável por sua existência); negá-la é a mais inautêntica, isso porque ninguém pode substituir o humano e inevitável.

¹⁶ Lenio Luiz Streck, anotações do seminário da disciplina de Hermenêutica, Interpretação, Direito e Linguagem, Programa de Pós-Graduação da Unisinos, doutorado 2012.

compreensão, na medida em que quando ausentes o tempo e a tradição, falta o descerrar da compreensão.

Neste contexto, não podemos lidar com a existência do objeto histórico¹⁷, que Gadamer irá denominar de fantasma¹⁸, como o mito do dado, pois um pensamento verdadeiramente histórico tem de pensar também a sua própria historicidade. O objeto histórico não se enquadra na verdadeira historicidade atualmente vivida, daí a metáfora do fantasma.

Veja-se que para se destacar um preconceito ou algo não recepcionado pela tradição, é necessário suspender a validade, pois, na medida em que continuamos determinados por um preconceito, não temos conhecimento dele e nem pensamos como um juízo. Dessa forma, não se conseguirá colocar um preconceito no aberto, diante de si próprio, enquanto estiver constantemente e inadvertidamente em jogo, mas somente quando, por assim dizer, ele é incitado. O que permite incitá-lo, portanto, é o encontro com a tradição. O primeiro elemento com que se inicia a compreensão é o fato de que algo nos interpela. É a primeira de todas as condições hermenêuticas. Portanto, a suspensão dos prejuízos não significa neutralidade ou auto-anulamento, mas um modo de abertura para o texto, uma atitude hermenêutica receptiva para a alteridade do texto.

Ora, o preconceito autêntico, é aquele que é capaz de fazer o intérprete adequar o texto ao contexto singular e próprio de cada momento histórico. Acontece quando o ser humano se sente responsável por sua existência, não se tornando um estranho para si mesmo, ou seja, ele deixa que o texto lhe diga alguma coisa. O texto fala que precisa ser readequado/redefinido por força da linguagem, da consciência histórica e dos efeitos que ela é capaz de produzir.

Daí o grande salto da hermenêutica, e tudo que ela integra como circularidade, diferença ontológica, consciência histórica, tradição..., pois serve de suporte (re)fundação de institutos jurídicos e sociais que não podem se deixar apreender (esquecimento do ser), pois, assim, estaríamos incorrendo no velho problema da metafísica clássica, a entificação do ser.

1.3 Transcendentalidade (no Direito)

Na analítica existencial de Martin Heidegger, o ser-aí é projeto, ou seja, o ser-aí está sempre envolto a um acontecer, portanto, no projeto prévio do ser sempre ultrapassamos de

¹⁷ Objeto histórico seria algo entificado pelo direito, por exemplo, instituto jurídico cuja aplicação se dá exclusivamente por força do senso comum dos juristas, ideia plantada a partir de um falso paradigma jus naturalista.

¹⁸ Fantasma é a denominação dada por Gadamer ao objeto histórico acima explicitado.

antemão o ente. Assim, somente com base na elevação ou transcendência¹⁹ o ente se torna manifesto como ente. Dizendo de outro modo, na medida em que o projeto pertence à essência do ser-aí, a ultrapassagem ou transcendência do ente já precisa sempre ter acontecido e continuar acontecendo no fundo do ser-aí.

O ato prévio de ultrapassagem do ente é designado por Heidegger com a palavra de origem latina *transcendere* e denomina a ultrapassagem como transcendência²⁰. Isso significa dizer que o ser-aí como tal é transcendente, que o ente que nós mesmos somos, essência fundamental da constituição ontológica, se caracteriza pela ultrapassagem do ente, levando a uma elevação originariamente própria de si mesmo.

Somente porque reside na essência do ser-aí esta capacidade de elevação este mesmo ser-aí existente pode cair, e, dessa forma, significa dizer que o ser-aí está determinado em seu modo de ser pelo que se denomina de decadência (*Ser e Tempo*).

Heidegger irá dizer que “o manter-se no ser-no-mundo, esse apoiar-se nele pertence necessariamente à transcendentalidade, porque ela é determinada essencialmente pela ausência de apoio. Transcendência – liberdade!”²¹

Ao falarmos da natureza do homem e da sua ligação com o mundo, impõem-se esclarecer que o ser-aí só subsiste em relação ao mundo, ou seja, o ser-aí não significa nada senão ser-no-mundo. Esse ser-no-mundo deve marcar o ser-aí como estrutura essencial que lhe é própria.

E Heidegger dirá que a tese de que o ser-aí significa ser-no-mundo enuncia algo essencial e designa de forma elementar a questão da transcendência, como se verifica da passagem:

Com a indicação do ser-no-mundo, não tocamos em outra coisa a não ser a estrutura da transcendência, com a qual já nos tínhamos deparado em meio ao nosso primeiro caminho. Dissemos lá: o ser-aí ultrapassa o ente de um tal modo que somente nessa ultrapassagem ele pode se comportar em relação ao ente; portanto, somente assim ele pode se comportar também em relação a si mesmo como ente, isto é, pode se relacionar consigo mesmo, pode ser um si-próprio. O ser-aí transcende, ultrapassa o ente. No entanto, não o faz apenas ocasionalmente, ele o faz, antes, como ser-aí; ele ultrapassa o ente, não esse ou aquele a partir de uma escolha, mas o ente na totalidade. Apenas porque ultrapassa o ente na totalidade, ele pode, a partir da escolha feita no interior do ente, comportar-se em relação a esse ou àquele ente;

¹⁹ O termo transcendência indica essa excelência do homem de ultrapassar e superar a obscuridade do ente, com o qual constantemente se comunica em sua existência, iluminando-lhe o sentido, tornando-lhe transparente o ser da Verdade. LEÃO, Emanuel Carneiro. *Aprendendo a Pensar*. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 112.

²⁰ HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. Tradução Marco Antônio Casanova; revisão de tradução Eurides avance de Souza; revisão técnica Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 221.

²¹ Idem, pág. 366.

nesse caso, essa escolha já está essencialmente decidida junto com a existência fática de cada ser-aí²².

E esta totalidade de que se refere Heidegger da transcrição acima é aquilo em relação ao que é levado à ultrapassagem do ente, ou seja, é aquilo em que essencialmente o transcendente transcende denominado de mundo. E esta ultrapassagem não é elevada de um modo que o ser-aí o deixe para trás, mas, ao contrário, não só permanece ele mesmo, como também possibilita compreender-se, tornando-se justamente próprio e autêntico²³. Portanto, transcender significa deixar aparecer o ser-aí como tal, transcender significa ser-no-mundo.

Bem, dessa forma, podemos fazer algumas afirmações: compreensão do ser é transcender. Transcender significa ser-no-mundo. Ao ser-no-mundo pertence à compreensão do ser. Todavia, a compreensão do ser não se resume nem coincide totalmente com o ser-no-mundo. E isso é assim porque o ser, na sua multiplicidade possível, não pode ser apreendido e nem coincide com o termo “mundo”, ainda que o ser e tudo o que essa noção possa expressar, esteja ligada ao conteúdo do conceito de mundo.

E Heidegger avança ainda mais ao explicitar que: “por meio dessa caracterização da compreensão do ser que leva em conta o fenômeno do mundo, não apenas este fenômeno experimenta uma determinação, mas, inversamente, a compreensão de ser como um todo se torna mais clara em sua pertinência à transcendência. Apesar disso a transcendência não se esgota na compreensão do ser.”²⁴

Ora, podemos afirmar, portanto, que transcender é ter liberdade para ultrapassar o ser das coisas, força capaz de emergir o novo e o diferente, num movimento oposto à caída ou ao agir impróprio, senso comum teórico, concepções jusnaturalistas²⁵... E o próprio conceito cosmológico de mundo dado por Kant²⁶, é um bom exemplo para se demonstrar o

²² HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. Tradução Marco Antônio Casanova; revisão de tradução Eurides Avance de Souza; revisão técnica Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 325-326.

²³ Autenticidade também tem relação com assumir a responsabilidade pela vida, podendo ser entendido como quando o ser-humano se sente responsável por sua existência, não se tornando um estranho para si mesmo. Assim, na interpretação dos textos jurídicos, devemos deixar que o texto nos diga algo, deixar que a Constituição nos interpele; bem como, na decisão judicial, deve o julgador deixar que o caso concreto e ou a singularidade própria da coisa lhe diga algo, pois, do contrário, estará sendo absorvido pela decadência (ser inautêntico).

²⁴ *Idem*, p. 327.

²⁵ Neste contexto o jus naturalismo está associado ao positivismo com um falso dilema (normativista), ou seja, o direito positivo é postulado como um direito natural inerente ao homem, integrante de sua personalidade e imutável e universal em seus primeiros princípios, motivo pelo qual a lei e a ordem passam a ser os valores naturais básicos que se deveria preservar. FARIA, José Eduardo. *A Reforma do Ensino Jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1987, p. 42.

²⁶ Registra-se a título de evitar malentendidos e falsas designações de pensadores consagrados que, embora lance mão do conceito cosmológico de mundo cunhado por Kant, não se tem a pretensão aqui de afirmar que o filósofo pensava o mundo na sua totalidade a partir desse conceito.

estreitamento do conceito de mundo, pois trabalha a totalidade do ente por si subsistente, correlato à experiência finita e, com efeito, à experiência teórico-científica.

É certo que o conceito de mundo, acima explicitado, dado por Kant passa ao largo da problematização hermenêutico-filosófica, o que levaria a algum desavisado, convencido de estar balizado por pensadores clássicos, trabalhar conceitos de maneira insuficiente, reduzida e equivocada. E tal problema é bastante corrente no mundo do Direito, principalmente quando se tem uma formação jurídica absorvida pela metafísica (relação sujeito-objeto) dissociada do pensamento crítico e reflexivo, como sói acontecer de forma bastante intensa em *terrae brasilis*.

Portanto, podemos afirmar, pela analítica existencial, que a transcendência aproximou-se de nós por meio da compreensão do ser, ou seja, da questão fundamental de que na relação com o ente nos remetemos para adiante dele e somente nesta medida podemos compreendê-lo como ente. Caracteriza-se essa compreensão do ser como transcendência, com a ressalva de que a transcendência não é determinada por completo mediante a compreensão do ser.

A compreensão do ser deve servir como fio condutor para interpretar o ser-no-mundo, cujo fenômeno fundamental do ser-aí reside na transcendência, e para explicitar tal fenômeno Heidegger utiliza o mundo como jogo²⁷, resumindo em quatro pontos os caracteres fundamentais do que pretende expor como jogo.

Ao utilizar a palavra jogo num sentido ontológico, Heidegger busca fazer uma metáfora com o “jogo da vida”, o ser-no-mundo como jogo originário da transcendência. Primeiramente, o jogo quer dizer jogar num sentido de realização do jogo; em segundo lugar, designa o todo de um conjunto de regras com as quais o jogo é jogado. No entanto, o jogo como jogar não se resume a obediência às regras ou um comportamento de acordo com elas, pois os jogos sempre são apenas determinadas possibilidades fáticas e conformidades de jogar.

²⁷ 1. Jogar é um livre formar que sempre tem, a cada vez, a sua própria consonância interna, na medida em que ele a forma para si em meio ao jogar; 2. Com isso, apesar de ser um livre formar, jogar é precisamente uma vinculação. Não é uma estrutura solta, mas constitui o ato formador de se vincular ao e no próprio formar que consiste em um jogo; 3. Desse modo, jogar nunca é um comportamento em relação a um objeto. Jogar não é absolutamente um mero comportamento em relação a, mas jogar o jogo e o jogo do jogar são sobretudo um acontecimento originário e mostram-se indissociáveis; 4. Nesse sentido, denominamos jogar o ser-no-mundo, a transcendência que caracterizamos inicialmente como a ultrapassagem do ente. O ser-no-mundo já sempre se lançou para além do ente o envolveu em seu jogo; nesse jogar, forma-se pela primeiríssima vez o espaço – e espaço, mesmo no sentido real – no interior do qual encontramos o ente. HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. Tradução Marco Antônio Casanova; revisão de tradução Eurides Avance de Souza; revisão técnica Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 336-337.

Ora, a transcendência, portanto, é trabalhada por Heidegger como a característica do *Dasein* em sua plena capacidade de se lançar para além do ôntico, situação que no Direito deve estar sempre presente perante seus operadores, já que o Direito se constitui, por natureza, de conceituações *a priori*, cuja matriz legalista induz o seu lidador ao apego demasiado ao que está posto, ou seja, a obnubilar a transcendência.

No mundo do ser-aí dentro da esfera da cotidianidade, o ser aparece sempre intermediado pelos entes (experiência ôntica). Porém a experiência ôntica indica que há em sua totalidade uma unidade superior à soma das partes. Esta unidade imensurável é uma experiência ontológica²⁸. Há experiências ontológicas cotidianas mediadas pelos entes que junto ao ser-aí perfazem o mundo necessariamente possível.

Este aceno de estruturas da mundanidade ilustra bem o que de resto é um ontológico e o que é ôntico, na medida em que o transcendente e originário diz respeito à diferença ontológica, e sem a compreensão do que é a diferença ontológica²⁹, isto é, a diferença entre ente e ser, não se detém a compreensão de transcendência.

1.4 A diferença ontológica e o Direito

A partir da filosofia heideggeriana pode-se identificar claramente a questão da diferença ontológica, principalmente quando o filósofo da floresta negra se refere à tradição da filosofia que pressupõem o ser sob a forma de um conceito já disponível, pressuposição esta com caráter de uma visão prévia do ser, que proporciona uma relação do ser do ente imediatamente dado.

Tal relação prévia, com a pretensão antecipada do ser dos entes, que permite que se faça uma tematização da relação do direito com a filosofia e, principalmente, que se faça uma tematização da relação entre os diversos institutos do direito, de um lado, narrados e relatados (pela lei), e de outro lado compreensíveis e acessíveis em seu ser.

²⁸ O ontológico é condicionado pela finitude.

²⁹ A diferença ontológica significa, formalmente, que o ser não é um ente, logo ele não pode ser pensado do mesmo modo como se pensa os entes. Por sua vez, a constituição onto-teo-lógica da metafísica indica o fato de ela nunca ter pensado a diferença entre ser e ente e, por isso, sempre pensou o ser como se ele fosse um ente possível; por isso ela se caracteriza em ser uma ciência (lógica) que pesquisa o ser (onto), determinando-o como se ele fosse uma causa primeira: Deus (teo): o pensamento metafísico sempre pensou o ser como essência e, esta, como um fundamento primeiro: a idéia, para Platão; a energia, para Aristóteles (384-322 a.C.); a consciência, para Descartes (1596-1650); a razão, para Kant (1724-1804); o espírito, para Hegel (1770-1831); a vontade de poder e o eterno-retorno, para Nietzsche (1844-1900). O projeto filosófico de Heidegger propõe, em um diálogo com a filosofia tradicional, mostrar a diferença ontológica e, com isso, indicar a necessidade de superar a característica onto-teo-lógica de nossa filosofia, elaborando a questão do ser em um novo horizonte de pensamento.

A diferença ontológica, portanto, é o que possibilita o acesso ao Ser, pois como ressalta Emmanuel Carneiro Leão:

O Ser nunca é diretamente acessível. Como diferença ontológica, inclui sempre uma irreducibilidade ao ente. Nunca poderá ser objetivado. Nunca poderá ser encontrado nem como ente, nem com o ente, nem dentro do ente. Nunca poderá ser constatado a modo de um dado, fato ou valor objetivo. O Ser só se dá obliquamente, enquanto, retraindo-se e escondendo-se em si mesmo, ilumina o ente segundo determinada figura de sua Verdade³⁰.

E assim não poderia deixar de ser, na medida em que a questão da diferença ontológica tem sua vinculação com a circularidade do ser-aí, ou seja, que não se trata de algo predisposto pela razão ou por um sujeito objetivante, mas um existencial que se constitui na medida em que o ser-aí pertence à compreensão do ser, já que o ser apenas se manifesta na facticidade, no acontecer concreto, enquanto mergulhado na ambivalência que perpassa o mundo fenomenológico (verdade e não-verdade, velamento e desvelamento, ôntico e ontológico, texto e norma...).

Se a característica do ser-aí está em relacionar-se com o ente compreendendo o ser, a capacidade de distinguir um do outro, que se dá pela diferença ontológica na facticidade, pode-se concluir que está aí fincada as bases fundantes do ser-aí, ou seja, a diferença ontológica nada mais é do que a capacidade de antecipação, condição de possibilidade da transcendência do ser-aí.

A mesma relação está na transcendência que, ao ultrapassar o ente, o faz contando com a diferença existente ente o ente e o ser. Esta ultrapassagem, portanto, não faz surgir a diferença, pois ela já é compreendida com estar em uso, inerente à circularidade, em todo o dizer e representar, agir e omitir³¹...

Neste ponto vale referir a lição de Ernildo Stein³²:

A diferença entre o que se apresenta, o ente e sua presença, o ser, é somente sustentada pelo homem enquanto este é por ela sustentado. Isto é simplesmente a consequência última da circularidade do ser-aí. A relação circular ser-ser-aí levada à sua compreensão radical implica essa ambivalência. Em *Ser e Tempo* e nas obras antes da viravolta, Heidegger pôs a tônica sobre a transcendência do ser-aí e nela se manifesta a diferença ontológica como em seu chão primeiro.

³⁰ LEÃO, Emanuel Carneiro. *Aprendendo a Pensar*. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 114-115.

³¹ Aqui também podemos relacionar com o dito e o não dito, a clareira, o diferente...

³² STEIN, Ernildo. *Compreensão e Finitude, Estrutura e Movimento da Interrogação Heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 278.

Assim, podemos dizer que na base da diferença ontológica e na base da circularidade está o ser. O que funda a diferença no homem ou o homem na diferença é a própria relação circular do homem com o ser, que é instaurada pelo ser.

Daí, podemos dizer que a ontologia fundamental possui duplo sentido. Já que, de um lado, verifica-se a analítica existencial pela análise das estruturas que compreendem o ser; de outro lado, se constitui pela interrogação pelo sentido do ser. Neste andar, temos a constituição circular do ser-aí, de um lado, e a diferença ontológica que prepara a compreensão do ser, de outro lado. Dessa forma, as duas ontologias se interligam de tal maneira que uma não se sustenta sem a outra.

No mesmo rumo, Ernildo Stein leciona³³:

A relação do ser com o homem e do homem com o ser que revela a circularidade já é a própria diferença ontológica, entre o ser e o ente. Uma não se dá sem a outra. Não podemos experimentar uma para, a partir dela, chegar à outra. Para pensarmos a circularidade já nela nos movemos e afirmamos diferença; para pensarmos a diferença já nela nos movemos e afirmamos a circularidade. O fato fundamental é a condenação inelutável ao círculo da finitude.

A partir da analítica existencial ou da exposição de algumas características existenciais do ser-aí, podemos dialogar com a filosofia heideggeriana e relacioná-la com inúmeras práticas sociais. No presente caso, busca-se uma aproximação com o direito, mais precisamente no Direito Civil com os Direitos Reais, embora acreditemos na possibilidade e necessidade de uma filtragem filosófica-epistemológica do Direito de uma forma geral e irrestrita.

De uma forma bastante ampliada, o que se pretende neste trabalho é demonstrar ao leitor, lançando mão da ontologia existencial, como o direito pode ser uma fonte de atribuição de sentidos totalmente à revelia da situação hermenêutica, da tradição histórica, enfim, como se partíssemos de um grau zero desconsiderando os pré-juízos.

Veja-se que a correta compreensão do direito não se dá previamente a partir de técnicas de interpretação fundadas numa suposta racionalidade metódica, muito menos pode ser o substrato da subjetividade do intérprete, produto de atribuição de sentido. Daí a insistência na filosofia para superação do reducionismo que vigora principalmente nas academias e transita livremente alimentando viciosamente o senso comum dos juristas.

Como de há muito vem alertando Lenio Luiz Streck, a hermenêutica não se confunde com mera técnica de interpretar textos (filologia), pois, ao se constituir como filosófica, a

³³ Idem, p. 279.

hermenêutica se coloca com a tarefa de compreender as condições de possibilidade do processo de compreensão (somente acessível pela viragem linguístico-ontológica, deixa de ser uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto, para constituir-se em condição de possibilidade).

2 UMA RECONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA DA IDEIA DE DIREITO SUBJETIVO: A FIGURA DA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL EM RAZÃO DA POSSE-TRABALHO

A noção de direito subjetivo tem a sua feição moderna a partir do contributo teórico de Guilherme de Ockham, doutor e monge franciscano, sendo que a principal obra é o *Opus nonaginta dierum*.

Com efeito, o sentido da palavra *jus* esteve no âmago dos debates do século XIII, sendo que o objetivo de Ockham foi o de promover a derrocada do papa João XXII, diante das imposições à comunidade franciscana. Tomando em conta a perspectiva do nominalismo, que adota a concepção de que os sentidos das palavras são relativos, o autor sedimenta o entendimento segundo o qual nas definições de *dominium*, usufruto, *jus utendi* a “noção de direito ganha decididamente o sentido de *poder*”³⁴.

Os fundamentos do direito subjetivo, na leitura de Ockham, radicam no nominalismo, corolário do positivismo, tendo como centro de gravidade a figura do indivíduo. Desse modo, “Somente o indivíduo é dotado de existência real, é o único centro de interesse, o único objeto autêntico e nossos conhecimentos (...) não pode haver ordem jurídica que não proceda da vontade individual”³⁵.

Segundo Villey, o nominalismo servirá de ponto de partida para as grandes filosofias do direito da era moderna, a exemplo de Hobbes, sendo que a ideia central do sistema jurídico é a de poder individual ou de direito subjetivo, e o seu derivado, a lei concebida como “emanação do poder individual”. O positivismo jurídico, como lembra Villey, “quis fundar todo o direito apenas sobre a vontade *dos homens*”, conduzindo para as “ficções do contrato social”, a “idolatria” de uma “mítica ‘democracia’”, a “ditadura da força e do arbítrio”, o “estatismo” e o “reino absoluto sobre o direito do poder vigente”, aspectos que assinalam que tal via “entrou em crise”³⁶.

³⁴ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Cláudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 273.

³⁵ VILLEY, Michel. *Op. cit.*, p. 280.

³⁶ VILLEY, Michel. *Op. cit.*, p. 295.

É preciso, pois, uma reconstrução hermenêutica do direito subjetivo como um horizonte para além do debate entre o positivismo jurídico e o direito natural, mediante a desconstrução do pensamento embasado na relação sujeito-objeto.

A fim de demonstrar a tentativa de universalização do pensamento proposto pela filosofia da consciência, Heidegger irá expressar em sua obra uma preocupação com as insuficiências da atitude teórica e sua forma de conceber o campo do formal, em direção a uma investigação acerca da natureza e da formação dos conceitos e enunciados filosóficos como indicações de abertura e de não-fechamento, já que o preenchimento do formal se dá, inexoravelmente, na facticidade do cotidiano.

A intencionalidade da consciência, portanto, distingue-se perfeitamente nas obras de Husserl e Heidegger, já que ambos são fenomenólogos. Entretanto, Heidegger avança na mera intencionalidade de pensar ou contemplar objetos, como sustentava Husserl sem conseguir se desvencilhar de Kant, preocupando-se com a cotidianidade fenomenológica do mundo real.

Assim, ao tomar um caminho próprio, Heidegger tem a proposta voltada para fenomenologia dedicada ao que está velado na experiência do dia a dia, ou seja, ao que está além do que objetivamente se consegue ver. O filósofo busca uma estrutura do cotidiano, o “*estar no mundo*”, relacionado com projetos, o estar lançado do mundo, entre outras coisas, na contingência de realizar e ser projeto.

Dessa forma, sempre levando em conta o “método” fenomenológico para cada *ser no mundo*, busca-se uma melhor e mais adequada forma de disposição do Direito, não visto como mero compêndio de institutos normativos, mas como uma ciência capaz, por exemplo, de dar efetividade aos inúmeros indícios formais que integral a Constituição – cidadania, dignidade da pessoa humana, função social da propriedade... – num sentido de valorizar o fenômeno da vida e o desenvolvimento sócio-cultural, sem esquecer jamais o Direito próprio e individual inerente a cada ser humano.

O exercício fenomenológico é o voltar-se para o mundo e para o fenômeno da aparência³⁷, referindo-se à própria formação de reflexões de ordem filosófica, porém, sem

³⁷O termo aparência assume a concepção de manifestação ou revelação da realidade. A aparência é o que manifesta ou revela a própria realidade, de modo que esta encontra na realidade a sua verdade, a sua revelação. Aprende-se o que é fenomenologia passo a passo, através da leitura, discussão, e reflexão... O que é necessário é o mais simples: aprender o que se deve através de atitudes naturais, tentar descrever as apresentações sem pré-julgar os resultados tomando por garantia a história, a causalidade, a intersubjetividade, e o valor que

jamais abandonar as possibilidades e as diferenciações feitas por cada ser ao se deparar com determinado fenômeno (vida).

Assim, impõe-se necessariamente uma busca pelo *ser*, aquilo que se oculta nos entes (diferença ontológica), que não se desvela simplesmente no âmbito da relação do sujeito com o objeto, do mundo da materialidade tão-somente – que está além da relação objetivada e racionalista – incapaz de dar o tratamento suficiente às relações sociais, incapaz de identificar as diferenças que se ocultam na igualdade (formal).

Na introdução de *Ser e Tempo*, Martin Heidegger nos diz que:

A impossibilidade de se definir o ser não dispensa a questão de seu sentido, ao contrário, justamente por isso a exige. O “ser” é o conceito evidente por si mesmo. Em todo conhecimento, proposição ou comportamento com o ente e em todo relacionamento consigo mesmo, faz-se uso do “ser” e, nesse uso, compreende-se a palavra “sem mais”. Todo mundo compreende: “o céu é azul”, “eu sou feliz” etc. Mas essa compreensão comum demonstra apenas a incompreensão. Revela que um enigma já está sempre inserido a priori em todo estar-se e ser para o ente, como ente. Esse fato de vivermos sempre numa compreensão do ser e o sentido do ser estar, ao mesmo tempo, envolto em obscuridades demonstra a necessidade de princípio de se repetir a questão sobre o sentido do “ser”.³⁸

A proposta fenomenológica, no Direito, visa lembrar constantemente da necessidade de existir uma abertura de sentido em relação ao fenômeno que desvela as relações sociais, de forma a estabelecer qual o lugar de colocação que este fenômeno encontrará diante do contexto normativo.

No mundo do Direito, o exercício da fenomenologia enquanto ferramenta de compreensão e superação da mera subsunção normativa deve ser uma constante, considerando a incidência transformadora do tempo constantemente presente nos fenômenos jurídicos e sociais.

A reflexão fenomenológica é muito mais do que o exercício da consciência, pois só podemos entender este exercício se o fizermos enquanto um movimento de pensamento jurídico dissociado do senso comum teórico (dos juristas). Essa dissociação depende de uma clara visão do fenômeno objeto de adequação normativa, principalmente porque a regra jurídica já contém previamente a consciência histórica moldada pela sociedade num processo

ordinariamente associamos com nossa experiência. Portanto, necessário se deixar examinar com absoluto cuidado a estrutura do mundo da vida diária para que possamos entender sua origem e sua direção...

³⁸HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I, Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2005, pp. 29-30.

de sedimentação e construção através da tradição. Portanto, necessário se faz o exercício fenomenológico no mundo prático de forma livre e democrática, sem jamais desconsiderar a singularidade que é própria de cada situação.

Compreende-se, assim, que o método fenomenológico tem sua aplicabilidade no mundo prático, como uma libertação ao modo científico de pensar. Assim, abandona-se a técnica de conhecimento epistêmico e contrafático, priorizando-se a análise do caso concreto que permite a distinção suficiente e necessária para adequar a realidade de cada uma das pessoas ao Direito.

Reportando-se ao cenário jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais como objetivos fundamentais da República. A seu turno, o Código Civil de 2002 inspirou-se em uma matriz pautada pela eticidade e pela sociabilidade, à luz da preocupação com a pessoa humana, diferentemente do diploma de 1916, que buscou fundamento em uma concepção liberal-individualista e de conteúdo patrimonialista. Dentre os institutos que merecem uma reconstrução hermenêutica, destacam-se a propriedade e a posse, em especial diante da função social como imperativo de uma imbricação comunitária do exercício dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

A figura da posse-trabalho tem influência no ordenamento jurídico pátrio no âmbito da usucapião de bens imóveis e na desapropriação judicial.

O artigo 1.228, §§4º e 5º do Código Civil acolheu a figura da desapropriação judicial privada por posse-trabalho, estabelecendo determinados requisitos que limitam o direito de propriedade. Consoante o § 4º do artigo 1.228, “O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”. Já o § 5º do dispositivo legal em comento prevê que “No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores”.

Uma compreensão hermenêutica da regra do artigo 1.228 deve levar em conta a função social da posse como limite ao direito de propriedade, cenário que implica em uma desconstrução do direito subjetivo de propriedade então tido como “absoluto”.

A problemática da constitucionalidade do dispositivo em tela foi suscitada, sendo que algumas vezes aduziram o risco de a inovação legal legitimar as invasões de propriedades, quadro que não se confirmou, sendo que a matéria restou superada. A hermenêutica tem papel cimeiro na reconstrução da regra em torno da desapropriação judicial por posse-trabalho, sobretudo diante de conceitos indeterminados, tais como “considerável número de pessoas”, “extensa área”, “interesse social e econômico relevante”, “justa indenização”, entre outros.

A aferição da extensão da área dependerá das peculiaridades do caso concreto e, sobretudo, da região na qual se localiza a área, urbana ou rural, além do tipo de trabalho exercido pelos possuidores. Entende-se que o parâmetro constitucional adotado para a usucapião especial (250 metros quadrados – urbana - art. 183 da CF/88; 50 hectares – rural – art. 191 da CF/88) pode ser adotado para a resolução de situações fáticas envolvendo a expropriação judicial por posse-trabalho.

O considerável número de pessoas aponta, extreme de dúvidas, que a área deve ser ocupada por mais de uma entidade familiar, aspecto a ser analisado diante das singularidades do caso concreto.

Já o interesse social e econômico relevante deve levar em consideração a realização de obras e serviços como a construção de moradias, o desenvolvimento de culturas, enfim, mediante o trabalho de possuidores da área, que, por seu turno, podem ser de baixa renda.

Tal questão – baixa renda dos ocupantes da área – remete-nos à discussão em torno do pagamento da “justa indenização” a ser fixada pelo magistrado. Afinal, e se os possuidores não tiveram condição financeira para alcançar o valor estabelecido pelo juízo? Há a possibilidade de o Estado (Fazenda Pública) ser responsabilizada por tal pagamento ao proprietário?

É preciso conciliar os fundamentos da alteridade hermenêutica e do ser-com-o-outro com a necessidade de se evitar eventual “confisco” por parte do juiz, em prejuízo do proprietário. O enunciado 240 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal

prevê que a justa indenização não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios.

Entende-se que o Poder Público pode ser responsabilizado pelo pagamento da indenização em casos de comprovada impossibilidade financeira por parte dos possuidores, haja vista que, em uma perspectiva mais ampla, a desapropriação judicial por posse trabalho insere-se no âmbito do desenvolvimento urbano e rural, cujas políticas públicas são afetas ao Executivo.

Para que se opere tal desiderato, é mister seja dada ciência da tramitação da demanda à Fazenda Pública, em atenção à concepção dinâmica do contraditório e da ampla defesa, ou seja, a não-surpresa do ente público. Não há falar-se, a seu turno, em violação ao princípio da separação de poderes ou de funções, haja vista que o conteúdo social da posse-trabalho traz em seu bojo uma função de garantia (e não de governo) voltada à concretização dos direitos fundamentais³⁹. Nesse sentido, o Enunciado 308 do CJF/STJ: “A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente será suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual”.

Aliás, é importante observar, na esteira de Streck, que “*A prevalência da regra em face de um princípio significa um retorno ao positivismo*, além de independentizar a regra de qualquer princípio (e vice-versa), como se fosse um objeto dado (posto), que é exatamente o primado da concepção positivista do direito, em que não há espaços para os princípios (...)”. Refere que tal postura “*implica a discricionariedade – característica do positivismo, cerne, aliás, das principais críticas feitas por Dworkin a Hart -, ficando, assim, a cargo do intérprete (no caso mais específico, o juiz) a ‘escolha das hipóteses’ em que uma regra é independente de um princípio e em que a regra prevalecerá diante do princípio*”⁴⁰.

O princípio, na lição de Dworkin, “é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerável desejável,

³⁹ Assinala Ferrajoli que as funções de garantia são as funções públicas consistentes em garantias primárias e secundárias, sendo que a validade dos atos depende da aplicação substancial das normas jurídicas, com a observância dos direitos fundamentais. FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Trotta, 2011, p. 825.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 177.

mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”⁴¹.

Vê-se, pois, que a onticidade da regra do artigo 1.228 do Código Civil deve ser interpretada à luz da ontologicidade dos princípios, nomeadamente o da igualdade⁴², de modo a que a buscar uma redução das desigualdades sociais em torno do exercício dos direitos à propriedade e à posse no Estado Constitucional Brasileiro. A igualdade é uma virtude soberana e é elemento fundamental que torna legítimo o exercício do poder pelo Estado. Na expressiva lição de Dworkin, “(...) Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade”⁴³.

Reportando-se à jurisprudência pátria, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 75659⁴⁴, no *caso da Favela Pullman*, reconheceu o princípio da função social da posse e da propriedade como integrante do conteúdo do direito subjetivo. No referido caso concreto, cuidava-se de favela localizada na cidade de São Paulo, que tem origem em um antigo loteamento, datado de 1955, sem a destinação adequada, por anos a fio, sendo invadida e ocupada pelos possuidores. A ação reivindicatória foi julgada procedente em primeiro grau, condenando os ocupantes à desocupação da área. Todavia, o Tribunal de Justiça de São Paulo proveu a apelação dos demandados, com amparo na função social da propriedade e da posse. Na mesma esteira, o Superior Tribunal de Justiça ressaltou a

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

⁴² Consoante afirma Streck, “A igualdade, o devido processo legal, o sentido do republicanismo, a perspectiva do Estado Social, a obrigação de concretização dos direitos fundamentais sociais, para citar apenas estes componentes paradigmáticos, são obrigações principiológicas de raiz, que vinculam *applicatio*”. STRECK, Lenio Luiz. “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo”. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Alexandre de Moraes *et al.* (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 78.

⁴³ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. IX (Introdução).

⁴⁴ A ementa tem o seguinte teor: “Ação reivindicatória. Terrenos de loteamento situados em área favelizada. Perecimento do direito de propriedade. Abandono. CC, arts. 524, 589, 77 e 78. Matéria de fato. Reexame. Impossibilidade. Súmula 7-STJ. I. O direito de propriedade assegurado no art. 524 do CC anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e aruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c/c os arts. 77 e 78, da mesma lei substantiva. II. ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’ – Súmula 7-STJ. III. Reurso especial não conhecido” (REsp 75.569, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma do STJ, j. 21-6-2005).

densidade social da propriedade, a qual não atendeu à destinação adequada pelos proprietários⁴⁵.

Uma perspectiva hermenêutica do direito subjetivo deve estar associada a uma expectativa legítima de pretensão, à luz da intersubjetividade que caracteriza o ser humano como ente de relação, sendo que a função social da posse convoca ao Direito o mundo prático dos conflitos sociais. É preciso uma caminhada hermenêutica para além das abstrações legais, mediante a carga moral vinculativa dos direitos humanos e fundamentais, além da integridade do Direito produzido democraticamente⁴⁶.

Ferrajoli propõe uma redefinição do direito subjetivo, mediante a compreensão em tono de expectativas positivas de realização de prestações ou a expectativas negativas de omissão de lesões – estejam ou não associadas a faculdades ou a poderes⁴⁷.

Como lembra Streck, “o novo paradigma de direito instituído pelo Estado Democrático de Direito proporciona a superação do direito-enquanto-sistema-de-regras, fenômeno que (somente) *se torna possível a partir dos princípios de resgate no mundo prático (faticidade)* até então negado pelo positivismo (...)”⁴⁸.

Assim, com a fenomenologia estamos mais próximos de realizar a adequação necessária dos dispositivos normativos com o cotidiano, sem correremos o risco de interpretarmos o Direito de forma descontextualizada ou até mesmo de forma despropositada, pois o método fenomenológico obrigatoriamente, com o movimento de velamento e

⁴⁵ Em comentário sobre o caso da Favela Pullman, Tartuce afirma que “a decisão é revolucionária por introduzir a função social no próprio conceito de propriedade. Concluiu-se que quem não cumpre com essa função social não tem o domínio, não havendo sequer legitimidade ativa para a ação reivindicatória. A função social ganha um sentido positivo, pois deve ser dada uma utilidade coletiva à coisa”. Refere, ainda, que “pode-se pensar que invasores do imóvel têm a seu favor a aplicação da desapropriação privada, o que não seria possível caso a boa-fé a ser considerada fosse subjetiva. Em casos assim, devem ser confrontadas as posses dos envolvidos, prevalecendo a *melhor posse*, aquela que atenda à função social. Foi justamente o que ocorreu no outrora comentado *caso da Favela Pullman*. TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, pp. 863; 872-873.

⁴⁶ Dworkin refere que “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios”. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 291.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 605.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev. amp. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 408.

desvelamento⁴⁹, passa ao largo da imutabilidade do pensamento, exatamente por jamais desconsiderar o tempo como integrante do processo cognitivo.

A fenomenologia é a via e o modo de investigação para se determinar o que deve compor tema da ontologia⁵⁰. A fenomenologia, na visão heideggeriana, é um esforço de revelar aquilo que está oculto.

O pensar fenomenologicamente visa dar continuidade as operações culturais e sociais iniciadas diante de nós, de múltiplas maneiras, que devem ser renovadas, recicladas a partir do nosso presente, como um ciclo que se repete e se renova constantemente.

Como ensina Stein, “Ao superarmos o esquema sujeito-objeto, estamos introduzindo um novo paradigma”, assinalando que “O paradigma de que aqui falamos, e que se refere ao fato de nosso pensar ser nosso próprio modo de existir, inaugura um novo olhar sobre um fundo comum”⁵¹.

A volta fenomenológica há de ser entendida como um descontentamento contra o proceder despótico de certos sistemas e escolas da modernidade, que se sustentam em cima de conceitos axiomatizados e terminologicamente fechados, impossibilitando que o novo e o diferente sejam constantemente inseridos no horizonte jurídico e social.

Assim, o “método” fenomenológico não opera por abstração e generalização; é uma intuição, ou visão direta, prévia a toda generalização empírica. Para captá-la é necessário prescindir de outros elementos que não interessam à investigação fenomenológica, ou seja, passar ao largo das concepções pré-determinadas, universalizantes e de cunho reducionista.

A grande questão consiste na desconstrução de certos conceitos erigidos como verdades absolutas, a partir do que muitos denominam de uma “*Antropologia Existencial*”⁵²,

⁴⁹ A noção de fenomenologia em Heidegger está compilada à sua ideia de alétheia, pois como se sabe, a fenomenologia anseia desvelar aquilo que a partir de si mesmo sempre se oculta e se vela nos entes. A alétheia inspira a fenomenologia e esta é a via de acesso ao ser, como velamento e desvelamento.

⁵⁰ Fenomenológico é tudo o que pertence a forma de explicação e demonstração e nesse sentido, fenômeno é, exatamente, o que constitui o ser. Sendo a fenomenologia a ciência dos entes, ela é ontologia. A fenomenologia é a via e o modo de investigação para se determinar o que deve compor tema da ontologia. A fenomenologia, numa visão heideggeriana, é um esforço de revelar aquilo que está oculto.

⁵¹ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2006, pp. 104-105.

⁵² STEIN, Ernildo. *Nas Proximidades da Antropologia*. Ijuí: Unijuí, 2003, p. 101.

nas palavras de Stein, concentrando-se nas transformações que se impõem ao problema do eu como sujeito.

Por conseguinte, valendo-se da preciosa lição de Arendt, conviver no mundo significa “ter um mundo de coisas interposto entre os que nele habitam em comum, como uma mesa se interpõe entre os que se assentam ao seu redor; pois, como todo intermediário, o mundo ao mesmo tempo separa e estabelece uma relação entre os homens”⁵³.

CONCLUSÃO

O direito subjetivo, em sua feição moderna, significou o poder do indivíduo, em face do contributo teórico de Guilherme de Ockham, filósofo do nominalismo, corrente que sedimentou o positivismo jurídico, cuja aposta na vontade dos homens constituiu o seu paradigma estruturante.

Com efeito, a “vontade de poder” como princípio epocal da modernidade apontou para a crise do positivismo jurídico, em especial a relação sujeito-objeto, mediante o problema do esquecimento do ser.

As matrizes teóricas da filosofia hermenêutica (Heidegger) e da hermenêutica filosófica (Gadamer) levam em conta a diferença ontológica e o círculo hermenêutico como teoremas fundamentais, à luz da perspectiva do ser-aí (*Dasein*) em uma interação subjetiva no mundo prático (faticidade).

A reconstrução hermenêutica do conceito de direito subjetivo tem especial aplicação no estudo da função social da posse e, sobretudo, da figura da desapropriação judicial em virtude da posse-trabalho, apontando para uma importante limitação ao direito de propriedade.

A concepção do direito subjetivo como poder do indivíduo cede espaço diante de uma compreensão hermenêutica alicerçada na expectativa de pretensão, sendo que o estudo da expropriação judicial por posse-trabalho ocupa um lugar cimeiro cuja satisfação reclama um olhar crítico permeado pela faticidade.

O paradigma constitucional da usucapião especial pode ser utilizado para a densificação do conteúdo da posse-trabalho que legitima a expropriação judicial, sendo que, diante do caso concreto e da ausência de condições financeiras por parte dos possuidores, a indenização poderá ser paga pelo Poder Público, desde que cientificado da demanda petitoria ou possessória em juízo. O caso da favela Pullman constitui um valioso precedente

⁵³ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, pp. 31 e 62.

jurisprudencial para nortear a operabilidade da função social da posse e sua concretização diante das balizas trazidas pela situação fática.

O dualismo metodológico sujeito-objeto, próprio da filosofia da consciência, foi superado pela relação sujeito-sujeito, que identifica a linguagem como condição de possibilidade do conhecimento.

Por conseguinte, o indivíduo robinsoniano, isolado em uma ilha, não mais rege o paradigma do direito subjetivo no constitucionalismo contemporâneo, mas sim, a intersubjetividade que decorre do ser humano como ente de relação, ou seja, compartilhando as expectativas da vivência comunitária (o “ser-com-o-outro”, de Heidegger).

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRASIL, Luciano Gomes. *Transcendência em Heidegger: sobre Racionalidade e Fundamento*. Revista Aproximação, nº 03, 1º Semestre de 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIA, José Eduardo. *A Reforma do Ensino Jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1987.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Trotta, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1999.

HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. Tradução Marco Antônio Casanova; revisão de tradução Eurides Avance de Souza; revisão técnica Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Ser e Tempo*. Parte I, Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2005;

_____. *Ser e Tempo*. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012;

LEÃO, Emanuel Carneiro. *Aprendendo a Pensar*. Petrópolis: Vozes, 1977.

STEIN, Ernildo. *Pensar e Errar: um ajuste com Heidegger*. Ijuí: Unijuí, 2011.

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

_____. *Nas Proximidades da Antropologia*. Ijuí: Unijuí, 2003.

_____. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo”. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Alexandre de Moraes et al. (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 59-94.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev. amp. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Cláudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

WARAT, Luis Alberto. *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.